

PROFILI DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE E PENITENZIARIO IN TEMA DI COPPIE DI FATTO

Agata Ciavola

ABSTRACT

L'affermarsi di un diverso modello familiare, accanto a quello tradizionale fondato sul matrimonio, ha posto il problema dell'estensione delle disposizioni concernenti i diritti dei coniugi alle coppie di fatto. Nel codice penale, così come in quello di procedura penale, infatti, il legislatore ha fatto spesso riferimento alla nozione di "prossimi congiunti", la cui definizione è contenuta nell'art. 307 c.p., che non comprende la categoria dei conviventi c.d. *more uxorio*.

Con il presente contributo ci si propone di verificare se questo mancato richiamo possa essere superato in via esegetica. È chiaro che un'operazione di questo genere va condotta con grande cautela. Il rischio è di andare oltre l'*intentio legis* e i limiti imposti dalla disciplina. Ecco perché può essere utile partire, di volta in volta, dalla *ratio* della norma di riferimento, differenziando quelle situazioni in cui emerge la titolarità di diritti, enunciati in forma tassativa, che affondano le loro radici nel vincolo matrimoniale e nel rilievo giuridico attribuito all'istituzione matrimoniale in sé, da quelle situazioni in cui risulta prevalente l'importanza del dato fattuale rappresentato dall'esistenza di un aggregato di tipo familiare, in considerazione del legame sentimentale e del vincolo solidaristico che lega ciascuno dei suoi componenti.

SOMMARIO

1. La nozione di prossimo congiunto e la mancata menzione dei rapporti di convivenza. – 2. L'estensione in via esegetica dei diritti dei prossimi congiunti. – 3. Le norme del codice di procedura penale sui diritti dei conviventi. La facoltà di astensione dei prossimi congiunti. – 4. La tutela del sentimento familiare delle coppie omosessuali. – 5. La responsabilità penale del convivente in caso di dichiarazioni false. – 6. Aspetti della tutela penale delle unioni di fatto. – 7. L'allontanamento dalla casa familiare. – 8. Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa. – 9. L'ammissione al gratuito patrocinio del convivente *more uxorio*. – 10. Le questioni problematiche. Le incompatibilità del giudice. – 11. Le ipotesi di legittimazione processuale dei prossimi congiunti dell'offeso o dell'imputato. – 12. Il ruolo della famiglia nel trattamento penitenziario. – 13. La cura e il mantenimento delle relazioni familiari. – 14. La questione del riconoscimento del diritto alla affettività in carcere. – 15. L'assistenza alle famiglie.

1.

La nozione di prossimo congiunto e la mancata menzione dei rapporti di convivenza.

La relazione tra il diritto penale e la c.d. famiglia di fatto, spesso definita “problematica”¹, appare altrettanto complessa se si sposta il confronto sul terreno processuale².

Pur essendo stato il codice di procedura penale redatto in tempi abbastanza recenti, è mancata un’attenzione specifica da parte del legislatore alla categoria dei prossimi congiunti, per la cui definizione continua a farsi riferimento agli articoli 307 e 540 del codice penale. Tali disposizioni, infatti, hanno un valore interpretativo di carattere generale, trovando sempre applicazione quando, in norme sostanziali o processuali penali, si parla di prossimi congiunti o di rapporti di filiazione³. In particolare, è l’art. 307 comma 4 c.p. a indicare a quali persone deve attribuirsi la nozione di “prossimi congiunti” «gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione dei prossimi congiunti, non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole».

La norma, sotto diversi profili, appare superata, in quanto riproduce i tratti salienti della famiglia dell’epoca in cui è stato redatto il codice penale, ma non coincide con la struttura odierna dei nuclei familiari, nei quali la compresenza di più generazioni si va perdendo, mentre la famiglia per lo più corrisponde alla c.d. famiglia nucleare composta dai genitori e dai loro figli⁴. L’elencazione, dunque, considerata tassativa, pur risultando, per alcuni versi, molto ampia, per altri versi, appare lacunosa, non facendo riferimento né all’adottante né all’adottato, né – per quel che ci interessa – ai conviventi. È così che la posizione dei familiari più stretti è equiparata a quella degli zii e dei nipoti, o del suocero o della suocera, sebbene non sia scontato che tra tali soggetti si intrattengano relazioni stabili e armoniose. Di contro, il mancato riferimento al rapporto tra l’adottante e l’adottato si pone in conflitto con l’esigenza di valorizzare tale legame, favorendo l’integrazione e la sensazione di appartenenza dell’adottato all’interno della famiglia di accoglienza.

Riguardo ai rapporti tra ascendenti e discendenti, dunque, l’art. 307 c.p. non tiene conto del mutamento, anche culturale della società, sempre più propensa a non accettare discriminazioni, quanto meno relativamente ai rapporti di filiazione, tra figli legittimi, perché nati durante il matrimonio e figli adottivi. Una differenza che la legge del 10 dicembre 2012, n. 219 contenente *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*⁵, ha voluto superare del tutto, prevendendo l’equiparazione dei figli legittimi, adottivi e naturali, pure se non legittimati. Si tratta di una riforma organica che, già nel definire il vincolo di parentela, stabilisce che «La parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all’interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo». Se, alla luce di tale riforma, si può, quindi, giungere

¹ In questi termini v. GAETA, *La problematica relazione tra famiglia di fatto e diritto penale*, in *Famiglia e minori*, 2010, n. 10, 82. In argomento, *ex plurimis*, v. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 1599 ss.; BELTRANI, *La (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto nel diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 2860; ID., *Ancora sulla (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto: prime aperture giurisprudenziali*, *ivi*, 2011, 1029; BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 572; CADOPPI, *Introduzione ai reati contro la famiglia*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale – Parte speciale, Delitti contro la morale pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia*, vol. VI, diretto da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Torino, 2009, 269 ss.; DE LUCA, *La famiglia non coniugale. Gli orientamenti della giurisprudenza*, Padova, 1996, *passim*; DE MATTEIS, *Rilevanza penale*, in *Le convivenze familiari. Diritto vivente e proposte di riforma*, Torino, 2006, 545; FIERRO CENDERELLI, voce *Famiglia (rapporti di famiglia nel diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1991, 131; PREZIOSI, *La famiglia nella giurisprudenza penale: orientamenti e prospettive*, in *Crit. dir.*, 2004, 187; PROSDOCIMI, *Prospettive etiche e tutela di beni giuridici in materia di coppie di fatto: osservazioni di un penalista*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 31; RIONDATO, *Introduzione a «famiglia» nel diritto penale italiano*, in AA.VV., *Trattato di Diritto di famiglia*, diretto da Zatti, vol. IV, *Diritto penale della famiglia*, a cura di Riondato, 2ª ed., Milano, 2011, 3; RUFFO, *La tutela penale della famiglia*, Napoli, 1998, *passim*; SCORDAMAGLIA, *Prospettive di nuova tutela penale della famiglia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 365; SEGRETO, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione*, in *Dir. fam.*, 1998, 1659.

² Al riguardo cfr. BONETTI, *Famiglia e processo penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. I, *Diritto processuale penale*, a cura di Corso-Peroni, Piacenza, 2010, ss.

³ Così ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, I, Milano, 2008, 492-493.

⁴ In tal senso, ad esempio v. BACCARI, *La testimonianza del prossimo congiunto dell'imputato*, Padova, 2003, 55.

⁵ Il 9 febbraio 2014 è entrato in vigore il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, recante “*modifica della normativa vigente al fine di eliminare ogni residua discriminazione rimasta nel nostro ordinamento tra i figli nati fuori dal matrimonio, così garantendo la completa eguaglianza giuridica degli stessi*”, il quale ha provveduto a modificare anche numerose disposizioni del codice penale in materia di filiazione, in particolare sostituendo la nozione di “potestà genitoriale” con quella di “responsabilità genitoriale”.

a considerare risolto il mancato riferimento da parte della norma all'adottante e all'adottato o, ancora, ai rapporti derivanti dalla filiazione naturale, ancora attuale si presenta la questione dei diritti dei conviventi c.d. *more uxorio*.

È, infatti, noto che l'evoluzione della società, la crisi dell'istituzione familiare fondata sul matrimonio, la riforma del diritto di famiglia, l'introduzione della legge sul divorzio, insieme a un generale mutamento dei costumi, hanno contribuito a rendere sempre più frequenti le convivenze di fatto⁶. In attesa di una più compiuta elaborazione degli ultimi dati Istat⁷, dal report pubblicato nel 2011, rileva che nel 2009 crescono le nuove forme familiari e che, tra queste, le libere unioni interessano il 5,9% delle coppie, coinvolgendo 897 mila famiglie e 2,523 milioni di persone⁸. Un fenomeno che è cresciuto notevolmente se si paragonano questi dati con quelli di soli dieci anni prima, allorché le persone interessate erano 948 mila. Senza considerare che, quasi vent'anni prima, nel 1993 – dunque nel periodo in cui era da poco entrato in vigore il nuovo codice – le coppie di fatto erano 227 mila, mentre nel 1983, erano 192 mila⁹. Da tali numeri, in sostanza, si può dedurre che, quando è stato redatto il codice di procedura penale, le convivenze di fatto, per la maggioranza, costituivano un fenomeno marginale, con conseguente sottovalutazione delle problematiche ad esso connesse. Oggi, però, non può più essere così. In tutti i rami dell'ordinamento giuridico è in atto una profonda riflessione su se e come tutelare i diritti dei conviventi, sia nei rapporti reciproci, sia nei confronti dei terzi. Diritti che, anche per affermazione della Corte costituzionale¹⁰, trovano fondamento nell'art. 2 Cost., secondo cui «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

Affinché a una relazione familiare, non ufficializzata con il matrimonio, sia attribuito rilievo quale formazione sociale primigenia¹¹, è necessario che essa presenti determinate caratteristiche, alcune delle quali comuni alla famiglia legale¹². In particolare, deve fondarsi su un'unione spirituale e materiale di vita, avere i connotati della reciprocità e stabilità, e dunque essersi protratta per un certo lasso di tempo¹³, nonché essere riconoscibile all'esterno (nel senso che l'ambiente sociale deve percepire i due *partners* come conviventi). Non si richiede, invece, la necessaria presenza di prole¹⁴, sebbene si tratti di un indice indubbiamente significativo, dato che è proprio a seguito della nascita dei figli, che, in virtù dei doveri di protezione e tutela verso gli stessi, spesso si manifesta all'esterno l'esistenza di una famiglia di fatto¹⁵.

Ciò premesso, un dato deve essere evidenziato: allo stato attuale, il riconoscimento costituzionale dei diritti dei conviventi di fatto non consente di risolvere in modo univoco il problema dell'estensione a questi ultimi dei diritti nascenti dal rapporto matrimoniale. Generalmente, soprattutto per la giurisprudenza, i diritti dei conviventi di fatto è escluso possano essere automaticamente equiparati a quelli propri del vincolo matrimoniale¹⁶. Sul punto, in particolare, la posizione della Corte costituzionale¹⁷ è netta e muove dall'idea secondo cui

⁶ Come sottolinea, ad esempio, AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2011, 149, dopo l'introduzione del divorzio, la scelta della coppia di instaurare un'unione di fatto, scaturisce per lo più dalla volontà di non volere sottoporre il proprio rapporto alla disciplina caratterizzante il vincolo matrimoniale, i cui effetti sono compiutamente disciplinati dall'ordinamento; oltre, poi, a considerare che, in alcuni casi, la convivenza costituisce l'unica soluzione possibile in attesa del divorzio o dell'annullamento di un precedente matrimonio.

⁷ Il 23 dicembre 2013 sono stati pubblicati i *Nuovi dati su popolazione, famiglie, abitazioni e stranieri*, in www.istat.it/it/archivio, dalla cui lettura non si traggono dati significativi riguardo alle convivenze c.d. *more uxorio*.

⁸ ISTAT, *Statistiche, Report, Anno 2009, Come cambiano le forme familiari*, 15 settembre 2011, in www.istat.it/it/archivio.

⁹ DE FILIPPIS, *La famiglia di fatto nella storia del diritto*, in AA.VV., *La separazione nella famiglia di fatto*, Padova, 2008, 68.

¹⁰ L'orientamento della Corte costituzionale, al riguardo, può definirsi ormai consolidato; fra le altre, in materia penale, v. [Corte cost., 4 maggio 2009, n. 140](#), in *Giur. cost.*, 2009, 1513.

¹¹ Da considerare, dunque, preesistente allo stesso ordinamento giuridico – e apparire, al pari delle comunità intermedie, come esplicitativa e realizzativa al suo interno dei valori della persona (Sul punto, in particolare, cfr. BARCELONA, voce *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, 779 ss.).

¹² In giurisprudenza, per tutti, si veda Cass. civ., sez. I, 23 aprile 1966, n. 1041, in *C.e.d. Cass.*, n. 322089.

¹³ A proposito della durata della convivenza, un periodo di due o tre anni è stato considerato sufficiente (Al riguardo e per ulteriori approfondimenti, v. COCUCIO, *La stabilità nel rapporto di convivenza more uxorio*, in *Diritto fam. e delle persone*, 2006, 52 ss.).

¹⁴ Sul punto, ad esempio, v. ASTONE, *Ancora sulla famiglia di fatto: evoluzione e prospettive*, in *Dir. fam. e delle persone*, 1999, 1476. Dubbi sussistono relativamente alla necessità si tratti di una relazione eterosessuale; in senso favorevole alla tesi secondo cui la famiglia di fatto può essere costituita anche da una coppia omosessuale, ex plurimis, v. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., 152-153.

¹⁵ COCUCIO, *Convivenza e famiglia di fatto*, cit., 915, la quale, in particolare, evidenzia che «se è vero che la tutela della prole prescinde dalla esistenza di un vincolo coniugale, è altrettanto vero che, se i genitori naturali scelgono anche di convivere, ciò rappresenta certamente un indice di “completezza” familiare, socialmente rilevante».

¹⁶ In dottrina, in tal senso, ex multis, v. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., 151.

¹⁷ Segnatamente, v. [Corte cost., 11 gennaio 1996, n. 8](#), in www.giurcost.it.

l'esistenza di caratteristiche comuni tra la convivenza e il rapporto coniugale non può portare a ridurre al rango di elemento meramente formale il connotato istituzionale della famiglia fondata sul matrimonio: è la maggiore stabilità del rapporto coniugale a rappresentare il principale elemento differenziale del rapporto coniugale con quello di fatto. Se, infatti, il rapporto tra conviventi si basa sull'*affectio* quotidiana, liberamente e in ogni istante revocabile, soltanto dal matrimonio nascono stabilità, certezza, reciprocità e corrispettività di diritti e doveri tra i coniugi. La distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale, tuttavia, non esclude affatto la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'una e dell'altro che possano presentare analogie. Parametro di riferimento è l'art. 3 della Costituzione secondo cui è possibile sottoporre queste situazioni a un controllo di ragionevolezza, il quale senza intaccare l'essenziale diversità delle due situazioni, può condurre a censurare l'ingiustificata disparità di trattamento (a danno ora della famiglia di fatto, ora della famiglia legittima) delle analoghe condizioni di vita che derivano dalla convivenza e dal coniugio. Con un limite: l'esistenza di un vincolo affettivo stabile, anche quando si pone quale dato comune alle due situazioni, non consente di giungere all'assimilazione della posizione del convivente con quella del coniuge qualora ciò determini un'ingerenza nelle scelte discrezionali riservate al legislatore.

È per questa ragione che la Corte costituzionale si è sempre rifiutata di accogliere le questioni di legittimità costituzionale sollevate nei confronti dell'art. 307 c.p. Vista la portata di carattere generale della nozione di prossimo congiunto contenuta nella norma, un intervento additivo si è ritenuto dovesse escludersi a causa delle ricadute che esso avrebbe su altri settori dell'ordinamento; con effetti, peraltro, non sempre favorevoli per l'interessato¹⁸. Ad avviso dei giudici, in particolare, un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità, la quale assumesse a base la pretesa identità di posizione tra convivente e coniuge, rispetto all'altro convivente o coniuge, avrebbe effetti di sistema eccedenti l'ambito del singolo giudizio di costituzionalità, coinvolgendo il complesso delle disposizioni della legge penale sostanziale e processuale (e anche della legge extrapenale) che, a diversi fini, fanno riferimento al rapporto di coniugio: opera di revisione, questa, che esorbita dai compiti e dai poteri della Corte¹⁹. Al riguardo, d'altra parte, è apparso significativo che il legislatore penale, almeno finora, ha sempre operato delle scelte settoriali disponendo di volta in volta l'estensione al convivente dei diritti o dei doveri spettanti ai coniugi, preferendo non incidere direttamente sull'elenco dell'art. 307 c.p.

2.

L'estensione in via esegetica dei diritti dei prossimi congiunti.

La questione dell'estensione dei diritti dei prossimi congiunti ai conviventi, pur non avendo il rilievo di oggi, era ben presente al legislatore quando ha redatto il codice di procedura penale del 1988. Un invito a non trascurare l'interesse dei conviventi a tutelare il sentimento familiare era stato rivolto al legislatore dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 6 del 1977²⁰. In quest'occasione, la Corte, nel pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti degli artt. 307 c.p.p. e 350 c.p.p., con riferimento all'art. 3 Cost. (per non essere i conviventi menzionati nell'elenco dei prossimi congiunti autorizzati ad astenersi dal testimoniare contro l'imputato, loro familiare), sebbene sia giunta alla conclusione di non potere censurare la disciplina dell'epoca, ha riconosciuto che in una prospettiva *de iure condendo* non si dovessero trascurare quelle situazioni affettive di natura familiare basate sulla

¹⁸ La Corte costituzionale, ad esempio, nella [sentenza del 13 novembre 1986, n. 237](#), in [www.giurcost.it](#), seppure con riferimento al codice di procedura penale del 1930, osservava che giacché l'impugnato art. 307, comma 4, c.p. racchiude la nozione positiva di prossimo congiunto con una portata di integrazione generale nel sistema legislativo penale, la prospettata parificazione della convivenza e del coniugio, varrebbe a coinvolgere automaticamente non solo le altre ipotesi di reato contenute nell'art. 384, ma – ben più ampiamente – altri istituti di ordine processuale penale, quali la ricusazione del giudice (art. 64, nn. 3 e 4); la facoltà di astensione dal deporre (art. 350) già esaminata dalla Corte nella sentenza n. 6 del 1977; la titolarità nella richiesta di revisione delle sentenze di condanna e di connesso esercizio dei relativi diritti (artt. 556, 564) ovvero nella presentazione di domanda di grazia (art. 595). D'altronde, una volta parificato, in ipotesi, il rapporto di fatto a quello del coniugio, non sarebbe dato sottrarsi, contestualmente, alla necessità di regolare la posizione dell'eventuale coniuge separato, sia per il caso di coerenza d'intenti che di conflittualità con il convivente. Ma su di una regolamentazione esaustiva di tal sorta, necessariamente involgente, senz'altro, scelte e soluzioni di natura discrezionale, questa Corte non avrebbe facoltà di pronunciarsi senza invadere quelle competenze che spettano al Parlamento, nel razionale esercizio di un potere che il solo legislatore è chiamato ad esercitare.

¹⁹ Cfr. [Corte cost., 12 luglio 2000, n. 352](#), in [www.giurcost.it](#).

²⁰ [Corte cost., 4 gennaio 1977, n. 6](#), in [www.giurcost.it](#).

convivenza ed animate da intenti di reciproca assistenza e da propositi educativi della prole comune, di fatto ed oggettivamente identiche a quelle espressamente disciplinate; compito del legislatore sarebbe stato valutarne l'importanza e la diffusione.

Tale indicazione è stata accolta dai compilatori, che, tuttavia, si sono limitati a richiamare la figura del convivente solo in alcune specifiche disposizioni del codice di procedura penale; al di fuori di questi casi, si è continuato a fare riferimento alla categoria dei "prossimi congiunti", e conseguentemente, all'elenco contenuto nell'art. 307 c.p., lasciando aperto l'interrogativo se questo mancato richiamo possa essere superato in via esegetica.

Di certo, non è consigliabile sperare di risolvere eventuali problematiche invocando un intervento della Corte costituzionale, attesa – come si è detto – la riluttanza mostrata dai giudici a qualsiasi pronuncia di tipo additivo in materia. Anzi, spesso un'operazione di tal genere può rivelarsi controproducente rispetto agli indirizzi manifestati dai giudici *a quibus*, in quanto sortisce l'esito di cristallizzare il diritto vivente conferendogli una patente di costituzionalità la quale vieppiù ostacolerebbe mutamenti delle rotte interpretative (anche se di principio non lo esclude)²¹.

Appare più interessante la ricerca di eventuali soluzioni in via ermeneutica, attraverso una lettura costituzionalmente orientata della disciplina da condurre alla luce degli articoli 2 e 30 Cost. Ed invero, ove si consideri l'art. 2 Cost. come una norma aperta, essa è in grado di assicurare in via immediata tutela giuridica a tutte quelle forme associative che si sviluppano nella realtà sociale in vista dello svolgimento della personalità dei singoli²². Non solo. Dal momento che l'art. 30 Cost. parifica, in relazione all'identità di funzioni, il rapporto tra genitore e figlio legittimo a quello fra genitore e figlio naturale, assegnando ad essi identità di contenuto, non sembra fuori luogo dedurre che «per quanto sia considerata come norma regolante i rapporti genitore-figlio, l'art. 30 Cost., in tale prospettiva, non può essere interpretato restringendone l'applicazione ai rapporti isolati di ciascun genitore con il figlio, ma deve prendere necessariamente in considerazione l'esistenza di un eventuale nucleo familiare di fatto, perché solo in tale ambito i diritti del minore sembrano garantiti pienamente»²³.

