

DIRITTO PENALE E “CREDITI DA CRISI FAMILIARE” ACCESSORIETÀ DELLA TUTELA FRA ASSETTI CONSOLIDATI E RECENTI MODIFICHE NORMATIVE

SOMMARIO: 1. *Considerazioni preliminari*. – 1.1. *Tutela dell’assistenza familiare e opzioni politico-criminali*. – 1.2. *L’attuale quadro normativo, in particolare dopo la L. 8 febbraio 2006 n. 54: descrizione generale*. – 2. *Accessorietà e autonomia del diritto penale in materia di rapporti familiari*. – 2.1. *L’interpretazione dell’art. 570 c.p.: assistenza morale, assistenza materiale*. – 2.1.1. *Rapporti fra coniugi*. – 2.1.2. *Rapporti genitori-figli*. – 2.1.3. *In particolare, obblighi di assistenza e decadenza dalla potestà genitoriale: rilievi sistematici*. – 2.2. *Due corollari. In particolare, accessorieta «tipologica» e accessorieta «funzionale» del diritto penale*. – 2.3. (Segue): *L’interpretazione dell’art. 570 c.p.*. – 2.3.1. *Tutela dei singoli, tutela dell’istituzione (legittimazioni teoriche e conseguenze pratiche)*. – 2.3.2. *In particolare, l’intervento delle Sezioni Unite*. – 2.3.3. *Considerazioni critiche*. – 2.4. *L’interpretazione dell’art. 12 sexies, L. 898/1970: rapporti con l’art. 570 c.p.*. – 2.4.1. *Il rinvio quoad poenam all’art. 570 c.p.: critica della soluzione giurisprudenziale*. – 2.4.2. *Regime di procedibilità: la posizione della giurisprudenza*. – 2.4.3. *Valutazioni critiche*. – 2.4.4. *Tendenze a sovrapporre i criteri di giudizio*. – 3. *Crisi familiare e provvedimenti patrimoniali: le innovazioni legislative*. – 3.1. *Il reato di “inosservanza degli obblighi economici” tra reiterazione del modello “meramente sanzionatorio” e questioni interpretative tuttora aperte*. – 3.2. (Segue): *Digressione: separazione “legale”, “per colpa”, con “addebito”*. – 3.3. (Segue): *L’assegno “cautelare”: problemi interpretativi*. – 4. *Tutela penale degli obblighi economici: per un riepilogo*. – 5. *Sanzioni penali e sanzioni amministrative*. – 5.1. *Le prescrizioni della l. n. 54/2006*. – 5.2. *Proposta per una più razionale distribuzione sanzionatoria*.

1. *Considerazioni preliminari*

Il baricentro della tutela penale approntata per i cosiddetti obblighi di assistenza familiare è a tutt’oggi rappresentato dal Titolo XI del codice penale, il quale sanziona nel Capo IV, per l’appunto intitolato ai «delitti contro l’assistenza familiare», la violazione di doveri di assistenza a contenuto sia patrimoniale, sia – con particolare accento

postovi dai redattori e dal Guardasigilli –¹ non patrimoniale («morale»). Si tratta di una disciplina obiettivamente originale e innovativa per l'epoca², che si è mantenuta sostanzialmente inalterata anche dopo la riforma del diritto della famiglia ed anche per questo mostra ormai una patina di vetustà: quella che si è stesa, ad esempio, sui lessemi «ordine» e «morale delle famiglie», sul concetto di separazione «legale» e «per colpa», sull'istituto della «tutela legale» (forse)³.

In questa sede, tale disciplina interessa essenzialmente per ciò che concerne i rapporti patrimoniali, e quindi per il suo contenuto per così dire più “tradizionale”. Tradizionale bensì, ma anche particolarmente vivo nell'esperienza giurisprudenziale: accanto al tema della disciplina penale della violenza in famiglia – su cui è peraltro poderosa la bibliografia criminologica e psicologica⁴ piuttosto

¹ Si veda la Relazione del Guardasigilli Alfredo Rocco al progetto definitivo del codice penale, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, Pt. II, Roma 1929, 353 ss. (§§ 637 ss.); sottolineava il binomio di assistenza fisica e morale, e la sua novità, anche la Relazione introduttiva di G. Appiani, Presidente della Commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare (in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, Pt. I, Roma 1929, 456 s.). Per un confronto con la disciplina previgente cfr. ancora A. CANDIAN, *Riflessioni sui rapporti di famiglia nel diritto penale*, Milano, 1943, 32 ss. Fra i primi commentatori, G. SALTELLI-E. ROMANO-DI FALCO, *Commento teorico-pratico del codice penale*, IV, Torino, 1940², § 1159 *sub* art. 570 (e già nella prima edizione, vol. II.2, 1931), sottolineano come la norma sia (fosse) destinata a punire «il genitore o il marito che abbia violato la più importante delle sue obbligazioni, quella cioè, di assistere *moralmente* i figli o il coniuge» (corsivo aggiunto); v. soprattutto G. LEONE, *La violazione degli obblighi di assistenza familiare nel nuovo codice penale*, Napoli 1931, VIII, che considera la disposizione dell'art. 570 «la più importante» all'interno del sistema di protezione della famiglia «specie per il suo carattere innovatore». Nella dottrina successiva cfr. soprattutto T. DELOGU, *Diritto penale*, in G. CIAN-G. OPPO-A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, VII, Padova, 1995, 372 s., il quale, a proposito della tesi che vuole esclusa dall'art. 570 c.p. la tutela degli obblighi (asseritamente) solo morali, rileva sferzante che si tratta di un «macroscopico equivoco» e di «polemica ... costruita sul vuoto».

² Lo ricorda L. MONTICELLI, in A. CADOPPI (a cura di), *I reati contro la famiglia*, Torino 2006, 231, ed ora ID., *Introduzione ai delitti contro l'assistenza familiare (artt. 570-574)*, in A. CADOPPI ET AL. (a cura di) *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, VI, Torino, 2009, 485 ss.

³ Ammette l'attuale vigenza del riferimento alla tutela legale, ad es., A. MICONI TONELLI, voce *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma 1994, 2.

⁴ Cfr. per una prima informazione di carattere generale A. BALDRY, *La violenza domestica: il lato oscuro della famiglia*, in *Rapporto sulla criminalità in Italia*, a cura

che quella giuridico-penalistica –⁵, quello della tutela penale degli obblighi patrimoniali e del rispetto dei provvedimenti a contenuto patrimoniale dati dal giudice nel contesto di situazioni di “crisi” familiare è tema che occupa sovente la giurisprudenza, dà luogo tuttora a soluzioni contrastanti⁶, talvolta “creative” e proprio per questo precarie e discutibili⁷.

La tutela penale ha il suo perno, in particolare, nell’art. 570 c.p., riferimento normativo imprescindibile per definire le coordinate di rilevanza penale di una serie di comportamenti che maturano in situazioni genericamente definibili come di “crisi” familiare, o le determinano, o comunque si innestano su di esse⁸. Si tratta di una disposizione notoriamente controversa, sia per la poco felice tecnica di formulazione che rende difficile individuare in modo “chiaro e preciso” le condotte sanzionate e comunque problematico ravvisare

di M. Barbagli, Bologna 2003, pp. 183 ss. (che peraltro nel concetto di violenza familiare comprende anche la fattispecie di violazione degli obblighi di assistenza, a documentazione del fatto che il concetto criminologico e quello giuridico-penale non sono sovrapponibili). Per un avvertimento critico sulle difficoltà che possono essere generate da tendenze legislative volte ad allargare, senza adeguate coordinate definitorie, i termini di “violenza familiare” sia consentito rinviare ad A. DI MARTINO, *Honestanda domus. Appunti sull’«allontanamento dalla casa familiare» come misura cautelare personale*, in M. PALADINI (a cura di), *Gli abusi familiari. Misure personali e patrimoniali di protezione – Profili di diritto civile, penale e comparato*, Padova 2009, 255 ss.; v. pure ad es. G. DI LORENZO, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in G. BONILINI-G. CATTANEO (dir.), *Il diritto di famiglia*, III. *Filiazione e adozione*, Torino, 2007², 363 ss.). Per familiarizzarsi con l’approccio della psicologia clinica è istruttiva la lettura di A.F. LIEBERMAN-P. VAN HORN, *Bambini e violenza in famiglia*, trad. it., Bologna 2007.

⁵ Di recente, peraltro, è tornata a soffermarvisi l’attenzione dei commentatori, a margine di riforme legislative di ampio respiro. Cfr. ad es. F.M. ZANASI, *Violenza in famiglia e stalking*, Milano, 2006; A. AGNESE, *Violenza sessuale e stalking*, Forlì, 2009; M. BERTOLINO, *Il minore vittima di reato*, Torino, 2010³, 32 ss.

⁶ Lo sottolinea in particolare T. DELOGU, *op. cit.*, 375.

⁷ Per un recente rivisitazione cfr. E. ANTONINI, *La tutela penale degli obblighi di assistenza familiare*, Milano, 2007 e, per una lettura specificamente dedicata agli sviluppi giurisprudenziali, ID., *La violazione degli obblighi di assistenza familiare nei mutati scenari della famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 901 ss.

⁸ La bibliografia sull’art. 570 è molto vasta; può essere interessante notare che la disposizione, sin dagli albori del codice Rocco, è stata commentata da penalisti fra i più autorevoli: da Leone a Delitala, da Pisapia a Vassalli. Per un’ampia bibliografia sia sufficiente rinviare, per tutti, a M. MIEDICO, voce *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XV, Torino 1999, pp. 190-192.

i confini rispettivi e la natura giuridica (ad es., di autonomi titoli di reato o di mere circostanze) delle fattispecie lì tipizzate⁹; sia perché è ormai percepita come insostenibile l'originaria scelta politico-criminale che sottende l'intervento penale in materia di assistenza familiare: quella di tutelare la famiglia come istituzione¹⁰, a parte ed al di là degli individui che la compongono, anziché i singoli "rapporti familiari", autonomamente rilevanti nella loro identità all'interno di questa "formazione sociale"¹¹. A fronte di una fattispecie rimasta, come si è detto, inalterata, la dottrina più recente si è allora interrogata sulla possibilità di reinterpretarla alla luce della nuova realtà normativa e sociale in materia di (diritto della) famiglia: ci si è chiesti, in sostanza, se la disposizione non potesse (e dovesse) essere intesa come servente anche alla tutela di interessi individuali o individualizzabili nell'ambito del contesto familiare.