È chiaro che un'operazione di questo genere va condotta con grande attenzione, non essendo scevra da pericoli. Il rischio, segnatamente, è di andare oltre l'*intentio legis* e i limiti imposti dalla disciplina. Ecco perché può essere utile partire, di volta in volta, dalla *ratio* della norma processuale di riferimento, differenziando quelle situazioni in cui, in effetti, emerge la titolarità di diritti, enunciati in forma tassativa, che affondano le loro radici nel vincolo matrimoniale e nel rilievo giuridico attribuito all'istituzione matrimoniale in sé, da quelle situazioni in cui risulta prevalente l'importanza del dato fattuale rappresentato dall'esistenza di un aggregato di tipo familiare, a causa del legame sentimentale e del vincolo solidaristico che lega ciascuno dei suoi componenti²⁴. Così facendo, sono diverse le occasioni in cui è possibile giungere all'estensione dei diritti dei coniugi ai conviventi *more uxorio*. Nella consapevolezza, tra l'altro, che ad una visione del modello familiare di tipo liberal-individuale corrisponde una più ampia prospettiva di tutela penale delle unioni di fatto²⁵.

3.

Le norme del codice di procedura penale sui diritti dei conviventi. La facoltà di astensione dei prossimi congiunti.

Nel codice di procedura penale un riferimento espresso ai diritti dei conviventi è contenuto nell'art. 199, con riguardo alla facoltà di astensione dei prossimi congiunti e nell'art. 681, relativamente ai soggetti legittimati a presentare domanda di grazia al Presidente della

²¹ In questi termini v. RIONDATO, «Famiglia» nel diritto penale italiano, cit., 84.

²² Questa tesi, in particolare, è sostenuta da PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in AA.VV., *Rapporti personali nella famiglia*, a cura di Perlingieri, Napoli, 1982, 39. Al riguardo, altresì, ad esempio, v. DOGLIOTTI, *Sulla qualificazione giuridica della famiglia di fatto: spunti, questioni, prospettive*, in *Giur. it.*, 1980, I, 347; FERRANDO, *Famiglia legittima e famiglia di fatto nella disciplina costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1977, 930; RESCIGNO, *La comunità familiare come formazione sociale*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Quaderni CSM, 1980, 12.

²³ Così ROSSI, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, a cui si rimanda per ulteriori richiami bibliografici.

²⁴ Sui diversi modelli normativi di famiglia, *ex plurimis*, v. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, cit., 1608 ss.; BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie*, cit., 574; MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 10 ss.

²⁵ Cfr. RIONDATO, «Famiglia» nel diritto penale italiano, cit., 82.

Repubblica, previa presentazione al Ministro della giustizia. A queste due norme devono aggiungersi l'art. 282 *bis* c.p.p. sull'“Allontanamento dalla casa familiare” e l'art. 282 *ter* c.p.p. sul “Divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa”, introdotti da due leggi successive, rispettivamente la l. 4 aprile 2001, n. 154 e il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. in l. 23 aprile 2009, n. 38.

Tra queste disposizioni, l'introduzione dell'art. 681 c.p.p. ha costituito un'innovazione significativa in quanto ha sancito l'equiparazione della famiglia di fatto a quella legittima, in armonia con quanto previsto dall'ordinamento penitenziario del 1975 e, successivamente, dal relativo regolamento del 2000²⁶, e che trova una giustificazione nell'esigenza di prendere in considerazione, accanto ai rapporti tradizionali – di ordine fiduciario o di ordine giuridico –, anche i vincoli di natura affettiva²⁷.

Esaminando l'art. 199 c.p.p. si ha, invece, l'impressione che vi sia stata una particolare cautela da parte del legislatore nell'equiparare la posizione dei coniugi e dei conviventi. In più, l'assenza di un coordinamento tra codice penale e codice di procedura penale ha finito con rendere più complessa la problematica, evidenziando alcune incongruenze e alimentando dubbi interpretativi. Primo tra tutti, l'individuazione della *ratio* della disciplina.

Il riconoscimento della facoltà di astenersi dal deporre da parte dei prossimi congiunti dell'imputato, secondo la tesi maggioritaria²⁸, risiede nell'esigenza di salvaguardare il segreto familiare²⁹, al fine di evitare un lacerante conflitto psicologico tra l'obbligo giuridico di dire la verità e l'obbligo morale di non danneggiare i prossimi congiunti³⁰. Una conferma di questa impostazione è possibile trarre dalla stessa costruzione dei limiti soggettivi della testimonianza che, in relazione alla cerchia degli affetti considerata, si profila come una facoltà di astenersi dal deporre e non come un divieto di deposizione: «non precludere l'ingresso della testimonianza del prossimo congiunto con la configurazione di un'incapacità o con l'imposizione di un divieto assoluto nelle forme dell'incompatibilità consegnando invece allo stesso interessato la concreta operatività della tutela predisposta *una tantum* per via normativa, significa infatti non escludere *a priori*, sulla base di una presunzione insuperabile di inaffidabilità, l'apporto conoscitivo facente capo al familiare, ma affidarne al giudice la relativa valutazione»³¹.

Per il vero, c'è chi sostiene che lo scopo della norma vada ravvisato nella tutela della veridicità della testimonianza, posto che i prossimi congiunti, se fossero obbligati a rendere la deposizione, potrebbero dichiarare il falso senza essere puniti penalmente³². Fin tanto che, però, a causa del mancato coordinamento tra l'esimente prevista dall'art. 384 c.p. e la facoltà di astensione di cui all'art. 199 c.p.p., è possibile che determinati soggetti, pur potendo astenersi dal deporre, in caso di dichiarazioni false ne rispondano penalmente, sembra doversi ritenere che l'aspetto della tutela del sentimento familiare sia progressivamente prevalso, fino a fondare in via esclusiva la forma e la sostanza dell'istituto³³.

Sotto il profilo dei soggetti beneficiari del diritto al silenzio, va evidenziato che l'art. 199 comma 3, c.p.p., nato nel dichiarato intento di ampliare l'ipotesi di astensione a soggetti che nell'attuale realtà sociale sono legati all'imputato da vincoli di intensità eguale nella sostanza a

²⁶ Sul punto, in particolare, v. CESARIS, *Sub art. 681*, in CONSO-GREVI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2005, 2345.

²⁷ Cfr., fra gli altri, DE MAESTRI, *Sub art. 681*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. VI, coordinato da Chiavario, Torino, 1991, 607.

²⁸ In tal senso, *ex plurimis*, v. BARGIS, *Profili sistematici della testimonianza penale*, Milano, 1984, 196 ss.; PERCHINUNNO, *Limiti soggettivi della testimonianza nel processo penale*, Milano, 1972, 147; SPANGHER, *Sub art. 199*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, coordinato da Chiavario, Torino, 1990, 455. In giurisprudenza v. Corte cost., 16 maggio 1994, n. 179, in *Giur. cost.*, 1995, 1593; Corte cost., 12 gennaio 1977, n. 6, *ivi*, 1977, 33.

²⁹ Al riguardo, in particolare, v. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, 198; GREVI, *Il segreto familiare: la testimonianza dei prossimi congiunti*, in AA.VV., *La testimonianza nel processo penale*, Milano, 1972, 107.

³⁰ PERCHINUNNO, *Limiti soggettivi*, cit., 147.

³¹ In questi termini v. SCOMPARIN, *Testimonianza*, in AA.VV., *Le prove*, t. II, *I singoli mezzi di prova e di ricerca delle prove*, coordinato da Marzaduri, Torino, 1999, 38.

³² Cass. pen., sez. VI, 27 maggio 2008, n. 27060, Amodeo, in *C.e.d. Cass.*, n. 240977; Cass. pen., sez. VI, 21 aprile 1997, n. 1645, Romeo, *ivi*, n. 207492; Cass. pen., sez. VI, 16 febbraio 1994, n. 4641, p.m. in proc. Grandinetti ed altri, *ivi*, n. 198475.

³³ Così SCOMPARIN, *Testimonianza*, cit., 38. In senso parzialmente diverso cfr. BACCARI, *La testimonianza del prossimo congiunto*, cit., 53, il quale evidenzia che la difficoltà di trovare un fondamento unitario della normativa prevista dall'art. 199 risiede nella circostanza che il legislatore ha previsto in un'unica disposizione due istituti assai diversi tra loro. Il primo, concerne la facoltà di astensione dal deporre dei prossimi congiunti dell'imputato, volta a tutelare prevalentemente il conflitto psicologico che deriverebbe al congiunto se fosse obbligato a deporre. L'altro, consiste nella facoltà di non rispondere a singole domande attribuita al coniuge separato, divorziato o che si trova in situazioni equiparate: tale facoltà sembra finalizzata a tutelare il rispetto delle regole di affidamento reciproco, sulle quali si regge il rapporto matrimoniale o quello di convivenza *more uxorio*.

quelli intercorrenti tra l'imputato e alcune delle persone indicate nell'art. 307 c.p., per quanto concerne il convivente *more uxorio* ha introdotto delle specifiche limitazioni. La posizione di quest'ultimo, difatti, piuttosto che essere equiparata a quella del coniuge e degli altri congiunti (per i quali la facoltà di astensione risulta priva di vincoli temporali, di contenuto, o di modalità di apprensione, nel corso dell'intera deposizione), è assimilata a quella del coniuge separato dell'imputato, o della persona nei cui confronti sia intervenuta sentenza di annullamento, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con l'imputato. Con il risultato che a chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso, le disposizioni dell'art. 199, commi 1 e 2, c.p.p. si applicano limitatamente ai fatti verificatisi e appresi durante la convivenza coniugale. Non solo. Mentre il coniuge, in quanto prossimo congiunto dell'imputato, ha facoltà di astenersi totalmente dal deporre, i soggetti indicati nel comma 3 dell'art. 199 c.p.p. hanno la facoltà di astenersi dal deporre sulle singole domande attinenti ai fatti verificatisi o appresi dall'imputato durante la convivenza³⁴. Infine, posta la tassatività delle ipotesi regolate dall'art. 199 c.p.p., il riconoscimento della facoltà di astenersi dal deporre non si estende ai familiari di ciascun convivente³⁵.

Una differenza di trattamento che per i soggetti nei cui confronti sia intervenuta la cessazione del legame coniugale può trovare una giustificazione nella circostanza che al venir meno dell'unione e della solidarietà reciproca dovrebbe conseguire il venir meno di quel conflitto interiore che il dovere di deporre potrebbe provocare³⁶; ma che non pare altrettanto giustificabile per il convivente *more uxorio*, il quale, sebbene si trovi in una situazione affettiva di natura familiare basata sulla convivenza, animata da scopi di reciproca assistenza e da propositi educativi della prole comune, di fatto ed oggettivamente identica a quella dei prossimi congiunti, vede salvaguardato solo in parte il vincolo di solidarietà che lega i membri di una famiglia di fatto. Una scelta precisa, da cui sembra dedursi la volontà di non voler realizzare alcuna parificazione tra la famiglia legittima e la famiglia di fatto³⁷.

In verità, al di là della effettiva *intentio legis*, non è escluso possano individuarsi motivazioni diverse da porre a fondamento della disciplina, con ciò ridimensionando il significato ideologico da ricondurre a questa presa di posizione. Le ragioni della differenza di trattamento tra coniugi e conviventi potrebbero ravvisarsi nella necessità di definire i confini temporali di una situazione che, non potendo agganciarsi ad un elemento formale quale la celebrazione del matrimonio, impone la ricerca di un mero dato fattuale, di volta in volta da dimostrare. Una prova non sempre agevole, che non può che affidarsi a delle presunzioni, valutabili ai sensi dell'art. 192 c.p.p.³⁸. Elementi indicativi – si è già detto – sono considerati: l'esistenza di una consuetudine di vita tra i *partners*, che abbia il requisito subiettivo del trattamento reciproco, analogo per contenuto e forma a quello normalmente nascente dal rapporto coniugale e, altresì, abbia il requisito oggettivo della notorietà esterna del rapporto stesso quale rapporto coniugale, con un certo carattere di stabilità³⁹; con la precisazione che, poiché tale valutazione si risolve in una questione di fatto, essa è insindacabile in sede di legittimità se motivata in base a criteri logici⁴⁰.

Ove anche, però, si giungesse a questa conclusione, deve, comunque, riconoscersi si tratti di una scelta legislativa criticabile che non tiene conto dei sentimenti di affetto e di solidarietà che legano i componenti di una famiglia di fatto, la cui tutela non può dipendere da una variabile meramente temporale, qual è l'aver conosciuto i fatti "durante" la convivenza. Una soluzione, peraltro, che, sotto altri aspetti, appare eccessivamente drastica⁴¹, in quanto non considera che il vincolo di solidarietà che può legare tra loro i membri di una famiglia, sia legittima che di fatto, può perdurare anche dopo la cessazione del vincolo affettivo fra i due *partners*, i quali,

³⁴ BACCARI, *La testimonianza del prossimo congiunto*, cit., 68.

³⁵ Cass. pen., sez. II, 28 marzo 1995, n. 6726, Lorusso, in *C.e.d. Cass.*, n. 201771.

³⁶ In tal senso v. FALDATI, *La testimonianza penale*, Milano, 2012, 101; v., altresì, DI MARTINO, *La facoltà di astensione dei prossimi congiunti*, in DI MARTINO-PROCACCANTI, *La prova testimoniale nel processo penale*, 2ª ed., Padova, 2010, 88.

³⁷ Al riguardo, v. Pret. Reggio Calabria, sez. Melito Porto Salvo, ord. 25 febbraio 1994, Rallo, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, 400, con nota di BONSIGNORE, *Il convivente more uxorio ed i casi di non punibilità alla luce del nuovo codice di procedura penale*.

³⁸ DI MARTINO, *La facoltà di astensione dei prossimi congiunti*, cit., 90.

³⁹ Ad esempio, v. Cass. civ., sez. III, 28 marzo 1994, n. 2988, Soc. La Nazionale assicur. c. Panio, in *Giur. it.*, 1995, I, 1366; conf. Cass. civ., sez. III, 16 settembre 2008, n. 23725, in *C.e.d. Cass.*, n. 604640. In dottrina, cfr., altresì, BARGIS, *Testimonianza dei conviventi «more uxorio» e diritto di astensione*, in *Giur. cost.*, 1977, 950 ss.

⁴⁰ Cass. pen., sez. VI, 23 marzo 1995, n. 8687, p.m. e Falanga, in *C.e.d. Cass.*, n. 202604.

⁴¹ SCOMPARIN, *Testimonianza*, cit., 40.

soprattutto in presenza di prole, non è da escludere possano trovarsi nella medesima condizione di conflitto interiore di chi, in costanza di matrimonio, è obbligato a decidere tra il dovere di dire il vero e quello di mentire per proteggere il padre o la madre dei propri figli.

4.

La tutela del sentimento familiare delle coppie omosessuali.

Ai fini dell'individuazione di una convivenza, da definire, *more uxorio*, è discusso se sia essenziale la differenza di sesso dei conviventi.

Se si privilegia un'esegesi di tipo letterale dell'art. 199 c.p.p. e una visione formale del vincolo matrimoniale, la risposta non può che essere affermativa. Posto, infatti, che il matrimonio si costituisce con l'unione tra un uomo e una donna, diventa conseguente ritenere che il richiamo dell'art. 199 c.p.p. «a chi, pur non essendo coniuge, *come tale*, conviva o abbia convissuto», escluda possa aversi riguardo a una convivenza omosessuale, almeno fin tanto che non si abbia un espresso intervento legislativo che consenta di superare la diversità di genere come elemento essenziale per l'esistenza del vincolo matrimoniale⁴².

Ove, invece, si muova dall'idea che gli elementi caratterizzanti il rapporto di coniugio vadano identificati nell'esistenza di un rapporto affettivo stabile in cui siano presenti atteggiamenti di reciproca assistenza, solidarietà e disponibilità a intrattenere rapporti sessuali, la conclusione potrebbe essere diversa, dato che non può ritenersi che tali elementi risultino esclusi dalla sola uniformità di sesso fra le persone in relazione; sicché la facoltà di astensione andrebbe riconosciuta anche al convivente omosessuale⁴³. Questa soluzione, sostenuta in una sentenza di merito⁴⁴, rimasta isolata, pur essendo stata accolta positivamente da parte della dottrina⁴⁵, appare controversa, non essendoci unanimità di vedute circa il grado di tutela che la famiglia di fatto anche tra omosessuali abbia acquisito nel nostro ordinamento⁴⁶.

A ben vedere, un'apertura verso il riconoscimento dei diritti dei conviventi omosessuali potrebbe trarsi dalla giurisprudenza della Corte europea sempre più propensa a dare un'interpretazione dai confini ampi dell'art. 8 C.e.d.u., affermando che la nozione di famiglia ivi contenuta non può considerarsi limitata alle relazioni fondate sul matrimonio e può oltrepassare di fatto i legami familiari quando le parti convivono fuori dal matrimonio. Senza, poi, trascurare che, sebbene l'articolo 14 della C.e.d.u. sul divieto di discriminazione non include espressamente la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, la giurisprudenza della Corte ha progressivamente mostrato di voler tenere conto del mutamento dei costumi e degli sviluppi della società, giungendo, così, a ritenere che la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale deve essere inclusa tra gli "altri motivi" oggetto del divieto di discriminazione, anche considerando che la norma in questione deve sempre essere letta in rapporto con altre disposizioni della Convenzione europea. E ancora: ha affermato che l'orientamento sessuale va tutelato anche sulla base dell'articolo 8 della C.e.d.u. riguardante la protezione della vita privata e familiare⁴⁷.

Allo stesso tempo, tuttavia, va considerato che quando si affrontano problematiche di rilievo penalistico, anche il giudice europeo mostra una particolare cautela.

A proposito della testimonianza dei congiunti, è recente la decisione con cui la Corte di Strasburgo ha escluso sussistere una violazione degli artt. 14 (divieto di discriminazione) e art.

⁴² Considera presupposto indefettibile della famiglia intesa come comunità di affetti destinati alla procreazione, BACCARI, *La testimonianza del prossimo congiunto*, cit., 71.

⁴³ Cfr. BONETTI, *Famiglia e processo penale*, cit., 15-16.

⁴⁴ Corte assise Torino, 19 novembre 1993, Beckir, in *Ind. pen.*, 1994, 143.

⁴⁵ POCAR, *Destrutturazione della famiglia e relazioni di coppia*, in *Ind. pen.*, 1994, *ivi*, 191 ss.; al riguardo, altresì, con diversità di accenti v. CATTANEO, *Dati ontologici e interpretazione analogica*, *ivi*, 1994, 193 ss.; FANCHIOTTI, *Diritto alla privacy e alla prova*, *ivi*, 1994, 195 ss.

⁴⁶ Ad esempio, per MENNA, *Prove dichiarative*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. II, *Prove e misure cautelari*, t. I, *Le prove*, a cura di Scalfati, Torino, 2009, 173, «quando e se questa tutela verrà compiutamente accordata in generale dal nostro legislatore, nell'ipotetica mancanza anche futura di un'espressa previsione in sede processuale penale, si potrà assimilare in tutto e per tutto il conflitto psicologico che insorge nel convivente omosessuale dell'imputato alla lacerazione interiore che si vuole scongiurare nel teste convivente eterosessuale. Diversamente, bisognerà piuttosto parificare l'accennato conflitto psicologico a quello di persone legate da un vincolo di amicizia di cui non si tiene conto ai fini dell'esclusione dell'obbligo di testimoniare e di affermare la verità».

⁴⁷ Al riguardo, *ex plurimis*, v. Corte e.d.u., 22 gennaio 2008, E.B. c. Francia, n. 43546/02, in *www.hudoc.echr.coe.int*; Corte e.d.u., 21 dicembre 1999, Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo, n. 33290/96, *ivi*; Corte e.d.u., 27 settembre 1999, Smith e Grady c. Regno Unito, n. 33985/96, *ivi*.

8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) C.e.d.u., per il mancato riconoscimento da parte della normativa olandese del diritto di astensione dalla testimonianza al convivente *more uxorio*, diversamente riconosciuto alle coppie sposate o registrate⁴⁸.

Più precisamente, merita evidenziare che secondo i giudici europei il tentativo di costringere il convivente a testimoniare rappresenta una violazione della vita familiare⁴⁹, ma costituisce un'ingerenza legittima, in quanto necessaria, in una società democratica, per la tutela della pubblica sicurezza e, in particolare, per la prevenzione dei reati. Gli Stati, al riguardo, adottano discipline diverse e ove non sia prevista un'equiparazione tra coppie di fatto e coppie "formalizzate", non è detto sussista una violazione del divieto di non discriminazione: se il diritto di astensione rappresenta un'eccezione al dovere di testimoniare, non è escluso che tale diritto possa essere limitato e soggetto a condizioni e formalità, allo scopo di individuare chiaramente le categorie dei beneficiari dell'esenzione, confinando la stessa a legami che siano verificabili oggettivamente.

La posizione assunta dalla Corte europea, però, non è esente da critiche e le più interessanti sono state formulate dagli stessi giudici europei nel motivare le proprie *dissenting opinions*. Tra queste, va evidenziata quella sul rispetto del principio di non discriminazione: se la *ratio* del divieto di testimoniare va rinvenuta nella tutela della famiglia, una volta riconosciuto che anche le coppie di fatto costituiscono una famiglia ai sensi dell'art. 8 C.e.d.u, la loro tutela non può dipendere dalla formalizzazione o meno della loro unione, pena un'arbitraria discriminazione⁵⁰.

Anche questo dato, nondimeno, finisce con il confermare che la tutela dei diritti delle famiglie di fatto rimane un tema sul quale non si registrano posizioni comuni, come, peraltro, dimostrato dalla molteplicità di orientamenti assunti al riguardo all'interno degli ordinamenti degli Stati membri.

Sul concetto di famiglia, soprattutto, in ambito penale, continuano a confrontarsi modelli diversi, e nel nostro ordinamento, dalle posizioni assunte dalla Corte costituzionale, sembra potersi rinvenire un'idea di famiglia riconducibile al modello pubblicistico autoritario in cui specifico accento viene posto sulla istituzione della famiglia in sé, piuttosto che sui suoi singoli componenti e sulle relazioni che li legano tra loro; un modello che evoca l'idea della stabilità e indissolubilità del matrimonio, ma che si scontra con i caratteri civilistici della famiglia, in cui sempre più prevale la reale consonanza affettiva tra gli individui che la compongono.

Il che dimostra, pure sotto questo profilo, che, nonostante siano stati fatti numerosi e rilevanti progressi, non sia ancora possibile registrare con certezza un'effettiva evoluzione della società e dei costumi, essendosi in attesa di un ulteriore processo di maturazione culturale. Alla cui accelerazione se è lecito aspettarsi possa dare un contributo d'interesse la giurisprudenza delle Corti europee di Strasburgo e Lussemburgo chiamate in modo ricorrente a occuparsi del riconoscimento dei diritti delle coppie di fatto anche omosessuali; non altrettanto – come si è accennato – pare potersi aspettare dalla Corte costituzionale, la cui cautela sulla equiparazione dei diritti dei conviventi e dei coniugi, non è da escludere, a ben vedere, celi proprio la preoccupazione che ciò possa determinare l'automatica equiparazione dei diritti delle coppie omo ed eterosessuali. «Se assimilare la coppia omo alla coppia etero unita dal matrimonio è impossibile in virtù del matrimonio concepito tra etero; al contrario, assimilare la coppia omo alla coppia etero non unita dal matrimonio diventa possibile proprio perché viene meno ciò che senza dubbio obbliga a diversificare, e cioè per l'appunto il matrimonio»⁵¹. Il rischio, cioè, che si possa invocare il superamento della diversità di genere come elemento fondamentale dell'istituzione familiare.

Certo è che si tratta di problematiche la cui delicatezza imporrebbe un intervento del potere politico, il quale non pare possa ancora a lungo sottrarsi dall'assumere una chiara posizione sulla tutela delle unioni civili e, in questo ambito, sulla equiparazione dei diritti tra

⁴⁸ Corte e.d.u., 3 aprile 2012, Van der Heijden c. Olanda, n. 42857/05, in www.budoc.echr.coe.int.

⁴⁹ Sul punto la Corte ricorda che il concetto di vita familiare a cui si riferisce l'art. 8 C.e.d.u. «ne se borne pas aux seules familles fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres relations de facto» (Corte e.d.u., 3 aprile 2012, Van der Heijden c. Olanda, cit., § 50, in www.budoc.echr.coe.int; analogamente, per tutti, v. Corte e.d.u., 22 novembre 2010, Moretti e Benedetti c. Italia, n. 16318/07, *ivi*; Corte e.d.u., 22 aprile 1997, X, Y, Z, c. Regno Unito, n. 21830/93; Corte e.d.u., 27 ottobre 1994, Kroon e altri c. Paesi Bassi, n. 18535/91, *ivi*; Corte e.d.u., 26 maggio 1994, Keegan c. Irlanda, n. 16969/90; Corte e.d.u., 18 dicembre 1986, Johnston e altri c. Irlanda, n. 9697/82, *ivi*).

⁵⁰ In tal senso v. Corte e.d.u., 3 aprile 2012, Van der Heijden c. Olanda, cit., in particolare, l'opinione dissenziente dei giudici Tulkens, Vajić, Spielmann, Zupančič et Laffranque.

⁵¹ BARTOLI, *Unioni di fatto*, cit., 1626-1627.

coppie etero e omosessuali.

5.

La responsabilità penale del convivente in caso di dichiarazioni false.

La facoltà di astensione dalla testimonianza disciplinata dall'art. 199 c.p.p. è strettamente connessa all'applicazione della causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p. in favore di chi commette uno dei reati ivi elencati «per esservi stato costretto dalla necessità di salvare un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore». Ora, posto che il congiunto che dice il falso per proteggere il proprio familiare può non rispondere penalmente del reato commesso, può l'art. 384 c.p. estendersi anche al convivente? In altri termini, il richiamo alla categoria dei prossimi congiunti impedisce di estenderne l'applicazione anche al convivente che, come più volte ricordato, non è compreso nell'elenco contenuto nell'art. 307 c.p.?

Da tempo la dottrina⁵² considera irragionevole tale limitazione e la disparità di trattamento che ne consegue. I conviventi possono essere portatori di un medesimo conflitto tra diverse esigenze di lealtà e quindi essere soggetti ai medesimi condizionamenti psicologici⁵³. Non può, peraltro, rimanere priva di rilievo, per l'appunto, la facoltà di astensione riconosciuta ai conviventi dal codice di procedura penale del 1988, apparendo irragionevole che la convivenza di fatto riceva considerazione soltanto sul versante processuale e non anche sul piano sostanziale.

Ecco perché, pure secondo parte della giurisprudenza⁵⁴, occorre superare questa incongruenza attraverso un'interpretazione analogica *in bonam partem* dell'art. 384, comma 1, c.p., in quanto comunque norma di favore, riferita alle cause scusanti, e giustificata dall'identità di *ratio* fra la situazione prevista e quella non contemplata.

Che si tratti di disposizioni le quali condividono la medesima identità di *ratio*, del resto, trova conferma in alcune affermazioni dei giudici di legittimità⁵⁵, che, nel ravvisare la *ratio* dell'art. 384 c.p. nell'esigenza, di tenere conto di quel conflitto di interessi in cui si può trovare il testimone tormentato dal dovere dire la verità e difendere un prossimo congiunto da un grave e inevitabile pregiudizio nella libertà o nell'onore, avvalorano l'idea che tale disciplina risulti strettamente connessa con la prescrizione processuale contenuta nell'art. 199 c.p.p., essendo la *ratio* della facoltà di astensione dei prossimi congiunti dell'imputato prevalentemente ravvisata proprio nella tutela del sentimento familiare (latamente inteso) e nel riconoscimento del conflitto che può sorgere in colui che è chiamato a rendere testimonianza, tra il dovere di deporre e dire la verità e l'esigenza di non danneggiare il prossimo congiunto⁵⁶.

I giudici di merito, però, per la maggioranza, anziché percorrere la strada di un'interpretazione adeguatrice della normativa, hanno preferito cercare l'avallo della Corte costituzionale, la quale specialmente sui temi di diritto penale sostanziale ha avuto modo di elaborare il proprio orientamento contrario all'estensione dei diritti dei coniugi ai conviventi *more uxorio*

⁵² In tal senso v. MANNA, *L'art. 384 c.p. e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniego di giustizia" da parte della Corte costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1996, 93; MENNA, *Prove dichiarative*, cit., 172; PELAZZA, *Obbligo di testimonianza del convivente more uxorio: la Corte EDU non apre alle coppie di fatto. Riflessioni su art. 384 c.p. e famiglia di fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 15 giugno 2012. Per la tesi, invece, secondo cui la questione non può essere risolta in sede interpretativa, visto che, trattandosi di cause di non punibilità, esse devono essere considerate norme di carattere eccezionale, in quanto facenti eccezione – per ragioni di opportunità di politico-criminale od in relazione ad eventi specifici – alla regola generale delle indefettibilità della pena all'accertamento della sussistenza degli elementi costitutivi del fatto tipico: come tali, non sono estensibili in via analogica, neanche *in bonam partem*, v., fra gli altri, PESTELLI, *L'art. 384 c.p. ed il convivente more uxorio: i termini di un rapporto negato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 489.

⁵³ V. richiamo di BACCARI, *La testimonianza del prossimo congiunto*, cit., 72.

⁵⁴ Così Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2004, n. 22398, Esposito, in *C.e.d. Cass.*, n. 229676. *Contra*, Cass. pen., sez. V, 22 ottobre 2010, n. 41139, Migliaccio, *ivi*, n. 248903; Cass. pen., sez. II, 17 febbraio 2009, n. 20827, Agate *ivi*, n. 244725; Cass. pen., sez. VI, 28 settembre 2006, n. 35967, Cantale, *ivi*, n. 234862.

⁵⁵ Cass. pen., sez. un., 29 novembre 2007, n. 7208, p.m. in proc. Genovese, in *Cass. pen.*, 2008, 2339, con nota di ANDREAZZA, *Considerazioni a margine della sentenza sez.un. Genovese: la causa di non punibilità dell'art. 384 c.p. e la rinuncia alla facoltà di astenersi*.

⁵⁶ In questi termini v. PASTORELLI, *La convivenza more uxorio non esclude la punibilità del favoreggiamento personale*, in *Giur. cost.*, 2009, 1533; altresì, v. MANNA, *L'art. 384 c.p.*, cit., 92 ss., il quale osserva che la situazione del convivente *more uxorio* deve considerarsi equiparabile a quella del coniuge, sotto il profilo della convivenza di affetti e della comunanza di scopi, così come confermato dalla introduzione dell'art. 199 c.p.p. (che proprio sulla base di questa identità di *ratio* ha provveduto ad ampliare la categoria dei prossimi congiunti).

rio⁵⁷. Come si è già più volte evidenziato, il Giudice delle Leggi ha mostrato una particolare fermezza nel respingere le questioni di legittimità costituzionale di volta in volta sollevate, a causa della diversità, non solo formale, tra il rapporto coniugale e di fatto, ma anche per la non irragionevolezza di tale distinzione, trattandosi di valutazioni che, si è ritenuto, sono rimesse alla discrezionalità del legislatore, esulando dai poteri della Corte⁵⁸. Né rappresenta una soluzione obbligata ritenere che i beni riguardanti la vita familiare debbano avere lo stesso peso a seconda che si tratti di famiglia legittima o di fatto: per la Corte⁵⁹, per la famiglia legittima non esiste soltanto un'esigenza di tutela delle relazioni affettive individuali e dei rapporti di solidarietà personali; a questa esigenza si somma quella di tutela dell'istituzione familiare come tale, il cui elemento essenziale e caratterizzante è la stabilità; un bene che i coniugi ricercano attraverso il matrimonio e i conviventi affidano al loro impegno reciproco quotidiano. Se è, dunque, indubbio che la posizione del convivente meriti riconoscimento, l'orientamento della Corte costituzionale è chiaro nell'escludere debba necessariamente coincidere con la tutela che il coniuge riceve in relazione alla protezione dei vincoli affettivi e solidaristici, risultando legittime, nel settore dell'ordinamento penale, soluzioni legislative differenziate. Come, peraltro, dimostrato dalla comparazione con altri ordinamenti europei. La preoccupazione, più volte espressa dal Giudice delle Leggi⁶⁰, riguarda soprattutto le possibili ricadute di sistema che un intervento che assumesse in ipotesi la pretesa identità della posizione spirituale del convivente e del coniuge, rispetto all'altro convivente o all'altro coniuge, potrebbe produrre⁶¹. Né assume alcun rilievo l'estensione operata dall'art. 199 c.p.p. ai conviventi, che, anzi, dimostra che quando il legislatore ha inteso attribuire rilevanza giuridica al rapporto di convivenza ha compiuto scelte selettive e mirate a casi determinati⁶².

In verità, il collegamento tra gli articoli 199 c.p.p. e 384 c.p. forse avrebbe dovuto essere più opportunamente valorizzato riconoscendo tra le due fattispecie l'esistenza di un legame strumentale. Se, come affermato dalle Sezioni unite⁶³, si muove dall'idea che la norma sostanziale riveste una funzione strumentale rispetto a quella processuale – per cui l'art. 384 c.p. andrebbe, specialmente, a coprire quelle situazioni in cui il congiunto non abbia potuto beneficiare della facoltà di astensione in quanto non avvertito – è irragionevole la conclusione per cui il convivente non possa beneficiare dell'applicazione dell'esimente quando, secondo la previsione del comma 2 dell'art. 384 c.p., il giudice o il pubblico ministero o il difensore non lo abbiano avvertito della facoltà di non testimoniare e questi commetta un reato per salvare il proprio congiunto dal rischio di un “nocumento alla libertà e all'onore”. Si tratta, infatti, di una discrasia evidente, per rimediare alla quale dovrebbe potersi affermare che, quanto meno in questi casi, la nozione di “prossimo congiunto”, invocata dall'art. 384 c.p., si estenda all'insieme dei soggetti cui fa riferimento l'art. 199 c.p.p.: prossimi congiunti, adottante-adottato, convivente⁶⁴.

⁵⁷ Osserva GAETA, *La problematica relazione tra famiglia di fatto e diritto penale*, cit., 84, «il diritto penale è davvero, nei diversi ambiti dell'ordinamento, il custode più arcigno e severo della tavola assiologia dell'ordinamento stesso, il vero selettore dei “nuovi” valori e l'artefice principale della calibratura di quelli già esistenti, rispetto alle nuove sensibilità sociali. Solo se effettivamente “accettato” nell'orizzonte normativo del diritto penale sostanziale, un nuovo e diverso assetto di valori potrà dirsi davvero incluso, come tale, nel complesso dell'ordinamento».

⁵⁸ Per tutti, v. Corte cost., 11 gennaio 1996, n. 8, cit., che, inoltre, sottolinea come l'estensione delle cause di non punibilità, costituendo altrettante deroghe a norme penali generali, richiede strutturalmente un giudizio di ponderazione a soluzione aperta tra ragioni diverse e confliggenti – in questo caso, in primo luogo quelle che sorreggono la norma generale, posta a tutela della esigenza di repressione dei delitti contro l'amministrazione della giustizia e quelle che viceversa sorreggono la norma derogatoria, posta a tutela del vincolo solidale-affettivo sussistente all'interno dell'aggregato familiare – il quale non può che essere frutto di una precisa scelta di politica legislativa.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ In tal senso, *ex plurimis*, v. Corte cost., 4 maggio 2009, n. 140, cit., 1521; Corte cost., 12 luglio 2000, n. 352, cit.; Corte cost., 11 gennaio 1996, n. 8, cit.; Corte cost., 13 novembre 1986, n. 237, in *www.giurcost.it*.

⁶¹ Come sottolineato, ancora una volta, da Corte cost., 4 maggio 2009, n. 140, cit., 1521, «Un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità che assumesse in ipotesi la pretesa identità della posizione spirituale del convivente e del coniuge, rispetto all'altro convivente o all'altro coniuge, oltre a rappresentare la premessa di quella totale equiparazione delle due situazioni che – come si è detto – non corrisponde alla visione fatta propria dalla Costituzione, determinerebbe ricadute normative consequenziali di portata generale che trascendono l'ambito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale». In senso critico, tuttavia, è stato rilevato che nel caso *de qua*, i giudici della Consulta non abbiano tenuto conto del fatto che, a differenza che nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale definiti con le sentenze n. 237 del 1986 e n. 8 del 1996, l'ordinanza di rimessione aveva investito soltanto l'art. 384, comma 1, c.p. e non il combinato disposto di quest'ultimo e dell'art. 307, comma 4 del medesimo codice; sicché un'eventuale declaratoria di incostituzionalità non avrebbe inciso sulla definizione generale di “prossimi congiunti”, ma avrebbe esclusivamente comportato un'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione di una singola causa di non punibilità (PASTORELLI, *La convivenza*, cit., 1532).

⁶² Corte cost., 4 maggio 2009, n. 140, cit., 1522-1523.

⁶³ Cass. pen., sez. un., 29 novembre 2007, n. 7208, p.m. in proc. Genovese, cit., 2341.

⁶⁴ Cfr. BONETTI, *Famiglia e processo penale*, cit., 60.

Ciò non eliminerebbe comunque le incongruenze del mancato coordinamento tra le due discipline, dato che, ad esempio, la diversa ampiezza della facoltà di astensione riconosciuta ai conviventi comporta che, a differenza del coniuge, per il convivente si moltiplica il rischio di commettere un reato contro l'amministrazione della giustizia, giacché la possibilità di sottrarsi al dovere di rendere dichiarazioni contro l'altro *partner* – come si è detto – riguarda solo i fatti appresi durante la convivenza e non sussiste un diritto a non rispondere a singole domande ma la rinuncia va fatta all'inizio della deposizione.

Le distanze tra le due posizioni, invece, si riducono quando il coniuge non può avvalersi della facoltà di astensione perché ricorre una delle situazioni previste dalla seconda parte del comma 1 dell'art. 199 c.p.p., avendo presentato denuncia, querela o istanza ovvero essendo egli o un suo prossimo congiunto offesi dal reato; o ancora: quando, il coniuge, pur essendo stato avvertito della facoltà di astenersi, abbia rinunciato a questa facoltà. Qui, la tutela della genuinità della testimonianza prevale su quella del sentimento familiare, con esclusione della possibilità di invocare l'applicazione dell'art. 384 c.p.; in primo luogo, perché la facoltà di astensione non è un valore assoluto e, poi, perché sarebbe incompatibile con il sistema processuale ammettere la testimonianza di un soggetto con facoltà di mentire⁶⁵.

L'argomento è delicato e meriterebbe un maggiore approfondimento⁶⁶, che gli spazi di questo lavoro non consentono, ma, in questi casi, l'esigenza di sottrarre il prossimo congiunto al conflitto interiore che deriva dalla scelta tra dire il vero ed esporre il familiare ad un nocimento alla libertà o all'onore, sembra sia stata risolta in radice dal legislatore nel momento in cui, tutelando il diritto al silenzio, ha riconosciuto al dichiarante la facoltà di astenersi. Se, dunque, l'agente non si avvale di tale facoltà e accetta di deporre, pur sussistendo e persistendo quel tormentoso contrasto che deriva dal cagionare un danno a un proprio congiunto, non potrà «tornare ad invocare “ancora” una volta a sua discolpa la situazione di necessità prevista dall'art. 384 c.p.»⁶⁷.

6.

Aspetti della tutela penale delle unioni di fatto.

L'atteggiamento di chiusura della Corte costituzionale si registra anche con riferimento all'applicazione di un'altra fattispecie di favore: l'art. 649 c.p., il quale prevede la non punibilità di alcuni delitti contro il patrimonio quando il fatto è stato commesso senza violenza a danno del coniuge non legalmente separato⁶⁸. Pure a tale riguardo, la Corte mostra di aderire alla visione pubblicistica della nozione di famiglia adottata dal diritto penale e sottolinea che l'impossibilità di estendere l'applicazione della norma anche alle convivenze di fatto trovi giustificazione nella non irragionevolezza della differenza di trattamento da riservare ai coniugi e alle coppie di fatto.

Ci preme, in particolare, mettere in evidenza uno dei passaggi del ragionamento dei giudici in ordine alla esclusione di una pretesa identità di *ratio* tra la norma impugnata e l'art. 199 del codice di procedura penale. Questa la tesi: la prevalenza delle relazioni affettive familiari sull'interesse della collettività sancita dalla norma processuale opera in una direzione assolu-

⁶⁵ Cass. pen., sez. un., 29 novembre 2007, n. 7208, p.m. in proc. Genovese, cit., 2341 ss. In senso contrario v. Cass. pen., 4 ottobre 2001, n. 44761, Mariotti, in *C.e.d. Cass.*, n. 220326, «In tema di reato di falsa testimonianza, la causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p., è applicabile anche quando il prossimo congiunto dell'imputato abbia operato la scelta di non avvalersi della facoltà di astenersi dal testimoniare, in quanto la suddetta causa, che trova la sua giustificazione nell'istinto alla conservazione della propria libertà e del proprio onore (*nemo tenetur se detegere*) e nell'esigenza di tener conto agli stessi fini dei vincoli di solidarietà familiare, presuppone una situazione di necessità, nettamente distinta da quella prevista in via generale dall'art. 54 c.p. poiché non richiede che il pericolo non sia stato causato dall'agente, nella quale il nocimento alla libertà e all'onore è evitabile solo con la commissione di uno dei reati contro l'amministrazione della giustizia. Ne consegue che l'obbligo legale di testimoniare o anche la libera scelta di farlo nell'ipotesi in cui non si eserciti, ove prevista, la facoltà di astenersi non incidono sull'operatività della suddetta esimente (nella specie è stata esclusa la punibilità del testimone che aveva deposto il falso dopo aver rinunciato alla facoltà di astenersi dal testimoniare, peraltro erroneamente attribuitagli dal giudice); in dottrina cfr. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 686.

⁶⁶ In argomento, fra gli altri, v. ANDREAZZA, *Considerazioni a margine della sentenza sez.un. Genovese: la causa di non punibilità dell'art. 384 c.p. e la rinuncia alla facoltà di astenersi*, cit., 2344 ss.; SCARCELLA, *Punibile il falso teste "avvisato" di astenersi nel processo a carico del prossimo congiunto*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 163 ss.

⁶⁷ In questi termini v. Cass. pen., sez. un., 29 novembre 2007, n. 7208, p.m. in proc. Genovese, cit., 2343.