1.1. Tutela dell'assistenza familiare e opzioni politico-criminali

Quest'interrogativo, com'è ben comprensibile, non è puramente teorico, ma denso d'implicazioni pratiche. È atteggiamento comune anche in dottrina evidenziarne il carattere preliminare, al fine di giudicare la plausibilità delle diverse conseguenze applicative che in giurisprudenza sono state dedotte dalla scelta per l'una o l'altra opzione; ricordarlo qui non ha dunque nessuna pretesa di originalità¹².

Tuttavia, potrebbe essere utile sottolineare come, alla scelta se oggetto della tutela penale siano i singoli rapporti familiari nella loro

⁹ Sulla farraginosità della formulazione, ad es., T. DELOGU, *op. cit.*, 380.

¹⁰ Cfr. ad es. T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 1991 (nuova ed., 2006), 64 e, per una proposta di ri-organizzazione – innanzi tutto – sistematica, costituzionalmente orientata (nel senso della tutela della persona in quanto coinvolta nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità o «dove essa risulta coinvolta in un legame con terzi»), 74.

¹¹ Fermamente contrario a questa critica e fautore della possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata, mediante l'ordinaria interpretazione teleologica, con esiti «in perfetta armonia con l'indirizzo individualistico della costituzione» è però T. DELOGU, *op. cit.*, 375.

¹² Cfr. fra tanti A. MANNA, *Le caratteristiche generali della tutela penale della famiglia*, in G. FERRANDO (dir.), *Il nuovo diritto di famiglia*, II. *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008, 147 s.

autonoma fisionomia, oppure esclusivamente in quanto inseriti nel tessuto connettivo dell'istituzione-famiglia (tutela "della" famiglia o, al contrario, delle persone e dei rapporti "nella" famiglia), sia sottesa, a ben vedere, una diversa e ancor più generale e fondamentale opzione politico-criminale: quella se munire di tutela penale determinati obblighi che il diritto civile impone nei rapporti familiari, recependoli come tali nella fattispecie tipica¹³; oppure, al contrario, svincolare tendenzialmente la tutela penale dalla struttura dei rapporti civilistici, conferendo contenuto autonomo a concetti – quali quello, ad es., di «obblighi di assistenza» – centrali nell'identificazione del comportamento vietato.

Il codice, nonostante le intenzioni dei compilatori, non sembra sciogliere chiaramente quest'alternativa: evoca gli obblighi civili¹⁴, salvo poi individuare condotte autonomamente tipizzate che acquistano rilevanza "in prima battuta" per il diritto penale, e dunque prescindono da comportamenti rilevanti per il diritto civile come altrettante violazioni di obblighi specifici¹⁵. Oscilla dunque «un po' sul pero e un po' sul melo», ben diversamente da quanto accade invece in altri ordinamenti¹⁶, che si orientano decisamente nel senso della

¹³ Sarebbe proprio questa la scelta del Codice Rocco secondo T. DELOGU, *op. cit.*, 373, che evoca una «chiara intenzione dei compilatori del codice di coordinare il capo con la normativa civilistica». Che tale scelta sia ben riuscita (il che è da escludere), è altra questione. Comunque, si tratta di una scelta parziale: il coordinamento con la disciplina civilistica è possibile infatti, se del caso, soltanto per il primo comma. Per le ipotesi del secondo comma, ed in particolare per il caso dell'omessa prestazione dei «mezzi di sussistenza» è invece fuor di dubbio che la norma penale operi una selezione autonoma dei comportamenti illeciti.

¹⁴ Ad esempio, nel primo comma dell'art. 570.

¹⁵ Così allorché si menziona la condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie; o s'incriminano la «dilapidazione» dei beni del figlio minore od il far venir meno i «mezzi di sussistenza».

¹⁶ Come si accenna nel testo, nel senso dell'accessorietà è infatti la scelta di altri codici europei, fra cui, ad esempio, il codice tedesco (sul quale però cfr. la nota che segue) e quello spagnolo: cfr. quanto al primo, per tutti, K. DIPPEL, § 170 e § 171, in *Leipziger Kommentar*, Bd. VI, Berlin, 2010¹², rispettivamente 579 ss., e 657 ss.: un dovere di mantenimento specificamente penale non esiste (584, nr. marg. 15); per l'ordinamento spagnolo cfr. ad es. A. SERRANO GÓMEZ-A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 2009¹⁴, 340, che a proposito del rinvio agli obblighi di diritto civile parlano di norma penale in bianco (il riferimento è all'art. 226 che punisce «chi trascura d'adempiere i doveri legali d'assistenza» inerenti alla patria potestà ecc.); l'art. 227, inoltre, punisce chi ometta di pagare per due mesi consecutivi o quattro

stretta accessorietà della disciplina penale in materia: così accade, in particolare, per l'ordinamento spagnolo (nell'ambito del quale si parla espressamente di rinvio “in bianco”), per quello francese, nonché per quello tedesco (salve, per quest'ultimo, alcune precisazioni)¹⁷.

mesi non consecutivi qualunque tipo di prestazione economica in favore del coniuge o dei figli, stabilita in un accordo giudizialmente omologato o in una decisione giudiziaria, nei casi di separazione legale, divorzio, ecc., o comunque ometta di pagare ogni altra prestazione economica stabilita, anche unitamente ad altre, in questi casi). Per l'ordinamento francese si veda ad es. J. PRADEL-M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial. Droit commun – Droit des affaires*, Paris, 2007/2008⁴, 425 ss. e partic. 427 ss. per il cd. «abandon pécuniaire» (art. 227-3 c.p.) e 437 ss. per il cd. «abandon moral et matériel». Per una panoramica di diritto straniero cfr. A.M. BELTRAME, *Profili di tutela penale della famiglia in ordinamenti stranieri*, in *Trattato di diritto di famiglia* (dir. da P. Zatti), *Diritto penale della famiglia* (a cura di S. Riondato), Milano, 2002, 171 ss. e partic. 184 s., 187 s. (Francia); 199-202 (Spagna), dove si sottolinea l'abbandono da parte del nuovo codice spagnolo del “modello italiano” a favore della tutela delle sole prestazioni di carattere materiale (affermazione, questa, non del tutto condivisibile alla luce dell'interpretazione dell'art. 226, poc'anzi accennato); 209 (Portogallo); 213-215 (Germania, rispetto alla quale si deve notare che la principale fattispecie è posta a tutela non solo dei diritti patrimoniali che nascono dal diritto civile ma anche – autonomamente e specificamente – i mezzi pubblici di assistenza sociale, che sarebbero vanamente utilizzati per soggetti che non ne avrebbero diritto: cfr. ad es. R. MAURACH-F.-C. SCHROEDER-M. MAIWALD, *Strafrecht*, BT, II, Heidelberg, 2005⁹ 158, 165); 234 s. (Austria, dove in tema di alimenti il § 198 *StGB* prevede un limite di tipicità della condotta, rilevando soltanto la violazione «significativa»: l'avverbio utilizzato è «gröblich» – A.M. BELTRAME traduce qui con «grave», 234 –; pagamenti parziali o ritardati possono escludere la tipicità: cfr. E.E. FABRIZY, *Strafgesetzbuch. Kurkommentar*, Wien, 2010¹⁰, sub § 198, nr. marg. 2). Per gli ordinamenti inglese e statunitense non vi sono invece riferimenti diretti all'argomento qui trattato; per il secondo v. comunque 263 s. a proposito del reato di «child neglect» e per il primo cfr. in particolare la Parte II del «Matrimonial Causes Act» 1973, Chapt. 18 («Financial Relief for Parties to Marriage and Children of Family»), Sec. 23 («Financial provision orders in connection with divorce proceedings etc»), consultabile in http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1973/cukpga_19730018_en_1 (ult. accesso: 23 agosto 2010).

¹⁷ Quanto al carattere accessorio delle relative fattispecie penali, esso è ritenuto pacificamente negli ordinamenti presi in considerazione nella nota che precede. Per quanto specificamente concerne l'ordinamento tedesco, è tuttavia opportuna una precisazione. La disposizione di riferimento (di significativo impatto nella prassi: cfr. ad es. R. MAURACH-F.-C. SCHROEDER-M. MAIWALD, *op. cit.*, 159) punisce «chiunque si sottrae all'obbligo di mantenimento (*Unterhaltspflicht*), così che siano messe in pericolo le necessità vitali (*Lebensbedarf*) dell'avente diritto al mantenimento, o lo sarebbero senza l'aiuto di terzi». Ora, premessa l'accessorietà rispetto agli obblighi civili (così, ad esempio, WITTIG, sub § 170, in H. SATZGER et al., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Köln, 2009) si precisa in dottrina che il giudice penale non è vincolato sotto ogni aspetto