⁶⁸ Corte cost., 12 luglio 2000, n. 352, cit.; [Corte cost., 7 aprile 1988, n. 423](#), in [www.giurcost.it](#). In dottrina, in argomento, fra gli altri, v. BELTRANI, *Ancora sulla (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto*, cit., 1030 ss.; MERENDA, *Brevi note sui rapporti di famiglia come 'causa di non punibilità' nei delitti contro il patrimonio*, in *Cass. pen.*, 2009, 2400.

tamente antitetica a quella posta a fondamento della causa di non punibilità prevista dall'art. 649 c.p. Mentre la norma processuale valorizza l'esigenza di salvaguardare la posizione del familiare chiamato a rendere testimonianza, consentendogli di non rendere testimonianza al fine di sottrarsi alla difficile alternativa fra deporre il falso o nuocere al congiunto. Al contrario, la norma penale protegge l'istituzione familiare in una prospettiva in certo qual senso inversa, e, cioè, anche a 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. Si conferma, cioè, l'idea che la norma intenda tutelare l'unità dell'istituzione familiare in sé, non le relazioni affettive che legano i suoi componenti (visto che la commissione del reato è sintomatica dell'esser venuta meno l'*affectio* tra i due coniugi); una situazione, quindi, che non è assolutamente comparabile con quella dei conviventi di fatto, il cui legame si caratterizza per la mancanza dei caratteri di stabilità e certezza propri del vincolo coniugale. Di qui: se scopo della norma è la protezione della stabilità dell'"istituzione familiare", è soltanto rispetto a quest'ultima che si giustifica l'affievolimento della tutela del singolo componente, non apparendo illogica e "discriminatoria" la mancata estensione del medesimo regime ad una situazione di fatto quale la convivenza *more uxorio*.

La difficoltà di superare l'assenza di un richiamo alla figura del convivente, poi, è data anche dalla circostanza che, soprattutto in una fattispecie come quella in esame alla cui base vi è una scelta valoriale, espressione di una logica di mera opportunità politica, l'atteggiamento di *self restraint* della Corte non appare privo di giustificazione, rispondendo alla doverosa ripartizione di ruoli tra potere legislativo e giurisprudenziale che generalmente si chiede alla Corte di rispettare.

Ciò, tuttavia, non esclude la possibilità di individuare soluzioni ermeneutiche diverse. Anzitutto, va criticato l'assunto di partenza del ragionamento dei giudici costituzionali rivolto alla tutela della famiglia sotto l'aspetto istituzionale, piuttosto che avendo riguardo al vincolo di solidarietà e di affetti che lega tra loro i suoi componenti⁶⁹. Secondo attenta dottrina⁷⁰, in particolare, c'è da chiedersi se non sia preferibile ricercare un'interpretazione alternativa dell'art. 649 c.p. maggiormente compatibile con il nostro sistema costituzionale basato sulla valorizzazione del singolo e il cui accoglimento avrebbe quale conseguenza di consentire di estendere l'applicazione della norma anche alle ipotesi di convivenza *more uxorio*⁷¹. La tesi è che la *ratio* della disciplina piuttosto che individuarsi nella tutela dell'"istituzione familiare" vada ricercata nell'esigenza di favorire la riconciliazione delle parti. Se, infatti, è indubbio che la realizzazione di un reato infrange l'unità della famiglia, e che questa unità può essere ulteriormente deteriorata, se non addirittura compromessa, attraverso la punizione del fatto, è possibile sostenere che «il fatto è sottratto alla punizione non tanto per evitare di rompere ciò che in realtà è già rotto attraverso la commissione del reato, ma per non creare una frattura ulteriore che potrebbe compromettere i presupposti per una eventuale conciliazione»⁷². In quest'ottica, «il coniuge viene privato della tutela penale offerta dalla norma incriminatrice non nel nome di un'unità prevaricatrice, ma per agevolare la riconciliazione, con il risultato finale di far prevalere l'interesse alla riconciliazione (e quindi ad un'unità reale ed effettiva sugli affetti) su quello individuale della punizione»⁷³.

Di qui, se si sposta l'attenzione dall'istituzione matrimoniale ai singoli, accostandosi a una visione individual-liberale del modello familiare, si ampliano gli spazi della tutela penale delle unioni di fatto. Com'è stato talvolta riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Suprema

⁶⁹ Secondo BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie*, cit., 582, «se discutibile e indimostrata appare l'affermazione che con la commissione del reato sarebbe comunque venuta a mancare quella comunanza di affetti e di interessi che cementa la convivenza *more uxorio* e la contrassegna del requisito della stabilità alla base della causa di non punibilità, altrettanto precaria si dimostra la concezione che la Corte costituzionale ha della convivenza come relazione contrassegnata dalla precarietà».

⁷⁰ BARTOLI, *Unioni di fatto*, cit., 1623.

⁷¹ Osserva RIONDATO, «*Famiglia* nel diritto penale italiano», cit., 77, «il giurista non può non saper bene che l'obiettivo di identificare nel "coniuge" anche il convivente di fatto *more uxorio* si raggiunge agevolmente, volendo, attraverso la ricognizione degli scopi di tutela calati su un elemento testuale che in fin dei conti è lasciato aperto a realtà di fatto oltre che di diritto, in mancanza di precise indicazioni al riguardo; così come egli sa che, volendo, può individuare tali indicazioni impegnando l'intero ordinamento a conformare adeguatamente i valori in gioco».

⁷² BARTOLI, *Unioni di fatto*, cit., 1624.

⁷³ BARTOLI, *op. loc. cit.*

Corte⁷⁴ ai fini dell'applicabilità dell'art. 649 c.p., è difficile, ai nostri giorni, affermare che la famiglia è soltanto quella che si fonda sul matrimonio e non anche quella che si fonda su una convivenza eventualmente durata decenni, che ha spesso condotto alla procreazione di figli, caratterizzata dall'assistenza reciproca, dalla condivisione di ideali e stili di vita. E allora, diventa conseguente ritenere che, se ragioni di politica criminale hanno condotto a considerare non punibile il furto commesso in danno del coniuge convivente e punibile a querela quello commesso in danno del coniuge legalmente separato, identiche ragioni giustificano il riconoscimento del medesimo trattamento per chi sia, o sia stato, legato dal medesimo vincolo non fondato sul matrimonio esistendo, anche in questi casi, la prevalenza dell'interesse alla riconciliazione rispetto a quello alla punizione del colpevole⁷⁵.

Del resto, non si può non ricordare che la tesi secondo cui la "famiglia" non è, solo, quella basata sul matrimonio, ma anche quella "di fatto", per anni è stata sostenuta a proposito dell'applicazione del reato di maltrattamenti⁷⁶. Nonostante le resistenze di parte dottrina⁷⁷ e la tensione con il principio del divieto di analogia *in malam partem*, in giurisprudenza ha rappresentato un punto fermo la tesi secondo cui tra i soggetti attivi del reato rientra pure il convivente *more uxorio*⁷⁸. Segnatamente, ai fini dell'applicazione dell'art. 572 c.p., si è affermato che per "Famiglia" deve intendersi «ogni consorzio di persone tra le quali, per intime relazioni e consuetudini di vita, siano sorti legami di reciproca assistenza e protezione: anche il legame di puro fatto stabilito tra un uomo ed una donna vale pertanto a costituire una famiglia in questo senso, quando risulti da una comunanza di vita e di affetti analoga a quella che si ha nel matrimonio»⁷⁹.

Certo, può colpire che si sia avuto più coraggio a pervenire a un'interpretazione estensiva della categoria dei prossimi congiunti, relativamente all'applicazione di una norma incriminatrice, e non anche – come si è visto sopra – per l'applicazione di norme escludenti la punibilità. Ciò, tuttavia, è sintomatico dell'esistenza di un panorama giurisprudenziale che, con riguardo al rilievo penale delle convivenze *more uxorio*, appare costellato da soluzioni non sempre coerenti tra loro⁸⁰. Un motivo in più per invocare un intervento del legislatore che possa rendere razionale questa delicata materia.

Un primo passo in questa direzione è stato compiuto con la legge n. 172 del 2012⁸¹, che ha espressamente esteso l'ambito applicativo del reato di maltrattamenti anche ai rapporti di "convivenza", così mostrando chiaramente⁸² che è interesse dello Stato salvaguardare la famiglia, sia legittima che di fatto, e anche, più specificamente, tutelare l'interesse del soggetto passivo al rispetto della sua personalità nello svolgimento dei rapporti che lo legano – affet-

⁷⁴ Cass. pen., sez. IV, 21 maggio 2009, n. 32190, p.g. in proc. Trasatti, in *C.e.d. Cass.*, n. 244692, «E chi – proseguono i giudici – riuscirebbe a distinguere la situazione personale di uno dei protagonisti di questa vicenda umana, che spesso ha termine solo con la morte di uno dei partecipi, da quella di chi ha contratto formalmente il matrimonio?». *Contra*, Cass. pen., 13 ottobre 2009, p.g. in proc. Cucca, n. 44047, *ivi*, n. 245626.

⁷⁵ Così Cass. pen., sez. IV, 21 maggio 2009, n. 32190, cit.

⁷⁶ In argomento, fra gli altri, v. BELTRANI, *La (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto*, cit., 2861; BERSANI, *Maltrattamenti in famiglia e convivenza di fatto*, in *Fam. dir.*, 2002, 136 ss.; LARIZZA, *Contenuti e limiti della tutela penale della famiglia*, in *Min. giust.*, 2009, 47; MONTICELLI, *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli (art. 572)*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale - Parte speciale, Delitti contro la morale pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia*, vol. VI, diretto da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, cit., 637 ss.; RIONDATO, «Famiglia» nel diritto penale italiano, cit., 60 ss.

⁷⁷ In tal senso v. VIOLA, *Discutibile applicare la sanzione a chi non assume impegni formali*, in *G. dir.*, 2008, n. 34, 93.

⁷⁸ Cass. pen., sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 20647, B., in *G. dir.*, 2008, n. 34, 91; Cass. pen., sez. VI, 24 gennaio 2007, n. 21329, Gatto, in *C.e.d. Cass.*, n. 236757, nonché in *Cass. pen.*, 2008, 2858, con nota di BELTRANI, *La (mutevole) rilevanza della famiglia di fatto nel diritto penale*, cit.; Cass. pen., sez. VI, 10 ottobre 2001, n. 36576, in *Fam. dir.*, 2001, 135.

⁷⁹ Così, in particolare, Cass. pen., sez. II, 1 marzo 1966, n. 320, Palumbo, in *C.e.d. Cass.*, n. 101563.

⁸⁰ In questi termini v. STABILE, *L'art. 591 c.p. e la tutela penale delle convivenze more uxorio*, in *Corr. mer.*, 2010, 758.

⁸¹ Tale legge nel ratificare la convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2007 avente a oggetto la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, oltre a importanti modifiche che hanno riguardato direttamente i reati di pedofilia e di prostituzione minorile, è intervenuta in altri correlati settori dell'ordinamento penale, rafforzando la disciplina di tutela nei confronti di soggetti "deboli" – non necessariamente minori – contro le aggressioni altrui: emblematico è l'intervento ampliativo dell'ambito di operatività del reato di maltrattamenti anche ai rapporti di "convivenza" non ricomprendibili nella tradizionale nozione di famiglia (Al riguardo, cfr. AMATO, *Reato di maltrattamenti esteso alle convivenze*, in *G. dir.*, 2012, n. 43, 82).

⁸² Nella relazione illustrativa redatta durante il transito del disegno di legge a Palazzo Madama, si legge che «con tale novella il legislatore codifica un principio già ripetutamente e costantemente affermato dalla giurisprudenza. Si ricorda, da ultimo, la sentenza n. 29647 del 2008 nella quale la sesta sezione della Corte di Cassazione ha ribadito che «ai fini della configurabilità del reato di maltrattamenti in famiglia, non assume alcun rilievo la circostanza che l'azione delittuosa sia commessa ai danni di una persona convivente 'more uxorio', visto che il richiamo contenuto nell'art. 572 c.p. alla 'famiglia' deve 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» (Relazione illustrativa all'A.S. n. 1969-B, Ufficio Studi del Senato, gennaio 2011, n. 269, 32, nota n. 9).

tivamente, ma non solo – con altra persona con la quale ha instaurato un rapporto stabile di convivenza/ frequentazione, dalla quale può e deve pretendere rispetto assoluto verso condotte (consistenti in aggressioni fisiche o vessazioni o manifestazioni di disprezzo) che risultino “abituamente” lesive della propria integrità fisica e/o morale⁸³.

È recente, inoltre, l'approvazione del d.l. 14 agosto 20113, n. 93, contenente *Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province*, conv. in l. 15 ottobre 2013, n. 119, che ha utilizzato la relazione affettiva come parametro delle misure di prevenzione e di contrasto introdotte per fronteggiare il dilagante fenomeno della violenza di genere. Sicché, rilevante sotto il profilo penale è d'ora in poi la relazione tra due persone a prescindere dalla convivenza o dal vincolo matrimoniale (attuale o pregresso)⁸⁴.

Si tratta, però, ancora una volta, di interventi settoriali che lasciano irrisolte e in attesa di trovare risposta le numerose altre questioni riguardanti la tutela penale delle unioni di fatto⁸⁵.

7.

L'allontanamento dalla casa familiare.

Un riferimento generico alla casa familiare, da intendere come la dimora di qualunque nucleo familiare sia esso costituito di diritto o di fatto è contenuto nell'art. 282 *bis* c.p.p. Tale norma, introdotta dalla l. 4 aprile 2001, n. 154, recante *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari* ha ampliato il novero delle misure cautelari non custodiali, prevedendo l'allontanamento dalla casa familiare.

L'istituto (modellato sulla misura civilistica dell'ordine di protezione *ex* art. 342 *bis* c.c., introdotto anch'esso dalla legge n. 154 del 2001) è stato predisposto con l'intento di offrire uno strumento giudiziario rapido, efficace e a carattere intermedio che consenta un'immediata tutela della vittima, senza tuttavia pregiudicare in modo definitivo i rapporti familiari⁸⁶.

A questo fine, è data la possibilità al giudice di attuare la misura scegliendo tra diverse opzioni così da adeguare concretamente lo strumento limitativo della libertà personale all'entità dei fatti e alle esigenze cautelari. L'obiettivo è cercare di limitare i vincoli cui sottoporre l'imputato allo stretto necessario per garantire l'effettivo contenimento e i pericoli generati dal suo comportamento, nonché circoscrivere le conseguenze dell'intervento cautelare sulla stabilità dell'aggregato familiare.

Il nucleo principale della misura è l'ordine di lasciare immediatamente la casa familiare, ovvero di non farvi rientro, e di non accedervi senza l'autorizzazione del giudice. Qualora, poi, sussistano esigenze di tutela dell'incolumità fisica della persona offesa o dei suoi prossimi congiunti, può essere prescritto all'imputato di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa; in particolare il luogo di lavoro, il domicilio della famiglia di origine o dei prossimi congiunti, salvo che la frequentazione sia necessaria per motivi di lavoro. In tale ultimo caso il giudice prescrive le relative modalità e può imporre limitazioni. Il giudice, su richiesta del pubblico ministero, può, altresì, ingiungere il pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto della misura cautelare disposta, rimangono prive di mezzi adeguati⁸⁷. Le prescrizioni personali e patrimoniali del divieto di avvicinamento a determinati luoghi e della corresponsione di un assegno familiare sono mi-

⁸³ AMATO, *Reato di maltrattamenti esteso alle convivenze*, in *G. dir.*, 2012, n. 43, 84. Per alcune osservazioni critiche sulla riforma cfr. PAVICH, *Luci e ombre nel "nuovo volto" del delitto di maltrattamenti. Riflessioni critiche sulle novità apportate dalla legge di ratifica dalla Convenzione di Lanzarote*, 5, in *Dir. pen. cont.*, 9 novembre 2012; VALLINI, *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella "famiglia"*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 152.

⁸⁴ Per un commento "a caldo" e più approfondito della normativa, ad esempio, v. P. DE MARTINO, *Le innovazioni introdotte nel codice di rito dal decreto legge sulla violenza di genere alla luce della direttiva 2012/29/UE*, in *Dir. pen. cont.*, 8 ottobre 2013; L. PISTORELLI, *Prime note sulla legge di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 93 del 2013, in materia tra l'altro di «violenza di genere» e di reati che coinvolgano minori*, in *Dir. pen. cont.*, 18 ottobre 2013.

⁸⁵ A quanto sopra ricordato, può aggiungersi, ad esempio, il problema della configurabilità del reato previsto dall'art. 591 c.p. a carico di colui il quale abbandoni il convivente *more uxorio* in stato di incapacità di provvedere a se stesso; dell'applicazione dell'aggravante dell'art. 577, comma 2, c.p.; o ancora, dell'applicazione dell'attenuante della provocazione *ex* art. 62, n. 2, c.p.

⁸⁶ RANZATTO, *Misure a tutela delle vittime delle violenze in famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1339. In argomento, fra gli altri, altresì, v. ALLEGREZZA, *La nuova misura dell'allontanamento dalla casa familiare*, in *Famiglia*, 2003, 107 ss.

⁸⁷ Il giudice determina la misura dell'assegno tenendo conto delle circostanze e dei redditi dell'obbligato, e stabilisce le modalità e i termini del versamento. Può ordinare se necessario, che l'assegno sia versato direttamente al beneficiario da parte del datore di lavoro dell'obbligato, detraendolo dalla retribuzione a lui spettante. L'ordine di pagamento ha efficacia di titolo esecutivo.

sure eventuali e hanno carattere provvisorio e accessorio rispetto all'ordine di allontanamento, tant'è che perdono efficacia quando quest'ultimo venga revocato o comunque perda efficacia.

Qualora si proceda per i reati di violazione degli obblighi di assistenza familiare, abuso dei mezzi di correzione e di disciplina, lesioni personali quando è possibile procedere d'ufficio o il reato è comunque aggravato, minacce aggravate, nonché per prostituzione minorile, pornografia minorile, detenzione di materiale pornografico, violenza sessuale, anche aggravata, atti sessuali con minorenne, corruzione di minorenne e violenza sessuale di gruppo, commessi in danno dei prossimi congiunti o del convivente, la misura può essere disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall'articolo 280 c.p.p., che prescrive che le misure cautelari diverse dalla custodia in carcere possano applicarsi solo per reati puniti con la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni. Relativamente a questi reati, il legislatore ha voluto, così, ampliare l'ambito di applicabilità della misura, garantendo la possibilità di un intervento cautelare a prescindere dalla comminatoria penale. Ciò ha permesso, in certi casi, di superare le gravi lacune di tutela che in precedenza si registravano per ipotesi di reato, connotate da violenza o abuso nelle relazioni domestiche, che, poiché punite con pene inferiori ai limiti di applicabilità stabiliti dall'art. 280 c.p.p., non consentivano di attuare alcun intervento di tipo cautelare. Per il resto, il richiamo a fattispecie, di per sé gravi, in particolare contro la libertà sessuale, appare ultroneo, rientrando già nell'ambito di applicabilità definito dall'art. 280 c.p.p.⁸⁸.

Il recente d.l. 14 agosto 2013, n. 93, recante *Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province*, conv. in l. 15 ottobre 2013, n. 119, ha, poi, disposto che nel caso in cui la misura sia applicata per uno dei reati sopra indicati, *ex art. 282-bis*, comma 6, c.p.p., la sua esecuzione possa avvenire anche con le modalità previste dall'art. 275-bis c.p.p., e cioè con mezzi elettronici o altri strumenti tecnici⁸⁹.

È interessante osservare che nonostante il riferimento ai conviventi sia contenuto solo nei commi 3 e 6, l'ordine di allontanamento e soprattutto il divieto di avvicinarsi ai luoghi frequentati dalla persona offesa o dai prossimi congiunti deve poter riguardare anche i conviventi *more uxorio*, dato che, alla luce di un'interpretazione di natura sistematica e della *ratio* della norma, la tutela del soggetto debole, cui la norma è preordinata, non può che portare a ritenere possibile imporre pure la cautela accessoria di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla vittima convivente o dai suoi familiari⁹⁰. Ed invero, se tale misura è prevista per fronteggiare le situazioni di maggiore pericolosità del soggetto nelle more del procedimento penale, appare privo di senso preoccuparsi di assicurare il sostentamento patrimoniale del convivente (senza che, tra l'altro, a suo carico sussista un obbligo giuridico di mantenimento, ma solo un'obbligazione naturale) e non anche la tutela della sua incolumità personale.

Alla base di questa legge vi è sicuramente un'attenzione prevalente non alla famiglia come istituzione, ma alla famiglia come formazione sociale in cui si sviluppa la personalità individuale dei suoi membri, che come tali vanno protetti quando si trovano in una situazione di maggiore debolezza fisica o patrimoniale. Ecco allora che anche i componenti della famiglia di fatto devono potere «godere delle stesse tutele che l'ordinamento riserva a quelli della famiglia legittima, attraverso un avvicinamento delle due formazioni, in cui l'intervento pubblicistico per la protezione del singolo è di tale rilevanza da comportare uno scompaginamento

⁸⁸ In tal senso v. GARUTI, *Misure coercitive (dir. proc. pen.)*, in *Enc. d., Agg.*, VI, Milano, 2002, 743; PERONI, *La nuova tutela cautelare nei fenomeni di violenza intrafamiliare*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 869, con il risultato che – osserva l'A. – «la modulazione binaria della sfera del “cautelabile” comporta un corrispondente sdoppiamento della dinamica applicativa dello strumento *de libertate*: infatti, mentre per le fattispecie di reato assimilabili alla copertura dell'art. 280 c.p.p. la misura concorrerà con tutte le altre coercitive alla scelta del giudice, secondo la consueta logica della gradualità, nella residua area di fattispecie, essa sarà l'unica misura coercitiva applicabile».

⁸⁹ Al riguardo, ad esempio, v. L. PISTORELLI, *Prime note sulla legge di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 93 del 2013, in materia tra l'altro di «violenza di genere» e di reati che coinvolgono minori*, cit., 12.