alla sentenza del giudice civile che costituisca in concreto un presupposto dell'obbligo di mantenimento, come invece accade nel caso in cui essa accerti uno *status* (cfr. in tema LENCKNER/BOSCH, sub § 170, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 2010²⁸, nr. marg. 4/5-13). Il giudice penale è infatti bensì vincolato all'accertamento compiuto in sede civile circa la sussistenza o meno dello *status* che costituisce presupposto dell'obbligo di mantenimento (es., accertamento della paternità), accertamento che ha efficacia *erga omnes* secondo le regole processualciviltistiche (§ 640 h ZPO); non sarebbe ammesso pertanto un accertamento ulteriore in sede penale (ad es., mediante prove biologiche); ma il vincolo agli esiti del provvedimento sullo *status* non esclude, come si è detto, che il giudice penale debba valutare la sussistenza degli altri elementi che non siano oggetto del giudizio civile: così, anche nel caso di condanna al mantenimento in sede civile a seguito di sentenza nella quale sia accertato il presupposto soggettivo dell'obbligo (ad es., lo *status* di genitore), il giudice penale deve autonomamente valutare la sussistenza dello stato di bisogno (*Bedürftigkeit*) e la capacità ad adempiere (*Leistungsfähigkeit*). Si tratta infatti di due requisiti che il codice civile prevede espressamente come elementi costitutivi dell'obbligo di mantenimento (es., §§ 1577, 1581, 1602, 1603 BGB); come tali, essi s'intendono necessariamente richiamati dalla norma penale (in tal senso, si è precisato in dottrina che non si tratta di elementi meramente impliciti del § 170 StGB: cfr. *infra*, nel testo alla fine del § 2; diversamente, ad es., R. MAURACH-F.-C. SCHROEDER-M. MAIWALD, *op. cit.*, 165, 167). Sennonché, si deve osservare che il giudice penale deve compiere un ulteriore accertamento proprio perché la fattispecie penale, che pure fa riferimento agli obblighi civilistici, contiene un elemento ulteriore, rappresentato dal fatto che l'inadempimento deve essere pericoloso per la sopravvivenza («le necessità vitali [*Lebensbedarf*] dell'avente diritto al mantenimento sono messe in pericolo»). È per questo che, a ben vedere, si richiede un accertamento autonomo (anche se incertezze residuano circa l'efficacia della decisione civile che rigetti una richiesta di mantenimento: secondo parte della dottrina il giudice penale non vi sarebbe vincolato; di opposta opinione altri commentatori). Sembrerebbe pertanto più corretto precisare che la fattispecie non ha, o meglio non ha integralmente carattere accessorio (cfr. in tal senso M. HEUCHEMER, sub § 170, in B. VON HEINTSCHEL-HEINEGG, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2010, 1126, nr. marg. 11). In effetti, il § 170 incrimina bensì l'inadempimento degli obblighi civili stabiliti dalla legge o da un provvedimento del giudice che comunque attenga al mantenimento; in entrambi i casi, tuttavia, la valutazione penalistica mantiene una propria autonomia per via dell'ulteriore accertamento sul pericolo, di cui si è appena detto: del resto, così come si ritiene nel nostro sistema, anche alla stregua della fattispecie tedesca il concetto di «necessità vitali» è chiaramente più ristretto di quello di «mantenimento». In questa prospettiva la fattispecie del § 170 presente una logica non troppo diversa da quella dell'art. 570, co. 2 n. 2 del codice penale italiano; una significativa differenza è rappresentata dalla circostanza che il concetto di mezzi di sussistenza, il quale pur non riceve una definizione di carattere generale, non è però affidato integralmente alla determinazione giudiziale, in quanto disciplinato almeno in parte dalla legge civile, fra l'altro recentemente modificata (cfr. in tema W. BORN, *Das neue Unterhaltsrecht*, in NJW, 2008, 1 ss.): ad es., il § 1578 (2) BGB stabilisce espressamente, rispetto ai rapporti fra coniugi divorziati, che nel *Lebensbedarf* sono da comprendere i costi di un'adeguata copertura assicurativa per il caso di malattia e di necessità di cura, così come i costi di educazione scolastica o di formazione professionale, o ancora di specializzazione o di «riconversione formativa» [*Umschulung*],

È in realtà forse questo elemento d'indecisione del legislatore italiano il più grave elemento di debolezza della scelta normativa e la causa profonda e fondamentale dei più controversi problemi che sorgono nell'esegesi delle norme e nella loro applicazione pratica.

Sui rapporti fra quest'opzione politico-criminale e le soluzioni esegetico-applicative si tornerà, chiarendone i termini, più avanti (§ 2.2.1).

1.2. *L'attuale quadro normativo, in particolare dopo la L. 8 febbraio 2006 n. 54: descrizione generale*

La stessa questione dei rapporti fra norme penali e diritto civile si ripropone, del resto, quando si prenda in considerazione non più la tutela penale contro la violazione "diretta" degli obblighi, ma quella approntata per garantire l'esecuzione dei provvedimenti a contenuto patrimoniale adottati dal giudice in favore del coniuge e della prole. Il legislatore repubblicano – art. 12 *sexies*, l. n. 898/1970 (introdotto dalla l. n. 74/1987) – ha qui scelto, all'apparenza, la via della perfetta sovrapposibilità fra inadempimento civilistico e rilevanza penale del fatto: è dunque punito il coniuge che non adempie all'obbligo di pagamento dell'assegno divorzile¹⁸. Questa fattispecie è sanzionata mediante un rinvio alle sanzioni previste dall'art. 570. Si tratta, come diremo più avanti (*infra*, § 2.3.3), di un rinvio impreciso, cui pretende di rimediare una giurisprudenza ormai pacifica, mediante un'opera di supplenza che sembra tuttavia mostrare in controluce problemi più profondi di quel che la semplice discussione esegetica segnali a prima vista. È per questo che, ad onta della chiarezza delle soluzioni applicative, il tema merita una più generale riconsiderazione.

nei casi previsti dai §§ 1574 e 1575). Se da un lato si potrebbe osservare che l'interpretazione estensiva del concetto di mezzi di sussistenza, datane dalla giurisprudenza italiana (*infra*, § 2.4.4 in nota 110 e testo corrispondente), finisce con l'avvicinare le soluzioni praticate nei due ordinamenti, tuttavia la scelta più marcatamente accessoria dell'ordinamento tedesco ne garantisce in astratto – e cioè salvi i problemi di accertamento pratico che comunque affliggono l'esperienza applicativa del § 170 *StGB* – una più rigorosa trasparenza e controllabilità delle soluzioni.

¹⁸ Su questa norma cfr. per tutti, di recente, D. FONDAROLI, *Art. 12 sexies*, in E. GABRIELLI (dir.), *Commentario del codice civile. Della famiglia – Leggi collegate* (vol. a cura di L. Balestra), Torino, 2010, 834 ss.

In effetti, il rinvio *quoad poenam* accorpa fattispecie apparentemente espressive di scelte politico-criminali differenti: in un caso, quello dell'art. 570, il legislatore penale esprime una scelta d'incriminazione relativamente autonoma; nell'altro, l'illecito penale coincide senza residui col mero inadempimento civilistico. Il diverso rapporto fra materia civile e penale nelle due situazioni tipiche potrebbe ripercuotersi – ed è notazione su cui si avrà modo di tornare e che potrebbe essere valorizzata anche *de iure condendo* – sul giudizio di ragionevolezza d'una equiparazione sanzionatoria dal punto di vista del principio di proporzione.

Quest'ultima considerazione è stata evidentemente trascurata, invece, dal legislatore recente, il quale (art. 3, l. n. 54/2006)¹⁹ ha replicato il modello dell'art. 12 *sexies*, richiamando le pene in esso previste – e dunque, per così dire “in secondo grado”, quelle dell'art. 570 – anche per il caso di inadempimento della prestazione dell'assegno di separazione, nonché per la violazione dei provvedimenti economici stabiliti dal giudice²⁰. In proposito, non interessa tanto stigmatizzare il gioco di specchi dei rimandi a catena, ormai del tutto familiare anche ad una materia, come quella penale, che mal lo tollera per principio, quanto far notare il fatto che, in assenza di una riforma generale del sistema, il legislatore sembra essersi progressivamente orientato in questo specifico ambito nel senso di accordare al diritto penale una funzione sanzionatoria degli obblighi stabiliti in sede civile (dalla legge o dal giudice).

Una scelta siffatta può, a prima vista, apparire coerente e comoda. Coerente, perché il ragionamento suonerebbe a un dipresso come segue: come nel 1970, introducendo l'assegno divorzile, si poteva rinviare alla principale fattispecie del codice, assimilando il divorzio agli aspetti di crisi familiare in essa implicitamente considerati, così nel 2006, per la tutela dell'assegno di separazione, si può mantenere lo stesso modello in presenza d'una analoga situazione di crisi quale quella che sfocia nella separazione e nei provvedimenti giudiziali ad essa correlati. Comoda, perché l'analogia dei fatti disciplinati legit-

¹⁹ Per una prima valutazione cfr. L. PICOTTI, *Le disposizioni penali della nuova legge sull'affidamento condiviso dei figli*, in *Fam. dir.*, 2006, 553 ss.

²⁰ Prima della legge del 2006 l'inadempimento dell'assegno di separazione non riceveva tutela penale: cfr. per tutti L. MONTICELLI, *I reati*, cit., 268-270, ove analisi critica di un diverso orientamento giurisprudenziale. V. anche *infra*, nel testo.

timerebbe l'assimilazione delle conseguenze sanzionatorie, disposta mediante il sistema dei rinvii, appunto, *quoad poenam*.

Tuttavia, si tratta d'una scelta che solleva qualche perplessità perché, da un lato, lascia inalterate le discusse questioni esegetiche poste dalla norma richiamata (l'art. 570 c.p.), dall'altro, impone una parificazione sanzionatoria la quale – se è chiara la diversità dei modi di raccordo fra tutela penale e civile prescelti dal codice, per un verso, e per altro verso dalle leggi successive – necessita di una legittimazione in termini di ragionevolezza e proporzione, invece difficilmente riscontrabile allo stato attuale.

Un diritto penale all'inseguimento indiscriminato degli inadempimenti civilistici, d'altra parte, rischia di smarrire la propria funzione²¹, e scolorano i confini con altre sanzioni non penali: si vedrà, ad esempio, che in caso di gravi inadempienze commesse soprattutto in violazione dei provvedimenti del giudice – quei provvedimenti genericamente richiamati dalla nuova fattispecie penale di cui al predetto art. 3, l. n. 54/2006 – è previsto ch'egli possa «condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria» (art. 709 *ter* c.pc. introdotto dall'art. 2, co., 2, l. n. 54/2006). Da un lato, come scelta di fondo, si presceglie la specularità tra inadempimento civilistico e sanzione penale; dall'altro, sono tuttavia approntate diverse vie sanzionatorie, almeno apparentemente dissonanti con quella prima scelta.

2. Accessorietà ed autonomia del diritto penale in materia di rapporti familiari

Degli aspetti di dettaglio appena accennati ci occuperemo nel corso dell'analisi, perché presuppongono un diretto riferimento alle singole fattispecie. Per ora sia sufficiente puntualizzare che, quanto alle stonature appena echeggiate, non emerge in realtà nulla di veramente nuovo: si tratta, in sostanza, della vecchia e nobile questione²² del

²¹ Per un analogo giudizio nel contesto del sistema spagnolo, cfr. A. SERRANO GÓMEZ-A. SERRANO MAÍLLO, *op. cit.*, 343.

²² «Nobile», perché storicamente legata ad opzioni ideologiche sul sistema penale, e per questo anche questione “pericolosa”. La liberazione del diritto penale dal diritto civile è stata intesa, nel momento storico della sua massima celebrazione,

carattere autonomo delle scelte d'incriminazione in materie "coperte" da altri rami del diritto – in questo caso, dal diritto della famiglia. Anche in questa materia appare condivisibile quell'impostazione che, rifuggendo dagli opposti postulati della tesi pancivilistica e di quella autonomistica, nonché dalle discutibili presunzioni dell'orientamento relativistico, avverte che una «interpretazione realistica deve guardare ai risultati pratici e collaudare su di essi la bontà delle soluzioni interpretative», con la conseguenza che «anche la definizione dei termini di origine privatistica costituisce un problema ... da risolversi in rapporto alle specifiche esigenze di tutela delle singole norme penali, considerate nel più ampio quadro della funzione del diritto penale e dell'ordinamento costituzionale»²³.

come asserita emancipazione – in funzione autoritaria – dalla (disprezzata) logica individualistico-liberale propria delle categorie civilistiche: cfr. infatti H.J. BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, Berlin 1938, *passim* e partic. 2 ss. (e nt. 7), 315 ss. (dove si ribadisce la prospettiva del congedo dalla certezza del diritto in senso formale, con le sue fattispecie chiaramente descritte ed il suo fondamentale pilastro del divieto di analogia: «Abkehr von dem formalen Rechtssicherheitsideal des rechtsstaatlichen Liberalismus und den ihm entsprechenden eindeutig umschriebenen Rechtsbegriffen»).

²³ Autorevolmente, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, II. Delitti contro il patrimonio*, Padova 2002², 15 s. (corsivo in originale); inoltre ID., *Diritto penale – Parte generale*, Padova, 2007⁵, 48 s. e nt. 11; 863 s. Questo avvertimento, d'altronde, è presente nella sostanza – nonostante gli assunti ideologici di partenza e di contesto – già in H.J. BRUNS, *op. cit.*, partic. 21 s. laddove si ricorda che anche muovendo dall'assunto ideale dell'autonomia originaria del diritto penale, tuttavia non si tratta di un mero slogan: «l'interrogativo circa la dipendenza o l'emancipazione dei concetti penalistici dal diritto civile non si lascia risolvere con una formula con validità generale», dovendosi fare riferimento alla natura dei concetti controversi ed alla loro posizione sistematica. Per Bruns, anche i concetti derivanti dal diritto civile, dunque, devono essere interpretati e plasmati nel penale – esplicitamente al di fuori di un'ottica meramente relativistica: cfr. 114 ss. – in modo da esser capaci di cogliere ragionevolmente la situazione di fatto, l'accadimento della vita rilevante per il diritto penale, così da conformarsi al senso ed allo scopo specifici della norma penale (prospettiva teleologica: «Prinzip der teleologischen Betrachtungsweise», 107 ss.; sui criteri di tale interpretazione teleologica v. partic. *ibid.*, p. 116). Di recente sul tema cfr. S. HÖFLER, *Terminologische und inhaltliche Unterschiede zwischen Zivil- und Strafrecht – dargestellt an ausgewählten Beispielen im Rahmen der Untreue und Urkundenfälschung*, Hamburg, 2009, partic. 3 ss. e 137 ss. Nella dottrina francese cfr. ad es. P. BONFILS, *L'autonomie du juge pénal*, in *Les droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, 2007, 47 ss. e ivi in nt. 1 per ulteriori riferimenti: qui l'autonomia del diritto penale è però identificata senza meno con la «libertà» del giudice nell'interpretare nozioni extrapenali contenute nella fattispecie penale; autonomia del giudice e autonomia del diritto penale sono considerati dunque, un po' superficialmente, concetti fungibili.

È alla luce di questa impostazione che può essere utilmente riconsiderato il tema dello strumentario penale approntato per la violazione degli obblighi previsti dalla legge, e dei provvedimenti adottati dal giudice, aventi contenuto patrimoniale. Su questa base, appare ormai del tutto naturale che, a seconda delle fattispecie di volta in volta considerate, il diritto penale possa svolgere un ruolo autonomo o invece accessorio e quindi meramente sanzionatorio.

Meno scontata può però rivelarsi un'osservazione ulteriore, connessa ma espressiva di un aspetto concettualmente differente.

La dimensione autonoma o accessoria della fattispecie penale, infatti, non è di per sé univocamente significativa dal punto di vista dei principi garantistici che governano il sistema penale; di più: il carattere autonomo od accessorio della fattispecie penale non soltanto è neutro, ma appare anzi suscettibile di veicolare significati addirittura opposti quanto al rispetto di quei principi. In altri termini, riconoscere o negare l'uno o l'altro carattere dei rapporti fra diritto civile e penale può comportare – a seconda delle fattispecie – valutazioni specularmente opposte in un'ottica di lettura costituzionale (e non meramente intrasistemica) delle fattispecie di riferimento.

Un esempio, concernente proprio l'art. 570 c.p., varrà a chiarire il senso del discorso.

Affermare l'autonomia del diritto penale, quanto alla fattispecie del primo comma, equivale ad imporre la sanzione penale per la violazione di obblighi anche non patrimoniali, specificamente – "autonomamente" – considerati dal diritto penale come condotta contraria all'«ordine» e alla «morale» delle «famiglie». Ma questo, anche volendo considerare rilevanti i soli obblighi giuridici²⁴, finirebbe con il legittimare – per ragioni sulle quali avremo subito modo di soffermarci – esiti interpretativi ed applicativi non compatibili con i principi costituzionali, quello di determinatezza in primo luogo.

Per converso, affermare l'autonomia del diritto penale, quanto a quella parte della fattispecie del secondo comma rispetto alla quale il tema è rilevante (il far mancare i «mezzi di sussistenza»), è opzione interpretativa che meglio garantisce il rispetto del principio

²⁴ In tal senso la dottrina prevalente; per tutti, F. FIERRO CENDERELLI, *Profili penali del nuovo regime dei rapporti familiari*, Milano, 1984, 116 ss. (e più di recente ID., *La violazione degli obblighi di assistenza familiare*, Padova, 2007).

di offensività, perché non ogni minimo inadempimento civilistico avrebbe rilevanza penale. È una prospettiva, inoltre, feconda *de iure condendo*, perché sollecita pretese di proporzione: prospettandone la diversa gravità, rende necessaria una progressione sanzionatoria tra le fattispecie, pure penalmente sanzionate, il cui disvalore è incardinato sulla mera disobbedienza ad un provvedimento del giudice civile, e quelle invece imperniate su una situazione lesiva o comunque pericolosa per i beni “finali” della persona.

Per altro verso, quanto alla fattispecie di inadempimento dell’obbligo di versare l’assegno, l’indiscutibile stretta accessorietà del diritto penale all’obbligo civilistico – per quanto essa possa essere funzionale ad una strategia politico-criminale considerata irrinunciabile – dà luogo a soluzioni giurisprudenziali rigorose, anzi generalmente rigoristiche, talora eccessive nel loro formalismo, occasionalmente addirittura periclitanti verso un’utilizzazione del diritto penale in chiave moraleggiante²⁵. Soluzioni, fra l’altro, non del tutto in sintonia con indirizzi giurisprudenziali affermatasi in altri Paesi europei, nei quali pure è operata una scelta di base nel senso della rigorosa accessorietà delle fattispecie penali in questa specifica materia (non a caso, ben diversa sembra essere la prospettiva allorché si tratti di applicare l’art. 570 all’omesso versamento dell’assegno stabilito in sede di separazione: applicazione subordinata alla verifica dello stato di bisogno e delle condizioni economiche dell’obbligato)²⁶.

Questa osservazione vale in particolare con riferimento all’**ordinamento spagnolo**, nel quale la giurisprudenza, con avallo della dottrina²⁷, sembra piuttosto accondiscendente quanto al rilievo delle condizioni economiche: non c’è dubbio che chi non abbia sufficiente capacità economica per «prestar alimentos» non com-

²⁵ Cass., sez. VI, 11 febbraio 2010, s.i., in *CED Cass.*, rv. 246413 s. (cfr. anche nel testo, § 2.3.4., al richiamo della nota 92). {*di séguito*, «s.i.» = senza indicazione per esteso del nome dell’imputato/a}.

²⁶ Cfr. ad es. Cass., Sez. VI, 5 ottobre 2010, s.i., in *Juris Data*, Archivio “Sentenze Cassazione Penale”, sub art. 570; Trib. Monza, 4 maggio 2010, s.i., in in *Juris Data*, Archivio “Sentenze di merito”, sub art. 570; Trib. Alessandria, 17.2.2010, in *Juris Data*, Archivio “Sentenze di merito”, sub art. 570; Trib. Roma, sez. IV, 29 gennaio 2010, in *Juris Data*, Archivio “Sentenze di merito”, sub art. 570.

²⁷ Cfr. ad es. A. SERRANO GÓMEZ-A. SERRANO MAÍLLO, *loc. ult. cit.*, ove ulteriori riferimenti in nota 15.

mette il delitto²⁸. Così, si ritiene (con l'approvazione della dottrina:) che l'inadempimento sia «giustificato» quando l'obbligato non abbia mezzi economici: ad esempio, in quanto disoccupato (si ricordi che la giurisprudenza italiana non considera tale dato di fatto come automaticamente rilevante); in quanto si sia «rovinato» economicamente con una vita disordinata o licenziosa, né importa per quale motivo, a meno che non lo abbia fatto deliberatamente per sottrarsi all'adempimento degli obblighi; oppure sia (gravemente) ammalato.

Con riferimento all'**ordinamento francese** si osserva invece, in dottrina, che la giurisprudenza assume, rispetto al c.d. abbandono pecuniario (art. 227-3, norma centrale in tema di «abandon de famille»), un atteggiamento piuttosto esigente (il reato consiste nella mancata esecuzione in tutto o in parte, protrattasi per più di due mesi, di una decisione giudiziaria o di un accordo omologato dal giudice, che impone di versare all'obbligato una somma a vantaggio di un minore, di un discendente, ascendente o congiunto in ragione di una delle obbligazioni familiari specificamente indicate dalla norma con rinvio al diritto civile)²⁹. Pur affermando che l'«insolvibilità» osta alla punizione – ed in ciò, peraltro, distinguendosi almeno in apparenza dalla posizione della giurisprudenza italiana –, la giurisprudenza francese richiede ch'essa debba essere «totale» (non ricorre questa ipotesi, ad es., se è stata deliberatamente «organizzata» dal debitore, o se è dovuta alle spese sopportate a causa della situazione familiare seguita ad un nuovo matrimonio, o è chiaramente esclusa da condotte che mostrano la chiara disponibilità di beni, come il disporre di una vettura di lusso o il prendere l'aereo per esercitare il diritto di visita ai figli). Questa rigorosa posizione, tuttavia, potrebbe apparire maggiormente comprensibile rispetto a quella assunta dalla giurisprudenza italiana, se si consideri che la disposizione accessoria costituisce in sostanza l'unica forma di tutela approntata per le obbligazioni pecuniarie nei confronti di soggetti diversi dai minori; quanto alla tutela di quest'ultimi, peraltro, non sembrano riscontrabili significative differenze: le altre principali forme di «abandon de famille» sono in qualche modo simili all'art. 570 c.p. italiano, consistendo in reati che si perfezionano soltanto

²⁸ Cfr. la giur. cit. da A. SERRANO GÓMEZ-A. SERRANO MAÍLLO, *op. cit.*, 341, in nota 16.