Il d.l. n. 39 del 2013, conv. l. n. 119 del 2013, altresì, ha introdotto una nuova misura precautelare, riconoscendo anche agli ufficiali e agli agenti di polizia giudiziaria la facoltà di disporre, previa autorizzazione del pubblico ministero, l'allontanamento urgente dalla casa familiare con il divieto di avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa, nei confronti di chi è colto in flagranza dei delitti di cui all'art. 282-bis, comma 6, c.p.p., ove sussistano fondati motivi per ritenere che le condotte criminose possano essere reiterate ponendo in grave ed attuale pericolo la vita o l'integrità fisica o psichica della persona offesa. Il legislatore ha, poi, configurato nel quarto comma dell'art. 449 c.p.p. una speciale ipotesi di giudizio direttissimo, prevedendo che su disposizione del pubblico ministero la stessa polizia giudiziaria provveda a citare l'imputato per il giudizio speciale e la contestuale convalida dell'arresto entro le successive quarantotto ore, salvo che ciò pregiudichi gravemente le indagini.

⁹⁰ Cfr. MOLLACE, *Sub art. 282-bis*, in *Commento al codice di procedura penale*, a cura di Corso, Piacenza, 2008, 1166.

dell'unità stessa della famiglia che solo alla luce del modello personal-pubblicistico si riesce a comprendere»⁹¹.

8.

Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa.

Il rilievo della problematica sui limiti di applicabilità della misura dell'allontanamento dalla casa familiare alle unioni di fatto è stato in parte ridimensionato⁹² dall'introduzione del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, introdotto all'art. 282-ter c.p.p. dall'art. 9 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. con modif., nella l. 23 aprile 2009, n. 38, su *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*.

Si tratta di una nuova misura che, benché fortemente connessa alla disciplina in tema di atti persecutori, in mancanza di indicazioni diverse, può trovare applicazione generale, secondo le regole sulle misure coercitive. Essa, inoltre, ha un ambito applicativo più ampio e anche per questa ragione finisce inevitabilmente per sovrapporsi parzialmente a quanto previsto dalla misura dell'allontanamento dalla casa familiare di cui all'art. 282-bis c.p.p.

Il nucleo essenziale del provvedimento cautelare consiste nell'imposizione al destinatario dell'obbligo «di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa ovvero di mantenere una determinata distanza da tali luoghi o dalla persona offesa». «Qualora sussistano ulteriori esigenze di tutela, il giudice può prescrivere all'imputato di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati da prossimi congiunti della persona offesa o da persone con questa conviventi o comunque legate da relazione affettiva ovvero di mantenere una determinata distanza da tali luoghi o da tali persone». Infine, l'ordinanza giudiziale può vietare all'imputato la comunicazione con i medesimi soggetti, dai quali egli deve restare a una certa distanza fisica.

Anche questa misura, dunque, come quella dell'allontanamento dalla casa familiare, ha uno spiccato contenuto inibitorio e ha natura «preventiva per la realizzazione di uno schermo di protezione attorno al "soggetto debole" sulla falsariga dell'*order of protection* delle legislazioni di *common law*»⁹³.

L'introduzione dell'art. 282-ter c.p.p., in particolare, ha consentito di integrare e completare il quadro cautelare delineato per i reati consumati in ambito familiare. Anzitutto, è indicato chiaramente che il divieto di avvicinamento possa riguardare i luoghi frequentati oltre che dai prossimi congiunti anche dai conviventi della persona offesa, ed è sempre con riferimento a tali luoghi e soggetti che può essere imposto l'obbligo di mantenere una certa distanza. L'art. 282-bis c.p.p., inoltre, fa un generico riferimento al divieto di avvicinamento alla casa familiare o ad altri luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa (in particolare, il

⁹¹ BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie*, cit., 586. Analogamente, v. PISTORELLI, *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari: allontanamento dalla casa familiare; pagamento di un assegno*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, 2ª ed., cit., 105.

⁹² OSSERVA MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 968, che nell'ipotesi di allontanamento, il legislatore limita ai prossimi congiunti il raggio soggettivo della protezione, mentre nel divieto di avvicinamento la norma fa riferimento anche ai conviventi e alle persone legate alla vittima da una relazione affettiva.

⁹³ In questi termini v. MAFFEO, *Il nuovo delitto di atti persecutori (stalking): un primo commento al d.l. n. 11 del 2009 (conv. con modif. dalla l. n. 38 del 2009)*, in *Cass. pen.*, 2009, 2729; *ex plurimis*, altresì, v. BRONZO, *Profili critici delle misure cautelari "a tutela dell'offeso"*, *ivi*, 2012, 3471; MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, p. 228; MORELLI, *Sub art. 9, in AA.VV., Commenti articolo per articolo, D.l. 23.2.2009 n. 11, conv., con modif., in l. 23.4.2009 n. 38 – Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, in *Legisl. pen.*, 2009, 497, il quale con specifico riferimento ai *restraining orders* evidenzia che pur condividendone i contenuti prescrittivi, i provvedimenti *ex art. 282-ter c.p.p.* differiscono per la natura giuridica: i primi non sono provvedimenti cautelari ma ordinanze, dotate di autonomia, emesse dal giudice sul presupposto dell'urgenza e volte unicamente alla tutela della vittima, del tutto estranee, quindi, alla giurisdizione criminale; i secondi, invece, rappresentano autentiche misure cautelari, incardinate necessariamente nel corso di un procedimento penale senza il quale non possono trovare applicazione.

Di recente, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno approvato la Direttiva 2011/99/UE *sull'ordine di protezione europeo* (pubblicata in *Gazz. Uff. Unione Europea* L 338/99/UE, del 21 dicembre 2011, in www.eur-lex.europa.eu) che, nel regolamentare le misure di protezione, richiede si tratti di una decisione in materia penale, dunque, non di natura amministrativa. Più precisamente, l'art. 2 definisce «"misura di protezione", una decisione in materia penale, adottata dallo Stato di emissione conformemente alla legislazione e alle procedure nazionali, con la quale uno o più divieti o restrizioni di cui all'art. 5 sono imposti alla persona che determina il pericolo al fine di proteggere la persona protetta contro un atto di rilevanza penale che può mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o psichica, la dignità, la libertà personale o l'integrità sessuale».

luogo di lavoro, il domicilio della famiglia di origine o dei prossimi congiunti), a differenza dell'art. 282-ter c.p.p., il quale permette di fissare il mantenimento di una distanza predeterminata sia dai luoghi sia dalle persone.

Ciò che, tuttavia, più caratterizza e distingue le due discipline è il divieto di avvicinamento può costituire solo un elemento accessorio del provvedimento con il quale il giudice dispone la misura cautelare coercitiva dell'allontanamento dalla casa familiare, il divieto di avvicinamento ex art. 282-ter c.p.p. può rappresentare l'oggetto principale del provvedimento⁹⁴.

Rimane un dato: nonostante le buone intenzioni perseguite dal legislatore, l'art. 282-ter c.p.p. va criticato per l'eccessiva indeterminatezza del contenuto prescrittivo della norma. È compito del giudice costruire di volta in volta la cautela indicando i luoghi o le persone da cui l'imputato dovrà tenersi lontano, nonché la misura della distanza imposta; con il rischio che, in contrasto con il principio di legalità che regola la disciplina dei provvedimenti limitativi della libertà personale, il divieto venga formulato in modo generico, ad esempio, disponendo l'obbligo di non avvicinarsi «a tutti i luoghi frequentati dalla vittima»⁹⁵ o ancora, di non avvicinarsi alla persona offesa in quanto tale, anche se incontrata occasionalmente⁹⁶. Al contrario, è solo con riferimento a luoghi e a distanze determinate che il provvedimento si può ritenere assuma una conformazione completa, così da consentire l'esecuzione e il controllo delle prescrizioni funzionali al tipo di tutela che si vuole assicurare⁹⁷. Senza trascurare che, «l'indeterminatezza del precetto cautelare, quando giunga a rendere difficile al prevenuto la rappresentazione delle condotte che gli vengono vietate, stride con il sistema "sanzionatorio" di cui all'art. 276 c.p.p., che prevede per i trasgressori ai provvedimenti *de libertate* la possibilità di inasprimenti del trattamento cautelare, fino al carcere o al cumulo di più misure diverse»⁹⁸. E ancora: che al di là del pericolo di un inasprimento del trattamento restrittivo che è comunque subordinato alla rimproverabilità delle trasgressioni, la vaghezza del provvedimento finisce con incidere sull'onerosità della sua osservanza da parte del destinatario, il quale rischia di trovarsi obbligato ad astenersi dal frequentare una lunga serie di luoghi, nei quali può ragionevolmente ritenere possibile la presenza della persona "protetta"⁹⁹.

Spetta, dunque, all'interprete, ma soprattutto grava sui giudici l'onere di perfezionare la norma sul piano applicativo con l'aggiunta di congrue quantificazioni utili a conferire al precetto la necessaria determinatezza¹⁰⁰. Ciò, potrebbe ingenerare un certo pessimismo, vista «l'alta frequenza con cui nei repertori della giurisprudenza di merito si rinvenivano divieti di avvicinamento senza alcuna specificazione»¹⁰¹. Tuttavia, fa ben sperare l'orientamento più di recente assunto dai giudici di legittimità che, nel dimostrare una maggiore sensibilità verso i

⁹⁴ Inoltre, l'ambito di applicazione dell'art. 282-ter c.p.p. risulta più ampio di quello tipico della misura introdotta nel 2001, dato che non è necessario un pregresso rapporto di convivenza, potendo così colpire anche il soggetto estraneo rispetto alla vittima. Inoltre, va messa in rilievo la possibilità di estendere il divieto di avvicinamento anche a persone diverse dalla vittima (sia pure a questa legate da vincoli più o meno intensi). Un effetto simile poteva essere ottenuto in passato con la misura di cui all'art. 282-bis c.p.p., ma con dei limiti. Infatti, una parte della dottrina aveva espresso perplessità sul fatto che la misura accessoria di cui al comma 2 dell'art. 282-bis c.p.p., pur riguardando esigenze di tutela relative anche ai prossimi congiunti della persona offesa, potesse vietare all'imputato l'avvicinamento soltanto ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa (luogo di lavoro, domicilio della famiglia di origine o domicilio dei prossimi congiunti), così di fatto condizionando la protezione dei prossimi congiunti alla loro effettiva e abituale frequentazione della persona offesa. Invero, proprio i casi di *stalking* hanno messo in evidenza come il molestatore reiterato diriga spesso la propria condotta nei confronti anche dei familiari, dei prossimi congiunti della vittima e delle persone che la frequentano più assiduamente (come gli amici più stretti).

⁹⁵ Cass. pen., sez. V, 18 gennaio 2012, n. 13568, V., in *C.e.d. Cass.* n. 253296.

⁹⁶ Più specificamente, sempre secondo Cass. pen., sez. VI, 18 gennaio 2012, n. 13568, cit., «La misura cautelare del divieto di avvicinamento, prevista dall'art. 282-ter c.p.p., può contenere anche prescrizioni riferite direttamente alla persona offesa ed ai luoghi in cui essa si trovi, aventi un contenuto coercitivo sufficientemente definito nell'imporre di evitare contatti ravvicinati con la vittima, la presenza della quale in un certo luogo è sufficiente ad indicare lo stesso come precluso all'accesso dell'indagato». Analogamente v. Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 36887, A., in *Ced. Cass.*, n. 257184; Cass. pen., sez. V, 26 marzo 2013, n. 19552, D.R., in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1283, con nota critica di G. Bellantoni, che ponendo l'accento sul bisogno di tutela della persona offesa ha affermato che la norma esprime una scelta di priorità dell'esigenza di consentire alla persona offesa il completo svolgimento della propria vita sociale in condizioni di sicurezza da aggressioni alla propria incolumità anche laddove la condotta dell'autore del reato assuma connotazioni di persistenza persecutoria tale da non essere legata a particolari ambiti locali; con la conseguenza che è rispetto a tale esigenza che deve modellarsi il contenuto concreto di una misura la quale, ha comunque natura inevitabilmente coercitiva rispetto a libertà anche fondamentali dell'indagato.

⁹⁷ In tal senso e per ulteriori approfondimenti, ad esempio, v. G. BELLANTONI, *Divieto di avvicinamento alla persona offesa ex art. 282 ter c.p.p. e determinazione di luoghi e distanze*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1290 ss.

⁹⁸ In questi termini v. BRONZO, *Profili critici*, cit., 3476; altresì, v. NEGRI, *Le misure cautelari a tutela della vittima: dietro il paradigma flessibile, il rischio di un'incontrollata prevenzione*, in *Giur. it.*, 2012, 470.

⁹⁹ BRONZO, *Ancora precisazioni sulla determinatezza del divieto di avvicinamento*, in *Cass. pen.*, 2013, 2723.

¹⁰⁰ Vedi NEGRI, *Le misure cautelari a tutela della vittima*, cit., 469-470.

¹⁰¹ Così BRONZO, *Profili critici*, cit., 3477.

valori fondamentali posti a tutela della libertà personale, richiede un'indicazione determinata dei luoghi il cui accesso è inibito all'indagato¹⁰². In partic

olare, si è affermato che l'art. 282-ter c.p.p. prevede una triplice modalità della fattispecie cautelare del divieto di avvicinamento che il giudice potrà considerare al fine di adeguare la tutela alle esigenze ravvisate nel caso di specie: quella del divieto di avvicinamento ai luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa, quella di mantenere una determinata distanza da tali luoghi e, infine, quella di mantenere una determinata distanza dalla persona offesa. Il giudice ha quindi la possibilità di adeguare l'intervento cautelare previsto dall'art. 282-ter c.p.p. alle esigenze di specie attraverso le tre diverse opzioni previste, ma la scelta del divieto di avvicinamento ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa deve rispettare la connotazione legale che lo vuole riferito a "determinati" luoghi, che è compito del giudice indicare a pena di una censurabile indeterminazione¹⁰³.

9.

L'ammissione al gratuito patrocinio del convivente *more uxorio*.

Un'esplicita equiparazione tra convivenza coniugale e *more uxorio* è stata affermata dalla giurisprudenza a proposito della valutazione della sussistenza dei requisiti per l'ammissione al gratuito patrocinio per i non abbienti. Ai fini della determinazione del reddito, infatti, si è stabilito che occorra tenere conto della somma dei redditi facenti capo all'interessato e agli altri familiari conviventi, compreso il convivente *more uxorio*.

Al riguardo non si è esitato a ritenere in linea con l'evoluzione sociale, l'indirizzo interpretativo volto a dare rilievo giuridico (sia *in bonam* che *in malam partem*) alla famiglia di fatto e, di conseguenza, al rapporto *more uxorio*. In altri termini, si è posto l'accento sulla realtà sociale piuttosto che sulla veste formale dell'unione tra due persone conviventi, riconoscendo, così, valenza giuridica a quelle relazioni interpersonali che presentano carattere di tendenziale stabilità, natura affettiva e parafamiliare, che si esplicano in una comunanza di vita e di interessi e nella reciproca assistenza morale e materiale¹⁰⁴.

Nel giungere a tale risultato incide, probabilmente, anche la formulazione un po' ambigua della nozione di famiglia adottata agli artt. 76 e 79 del D.P.R. del 30 maggio 2002, n. 115, contenente il *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia*, ma si tratta di una conclusione non esente da critiche.

Non sfuggirà che, in questo caso, a una maggiore ampiezza dell'ambito familiare considerato ai fini dell'accesso al patrocinio, corrisponde una sensibile riduzione delle possibilità di ottenere il beneficio. Con quale risultato? Un'ingiustificata compressione dell'esercizio del diritto di difesa garantito dall'art. 24, comma 3, Cost., che, si ricorderà, prevede «sono assicurati ai non abbienti con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ogni giurisdizione».

Il punto è che poiché gli obblighi reciproci tra i conviventi sono fondati essenzialmente sull'*affectio*, essi sono configurabili solo alla stregua di obbligazioni naturali. Sebbene, quindi, al momento della verifica delle condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio si tenga

¹⁰² Cass. pen., sez. V, 4 aprile 2013, n. 27798, S., in *C.ed. Cass.*, n. 257697; conf. Cass. pen., sez. VI, 7 aprile 2011, C., n. 26819, in *Giur. it.*, 2012, p. 417, con nota adesiva di GABRIELLI.

¹⁰³ Cass. pen., sez. VI, 18 marzo 2014, n. 147766, in *Quotidiano giur.*, 3 aprile 2014, con nota di CUOMO; in tale occasione i giudici hanno espressamente criticato l'indirizzo contrario evidenziando che «non può ridefinirsi per via interpretativa aggravandosi la posizione del soggetto destinatario della misura il contenuto del "modo" cautelare applicato nella specie, obliterandone la connotazione tipica della determinatezza dei luoghi e correlandone l'individuazione ai movimenti della persona offesa, sulla base di "una scelta di priorità dell'esigenza di consentire alla persona offesa il completo svolgimento della propria vita sociale in condizioni di sicurezza da aggressioni alla propria incolumità anche laddove la condotta dell'autore del reato assuma connotazioni di persistenza persecutoria tale da non essere legata a particolari ambiti locali"».

¹⁰⁴ Cass. pen., sez. IV, 26 ottobre 2005, n. 109, Curatolo, in *C.ed. Cass.*, n. 232787. Analogamente, con riguardo alla disciplina prevista dall'art. 3, comma 2, l. 30 luglio 1990, n. 217, e, successivamente, con riguardo a quanto disposto dall'art. 76 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, v. Cass. pen., sez. IV, 17 febbraio 2005, n. 19349, Capri, *ivi*, n. 231357; Cass. pen., sez. IV, 28 gennaio 2004, n. 13265, Zen, *ivi*, n. 228035; Cass. pen., sez. V, 3 ottobre 1997, n. 4264, p.m. in proc. Ferjani, *ivi*, n. 208828. Si è, peraltro, affermato che «Ai fini dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, nel reddito complessivo dell'istante, ai sensi dell'art. 76 del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, deve essere computato anche il reddito di qualunque persona che con lui conviva e contribuisca alla vita in comune (Nella specie, la Corte ha rigettato il ricorso avverso una decisione che aveva revocato l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato in considerazione dei redditi percepiti dalla madre della convivente "more uxorio" del soggetto beneficiario, anch'essa convivente con quest'ultimo, osservando che la locuzione "componente della famiglia", cui fa ricorso l'art. 76 citato, a differenza della parola "congiunti", non si riferisce ad un legame di consanguineità o di natura giuridica)» (Cass. pen., sez. IV, 20 settembre 2012, n. 44121, Indiveri, *ivi*, n. 253643).

conto della somma dei redditi conseguiti da ogni componente della famiglia, anche di fatto, nessun obbligo giuridico grava, poi, a carico del convivente *more uxorio* per le spese di giustizia che devono essere sostenute dal *partner*; ciò anche quando questi non ha alcun mezzo di sostentamento e si è visto respingere la richiesta di ammissione al patrocinio dei non abbienti proprio a causa del reddito dell'altro convivente. Sicché, ove l'interessato non possa procurarsi un'assistenza in giudizio con i propri mezzi, finisce per vedere il suo diritto di azione e difesa sottoposto a una condizione meramente potestativa, ossia interamente rimesso al consenso e alla disponibilità altrui¹⁰⁵. Il che è un evidente paradosso, visto che tra le ragioni per cui le coppie di fatto scelgono di non formalizzare la loro unione, spesso, vi è appunto quella di non far nascere obblighi di tipo patrimoniale. Un elemento significativo, che contrariamente a quanto affermato dai giudici, avrebbe dovuto portare a concludere che «proprio il carattere naturale dell'obbligazione sussistente fra conviventi *more uxorio* costituisca un impedimento difficilmente superabile ai fini dell'attribuzione di rilevanza alla famiglia di fatto nell'accesso al patrocinio»¹⁰⁶.

10. Le questioni problematiche. Le incompatibilità del giudice.

Tra le disposizioni del codice di procedura penale, che non menzionano i conviventi, ma solo i coniugi o i prossimi congiunti, vanno evidenziate: le norme sulle incompatibilità del giudice dettate da ragioni di carattere personale previste dagli articoli 35 e 36, lettere a), b), d), e) ed f); l'art. 90 c.p.p. che indica i soggetti legittimati ad esercitare i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa deceduta in conseguenza del reato; l'art. 632 c.p.p. a proposito della legittimazione a formulare richiesta di revisione della sentenza di condanna; nonché l'art. 96, comma 3, c.p.p. relativamente alla nomina del difensore di fiducia della persona arrestata, fermata o in custodia cautelare, finché la stessa non vi provveda¹⁰⁷.

In tutti questi casi il mancato richiamo ai conviventi pone delicati interrogativi, i quali, per quanto riguarda le situazioni d'incompatibilità del giudice, si complicano ulteriormente alla luce degli articoli 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario, così come modificati dal d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, che, invece, richiamano pure i conviventi.

Ora, è noto che a tutela del principio per cui il giudice non solo deve essere, ma deve anche apparire imparziale, sono previste tassative situazioni di incompatibilità in presenza delle quali il giudice ha il dovere di astenersi e le parti hanno il diritto di chiederne la riconsunzione *ex art.* 37 c.p.p.

Tra le ipotesi legate a motivi di carattere personale, l'art. 35 c.p.p. stabilisce l'incompatibilità per ragioni di parentela, affinità o coniugio, disponendo che «nello stesso procedimento non possono esercitare funzioni anche separate o diverse, giudici che sono tra loro coniugi, parenti o affini fino al secondo grado». Tale fattispecie, per effetto del richiamo dell'art. 36 lett. g) c.p.p. costituisce causa di astensione, analogamente ai casi in cui, ai sensi delle lettere a), b), d), e) ed f), il giudice: «ha interesse nel procedimento o alcuna delle parti private o il difensore è debitore o creditore di lui, del coniuge o dei figli»; «se è tutore, curatore, procuratore o datore di lavoro di una delle parti private ovvero se il difensore, procuratore o curatore di una delle parti private è prossimo congiunto di lui o del coniuge»; «se vi è inimicizia grave fra lui o un prossimo congiunto e una delle parti private»; «se alcuno dei prossimi congiunti di lui o del coniuge è offeso o danneggiato dal reato o parte privata»; nonché «se un prossimo congiunto svolge o ha svolto funzioni di pubblico ministero».