²⁹ J. PRADEL-M. DANTI-JUAN, *op. cit.*, 436 nr. 575.

quando il comportamento o l'attitudine del genitore comprometta effettivamente la situazione del minore³⁰.

Quanto all'**ordinamento tedesco**, per quanto concerne il requisito della disponibilità di mezzi da parte dell'obligato, si è rilevato in dottrina che, innanzi tutto, non si tratterebbe d'un requisito meramente implicito della fattispecie penale (per quanto in essa non espressamente menzionato), perché la capacità ad adempiere è prescritta esplicitamente come fondamento del dovere di mantenimento («Unterhaltspflicht») dal diritto civile, che il § 170 *StGB* richiama atteggiandosi a norma "accessoria" (cfr. *retro*, nota 16). Inoltre, sempre in base alla disciplina extrapenale, l'impossibilità ad adempiere colpevolmente procuratasi dall'obligato rileverebbe pur sempre come causa di esclusione del reato, sia pure solo tendenzialmente (perché il possesso di una capacità lavorativa che non venga utilizzata in modo rimproverabile nella misura che sarebbe esigibile e possibile è considerata in via presuntiva equivalente al possesso di disponibilità economiche)³¹. Da notare, inoltre, che la giurisprudenza opera un'articolata differenziazione dei criteri in base ai quali si determina l'impossibilità ad adempiere, a seconda dei vari tipi di rapporti fra obbligati ed aventi diritto, dovendosi di volta in volta operare un bilanciamento fra i diritti di costoro e doveri di mantenimento prevalenti o per lo meno equivalenti (si fa l'esempio del dovere di mantenimento dei figli nei confronti dei genitori che, invecchiati, si trovino in condizioni di necessità: qui la pretesa in termini di capacità ad adempiere («Leistungsfähigkeit») è limitata, perché secondo l'attuale visione della solidarietà familiare la cura delle vecchie generazioni non è affare privato ma primariamente una questione di interesse della collettività³². Ciò non toglie, tutta-

³⁰ La giurisprudenza li intende però, pur sempre, come reati di pericolo: così per l'art. 227-15, che punisce i soggetti ivi indicati che privano di alimenti o di cure un minore di quindici anni, «al punto da comprometterne la salute»; l'art. 227-17 punisce il sottrarsi senza giustificato motivo ai doveri genitoriali, «al punto da compromettere la salute, la sicurezza, la moralità o l'educazione di un figlio minore», non sembra riferibile alle obbligazioni pecuniarie ma all'omissione di assistenza morale o "materiale", come nel caso in cui non si provveda alla scolarizzazione: cfr. Trib. Pau, 19 marzo 2002, in *Jur. Class. Pén.*, 2002, IV, 2923): cfr. J. PRADEL-M. DANTI-JUAN, *op. cit.*, 438 s.

³¹ K. DIPPEL, *op. cit.*, 615.

³² K. DIPPEL, *op. cit.*, 617.

via, che – in particolare nei rapporti con i figli minori – i parametri siano molto rigorosi, anche se si ha cura di precisare che non esiste un dovere di divider con i figli anche l'estremo boccone, se questo pregiudicasse la stessa sussistenza dell'obligato³³. Di particolare interesse è il rigore con il quale si afferma che la capacità di adempimento dev'essere accertata con accuratezza dal giudice penale, non potendo valere la regola civile che pone a carico dell'interessato la prova dell'incapacità³⁴. Per questo aspetto cfr. *infra*, nel testo, § 2.3.4.

Soltanto di recente s'intravedono, in talune decisioni di merito e di legittimità, segnali d'una “crisi di rigetto”, la quale peraltro, proprio in quanto si manifesti in via pretoria, lascia nodi insoluti e ne aggroviglia altri, in tensione sulla corda del principio di legalità e obbligatorietà dell'azione penale³⁵.

³³ «Die Pflicht, selbst das Letzte mit den Kindern zu teilen, besteht nicht»: K. DIPPEL, *loc. ult. cit.*

³⁴ K. DIPPEL, *op. cit.*, 631.

³⁵ Cfr. ad esempio, nella giurisprudenza di merito, la richiesta di archiviazione del p.m. e la relativa ordinanza del G.i.p. di Busto Arsizio (rispettivamente in data 12 febbraio 2010 e 21 aprile 2010, inedite ma che hanno avuto qualche risonanza nei *mass media* nazionali: notizie reperibili in http://milano.corriere.it/milano/notizie/cronaca/10_giugno_17/Del-Frate-basta-soldi-al-figlio-pm-daccordo-1703215114421.shtml; ult. accesso 19 agosto 2010), relativamente ad un caso nel quale un padre rifiutava di corrispondere l'assegno di mantenimento al figlio, oramai maggiorenne, in quanto «mosso dall'intenzione di stimolare una crescita del figlio, bocciato per due volte di seguito»; in una missiva indirizzata al figlio stesso ed acquisita agli atti, egli esplicitava le ragioni della sua posizione manifestando «la propria disponibilità ad aiutare il figlio in diversi modi» e prospettandogli «una serie di opzioni di “crescita”». La richiesta ed il provvedimento sono fondati sul difetto dell'elemento soggettivo del reato, contestato come art. 388, co. 2, c.p. (che punisce fra l'altro l'inadempimento di un provvedimento del giudice civile in materia di affidamento di minori o che prescriva misure cautelari in difesa della proprietà, del possesso o del credito): il che stupisce, dato che, per un verso, è pacifico anche in giurisprudenza che detta disposizione non si riferisca agli obblighi patrimoniali derivanti dallo scioglimento del matrimonio e, per altro verso, che la fattispecie integrata appare pacificamente almeno quella dell'art. 12-*sexies*, l. n. 898/1970 se non anche quella dell'art. 570 (fattispecie in effetti segnalata nella querela, sull'asserito presupposto dello stato di disoccupazione della madre). Si ringrazia l'avv. Tatiana Bruna RUPERTO del Foro di Crotone per la squisita collaborazione offerta, quale difensore della persona offesa, nel reperimento del provvedimento e della documentazione anche civilistica connessa alla vicenda. Cfr. inoltre Cass., sez. VI, 14 maggio 2010, s.i., in *CED Cass.*, rv. 248044 (caso di forza maggiore limitatamente al periodo di detenzione in carcere); *Id.*, 10 gennaio 2011, s.i., in *CED Cass.*, rv. 249374 (necessità di tener conto d'altri obblighi alimentari gravanti sull'imputato).

2.1. *L'interpretazione dell'art. 570 c.p.: assistenza morale, assistenza materiale*

Si è già detto che la principale fattispecie che viene in considerazione circa la tutela penale degli obblighi di assistenza familiare è quella dell'art. 570 c.p. All'importanza indiscussa della disposizione nel sistema di tutela contro la violazione degli obblighi derivanti dal matrimonio, dal rapporto di filiazione ed in genere dai rapporti familiari, non corrisponde però – almeno in dottrina – altrettanto incontrovertibile consenso sulle condotte rilevanti alla stregua della fattispecie incriminatrice. È stato particolarmente discusso, in particolare, se la disposizione possa essere idealmente divisa in due parti: la prima, corrispondente al primo comma, volta a tutelare gli obblighi di assistenza esclusivamente morale; la seconda, corrispondente alle varie ipotesi del secondo comma (sui cui rapporti strutturali pure non v'è accordo), volta a tutelare invece gli obblighi di assistenza materiale. Senza ripercorrere in dettaglio i termini della disputa³⁶, in questa sede interessa sottolineare – secondo quanto accennato in precedenza – come essa sia condizionata dalla questione, preliminare, relativa al modo d'intendere i rapporti fra norma penale e concetti civili da essa richiamati o almeno adombrati.

Rileggendo la fattispecie alla luce della questione di fondo ora richiamata, è evidente come una corretta interpretazione non possa in nessun modo prescindere, in prima battuta, dal contenuto delle norme civili di riferimento; di ciò, del resto, la dottrina non dubita. Tuttavia, per un verso non sembra che gli obblighi rilevanti siano stati individuati dalla dottrina penalistica in modo convincente; per altro verso, non si è riflettuto adeguatamente sul fatto che la rilevanza essenziale delle norme civili non equivale di per se stessa ad affermare il carattere meramente sanzionatorio della disposizione penale o, detto in altri termini, a negarne l'autonomia rispetto alle norme civili in essa richiamate (§ 2.1.4). Anzi, si cercherà qui di mostrare come proprio una rigorosa esegesi dei termini e dei limiti del rinvio al diritto civile disveli che il nucleo centrale del disvalore penalistico non risiede – diversamente da quanto si possa ritenere a prima vista – nella sua declamata accessorietà.

³⁶ Per gli essenziali riferimenti cfr., per tutti, M.T. CUSUMANO, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Trattato di diritto di famiglia* (dir. da P. Zatti), cit., 462 s.

Quanto al primo comma, in particolare, la tipicità penale ruota principalmente intorno ad elementi "normativi"³⁷; cioè, notoriamente, elementi il cui contenuto possa essere determinato soltanto sotto la logica presupposizione di un parametro di qualificazione, nel caso di specie rappresentato dalle norme civili che identificano «obblighi di assistenza inerenti alla potestà dei genitori» o inerenti alla «qualità di coniuge». È dunque punito chiunque «si sottrae» a detti obblighi³⁸. Ma oltre a ciò, la fattispecie richiede una duplice, alternativa nota modale: il sottrarsi a detti obblighi dev'essere qualificato dall'abbandono del domicilio domestico o dal tenere comunque una «condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie». Esigenze addirittura ovvie di logica giuridica impongono di considerare questi due elementi modali come senz'altro autonomi rispetto all'elemento di fattispecie consistente nel sottrarsi agli obblighi; diversamente ritenendo, la formulazione della norma sarebbe tautologica, perché ogni allontanamento ed ogni condotta contraria all'ordine od alla morale familiare sarebbe automaticamente equivalente, per l'appunto, al sottrarsi agli obblighi.

Resta il fatto, dunque, che il perno attorno a cui ruota la fattispecie è il tipo di obbligo violato. Ma con questo riconoscimento non è ancora stabilito in che cosa consistano gli obblighi di assistenza, quale ne sia il relativo contenuto, e quale ne sia la fonte.

Orbene, poiché la norma penale è silente sul punto, appare giocoforza ammettere che tali obblighi possano assumere un contenuto intelligibile soltanto mediante un rinvio: precisamente, richiamando – per quanto concerne i rapporti fra coniugi – le regole civili (non

³⁷ In tema, da ultima, L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano 2004.

³⁸ Salvo poi identificarne la natura dogmatica – come "seconda condotta" o come evento –, e conseguentemente ritenere che si tratti di reato di mera condotta (a doppia condotta; oppure ordinariamente omissivo puro) oppure di evento (giuridico o naturalistico che sia). Questi problemi di qualificazione non sono però direttamente rilevanti ai fini delle considerazioni qui svolte. Si veda comunque, per un'analisi critica delle soluzioni dogmatiche, T. DELOGU, *op. cit.*, 419 ss., partic. 425, 428; nella manualistica più recente, per un'agile esposizione e gli essenziali riferimenti dottrinali, cfr., per tutti, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, II.1, Bologna, 2007², 325); nel senso che si tratti di reato omissivo proprio ed adesivamente rispetto a questi ultimi, v. anche F. RESTA, *La tutela penale degli obblighi di assistenza familiare*, in G. FERRANDO (dir.), *op. cit.*, 174.

tutte, come si dirà) in tema di diritti e doveri nascenti dal matrimonio; nonché – per quanto concerne i rapporti fra genitori e figli (quelli evocati dal riferimento alla «potestà dei genitori») le regole civili concernenti i doveri verso i figli.

2.1.1. Rapporti fra coniugi

Quanto ai rapporti fra coniugi, viene senz'altro in considerazione la disposizione dell'art. 143, co. 2, c.c., nella parte in cui stabilisce che «dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco ... all'assistenza morale e materiale». Vero è che la disposizione fa riferimento ad altri obblighi – quelli di fedeltà, di collaborazione nell'interesse della famiglia, di coabitazione –, ma essi non possono costituire, in quanto tali, parametro di qualificazione dell'elemento normativo dell'art. 570 c.p., pena la violazione del principio di determinatezza: il dovere di «assistenza morale e materiale» è autonomamente menzionato, e soltanto esso può venire in considerazione ai fini della determinazione *in parte qua* del contenuto della legge penale. Quanto al dovere di coabitazione, se la sua violazione si identifica con l'allontanamento dalla casa familiare, è chiaro che si dovrà ritenere integrata la corrispondente nota modale della fattispecie («abbandonando il domicilio domestico»). Quanto agli altri obblighi, non potranno mai integrare l'elemento della violazione degli obblighi di assistenza, ad esempio, né la violazione del dovere di fedeltà, né quella del dovere di collaborare nell'interesse della famiglia, perché considerati dalla legge civile separatamente rispetto all'obbligo di assistenza, dunque almeno ai fini penali necessariamente eterogenei³⁹; un'eventuale rile-

³⁹ Per conclusioni analoghe v. anche ad es. M.T. CUSUMANO, *op. cit.*, 476 s.; ma esse sono argomentate, in termini peraltro comuni alla dottrina attualmente maggioritaria e ricorrente anche in giurisprudenza (riferimenti *ibidem*, nt. 55-58), in termini assiologici piuttosto che “strutturali”: con riferimento, cioè, al fatto che «vi siano condotte che non possano essere imposte attraverso la minaccia della sanzione penale» (es., l'obbligo di fedeltà) o condotte che «un tempo penalmente rilevanti, oggi non sono più ritenute tali in base all'opinione prevalente» (es., il rifiuto del rapporto sessuale). Su questa base, si afferma ad es. che l'inadempimento dell'obbligo di fedeltà non sarebbe punibile «se non quando abbia prodotto una violazione degli obblighi di assistenza». Ma l'argomentazione è debole perché il problema risulta così solo spostato: si tratta di stabilire in base a quale parametro sia possibile distinguere tra infedeltà irrilevante

vanza di questi ultimi doveri potrà essere eventualmente prospettata ritenendo che la loro violazione possa integrare le note modali del residuo elemento di fattispecie, quello del serbare una «condotta contraria all’ordine o alla morale delle famiglie» – sempre che ciò sia ammissibile in base ai principi penalistici, del che si dirà appresso.

Pure da escludere l’autonoma rilevanza del dovere di contribuire ai bisogni della famiglia, di cui all’art. 143, co. 3, c.c.: esso non è infatti sovrapponibile al dovere di assistenza⁴⁰, tanto che quest’ultimo sussiste anche in relazione a quelle vicende patrimoniali «le quali, pur senza incidere sul tenore di vita o sui bisogni della famiglia, siano suscettibili di incidere sulla comunione di vita familiare»⁴¹. Ed anche in tal caso le violazioni relative potranno eventualmente rilevare come condotta contraria all’ordine o alla morale familiare.

2.1.2. Rapporti genitori-figli

Quanto agli «obblighi inerenti la potestà dei genitori», vengono in considerazione sia la disposizione di cui all’art. 147 c.c, che – intitolato ai «doveri verso i figli» – impone ad entrambi i genitori «l’obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole», sia l’art. 330

e infedeltà che produce una violazione dell’obbligo di assistenza. Analoga obiezione può essere mossa a quanto sostiene F. RESTA, *op. cit.*, 176, per indeterminatezza e sostanziale arbitrarietà del riferimento ai «doveri solidaristici, finalizzati a garantire al familiare le condizioni per uno sviluppo della propria persona “libero dalle necessità” e adeguato alla posizione ed alle possibilità della famiglia».

⁴⁰ Sembra invece sovrapporli F. FIERRO CENDERELLI, *op. cit.*, 130.

⁴¹ M. PALADINI, in AA.VV., *Diritto privato*, vol. II, Torino 2005, 935 (dove si fa l’esempio del coniuge che fornisca all’altro il denaro necessario ad evitare l’esecuzione forzata su un bene cui sia legato da un particolare motivo affettivo). Si aggiunga, del resto, che la dottrina civilistica interpreta l’obbligo di “contribuzione” essenzialmente nel senso della rilevanza esterna come regime patrimoniale primario; nel senso, cioè, che entrambi i coniugi sono responsabili in solido per le obbligazioni contratte per i bisogni della famiglia, qualunque sia il regime patrimoniale adottato (M. PALADINI, *op. cit.*, 937). In generale, sui doveri che nascono dal matrimonio, sia sufficiente rinviare a G. VILLA, *Gli effetti del matrimonio*, in G. BONILINI-G. CATTANEO, *op. cit.*, 337 ss. e partic. 358-361; i contrasti nella dottrina civilistica sull’autonomia di un dovere rispetto all’altro – in particolare, “assistenza” rispetto a “collaborazione” – non possono alterare la conclusione qui sostenuta, che deve essere mantenuta dal punto di vista del diritto penale per ragioni di legalità.

c.c., nella parte in cui fa riferimento al genitore che «viola o trascura i doveri» inerenti la potestà dei genitori.

A proposito di questa seconda disposizione, sembra preferibile ritenere – in primo luogo – che, ai fini dell'integrazione dell'elemento normativo dell'art. 570 c.p., essa venga in considerazione soltanto nella parte in cui fa riferimento alla violazione di doveri, e non invece per quella concernente l'abuso di poteri. Infatti, la norma penale fa riferimento ai soli obblighi di assistenza inerenti la potestà, cui il genitore «si sottrae», postulando dunque un “dovere”, cioè un obbligo positivo (inadempito) e non già un “potere” di cui sia fatto abuso. Non che determinare una sottrazione all'obbligo di assistenza, l'“abuso dei poteri” si concreta al contrario, per così dire, in una “presenza” illecita, perché ad esempio violenta o comunque pregiudizievole (cfr. anche l'art. 333 c.c., nel testo modif. dalla L. 149/2001)⁴².

In secondo luogo, a proposito – specificamente – della rilevanza dell'art. 330 c.c., va ricordato in particolare un recente orientamento della giurisprudenza di legittimità, la quale si è pronunciata nel senso che l'obbligo di assistenza, sia morale sia materiale, sussiste anche in caso di decadenza dalla potestà genitoriale⁴³. La questione è particolarmente interessante e merita di essere specificamente considerata soprattutto nella specifica ottica – qui assunta – dei rapporti fra valutazioni rilevanti in sede civile e valutazioni assunte dalla legge penale.

2.1.3. In particolare, obblighi di assistenza e decadenza dalla potestà genitoriale: rilievi sistematici

Orbene, la Corte di cassazione ha argomentato l'irrilevanza a fini penali della decadenza dalla potestà genitoriale in quanto il provvedi-

⁴² La norma conferisce al giudice – fuori dai casi in cui ricorrano gli estremi di una pronuncia di decadenza dalla potestà – la facoltà di adottare i provvedimenti convenienti e se del caso disporre l'allontanamento del genitore che maltratta o abusa del minore.

⁴³ Cass., sez. VI, 21 marzo 2000, Bernardo, in *D&G* 18/2000, 7-8; successivamente (ma con più fugace argomentazione) anche Cass., sez. VI, 27 marzo 2007, De Carlo, in *questa Rivista*, 2007, 918, con nota di N. FOLLA, *Il genitore decaduto dalla potestà perde i poteri ma non i doveri di assistenza familiare*; cfr. inoltre Cass., sez. VI, 13 luglio 2005, Gabutti, *CED Cass.*, rv. 232761.

mento di decadenza avrebbe essenzialmente carattere sanzionatorio nei confronti del genitore, «mirando a colpirlo per l'indegnità di cui ha dato prova e privandolo dei poteri che gli spettano per acquisto naturale [...] il cui esercizio continuerebbe a danneggiare la crescita del minore; non perde, però, alcuno dei doveri che gli incombono». Anche il principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico milita, secondo i giudici di legittimità, a favore di questa soluzione, ché una diversa conclusione sul punto finirebbe col «trasformare la decadenza d[a]lla potestà genitoriale in un sorta di istituto di carattere premiale per il genitore dimostratosi indegno, permettendogli di continuare a disinteressarsi del figlio minore»⁴⁴.

La soluzione cui perviene la Corte pare senz'altro condivisibile; l'argomentazione addotta a suo sostegno merita tuttavia di essere approfondita e accompagnata da alcune riflessioni di carattere sistematico.