Come si è detto, in tutte queste ipotesi manca un riferimento al convivente *more uxorio*, a differenza di quanto stabilito dagli articoli 18 e 19 O.G., che, a proposito delle incompatibilità

¹⁰⁵ Al riguardo, v. MILELLA, "Gratuito patrocinio" e famiglia di fatto, in *Dir. e società*, 2008, 482, a cui si rimanda per ulteriori interessanti considerazioni e per ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Un riferimento ai prossimi congiunti è anche previsto in un'ipotesi molto particolare d'incapacità e incompatibilità dell'interprete, disciplinata dall'art. 144, lett. d), c.p.p. ove è disposto che non può prestare ufficio di interprete, a pena di nullità, «chi non può essere assunto come testimone o ha facoltà di astenersi dal testimoniare o chi è chiamato a prestare ufficio di testimone o di perito ovvero è stato nominato consulente tecnico nello stesso procedimento o in un procedimento connesso. Nondimeno, nel caso previsto dall'art. 119 (*ossia, quando un sordo, un muto o un sordomuto vogliono o devono fare dichiarazioni*), la qualità di interprete può essere assunta da un prossimo congiunto della persona sorda, muta o sordomuta».

di sede per rapporti di parentela o affinità con esercenti la professione forense, da una parte, e dell'incompatibilità di sede per rapporti di parentela o affinità con magistrati o ufficiali o agenti di polizia giudiziaria della stessa sede, dall'altra, menzionano espressamente sia il coniuge che il convivente, così dimostrando di dare rilievo non al vincolo formale sancito dal matrimonio ma all'esistenza di un rapporto familiare più latamente inteso, che tenga conto del legame affettivo e di solidarietà che vincola i suoi componenti.

Eppure, si tratta di disposizioni che condividono con gli articoli 35 e 36 c.p.p., sopra richiamati, la medesima *ratio*, ossia la tutela della imparzialità del giudice, e producono gli stessi effetti, visto che, in virtù del richiamo dell'art. 36 lett. g) c.p.p., impongono al giudice il dovere di astenersi¹⁰⁸.

Ed invero, alla base della previsione contenuta nell'art. 18 O.G. vi è l'esigenza di salvaguardare il prestigio e l'onorabilità della magistratura allontanando il sospetto che nasce dall'esistenza della concentrazione di poteri decisori in capo ai membri della stessa famiglia¹⁰⁹. Lo scopo, cioè, è tutelare l'immagine anche esterna d'imparzialità che deve accompagnare l'attività del giudice, evitando possa sorgere il timore che questi possa finire per avvantaggiare il professionista a lui legato da strettissimi rapporti familiari. Un'esigenza di così chiaro rilievo da non potere essere agganciata al solo dettato normativo. Tant'è che, ancor prima della riforma del 2006, già il CSM, con una circolare del 2003¹¹⁰, aveva affermato che, in mancanza di una previsione espressa, pur non essendo possibile applicare analogicamente l'art. 18, l'esistenza sia di rapporti di coniugio che di stabile convivenza integrassero, comunque, una situazione analoga rilevante ai sensi dell'art. 2 della Legge sulle Garantigie, a causa dell'impossibilità di amministrare giustizia in quella sede col necessario prestigio¹¹¹. A proposito, in particolare, della situazione personale del magistrato e dell'esercente la professione forense che scelgono di convivere, si è evidenziato che, ferme le differenze tra il coniugio e la convivenza sotto il profilo della rilevanza giuridica e degli effetti conseguenti, la convivenza determini, all'esterno, un'immagine sostanzialmente sovrapponibile a quella del rapporto di coniugio con evidenti riflessi in termini di incompatibilità. Se, infatti, il fine è preservare «l'immagine di corretto ed imparziale esercizio della funzione giurisdizionale da parte del singolo magistrato e, più in generale, del suo ufficio di appartenenza, indipendentemente dalla effettiva imparzialità del giudizio, il rapporto di parentela con esercente la professione forense rischia di determinare di per sé un appannamento della immagine di corretto esercizio della funzione»¹¹². Per l'individuazione di questa situazione di fatto si attribuisce rilievo, da una parte, all'elemento soggettivo concretantesi nel reciproco trattamento analogo a quello coniugale, dall'altro, all'elemento oggettivo, estrinsecantesi oltre che nella notorietà anche nella stabilità del rapporto e l'identificazione del criterio minimo di stabilità indispensabile per riconoscerle rilievo». Incombe sul magistrato l'onere di dichiarare la condizione di convivenza allorché la stessa, sia per come viene affettivamente vissuta sia per la situazione di fatto conseguente, abbia assunto i caratteri della stabilità¹¹³.

Queste indicazioni sono state recepite dal legislatore del 2006 che, nel riformare le norme sull'ordinamento giudiziario¹¹⁴, sul punto, ha sostanzialmente riprodotto le regole tratteggiate

¹⁰⁸ Oltre a potere determinare il trasferimento del magistrato da parte del C.S.M.

¹⁰⁹ E ancora: si vuole cercare di evitare il pericolo che reiterate astensioni possano compromettere il funzionamento degli uffici (GUIDUCCI, *L'incompatibilità a giudicare*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, in *Soggetti e atti*, vol. I, *I soggetti*, t. 1, a cura di Dean, Torino, 2009, 236).

¹¹⁰ Circolare n. P-23531/2003 del 10 dicembre 2003 – Deliberazione del 4 dicembre 2003 sui *Criteri di applicazione degli art. 18 e 19 O.G. nonché situazioni analoghe rilevanti ex art. 2 Legge Garantigie*, in *www.csm.it*. Si osserva, specificamente, che «Esclusa la possibilità di interpretazione analogica, attesa la natura eccezionale del disposto dell'art. 18 O.G. che impone limitazioni alla facoltà di elezione della sede da parte del magistrato e costituisce deroga al principio costituzionale della inamovibilità, si ritiene che simili situazioni debbano trovare collocazione nel disposto dell'art. 2 L.G.».

¹¹¹ Segnatamente, l'art. 2 L.G., nel disciplinare il trasferimento ad altra sede dei magistrati nei casi di cui agli artt. 16, 18 e 19 O.G. (che sono situazioni di incompatibilità ambientale "specifiche"), prevede, in via generale, la stessa procedura anche «quando, per qualsiasi causa anche indipendente da loro colpa, non possono, nella sede che occupano, amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'Ordine Giudiziario».

¹¹² Circolare n. P-23531/2003 del 10 dicembre 2003 – Deliberazione del 4 dicembre 2003 sui *Criteri di applicazione degli art. 18 e 19 O.G. nonché situazioni analoghe rilevanti ex art. 2 Legge Garantigie*, cit.

¹¹³ Una successiva circolare del 2007, modificata nel 2009, ha dato rilievo, in generale, all'esistenza di una stabile coabitazione (Cfr. CSM, *Regime delle incompatibilità ex artt. 18 e 19 O.G., nonché di situazioni analoghe rilevanti ex art. 2 L.G.*, Circolare n. P-12940/2007 del 25 maggio 2007, modificata con Circolare n. P-8394 del 14 aprile 2009, punto n. 5, in *www.csm.it*).

¹¹⁴ La riforma è stata introdotta con d.legisl. 23 febbraio 2006, n. 109.

dalla circolare del 2003¹¹⁵.

È così che «i magistrati requiranti e giudicanti delle corti di appello e dei tribunali non possono appartenere ad uffici giudiziari nelle sedi nelle quali i loro parenti fino al secondo grado, gli affini in primo grado, il coniuge o il convivente, esercitano la professione di avvocato». L'art. 18 O.G. prevede come valutare in concreto l'incompatibilità di sede applicando i criteri espressamente previsti¹¹⁶.

Anche le ipotesi di incompatibilità di sede per rapporti di parentela o affinità con magistrati, indicate dall'art. 19 O.G. e finalizzate anch'esse alla tutela dell'immagine di imparziale esercizio della giurisdizione, a seguito della riforma del 2006, sono state espressamente estese ai rapporti di coniugio e di convivenza. Alla base della disciplina viene in rilievo la lesione che può derivare pure dalla sola apparenza di reciproci condizionamenti nell'esercizio della funzione connessa alla compresenza di parenti o affini presso lo stesso ufficio giudiziario¹¹⁷. Un *vulnus* che, anche in questo caso, pur in mancanza di un'espressa indicazione da parte dell'art. 19 O.G., il CSM nella Circolare del 2003 aveva ritenuto assumesse rilievo *ex art. 2 Legge Garantigie*.

A proposito della nuova formulazione dell'art. 19 O.G., in verità, un riferimento espresso ai rapporti di convivenza manca quando si tratti dei legami tra magistrati e ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, nondimeno, il Consiglio con la circolare del 2007 estende il dettato normativo anche ad essi, partendo dal presupposto che la legge, dopo aver indicato con precisione i tipi di rapporto che determinano incompatibilità, utilizza l'espressione sintetica "parenti e affini" ai commi successivi per designare complessivamente tutte le situazioni rilevanti¹¹⁸.

Ciò posto, non sembra potersi revocare in dubbio che l'art. 35 c.p.p. debba considerarsi il logico corollario dell'art. 19 O.G.: entrambi sono preposti a contemperare, da un lato, il pericolo che rapporti di parentela o affinità possano determinare il prevalere dell'opinione del parente o dell'affine, anziché della libera determinazione del giudice, andando ad incidere sulla serenità di giudizio e culminando in un'affettuosa acquiescenza dell'un giudice sull'operato dell'altro; dall'altro, a salvaguardare il buon funzionamento della giustizia da sospetti di parzialità¹¹⁹. Con la differenza, però, che, mentre con le incompatibilità previste dall'art. 35 c.p.p. e, più in generale, con la disciplina dell'astensione si tende a preservare la libertà del magistrato nel singolo procedimento, allorché occasionalmente si verifichi una situazione rilevante; con la disposizione di cui all'art. 19 O.G. si perseguono finalità più ampie e diverse, tendendo a preservare l'immagine d'imparzialità dell'ufficio e della funzione svolta¹²⁰. Ma soprattutto, mentre nella situazione presa in considerazione dall'art. 35 c.p.p. il rapporto affettivo può influire direttamente sui risultati della votazione collegiale, in quella considerata dall'art. 19 O.G. la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'esito del giudizio avviene mediante un'opera di condizionamento svolta al di fuori del processo¹²¹.

E allora, stante l'identità di *ratio* tra le due discipline e la lesione all'immagine di imparzialità che deriva dalla sussistenza di legami affettivi particolarmente stretti tra magistrati che partecipano allo stesso procedimento, non può che apparire irragionevole la limitazione delle incompatibilità previste dagli articoli 35 e 36 c.p.p. ai rapporti di coniugio e non anche

¹¹⁵ Sul punto, fra gli altri, v. FANTACCHIOTTI-FIANDANESE, *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Padova, 2008, 327.

¹¹⁶ Si tiene conto della rilevanza della professione svolta innanzi all'ufficio di appartenenza del magistrato, delle dimensioni dell'ufficio, della materia trattata sia dal magistrato che dal professionista, della funzione specialista dell'ufficio giudiziario.

Sono fissate due ipotesi di incompatibilità presunta qualora si tratti di tribunali organizzati in un'unica sezione o di Procure della Repubblica istituite presso tribunali strutturati in un'unica sezione, fatta salva l'eventualità in cui il magistrato operi esclusivamente in sezione distaccata e il parente o l'affine non svolga presso tale sezione alcuna attività o viceversa. E ancora: ricorre sempre una situazione di incompatibilità di sede per i magistrati preposti alla direzione di uffici giudicanti e requiranti dove un parente o un affine eserciti la professione forense presso l'Ufficio dagli stessi diretto, salvo valutazione caso per caso per i Tribunali ordinari organizzati con una pluralità di sezioni per ciascun settore di attività civile e penale.

¹¹⁷ FANTACCHIOTTI-FIANDANESE, *Il nuovo ordinamento giudiziario*, cit., 331.

¹¹⁸ Al riguardo, cfr. POMODORO, *Manuale di ordinamento giudiziario*, Torino, 2012, 150.

¹¹⁹ In questi termini v. GUIDUCCI, *L'incompatibilità a giudicare*, cit., 238-239.

¹²⁰ FANTACCHIOTTI-FIANDANESE, *Il nuovo ordinamento giudiziario*, cit., 331; altresì, v. FORTUNA, *Astensione e ricasazione del giudice*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, in *Soggetti e atti*, vol. I, *I soggetti*, t. 1, a cura di Dean, cit., 281 ss., a cui si rimanda per un ulteriore approfondimento dell'argomento e per i richiami bibliografici e giurisprudenziali.

¹²¹ DITTRICH, *L'incompatibilità determinata da rapporti di parentela ed affinità*, in *Giur. it.*, 1988, 347; GIAMBRUNO, *Sub art. 35*, in AA.VV., *Codice di procedura penale*, a cura di Tranchina, Milano, 2008, 375.

di convivenza *more uxorio*¹²². Specialmente, in quanto l'assenza di una previsione legislativa non va tanto a riflettersi negativamente sui rapporti personali e patrimoniali intercorrenti tra i conviventi, quanto sull'"esterno" della coppia, e cioè sui soggetti potenzialmente esposti ad una decisione non imparziale¹²³.

Certo, il ricorso a una lettura di tipo analogico della disciplina potrebbe non rappresentare una soluzione appagante, presentando il rischio di fornire alle parti «una sorta di strumento ricattatorio, diretto esclusivamente, attraverso un utilizzo in chiave spregiudicata della ricsuzione, a far emergere legami affettivi magari del tutto occasionali e circondati da un assoluto riserbo degli interessati»¹²⁴. Tuttavia, si tratta di un rischio comune alla rilevazione delle situazioni d'incompatibilità di sede previste dagli artt. 18 e 19 O.G., e che può essere risolto alla luce dei criteri che il CSM con la circolare del 2003 aveva già provveduto ad individuare e che sono stati ulteriormente specificati da provvedimenti successivi¹²⁵, in cui si è statuito che la situazione di convivenza apprezzabile è solo quella determinata da una relazione sentimentale connotata dal carattere della stabilità; mentre, al contrario, non è un elemento determinante la sussistenza di un rapporto assimilabile a quello matrimoniale, né la comune residenza anagrafica; così come è giudicato indifferente il rapporto di genere. Un punto, comunque, può dirsi fermo: «eventuali altre forme di convivenza o di stabile relazione sentimentale possono essere ritenute rilevanti, ai sensi dell'art. 2 Legge Guarentigie, quando incidano sulla piena indipendenza ed imparzialità del magistrato»¹²⁶.

Va, peraltro, evidenziato che, tutte le volte in cui il legislatore ha ritenuto che l'esistenza di relazioni personali tra il giudice, i suoi familiari e le parti del processo possano pregiudicare anche soltanto l'immagine d'imparzialità che il giudice deve possedere, questi, pure in mancanza di un espresso richiamo ai rapporti di convivenza, è tenuto ad astenersi ai sensi dell'art. 36, lett. h), c.p.p. per "gravi ragioni di convenienza"¹²⁷. Analogamente, deve agire il pubblico ministero *ex art. 52, comma 1, c.p.p.* Un obbligo che, per gli aderenti alla Associazione Nazionale Magistrati, sussiste anche alla luce dell'art. 10 del Codice etico¹²⁸, il quale prevede che, affinché l'immagine di imparzialità sia sempre pienamente garantita, il magistrato deve valutare «con il massimo rigore la ricorrenza di situazioni di possibile astensione per gravi ragioni di opportunità».

11. Le ipotesi di legittimazione processuale dei prossimi congiunti dell'offeso o dell'imputato.

Non ci sembra che il riferimento espresso ai prossimi congiunti contenuto nell'art. 90

¹²² Sostiene la tesi dell'applicabilità in via analogica dell'art. 35 c.p.p. anche ai conviventi *more uxorio*, in particolare, BARONE, *Sub art. 35, in Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da Amodio-Dominioni, vol. I, Milano, 1989, 232; *contra* BONETTI, *Famiglia e processo penale*, cit., 22.

¹²³ RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, Milano, 1996, 398.

¹²⁴ RIVELLO, *op. loc. cit.*

¹²⁵ CSM, *La riforma dell'Ordinamento giudiziario. Prime delibere di attuazione. Raccolta aggiornata al 30 settembre 2012*, in particolare, cfr. Delibera del 25 giugno del 2008 sulla *Rilevanza ai sensi dell'art. 18 O.G. della situazione di convivenza tra un magistrato e un avvocato esercente abitualmente la professione nello stesso ufficio giudiziario del primo*; Circolare n. P-8394 del 14 aprile 2009 - Delibera in data 1° aprile 2009, *Regime delle incompatibilità ex artt. 18 e 19 O.G., nonché di situazioni analoghe rilevanti ex art. 2 L.G. Modifiche alla circolare n. P-12940/2007 del 25 maggio 2007 - Testo integrato con le modifiche*, in www.csm.it/documenti%20pdf/regolamenti/ordinamentoGiudiziario.pdf.

¹²⁶ In questi termini v. Delibera del 25 giugno del 2008 sulla *Rilevanza ai sensi dell'art. 18 O.G. della situazione di convivenza tra un magistrato e un avvocato esercente abitualmente la professione nello stesso ufficio giudiziario del primo*, cit., 39.

¹²⁷ Come hanno chiaramente affermato le Sezioni unite civili «Il magistrato il quale risulti avere, o avere avuto, una relazione sentimentale con una qualsiasi delle parti dei processi nei quali è chiamato a giudicare o con taluno dei legali che tali parti assistono, viene a trovarsi in una situazione in cui, per gravi ragioni di convenienza, egli – a norma degli artt. 36, comma 1, lett. h), c.p.p. e 51, comma 2, c.p.c. – ha l'obbligo deontologico di astenersi, dato che il legame di affetto tra il giudice e la parte o il suo difensore finisce per intaccare la serenità e la capacità del giudice di essere imparziale, ovvero per ingenerare, sia pure ingiustificatamente, il sospetto che egli possa rendere una decisione ispirata a fini diversi da quelli istituzionali ed intesa, per ragioni private e personali, a favorire o danneggiare gli eventuali destinatari; ne consegue che la mancata, tempestiva presentazione di istanza di astensione, integrando lesione di regole basilari della deontologia professionale nello svolgimento dell'attività giudiziaria, costituisce illecito disciplinare (Nella specie l'incolpata, in qualità di giudice per le indagini preliminari, aveva omesso di astenersi tempestivamente dalla trattazione di alcuni procedimenti penali nei quali risultava difensore un avvocato con il quale ella, fino a qualche tempo prima, aveva intrattenuto una relazione sentimentale; in particolare il giudice aveva presentato istanza di astensione solo dopo aver provveduto all'interrogatorio dell'indagato, assistito da quell'avvocato, disponendone la scarcerazione)» (Cass. civ., sez. un., 22 novembre 2004, n. 21947, Nazzaro c. P.G. presso Corte di cassazione, in *C.e.d. Cass.*, n. 578083).

¹²⁸ Il Codice etico è stato approvato il 13 novembre 2010; per approfondimenti si consulti www.anm.it.

c.p.p. possa essere superato attraverso un'interpretazione di tipo analogico. La norma, con una significativa innovazione rispetto al codice di procedura penale del 1930, introduce una particolare ipotesi di estensione soggettiva prevedendo che «Qualora la persona offesa sia deceduta in conseguenza del reato, le facoltà e i diritti previsti dalla legge sono esercitati dai prossimi congiunti di essa»¹²⁹. Si tratta di un'attribuzione di poteri in via originaria, e non legata da rapporti di natura successoria, prevista «nell'improrogabile necessità» di garantire anche in questi casi un'adeguata tutela alle vittime¹³⁰. Sennonché, i riflessi che l'attribuzione di tali diritti e facoltà producono sulla validità degli atti processuali¹³¹ induce a ritenere che si sia in presenza di una previsione tassativa che può essere superata solo legislativamente o, al più, a seguito di una pronuncia delle Corti costituzionale, qualora si ravvisasse un'irragionevole violazione dei diritti del convivente superstite, in contrasto con gli articoli 2 e 3 Cost.

Sempre in considerazione del principio di tassatività che regola la disciplina delle inammissibilità, deve convenirsi che l'indicazione dei soggetti legittimati a proporre la richiesta di revisione ex art. 632 c.p.p. sia tassativa e, quindi, riguarda oltre, il condannato, un suo prossimo congiunto *iure proprio* o, se morto, *iure hereditario*, ma non anche il convivente *more uxorio*¹³².

A conclusioni diverse, invece, può giungersi a proposito della facoltà riconosciuta dall'art. 96 c.p.p. al prossimo congiunto di provvedere alla nomina del difensore di fiducia della persona fermata, arrestata o in custodia cautelare, finché la stessa non vi abbia provveduto. Andando in contrario avviso a quanto sostenuto dalla giurisprudenza che ha escluso che il novero dei prossimi congiunti possa essere ampliato in modo informale, fino a farvi ricomprendere, ad esempio, il convivente¹³³, ci sembra che poiché, qui, si tratti di rafforzare, in chiave di garanzia, i diritti del soggetto che essendo *in vinculis* si trova in uno stato di difficoltà ad operare liberamente la scelta del difensore, un'interpretazione estensiva della disciplina possa trovare fondamento nel principio del *favor rei*. La norma, peraltro, può essere letta anche alla luce di quanto previsto dall'art. 29 ord. pen. e dall'art. 62 reg. pen., i quali, al momento dell'ingresso in istituto garantiscono al detenuto di informare immediatamente i congiunti¹³⁴. È, infatti, anche grazie a questo avviso che essi possono attivarsi nel ricercare tempestivamente un difensore di fiducia al loro familiare; e tra i congiunti vanno ricompresi pure i soggetti legati al detenuto da rapporti di fatto, dato che – giova ricordare – proprio la sede penitenziaria è stata la prima in cui si è dato riconoscimento alla famiglia di fatto, basata sul rapporto di convivenza¹³⁵.