La *ratio decidendi* "verbalizzata" – per utilizzare un lessico caro ai comparatisti – consiste in una motivazione di carattere teleologico. La legge civile, in effetti, tace riguardo agli scopi ed agli effetti della decadenza; la Corte compie dunque un'opzione di valore, attribuendo a quel provvedimento carattere essenzialmente sanzionatorio, prevalente sulla concorrente funzione preventiva nell'interesse del minore⁴⁵. Su questa base, è giocoforza distinguere, nell'ambito del contenuto della potestà genitoriale, situazioni giuridiche soggettive di "potere" e di "dovere": il venir meno delle prime è certo compatibile con la decadenza, ed anzi lo scopo di questa sarebbe proprio incidere negativamente su di esse; le seconde invece – le situazioni di "dovere" – non possono venir meno senza che ciò si riveli come esito del tutto disfunzionale al significato del provvedimento. Si de-

⁴⁴ Cass., sez. VI, 21 marzo 2000, cit. Per completezza si deve qui riferire che la soluzione adottata serve alla Cassazione (anche) al fine di evitare la prescrizione del reato, il cui termine iniziale avrebbe cominciato a decorrere – ove si fosse ritenuta corretta la tesi del venir meno degli obblighi a seguito della decadenza – dal provvedimento di decadenza dalla potestà.

⁴⁵ Secondo la tesi della funzione preventiva, lo scopo della decadenza sarebbe quello di salvaguardare il minore «affinché non si ripetano, per l'avvenire, altri atti dannosi e pericolosi» nei suoi confronti (riassume in questi termini quella tesi, da essa respinta, Cass., *sent. ult. cit.*). Nell'ottica preventiva, dunque, la decadenza comporterebbe il venir meno degli obblighi di assistenza morale (in nessun caso, invece, quelli di assistenza materiale).

terminerebbe, in altri termini, un effetto paradossale, rappresentato dal conseguimento, proprio per il tramite della decadenza, dello scopo ultimo della condotta pregiudizievole, tesa – per l'appunto – a violare, a sottrarsi ad ogni dovere.

L'interrogativo centrale, nell'impostazione della Cassazione, s'identifica dunque nello stabilire se il venir meno della potestà per decadenza comporti il venir meno dei doveri (e dunque del reato).

Rispetto a siffatto interrogativo, appare tuttavia prodromica la posizione e soluzione d'una questione differente e, appunto, preliminare: se nella struttura dell'art. 570, co. 1, c.p. il requisito degli «obblighi inerenti la potestà dei genitori» debba essere inteso nel senso del richiamo all'istituto civilistico della «potestà», in quanto tale, con la conseguente necessità di determinare, sempre in base al diritto civile, le sorti dei doveri genitoriali in caso di situazioni giuridiche sopravvenute (decadenza); oppure se debba essere inteso in un senso specificamente penalistico, per quanto inevitabilmente connesso con il contenuto della situazione giuridica soggettiva di diritto civile.

Soltanto in un momento successivo potrà esser data risposta all'ulteriore interrogativo, se la norma penale *si possa applicare ai casi in cui viene meno la potestà* e cioè, detto in altri termini, se l'istituto civilistico sia considerato o meno, dalla norma penale, in termini di “attualità” (talché il reato sussiste soltanto in quanto sussista la potestà).

Così posta la questione, non sembra irragionevole rispondere, in primo luogo, che la potestà genitoriale non è richiamata come istituto civilistico comprensivo di poteri e di doveri, ma con riferimento ai (soli) doveri ad essa inerenti in astratto, che la norma penale recepisce ed impone, per così dire, in via autonoma. La norma, in altri termini, non punisce – in una prospettiva formalistica, strettamente “accessoria” – colui o colei che si sottrae “all'esercizio della potestà”, ma chi si sottrae – di fatto: cioè, in una prospettiva sostanziale – agli obblighi che la connotano.

Su questa base si può affrontare il secondo, correlato interrogativo: poiché la norma richiama non l'istituto in quanto tale ma gli obblighi ad esso inerenti in astratto, si può ammettere che, agli effetti penali, interessi non già l'attualità in concreto della potestà o degli stessi obblighi, ma *l'imposizione di un “tipo” di obbligo* (corrispondente a quelli che fanno capo alla potestà). In altri termini, il richiamo è alla potestà genitoriale non come “fonte” attuale e concreta di obblighi, ma come “fonte tipologica” o meglio, come “*criterio tipologico*”, al

quale cioè la norma penale rinvia per descrivere quegli obblighi di cui si pretende l'osservanza sotto minaccia di sanzione.

È precisamente per questo che il venir meno della potestà, agli effetti civili, non comporta l'irrilevanza penale del fatto⁴⁶.

Da questa lettura, parzialmente (cioè: non strutturalmente ma *funzionalmente*) autonomistica del precetto penale discende inoltre che – anche laddove si ritenesse, in base ad argomenti di diritto civile che pure la Cassazione ha respinto, che il venir meno della potestà determina il venir meno in concreto degli obblighi – il reato sussisterebbe comunque e nessuna conseguenza agli effetti penali avrebbero pertanto le vicende civilistiche.

Quest'impostazione consente di affrontare correttamente, *mutatis mutandis*, tutti quei casi nei quali le situazioni giuridiche soggettive di diritto civile presupposte dalla norma penale subiscono vicende modificative o estintive. Anche in questo caso, la questione non può essere affrontata in generale, dovendosi valutare di volta in volta l'incidenza della modificazione/estinzione della situazione giuridica soggettiva sulla struttura del reato⁴⁷. Si consideri, ad es., il caso in cui si controverta sulla qualità di genitore e questa venga successivamente meno per effetto dell'esito positivo dell'azione di disconoscimento di paternità⁴⁸. Non v'è dubbio che, in tal caso, il riferimento della norma penale sia alla titolarità in concreto della qualità di «genitore», che deve essere posseduta al momento del fatto perché è in quel momento che necessariamente si specificano gli obblighi ad essa connessi; ne consegue che ogni eventuale situazione modificativa non può determinare effetti *ex tunc*. Dal punto di vista

⁴⁶ In senso contrario, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano* (a cura di G.D. Pisapia), VII, Torino, 1984², 853.

⁴⁷ Analogamente a quanto accade per i rapporti fra cause di invalidità o inefficacia del negozio giuridico e reati (contro il patrimonio) che ne presuppongono la conclusione: cfr. soprattutto F. MANTOVANI, *Diritto penale – Parte speciale*, cit., 64; I. LEONCINI, *I rapporti tra contratto, reati-contratto e reati in contratto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, 1021 ss. e partic. 1027-1033.

⁴⁸ Cfr. di recente Cass., sez. VI, 14 aprile 2008, Russo, in *CED Cass.*, rv. 240557, edita ad es. in *Fam. dir.*, 2008, 1147 ss., con nota P. PITTARO, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare e disconoscimento di paternità*; Cass., sez. VI, 12 novembre 1993, Sanza, *CED Cass.*, rv. 196323. Per l'ipotesi della sentenza di annullamento del matrimonio, irrilevante per quanto concerne l'obbligo di assistenza verso i figli minori, cfr. Cass., sez. VI, 17 novembre 1988, Polignone, *CED Cass.*, rv. 180649.

processuale ne consegue, come pacificamente si afferma in giurisprudenza, che «l'eventuale controversia sul vincolo parentale non costituisce questione pregiudiziale rispetto all'accertamento degli obblighi [di assistenza] e non legittima la sospensione del relativo procedimento penale».

2.2. *Due corollari. In particolare, accessorietà «tipologica» e accessorietà «strutturale» del diritto penale*

Da quanto sino ad ora osservato è agevole desumere riassuntivamente due rilievi.

In primo luogo, si deve riconoscere che la disposizione dell'art. 570 c.p. fa riferimento, anche nel primo comma, ad obblighi sia di carattere morale (giuridicamente rilevanti, com'è ovvio), sia di carattere materiale⁴⁹. Ciò risulta non in base ad assunti teorici od ideologici, o ad interpretazioni teleologiche della fattispecie, bensì in base al normale meccanismo di funzionamento degli elementi normativi di fattispecie – una volta che si sia riconosciuto che l'unico legittimo parametro di qualificazione è rappresentato dalla legge civile, nei termini e nei limiti poc'anzi illustrati.

In secondo luogo, se è vero che i doveri di diritto civile sono essenziali per determinare il contenuto della fattispecie penale, da ciò tuttavia non deriva il carattere meramente sanzionatorio della norma⁵⁰. Quest'osservazione è corroborata da due rilievi: uno di carattere dogmatico-sistematico, l'altro, correlato, di carattere più strettamente esegetico.

Dal primo punto di vista, è necessario distinguere concettualmente tra *accessorietà in senso «strutturale»* ed *accessorietà in senso «tipologico»* o *«funzionale»*. Potremmo definire l'accessorietà «tipologica» come quella situazione nella quale il parametro di qualificazione è

⁴⁹ Cfr. *retro*, §§ 2.1.1 e 2.1.2.; in dottrina, T. DELOGU, *op. cit.*, 374. Più di recente, F. FIERRO CENDERELLI, *La violazione*, cit., 3 ss. Ciò non autorizza, peraltro, a ricondurre al primo comma dell'art. 570 la violazione dell'obbligo di prestazione dell'assegno di separazione: così, invece, Trib. Latina, 29 gennaio 2010, in *Juris Data*, Archivio "Sentenze di merito", Giuffrè, *sub art.* 570.

⁵⁰ Lo si è visto, ad esempio, a proposito della questione della decadenza dalla potestà genitoriale.

richiamato come fonte *descrittiva*, o meglio: come criterio descrittivo dell'elemento qualificato come tipico⁵¹; l'accessorietà «strutturale», invece, come quella situazione nella quale il parametro di qualificazione è richiamato come fonte *prescrittiva* dell'elemento qualificato, il quale non potrà avere altro contenuto che quello, integrale, proprio della fonte di provenienza.

È possibile che questi due aspetti dell'accessorietà del diritto penale rispetto ai concetti extrapenali coincidano (è il caso, ad es., dell'art. 12 *sexies*, L. 898/1970).

Ma è altrettanto possibile che una norma penale, per quanto accessoria in senso tipologico, non lo sia in senso strutturale, conservi cioè una sua autonomia che – in particolare – la rende refrattaria alle vicende degli istituti extrapenali presupposti (sembra essere questo il caso, ad esempio, dell'art. 570, co. 1, c.p.).