¹²⁹ Per quanto concerne la possibilità per i conviventi *more uxorio* di potersi costituire parte civile ex art. 74 c.p.p., la giurisprudenza a fronte di un orientamento maggioritario negativo risalente nel tempo, che considera legittimati a costituirsi parte civile solo i prossimi congiunti legati alla vittima da un vincolo non meramente affettivo ma affettivo-giuridico, atteso che «In base al principio del "neminem laedere", sancito nell'art. 2043 c.c., danno risarcibile è solo quello che si verifica per la lesione di un diritto. Pertanto, nel caso di morte di una persona, il soggetto che con essa conviveva ricevendone vantaggi o prestazioni, che chiami in giudizio il responsabile dell'evento mortale, deve dimostrare il suo diritto a quei vantaggi ed a quelle prestazioni della persona deceduta; diritto che non può discendere che da legge o da patto» (Cass. pen., sez. I, 7 luglio 1992, n. 9708, p.c. in proc. Giacometti, in *C.e.d. Cass.*, n. 191885; conf. Cass. pen., sez. IV, 12 giugno 1987, n. 9424, Muller, *ivi*, n. 176608), successivamente, ha affermato che «Agli effetti della "legittimatio ad causam", del soggetto, convivente di fatto della vittima dell'azione omicidiale di un terzo, viene in considerazione non già il rapporto interno tra i conviventi, bensì l'aggressione che tale rapporto ha subito ad opera del terzo. Conseguentemente, mentre è giuridicamente irrilevante che il rapporto interno non sia disciplinato dalla legge, l'aggressione ad opera del terzo legittima il convivente a costituirsi parte civile, essendo questi leso nel proprio diritto di libertà, nascente direttamente dalla costituzione, alla continuazione del rapporto, diritto assoluto e tutelabile "erga omnes", senza, perciò, interferenze da parte dei terzi. Tuttavia non ogni convivenza, anche soltanto occasionale, può ritenersi sufficiente a fondare un'azione risarcitoria: consistendo il danno patrimoniale risarcibile nel venir meno degli incrementi patrimoniali, che il convivente di fatto era indotto ad attendersi dal protrarsi nel tempo del rapporto, esso in tanto può essere risarcito, in quanto la convivenza abbia avuto un carattere di stabilità tale da far ragionevolmente ritenere che, ove non fosse intervenuta l'altrui azione omicidiale, la convivenza sarebbe continuata nel tempo» (Cass. pen., sez. I, 4 febbraio 1994, n. 3790, De Felice, *ivi*, n. 199108, nonché in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 371, con nota di PEYRON, *Sulla legittimazione del convivente di fatto a costituirsi parte civile in caso di omicidio*, a cui si rimanda per un approfondimento dell'argomento. Più di recente v. Cass. pen., sez. IV, 8 luglio 2002, n. 33305, Rocchetti, in *C.e.d. Cass.*, n. 222366).

¹³⁰ Volendo, v. CIAVOLA, Sub art. 90, in CONSO-GREVI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., 245.

¹³¹ Al riguardo, v. Cass. pen., sez. IV, 21 aprile 1995, Magurano, in *C.e.d. Cass.*, n. 201878. Rimane fermo che i diritti e le facoltà della persona offesa si estendono, ex art. 90, comma 3, c.p.p., ai prossimi congiunti solo se il decesso è stato conseguenza del reato, diversamente, essi potranno costituirsi in giudizio come parte civile in quanto danneggiati (In tal senso, ad esempio, v. Cass. pen., sez. V, 16 febbraio 2012, n. 11634, p.o. in proc. Iacobuzio, *ivi*, n. 252311; Cass. pen., sez. V, 2 luglio 2007, n. 31921, p.o. in proc. Briano, *ivi*, n. 237575; Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2003, n. 16715, Pagano, *ivi*, n. 224960).

¹³² Cfr. BONETTI, *Famiglia e processo penale*, cit., 36.

¹³³ Trib. Milano, 28 gennaio 1999, in *G. dir.*, 1999, n. 11, 105, v., altresì, PROCACCIANTI, Sub art. 96 c.p.p., in CONSO-GREVI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., 259.

¹³⁴ BONETTI, *Famiglia e processo penale*, cit., 29; analogamente, ma in senso critico, v. SCALFATI, Sub art. 96, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, vol. I, Milano, 2007, 708.

¹³⁵ In questi termini v. SPANGHER, Sub art. 29, in GREVI-GIOSTRA-DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, t. I, *Trattamento penitenziario*, a cura di Della Casa, 4ª ed., Padova, 2011, 371.

Meno problematica appare la lettura dell'art. 387 c.p.p. che – nel disporre che la polizia giudiziaria, una volta effettuato un arresto o un fermo, previo consenso dell'interessato, senza ritardo, debba darne notizia ai familiari – in virtù della nozione utilizzata, autorizza ad ampliare l'elenco dei destinatari dell'avviso, inglobandovi il convivente *more uxorio*¹³⁶. La norma, invero, di là da essere funzionale all'esercizio del potere di nomina di un difensore di fiducia *ex art. 96 c.p.p.*, è prevalentemente rivolta a permettere a coloro i quali sono legati all'arrestato o al ristretto da legami affettivi – siano essi o meno consacrati dall'esistenza di un matrimonio – di conoscere le sorti del proprio familiare, in via d'urgenza privato della libertà personale e, quindi, costretto a non poter fare ritorno presso la propria abitazione¹³⁷. In quest'ottica il collegamento con l'avviso previsto dagli articoli 29 ord. pen. e 63 reg. pen. risulta ancora più evidente: rispetto ad esso «si pone in posizione di avamposto, preliminare appunto all'accesso in una struttura custodiale»¹³⁸.

12. Il ruolo della famiglia nel trattamento penitenziario.

La famiglia rappresenta uno degli elementi fondamentali del trattamento penitenziario e una delle risorse principali per favorire il reinserimento sociale del condannato¹³⁹. In un sistema in cui, *ex art. 27*, comma 3, Cost., la pena non deve consistere in trattamenti disumani e degradanti e deve tendere alla rieducazione del condannato, è fin troppo evidente che la regolamentazione dei rapporti tra il detenuto e la famiglia rileva su entrambi i versanti della pena “costituzionale”¹⁴⁰. È così che ai rapporti con la famiglia l'ordinamento dedica una specifica attenzione già a partire dall'enunciazione contenuta nell'art. 15 ord. pen. a proposito degli elementi principali del trattamento¹⁴¹. A sua volta, l'art. 28 ord. pen. prevede espressamente che «particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie»; ciò in quanto è soprattutto attraverso queste relazioni che si assicura al detenuto la possibilità di mantenere un contatto con il mondo esterno, riducendo i rischi derivanti dal c.d. “processo di prigionizzazione”¹⁴².

Vi è l'idea che le relazioni affettive con la famiglia rappresentino un aspetto importante della vita del detenuto e di alto valore umano che deve essere salvaguardato dagli effetti della carcerazione, tanto che si fa gravare sull'Amministrazione penitenziaria l'obbligo di intervenire adeguatamente al riguardo¹⁴³.

Del resto, che la perdita di libertà non deve necessariamente comportare l'assenza di contatti con il mondo esterno, e specificamente con la propria famiglia, è un principio che è stato affermato dalle Regole penitenziarie europee del 1987¹⁴⁴ ed è stato successivamente ribadito

¹³⁶ BONETTI, *Famiglia e processo penale*, cit., 29.

¹³⁷ Al riguardo, ad esempio, v. Russo, Sub art. 386, in AA.VV., *Codice di procedura penale*, a cura di Tranchina, t. I, cit., 2916.

¹³⁸ Così BONETTI, *op. loc. cit.*, il quale evidenzia che «la disposizione è strumentale alla movimentazione, con immediatezza, perentoria e consentanea alla subitanità dell'atto restrittivo compiuto, della struttura familiare quale supporto morale, economico e giuridico».

¹³⁹ Sull'argomento v. BONETTI, *Famiglia e processo penale*, cit., 44 ss.

¹⁴⁰ DELLA CASA, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 122, il quale, invero, osserva «come potrebbe, ad esempio, definirsi “umano” un regime detentivo così ripiegato sulle proprie esigenze custodialistiche da negare al detenuto la possibilità di recarsi al capezzale del familiare o del convivente in imminente pericolo di vita? E analogamente, per quanto concerne il profilo del finalismo rieducativo, com'è possibile immaginare una serie di sforzi mirati al reinserimento del contesto sociale, che prescindano da una valorizzazione di quell'importante cellula-base, rappresentata dalla famiglia?».

¹⁴¹ DIDI, Sub art. 15, in *Codice dell'esecuzione penitenziaria*, a cura di Peroni-Scafati, Milano, 2006, 206.

¹⁴² CLEMMER, *The Prison Community*, Boston, The Christopher Publishing House, 1941, tr. it. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Torino, 1997, 205 e ss. Segnatamente, l'A. evidenzia come il processo di “prigionizzazione” comporti un lento e graduale adeguamento del soggetto ai costumi, alla cultura e al codice d'onore del carcere, che alimenta e approfondisce l'antisocialità del detenuto, rendendolo sempre più estraneo alla società civile e sempre più aderente alla subcultura della comunità del carcere (In argomento, fra i tanti, v. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010, 248 ss.).

¹⁴³ Al riguardo, per tutti, v. BRUNETTI-ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, Piacenza, 2005, 336.

¹⁴⁴ Cfr. *Le nuove regole penitenziarie europee*, versione europea rivista e aggiornata delle regole minime per il trattamento dei detenuti, Raccomandazione R(87)3 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 12 febbraio 1987, nel corso della 40esima riunione dei Delegati dei Ministri, in www.rassegnapenitenziaria.it. Precisamente, si osserva che «La detenzione, data la privazione della libertà, è una punizione in quanto tale. La condizione della detenzione e i regimi penitenziari non devono quindi aggravare la sofferenza inerente ad essa, eccetto che come condizione accidentale giustificata dalla necessità dell'isolamento o di mantenere la disciplina» (§ 64); inoltre, «Ogni sforzo deve essere fatto per assicurarsi che i regimi degli istituti siano regolati e gestiti in maniera da: [...] b) ridurre al minimo gli effetti negativi della detenzione e le differenze tra la vita in carcere e quella in libertà, differenze che tendono a far diminuire il rispetto di sé e il senso della responsabilità personale nei detenuti; c) mantenere e rinforzare i legami dei detenuti con i membri della loro famiglia e la comunità esterna al fine di proteggere gli interessi dei detenuti e delle loro famiglie» (§ 65).

dalle Regole penitenziarie europee del 2006¹⁴⁵. A questo fine, gli Stati devono consentire frequenti comunicazioni e visite con i familiari per permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni il più possibile normali, nonché autorizzare il detenuto ad uscire dall'istituto per ragioni umanitarie o garantire che i detenuti ricevano le informazioni importanti riguardanti i membri delle loro famiglie e che informazioni più importanti che li riguardano siano trasmesse alle persone interessate all'esterno dell'istituto¹⁴⁶.

L'ordinamento penitenziario del 1975 si pone in linea con queste affermazioni di principio, come si ricava dalla lettura di diverse disposizioni. In tale ambito, l'art. 28 rappresenta la premessa di una serie articolata di previsioni, che, da un lato, danno concreta attuazione alla norma, dall'altro, trovano in questa la premessa per la loro realizzazione¹⁴⁷. Più precisamente, i rapporti del detenuto con il mondo esterno e, in particolare, con la famiglia sono garantiti attraverso un insieme di norme volte, anzitutto, a mantenere un contatto diretto con la famiglia all'interno del carcere, in secondo luogo, permettendo al detenuto di uscire fuori dalla struttura. L'attenzione da parte del legislatore è rivolta alle esigenze e ai diritti del detenuto, ma anche, sia pure in modo, generalmente, solo indiretto, agli interessi dei familiari, spesso definiti "vittime dimenticate"¹⁴⁸. Ed invero, come sottolineano le Regole penitenziarie europee, ogni sforzo deve essere sì compiuto per mantenere e rinforzare i legami familiari al fine di proteggere gli interessi dei detenuti, ma anche per tutelare gli interessi delle loro famiglie. Dove, il termine famiglia va inteso in senso lato in modo da inglobarvi la relazione che il detenuto ha stabilito con una persona che può essere comparata a quella con i membri della sua famiglia quand'anche la relazione non sia stata ufficializzata¹⁴⁹.

Tale lettura è condivisa da tempo anche dalla dottrina¹⁵⁰ e dalla giurisprudenza italiana¹⁵¹ nell'interpretare le disposizioni sull'ordinamento penitenziario, sostengono che, poiché rileva una nozione di famiglia riconducibile alla sfera affettiva del detenuto, deve ritenersi superata ogni distinzione tra situazioni di fatto e di diritto. Ogni riferimento va, dunque, non soltanto alla famiglia detta legittima (fondata sul matrimonio), ma anche a quella allargata, comprensiva anche degli affini, e di fatto, basata, cioè, sulla convivenza *more uxorio*¹⁵². Il regolamento penitenziario introdotto dal d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, nel rafforzare il senso della disciplina ponendo l'accento sull'attenzione e la cura con cui devono trattarsi tutte quelle situazioni familiari e relazionali che continuano a incidere sulla condizione attuale dei detenuti e sulle loro aspettative di vita futura¹⁵³, non ha fatto altro che formalizzare questa lettura, indicando, in diverse occasioni, espressamente i congiunti e i conviventi tra i familiari; sebbene, in verità, tra i conviventi devono farsi rientrare tutti coloro che coabitavano con il detenuto, anche al di là dell'esistenza di una relazione affettiva.

13. La cura e il mantenimento delle relazioni familiari.

Le indicazioni sul vissuto familiare, anzitutto, vengono assunte nel corso del primo collo-

¹⁴⁵ In particolare, v. Art. 24 - Contatti con l'esterno, *Raccomandazione R(2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole Penitenziarie Europee*, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006, in occasione della 952esima riunione dei Delegati dei Ministri, in *www.coe.int*.

¹⁴⁶ Al riguardo, v. Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria. Ufficio studi, ricerche, legislazione e rapporti internazionali, *Le regole penitenziarie europee. Allegato alla Raccomandazione R (2006)2 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006*, Ministero della Giustizia, Roma, 22 ss., in *www.rassegnapenitenziaria.it*.

¹⁴⁷ SPANGHER, *Sub art. 28*, in GREVI-GIOSTRA-DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, t. I, *Trattamento penitenziario*, a cura di Della Casa, 4ª ed., cit., 365.

¹⁴⁸ Questa definizione si deve, in particolare, a MATTHEWS, *Forgotten victims. How prison affects the family*, London, NACRO, 1983, a cui si rimanda per ulteriori approfondimenti.

¹⁴⁹ Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria. Ufficio studi, ricerche, legislazione e rapporti internazionali, *Le regole penitenziarie europee. Allegato*, cit., 76.

¹⁵⁰ Cfr. SPANGHER, *Sub art. 28*, cit., 365.

¹⁵¹ Cass. pen., sez. V, 27 gennaio 1995, n. 2216, Lafleur, in *C.e.d. Cass.*, n. 200669, in cui si è affermato che «L'art. 18 della legge 26 luglio 1975, n. 354, nel disporre che i detenuti sono ammessi ad avere colloqui con i congiunti (primo comma) e che particolare favore è accordato al colloquio con i familiari (terzo comma), autorizza un'interpretazione non restrittiva dei termini "congiunti" e "familiari"».

¹⁵² In questi termini, in particolare, v. BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati*, in AA.VV., *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, a cura di Corso, 4ª ed., Bologna, 2011, 121; analogamente BONETTI, *Tutela della riservatezza ed ambito penitenziario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 856, il quale aggiunge: «per dilatarsi, in sintonia con i parametri europei, in modo ampio, addirittura verso qualsivoglia persona con cui l'interessato risulti "abituamente in contatto"».

¹⁵³ BRUNETTI-ZICONE, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 340.

quiu con il detenuto all'atto del suo ingresso in carcere, allorché egli «è invitato a segnalare gli eventuali problemi personali e familiari che richiedono interventi immediati. Di tali problemi la direzione informa il centro di servizio sociale» (art. 23 reg. pen.). Queste informazioni sono, successivamente, integrate e approfondite attraverso l'osservazione scientifica della personalità del detenuto e vengono conservate nella sua cartella personale.

L'esigenza di mantenere un contatto con la famiglia è tenuta in considerazione a partire dalla decisione sul luogo di esecuzione della pena favorendo la scelta di istituti prossimi alla residenza delle famiglie¹⁵⁴. Gli stessi trasferimenti legati al regime di sorveglianza particolare *ex art. 14 bis* ord. pen. devono determinare il minimo pregiudizio possibile per i familiari. In questa prospettiva, quelli familiari – si è osservato – si configurano come i principali “interessi umani” che il trattamento rieducativo tende a sostenere, com'è confermato dalle norme regolamentari interne a ogni istituto, che devono consentire «il possesso di oggetti di particolare valore morale e affettivo» (art. 10 reg. pen.); nonché – con le precauzioni del caso –, la ricezione dall'esterno di oggetti e generi alimentari, attraverso i c.d. “pacchi alimentari”, elementi anch'essi giudicati fondamentali per avere un contatto, sia pure indiretto, con le famiglie¹⁵⁵.

Durante la detenzione, gli strumenti principali per mantenere i rapporti familiari sono i colloqui e la corrispondenza, specialmente, telefonica.

L'art. 18 ord. pen., sul punto, si limita a prevedere che particolare favore viene accordato ai colloqui con i familiari. Il regolamento penitenziario, all'art. 37, ha, poi, provveduto a specificare chi debbano intendersi per tali, indicando, a questi fini, i congiunti e i conviventi, così mostrando – si è già detto – di riconoscere particolare valore ai rapporti di vita e affettivi, quali esistono nella realtà dei fatti¹⁵⁶. In tal modo sono stati superati i problemi interpretativi che poneva la disciplina precedente che faceva menzione dei congiunti o dei familiari mettendo in dubbio se i due termini dovessero essere considerati equivalenti, e se tra costoro potessero annoverarsi anche i soggetti legati al detenuto da una parentela naturale¹⁵⁷. La giurisprudenza, per il vero, aveva tentato di superare tale dubbio affermando che la normativa autorizzasse un'interpretazione non restrittiva dei termini “congiunti” e “familiari”¹⁵⁸. Nello stesso senso si era orientato il DAP che in una Circolare del 1998 aveva sottolineato come il concetto di famiglia, evolutosi in termini più sociologici che giuridici, non consentisse di indicare un preciso concetto giuridico di famiglia valido anche a determinare l'ambito dei suoi componenti¹⁵⁹. «Data l'integrazione di elementi sociali, culturali ed affettivi che si osserva nella famiglia, questa riveste il carattere di istituzione e rappresenta in genere il nucleo di maggior condensazione dei sistemi di parentela. In senso sociologico quindi si può dire che la famiglia sia un gruppo sociale o unità fondamentale dell'organizzazione sociale, caratterizzato dalla residenza comune, dalla cooperazione economica e dalla riproduzione»¹⁶⁰. Ne consegue che con i due termini congiunti e familiari devono indicarsi tutti coloro che sono legati da vincolo di parentela o di coniugio, compresi i figli naturali, gli adottivi e gli affiliati; mentre, per “conviventi” devono intendersi le persone che coabitavano col detenuto prima della carcerazione, senza attribuire alcuna rilevanza all'identità del sesso o alla tipologia dei rapporti concretamente intrattenuti con il detenuto medesimo (*more uxorio*, di amicizia, di collaborazione domestica, di lavoro alla pari, etc.)¹⁶¹.

Vista l'importanza dei rapporti con i familiari, il diritto di effettuare sei colloqui al mese sussiste, anche quando si tratta di detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare *ex art. 14-quater* ord. pen. Diversamente, quando si tratta di detenuti o internati per uno dei reati previsti dal primo periodo del primo comma dell'art. 4-*bis* ord. pen. e per i quali si applichi

¹⁵⁴ Questa regola, secondo il combinato disposto degli articoli 14 e 42 ord. pen., vale sia per le assegnazioni che per i trasferimenti.

¹⁵⁵ BARGIACCHI, *Esecuzione della pena e relazioni familiari. Aspetti giuridici e sociologici*, in www.altrodiritto.unifi.it, la quale, altresì, evidenzia come «Il “pacco” ha sia per i detenuti che per i familiari un forte contenuto simbolico, in quanto costituisce il mezzo per i familiari di poter accudire il soggetto detenuto, e rappresenta per il detenuto la conferma dell'affetto dei propri familiari, che si prodigano per il suo benessere».

¹⁵⁶ BRUNETTI-ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 345; analogamente v. SCOMPARIN, *Il sistema penitenziario*, in NEPPI MODONA-PETRINI-SCOMPARIN, *Giustizia penale e servizi sociali*, Roma-Bari, 2009, 249.

¹⁵⁷ Sull'argomento, fra gli altri, cfr. CIRIGNOTTA-TURRINI VITA, *Colloqui e corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 651.

¹⁵⁸ Cass. pen., sez. V, 27 gennaio 1995, n. 2216, Lafleur, in *C.e.d. Cass.*, n. 200669, cit.

¹⁵⁹ Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, Circolare n. 3478/5928, 8 luglio 1998, relativa al riordino e chiarimento dei regimi dei colloqui e corrispondenza telefonica, 3, in www.dirittopenitenziario.it.

¹⁶⁰ Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, Circolare n. 3478/5928, 8 luglio 1998, cit., 3.

¹⁶¹ Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, Circolare n. 3478/5928, 8 luglio 1998, cit., 5.

il divieto di benefici ivi previsto, il numero dei colloqui non può essere superiore a quattro al mese. Numero dei colloqui che si riduce ulteriormente per i soggetti sottoposti al regime del 41-*bis* ord. pen., i quali hanno diritto ad un solo colloquio al mese ed esclusivamente con i familiari e i conviventi, salvo situazioni eccezionali (art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b), ord. pen.).

Sia chiaro: il detenuto, ove si tratti di congiunti o conviventi, gode di un vero e proprio diritto soggettivo al colloquio che l'Amministrazione, una volta accertata l'esistenza di un rapporto di parentela o di convivenza, non ha il potere di negare in base a valutazioni di tipo discrezionale¹⁶². La prova del rapporto di parentela può essere offerta anche mediante autocertificazione; per gli stranieri l'autocertificazione viene accettata solo se accompagnata da un documento di soggiorno e da uno di identità¹⁶³. Secondo le indicazioni del Ministero della Giustizia¹⁶⁴, i conviventi devono munirsi di un attestato di convivenza con la persona detenuta, certificazione che può essere richiesta al comune di residenza.

Il diritto al colloquio è chiaramente indicato nella Carta dei diritti e i doveri dei detenuti e degli internati¹⁶⁵ che, secondo quanto previsto dall'art. 69 reg. pen.¹⁶⁶, deve essere consegnata a ciascun interessato al momento dell'ingresso in carcere e deve essere portata a conoscenza dei relativi familiari. I colloqui hanno durata di un'ora, ma in particolari circostanze, se si tratta di congiunti o di conviventi, possono avere una durata superiore¹⁶⁷. È, inoltre, previsto che ai soggetti gravemente infermi, o quando il colloquio si svolge con prole di età inferiore a dieci anni ovvero quando ricorrano particolari circostanze, possano essere concessi colloqui anche fuori dei limiti stabiliti in via ordinaria. E ancora: nell'ottica della conservazione e della cura dei rapporti dei detenuti e degli internati con le loro famiglie, l'art. 61 reg. pen. prevede che, poiché particolare attenzione deve essere dedicata ad affrontare la crisi conseguente all'allontanamento del soggetto dal nucleo familiare¹⁶⁸, a rendere possibile il mantenimento di un valido rapporto con i figli, specie in età minore, e a preparare la famiglia e il soggetto stesso alla rimessione in libertà, su indicazione del gruppo di osservazione, possano essere concessi colloqui oltre quelli previsti dall'art. 37 reg. pen. o si possa autorizzare gli ospiti ad effettuare il colloquio con modalità particolari, permettendo di trascorrere insieme al detenuto una parte della giornata in appositi locali o all'aperto e di consumare un pasto in compagnia.

Una particolare attenzione alle relazioni familiari è accordata dalla legge anche nel caso di corrispondenza telefonica tra i detenuti e i loro congiunti o conviventi: il detenuto, in questi casi, ha diritto a una telefonata alla settimana di dieci minuti. Un analogo diritto gli spetta in caso di rientro nell'istituto dal permesso o dalla licenza. Quando si tratta di detenuti o internati esclusi dai benefici penitenziari *ex* art. 4-*bis* ord. pen., i colloqui telefonici non possono essere superiori a due al mese. Assai più rigido il regime previsto dal 41-*bis* ord. pen.: solo per coloro che non effettuano colloqui può essere autorizzato, e solo dopo i primi sei mesi di applicazione, un colloquio telefonico mensile con i familiari e i conviventi della durata massima di dieci minuti.

Tali limitazioni ai colloqui e alla corrispondenza telefonica suscitano perplessità, soprattutto dopo le ulteriori restrizioni introdotte dalla legge del 15 luglio 2009 n. 94. Se, infatti, non si può trascurare l'importanza di adottare degli strumenti efficaci nella lotta alla criminalità organizzata, recidendo o comunque circoscrivendo i contatti del detenuto con il mondo esterno, va altresì considerato che la mancata determinazione della durata temporale della misura produce degli effetti, a dir poco devastanti, sulle relazioni familiari. La Corte costituzionale,

¹⁶² Al riguardo, in particolare, v. Cass. pen., sez. un., 26 febbraio 2003, n. 25079, Gianni, in motivazione, spec. § 16, in *C.e.d. Cass.*, n. 224603; per un'analisi dell'argomento, *ex plurimis*, v. BERLOTTI, Sub art. 18, in GREVI-GIOSTRA-DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, t. I, *Trattamento penitenziario*, a cura di Della Casa, 4ª ed., cit., 227 ss.

¹⁶³ Per un approfondimento di questo aspetto del diritto ai colloqui cfr. BRUNETTI-ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 344 ss.

¹⁶⁴ Vedi Ministero Giustizia, *Procedure per colloqui e telefonate*, in *www.giustizia.it*.

¹⁶⁵ La Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati è stata approvata con D.m. del 5 dicembre 2012, il testo del provvedimento è consultabile sul sito del Ministero della Giustizia, in *www.giustizia.it*.

¹⁶⁶ Così come modificato dall'art. 1 del d.P.R. 5 giugno 2012, n. 136.

¹⁶⁷ Cfr. art. 37 reg. pen.

¹⁶⁸ Come ribadito anche dal Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, nella Circolare n. 3533/5983, 3 novembre 2000 - *colloqui e corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati, articoli 37 e 39 d.p.r. 230/2000*, «il concetto di nucleo familiare non coincide con quello dell'eguale espressione usata dalla normativa anagrafica e va inteso nell'accezione propria dell'ordinamento penitenziario, quale emerge dalla legge e dalle interpretazioni contenute nelle circolari già emesse in materia».

sin dalla prima delle sue pronunce in tema di 41-*bis*, comma 2, ord. pen.¹⁶⁹, ha affermato che una lettura costituzionalmente corretta della disposizione emergenziale postula, tra l'altro, che anche nei confronti dei detenuti sottoposti al regime restrittivo in esame la pena detentiva non possa porsi in contrasto con il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, né rinunciare totalmente al principio del finalismo rieducativo. Se così è, merita interesse la riflessione di quella parte della dottrina¹⁷⁰ che, a proposito della effettiva funzionalità di un ridotto numero di colloqui rispetto all'obiettivo della lotta alla criminalità organizzata, osserva che, «una volta ammesso per ragioni umanitarie il colloquio mensile, tanto basta per compromettere il raggiungimento dei risultati avuti di mira. Ne qual caso la drastica limitazione del numero dei colloqui con i familiari risponderrebbe, almeno prevalentemente, all'esigenza di una maggiore afflittività della pena¹⁷¹; più difficile – anche se non impossibile – da giustificare alla luce delle limitazioni ammesse dal comma 2 dell'art. 8 C.e.d.u.»¹⁷²; il quale – com'è noto – riconosce ad ogni persona il diritto al rispetto della sua vita familiare e prevede, solo in via derogatoria, specifiche ragioni in presenza delle quali tale diritto è comprimibile mediante ingerenze della pubblica autorità.

14. La questione del riconoscimento del diritto all'affettività in carcere.

Da tempo sono stati messi in evidenza i disturbi che possono derivare da una forzosa negazione della sessualità e della affettività in ambito carcerario¹⁷³. Nel corso dei lavori preparatori al regolamento penitenziario del 2000 era stata tentata, pertanto, una risposta a tale problematica prevedendo una forma particolare di permesso che avrebbe consentito ai detenuti e agli internati di trascorrere con i propri familiari fino a ventiquattro ore in un'unità abitative appositamente predisposte all'interno dell'istituto, limitando il controllo del personale di polizia penitenziaria alla sorveglianza esterna dei locali, con la possibilità di effettuare controlli all'interno solo in presenza di situazioni di emergenza¹⁷⁴.

Si trattava di una novità di grande rilievo che costituiva un'importante affermazione del diritto per ogni detenuto di mantenere relazioni naturali fondamentali per la realizzazione del proprio diritto alla vita¹⁷⁵. L'intervento proposto per dare soluzione al problema del mantenimento di una vita affettiva in carcere, che non veda preclusa la sfera della sessualità, era apparso, tuttavia, non meramente esecutivo di disposizioni contenute nella norma primaria e, per certi versi, in contrasto con la stessa. La Sezione consultiva del Consiglio di Stato, in particolare, nel parere espresso sullo schema di regolamento nel corso dell'adunanza del 17 maggio 2000, aveva rilevato come le scelte che il regolamento si accingeva a compiere non potessero essere legittimamente effettuate (nel silenzio della legge) in sede regolamentare attuativa o esecutiva, in quanto «postulano piuttosto il responsabile intervento del legislatore, al quale solo spetta il potere di adeguare sul punto una normativa penitenziaria che sembra diversamente orientata»¹⁷⁶. Sono soprattutto le modalità di controllo ad essere apparse dissonanti rispetto alle prescrizioni di cui all'art. 18, comma 2, ord. pen., che prevede che i colloqui con i familiari si svolgano sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia¹⁷⁷. D'altra parte, che questo tipo d'incontri dovessero farsi rientrare nella disciplina dei colloqui piuttosto che in una sorta di "permesso interno" concesso dal direttore dell'istituto, secondo il Consiglio di Stato, è conclusione che va tratta dalla assenza di una specifica indicazione legislativa. Di

¹⁶⁹ Corte cost., 24 giugno 1993, n. 349, in *www.giurcost.it*; per un'analisi dell'argomento, fra gli altri, v. CESARIS, Sub art. 41-bis, in GREVI-GIOSTRA-DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, t. I, *Trattamento penitenziario*, a cura di Della Casa, 4ª ed., cit., 448 ss.

¹⁷⁰ Al riguardo, cfr. DELLA CASA, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, cit., 125.

¹⁷¹ Particolare afflittività della pena che pare, peraltro, funzionale a spingere il detenuto a dissociarsi dalla famiglia mafiosa di appartenenza collaborando con la giustizia; condizione, questa, indispensabile per far cadere il divieto di concessione dei benefici previsti dalla legge penitenziaria, secondo quanto prescritto dall'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen.

¹⁷² DELLA CASA, *op. loc. cit.*

¹⁷³ Sul punto, fra gli altri, v. BRUNETTI-ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 333-334.

¹⁷⁴ SPANGHER, Sub art. 28, cit., 366.

¹⁷⁵ CANEVELLI, *Emanato il regolamento dell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1321.

¹⁷⁶ Al riguardo, cfr. SPANGHER, *op. loc. cit.*

¹⁷⁷ CANEVELLI, *Emanato il regolamento*, cit., 1321-1322.

conseguenza, la questione è stata stralciata dal testo definitivo del regolamento penitenziario. Vista, però, l'importanza del tema si sperava che il legislatore, a breve, intervenisse introducendo una disciplina in linea con quella, ad esempio, prevista in altri ordinamenti europei che già autorizzano i c.d. permessi d'amore; in ottemperanza, peraltro, alle diverse sollecitazioni provenienti da fonti sovranazionali¹⁷⁸ affinché sia concessa ai detenuti la possibilità di avere incontri non sorvegliati con il proprio *partner*, allorché lo stesso effettui una visita in carcere.

Che non si possa prescindere da un intervento del legislatore, d'altra parte, è stato detto chiaramente anche dalla Corte costituzionale¹⁷⁹, la quale, di recente, ha affermato che, poiché il problema della tutela della sessualità in carcere si presta ad una molteplicità di soluzioni, la materia è di esclusiva spettanza del potere politico. Nel frattempo, però, sono passati quasi quindici anni e nulla ancora è stato fatto¹⁸⁰, nonostante sia stata sempre la Corte costituzionale a sottolineare che permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale, rappresenta un'esigenza reale e fortemente avvertita¹⁸¹. Come confermato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, sul punto, pur escludendo che la C.e.d.u. – e in particolare, gli artt. 8, paragrafo 1, e 12 –, anche quando si tratti di coppie coniugate, prescriva inderogabilmente agli Stati parte di permettere i rapporti sessuali all'interno del carcere, ha reiteratamente espresso il proprio apprezzamento nei confronti del movimento di riforma in favore del riconoscimento del diritto dei detenuti ad una vita affettiva e sessuale intramuraria¹⁸². Non si può, dunque, che formulare l'auspicio che, al più presto, il tema diventi parte dell'agenda politica¹⁸³.

15. L'assistenza alle famiglie.

Rimane fermo che l'impegno dell'Amministrazione penitenziaria non è solo di favorire la cura e il mantenimento delle relazioni tra il detenuto e la famiglia, ma anche di vigilare che non sussistano fattori che possano deteriorare tali relazioni, ecco perché quando risulta che i familiari non mantengono rapporti con il detenuto o l'internato la direzione ne fa segnalazione al centro di servizio sociale per gli opportuni interventi.

Il contatto diretto tra il detenuto e la famiglia è, altresì, garantito dalla possibilità di uscì-

¹⁷⁸ Le maggiori sollecitazioni provengono dal Consiglio d'Europa; al riguardo, si veda la Raccomandazione (1997) 1340, sugli effetti sociali e familiari della detenzione, adottata dall'Assemblea generale il 22 settembre 1997, che all'art. 6 invita gli Stati membri a «migliorare le condizioni previste per le visite da parte delle famiglie, in particolare mettendo a disposizione luoghi in cui i detenuti possano incontrare le famiglie da soli». In modo ancora più puntuale, la successiva Raccomandazione (1998) 7, del Comitato dei Ministri, dell'8 aprile 1998, sugli aspetti etici ed organizzativi della salute in carcere, consultabile in www.coe.int, che al § 68, prevede «*Consideration should be given to the possibility of allowing inmates to meet with their sexual partner without visual supervision during the visits*». E ancora: la Raccomandazione (2006) 2 sulle Regole penitenziarie europee, cit., che alla regola n. 24.4, indica: «le modalità delle visite devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali»; regola che mira anche a permettere un incontro sessuale tra i partner, come si deduce dal commento ove si precisa che, «quando è possibile, devono essere autorizzate visite familiari di lunga durata (per esempio 72 ore come viene praticato in numerosi paesi dell'Europa dell'Est). Queste visite prolungate permettono ai detenuti di avere relazioni intime con i loro partner. Le «visite coniugali» più brevi, autorizzate a tale fine, possono avere un effetto umiliante per entrambi i partner» (Cosi' Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria. Ufficio studi, ricerche, legislazione e rapporti internazionali, *Le regole penitenziarie europee. Allegato alla Raccomandazione R(2006)2 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006*, cit., 78). Anche la Raccomandazione del Parlamento europeo del 9 marzo 2004, n. 2003/2188(INI), su *I diritti dei detenuti nell'Unione europea*, consultabile in www.europarl.europa.eu, nell'invitare il Consiglio a promuovere, sulla base di un contributo comune agli Stati membri dell'Unione europea, l'elaborazione di una Carta penitenziaria europea comune ai Paesi membri del Consiglio d'Europa, menziona specificamente, all'art. 1, lettera c), tra i diritti da riconoscere ai detenuti, «il diritto ad una vita affettiva e sessuale prevedendo misure e luoghi appositi».

¹⁷⁹ [Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 301](http://www.giurcost.it), in www.giurcost.it.

¹⁸⁰ Nel corso delle ultime legislature sono stati presentati diversi progetti di legge, tra questi, uno dei più recenti è la proposta di legge n. 983 C, dal titolo *Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni in materia di relazioni affettive e familiari dei detenuti*, presentata il 13 maggio 2013, su iniziativa degli onorevoli Gozi e Giachetti, in www.camera.it.

¹⁸¹ Un'esigenza che, come evidenzia la Corte, trova attualmente, nel nostro ordinamento, una risposta solo parziale nell'istituto dei permessi premio, previsto dall'art. 30-ter della legge n. 354 del 1975, la cui fruizione – stanti i relativi presupposti, soggettivi ed oggettivi – resta in fatto preclusa a larga parte della popolazione carceraria. Si tratta, dunque, di un problema che merita ogni attenzione (Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 301, cit.).

¹⁸² In tal senso, ad esempio, cfr. Corte e.d.u., 4 dicembre 2007, Dickson c. Regno Unito, n. 44362/04, in www.budoc.echr.coe.int, in cui, in particolare, la Corte, nell'affrontare la questione sul diritto a formare una famiglia anche nel corso della detenzione, se del caso, ricorrendo alla inseminazione artificiale, ha evidenziato che «*However, while the Court has expressed its approval for the evolution in several European countries towards conjugal visits, it has not yet interpreted the Convention as requiring Contracting States to make provision for such visits*» (§ 81). Analogamente, v. Corte e.d.u., 29 luglio 2003, Aliev c. Ucraina, n. 41220/08, *ivi*, § 188; Corte e.d.u., 22 ottobre 1997, E.L.H. and P.B.H. c. Regno Unito, n. 32094/96-32568/96, § 4, *ivi*.

¹⁸³ In tal senso, già, si esprimeva più di dieci anni fa DELLA CASA, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, cit., 127.

re dalla struttura carceraria con i permessi c.d. umanitari. È il caso in cui vi sia l'imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente, o, eccezionalmente, per eventi familiari di particolare gravità¹⁸⁴. Ai condannati che hanno tenuto regolare condotta e che non risultano socialmente pericolosi, poi, possono essere concessi permessi premio della durata di quindici giorni per consentire di coltivare interessi affettivi (art. 30-*ter* ord. pen.)¹⁸⁵.

E ancora: deve ritenersi spetti anche ai conviventi legati da un rapporto sentimentale stabile con il detenuto il diritto d'informazione previsto per i congiunti dall'art. 29 ord. pen., relativamente all'ingresso in carcere, ad un avvenuto trasferimento, al decesso o ad una grave malattia, così come, analogamente, deve essere informato il detenuto del decesso o della grave malattia del congiunto.

In considerazione, infine, dell'effetto disgregante che l'allontanamento del condannato dal proprio nucleo familiare determina sia sotto il profilo socio-psicologico che economico, il sistema si preoccupa di assicurare un'azione di assistenza alle famiglie¹⁸⁶. Particolare cura è rivolta al periodo che segue immediatamente la carcerazione, fornendo ai familiari, specialmente se di età minore, sostegno morale e consiglio per aiutarli a far fronte al trauma affettivo conseguente alla separazione dal congiunto. Senza, poi, trascurare i problemi pratici e materiali eventualmente causati dall'allontanamento (artt. 45 ord. pen. e art. 94 reg. pen.), relativamente ai quali è prevista anche un'attività di sostegno di tipo economico, attraverso la corresponsione di assegni familiari al detenuto (art. 23 ord. pen.); la possibilità di destinare parte del peculio ai familiari o conviventi (art. 25 ord. pen.); fino ad arrivare, nel caso in cui il detenuto si trovi in disagiate condizioni economiche e abbia tenuto in istituto una regolare condotta, alla possibile remissione del debito (art. 6 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 - Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia). Non basta. Proprio per garantire che il detenuto possa continuare ad aiutare economicamente la famiglia, nell'assegnazione al lavoro si deve tenere conto dei carichi familiari¹⁸⁷; inoltre, anche la quota pari a tre quinti della remunerazione spettante ai condannati può essere pignorata e sequestrata per le obbligazioni derivanti dagli alimenti (art. 24, comma 2 ord. pen.).

Una specifica attenzione, poi, è rivolta alla fase post-penitenziaria, in cui un ruolo di grande importanza è svolto dagli organi di assistenza sociale, i quali nel curare il mantenimento delle relazioni familiari, hanno il compito di segnalare alle autorità e agli enti competenti bisogni delle famiglie che richiedano speciali interventi (art. 75 ord. pen.). Infine – si è già visto –, rientra nella previsione dell'art. 61 reg. pen. che per preparare la famiglia al rientro del proprio congiunto, possano essere concessi colloqui oltre quelli generalmente consentiti oppure si possano autorizzare i familiari o i conviventi a trascorrere parte della giornata con il detenuto all'interno della struttura, all'aperto o in appositi locali, e consumare un pasto insieme.

¹⁸⁴ Per gli internati, l'art. 53, comma 2, ord. pen. prevede che possa essere concessa, per gravi esigenze personali o familiari, una licenza di durata non superiore a quindici giorni; può essere inoltre concessa una licenza di durata non superiore a giorni trenta, una volta all'anno, al fine di favorirne il riadattamento sociale. L'art. 2 della l. 21 aprile 2011, n. 62, ha poi introdotto l'art. 21-*ter* ord. pen. visite al minore infermo da parte della madre o del padre condannati, imputati o internati.

¹⁸⁵ Sempre in quest'ottica possono essere lette alcune disposizioni in tema di misure alternative alla detenzione, che tra i presupposti previsti ai fini della loro concessione fanno riferimento ai rapporti con la famiglia, sul punto cfr. SPANGHER, Sub art. 28, cit., 366, a cui si rimanda per ulteriori approfondimenti.

¹⁸⁶ Come sottolinea, altresì, a questo riguardo COPPETTA, Sub art. 45, in GREVI-GIOSTRA-DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, t. I, *Trattamento penitenziario*, a cura di Della Casa, 4^a ed., cit., 508, il riferimento è non solo alla famiglia di provenienza, ma anche all'eventuale famiglia di fatto.

¹⁸⁷ Una speciale considerazione l'art. 48, comma 13, reg. pen. dedica al detenuto ammesso al lavoro esterno in vista del mantenimento dei rapporti con la famiglia.