Ed è infine possibile – in termini che in questa sede possono essere soltanto enunciati in un sommario accenno – che la norma penale sia accessoria in senso strutturale ma non lo sia in senso tipologico: ciò accade quando essa richiami nozioni desumibili bensì dal diritto civile, ma il rinvio è generico, cioè non opera selezionando specifiche disposizioni dalle quali l'elemento della tipicità tragga univocamente il suo contenuto (si pensi al concetto di "altruità" della cosa nei delitti di aggressione unilaterale)⁵².

In sostanza, le uniche ipotesi nelle quali la relazione di accessorietà

⁵¹ Accessorietà tipologica, appunto, perché il parametro di qualificazione serve (soltanto) alla descrizione di una parte del «tipo» (*Typus*), cioè di un elemento del fatto tipico.

⁵² Indipendentemente dalla concezione che si ritenga di accogliere circa l'identificazione delle «nozioni generali» dei delitti contro il patrimonio (ed anche ove si ammetta che esse neppure esistano: A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, III. *Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2003, 25), non c'è dubbio che il concetto di "altruità" della cosa non designa soltanto la cosa che è oggetto di un diritto di proprietà facente capo a soggetto diverso dall'agente, ma anche la cosa che sia oggetto di una relazione di diritto – o meglio, giuridicamente riconosciuta – da parte di altri, salvo ulteriormente verificare quali tra le relazioni siano evocate dalle singole fattispecie (cfr., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 33). Ciò equivale a riconoscere che il richiamo al diritto civile, di per sé innegabile, opera però soltanto come rinvio generico a nozioni che, per un verso, sono tutte astrattamente da determinare in base al diritto civile ma delle quali, per altro verso, non è possibile stabilire, in base al solo meccanismo del rinvio, quale sia quella rilevante al fine di "riempire di contenuto" l'elemento normativo.

conferisce alla norma penale un carattere “sanzionatorio” in senso stretto sono quelle nelle quali le due forme – strutturale e tipologica/funzionale – coincidono o, se si preferisce, sono compresenti.

Dal punto di vista esegetico – sulla scorta di queste osservazioni – si deve osservare come la fattispecie incriminatrice dell’art. 570, primo comma, c.p. non soltanto *selezioni*, fra gli obblighi civili, quelli il cui inadempimento assume rilevanza penale, ma inoltre, all’interno di quelli effettivamente selezionati, conferisca “definitiva” rilevanza penale soltanto a quelle inadempienze assistite dalla nota modale di condotta rappresentata dalla violazione dell’ordine o morale delle famiglie (o dall’allontanamento).

Proprio questo assetto strutturale, peraltro, costituisce il motivo di radicale e non rimediabile indeterminatezza della fattispecie. Se infatti la selezione del comportamento avente rilevanza penale, ad onta del coordinamento con la legge civile, resta alla fine affidata ad un elemento di contenuto indefinibile in astratto e, comunque, certamente non definito dal legislatore – quello incardinato, per l’appunto, su «ordine» e «morale» delle famiglie –⁵³, ne deriva che il nucleo

⁵³ Né vale a riempire di contenuto tale criterio il riferimento, ad esempio, all’art. 144 c.c., a norma del quale «i coniugi concordano tra loro l’indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa. A ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l’indirizzo concordato» (F. FIERRO CENDERELLI, *op. cit.*, 119, cui si richiama, ma in termini dubitativi ed alla fin fine critici, M. MIEDICO, *op. cit.*, 197 al richiamo della nt. 74, nonché 198). Questa norma è estranea agli obblighi di assistenza; e, in ogni caso, non si potrebbe affermare *tout court* la rilevanza penale della «mancata costituzione della residenza familiare», cioè «il rifiuto di un coniuge di raggiungere l’accordo sulla fissazione della residenza o su altri “affari essenziali” della famiglia»; ciò perché: (a) di per sé, la possibilità di disaccordo è specificamente prevista dall’art. 145 c.c., che consente a ciascuno dei coniugi il ricorso al giudice, il quale «tenta di raggiungere una soluzione concordata»; (b) qualora questa non sia possibile ed il rifiuto persista, rendendo impossibile la fissazione della residenza da parte del giudice (che necessita una richiesta espressa e congiunta), il rifiuto potrebbe rivestire rilevanza penale solo se riferito, per l’appunto, alla fissazione della residenza, perché il riferimento agli «affari essenziali» (art. 144, comma 2, c.c.) resta, dal punto di vista penalistico, assolutamente indeterminato; (c) ma, anche rispetto alla fissazione della residenza, o si tratta di una questione puramente formale, ed allora resta almeno da stabilire sulla base di quali criteri esso costituisca violazione dell’obbligo di assistenza, oppure si traduca in pregiudizio per «i diritti dei figli e la formazione della loro personalità»; oppure si allude ad un problema sostanziale (ad es., il rifiuto, diciamo così, “originario” di coabitazione), ma allora si rientra nell’ipotesi dell’art. 143 c.c. (vedi sul punto *supra*, nel testo) e comunque resterebbe sempre da provare che, mediante quel rifiuto, il soggetto che lo ha espresso si è anche sottratto agli obblighi di

costitutivo della specifica offensività (penale) del fatto incriminato non consiste affatto, in realtà, nella violazione degli obblighi⁵⁴, bensì proprio in quella nota modale della condotta; ed è ciò che rende la fattispecie assolutamente indeterminata e dunque, *in parte qua*, incostituzionale⁵⁵.

assistenza. Si potrebbe invero ancora sostenere che la fattispecie è di pura condotta, per così dire: "situazionale" (ad es. A. VALLINI, *op. cit.*, 936 ss.); ma il contenuto di questa condotta verrebbe ad essere determinato in modo piuttosto emozionale, con descrizioni evocative che non possono superare la censura d'indeterminatezza.

⁵⁴ Cfr. M. MIEDICO, *op. cit.*, 197. Diversamente da quanto si ritiene nel testo, cfr. inoltre P. ZAGNONI BONILINI, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570)*, in trattato di diritto penale (a cura di A. CADOPPI *et al.*), cit., 521 s., la quale sembra propendere nel senso di ritenere ormai privo di significato il termine di riferimento della condotta che porta – come che sia – al sottrarsi agli obblighi di assistenza.

⁵⁵ In dottrina si è cercato di dare un contenuto al concetto di "ordine" e "morale"; ma gli esiti interpretativi paiono francamente così arbitrari da escludere il rispetto del principio di riserva di legge (prima ancora che di quello di determinatezza). Così, ad es., si è affermato (A. MICONI TONELLI, *op. cit.*, 5) che «scomparsa la patriarcale figura del *pater familias*, tutore dell'assetto e dell'economia familiare, è subentrata una diversa visione della *domus* domestica regolata sull'equilibrio delle parti che la compongono, sulla volontà effettiva ed affettiva di collaborarvi e posta nel luogo dove preminenti si pongono gli interessi e le esigenze della famiglia stessa. tale nuovo nucleo ... ha ricostituito un suo "ordine" nel quale crescere, maturare e sviluppare la propria personalità». Quanto poco utilizzabile agli effetti penali sia questa pur apprezzabile ed in sé condivisibile ricostruzione è inutile dire; del resto, questa stessa tesi finisce con l'identificare i concetti di ordine e morale con l'inosservanza dell'obbligo di assistenza, procedendo ad una sostanziale *interpretatio abrogans* degli stessi: «nell'attuale prospettiva la formulazione normativa risulta svuotata del suo significato originario se non si collega a quella del "sottrarsi agli obblighi di assistenza" ...». Può non essere inutile ricordare che lo stesso Guardasigilli sottolineava con fierezza di aver valorizzato la tutela contro l'«abbandono morale» della famiglia, approntandola «senza alcuna specificazione di mezzi, modalità e forme» (così nella relazione al progetto definitivo, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit., 354). Per parte sua, la Corte costituzionale ha escluso in tempi ormai risalenti l'incostituzionalità della disposizione, con una sentenza superficiale: Corte cost., sent. 3 marzo 1972, n. 42, in *Giur. cost.*, 1972, I, 192. Nel senso dell'incostituzionalità della fattispecie, sia pure con argomentazioni non coincidenti con quelle qui sostenute, cfr. ad es. M. MIEDICO, *op. cit.*, 198, ove ulteriori riferimenti anche agli sviluppi della giurisprudenza costituzionale che potrebbero «aver aperto la strada ad un possibile ripensamento» (nt. 84). Del tutto diversa è invece la valutazione di M. BERTOLINO, *op. cit.*, 48, secondo la quale «la formulazione indeterminata ... alla fine consente un'interpretazione adeguatrice degli elementi normativi giuridici».

2.3. (Segue): *L'interpretazione dell'art. 570, co. 1 e 2, c.p.*

La conclusione nel senso dell'incostituzionalità dell'art. 570, primo comma, non trova per la verità convinti sostenitori in dottrina – si preferisce guardare al futuro, ragionando *de iure condendo* –, ed è comunque accantonata in giurisprudenza. Il che, peraltro, non equivale ad osservare che l'interpretazione della fattispecie sia assestata su linee condivise. In effetti, la coesistenza del primo e del secondo comma ha generato una questione, tuttora aperta (ed in parte oggetto di recente intervento della Corte di cassazione a Sezioni Unite), relativa alla natura giuridica della fattispecie. È appena il caso di soggiungere che non si tratta di discussione accademica, derivandone conseguenze pratiche significative (unità o pluralità di reati, in concorso fra loro).

2.3.1. Tutela dei singoli, tutela dell'istituzione (legittimazioni teoriche e conseguenze pratiche)

Sommariamente, si può ricordare che a contendersi il campo sono tre opinioni diverse: secondo un primo orientamento, si tratterebbe di norma a più fattispecie (o norma mista alternativa), dunque di un unico reato; secondo una tesi esattamente opposta, si tratterebbe di fattispecie a più norme (o norma mista cumulativa), talché la pluralità di violazioni darebbe luogo ad un concorso formale di reati⁵⁶; infine, secondo un orientamento ancora diverso, le ipotesi del secondo comma costituirebbero non già titolo autonomo di reato, bensì circostanza aggravante della fattispecie descritta dal primo comma⁵⁷.

⁵⁶ Su questi concetti cfr. per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 454: brevemente, la norma a più fattispecie dev'essere considerata unica in quanto consiste di semplici modalità alternative di previsione di un unico reato; la disposizione a più norme consiste di tante norme incriminatrici quante sono le fattispecie ivi previste, che danno luogo pertanto ad altrettanti reati.

⁵⁷ Per essenziali riferimenti su questi orientamenti cfr. di recente P. ZAGNONI BONILINI, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570)*, in *Trattato di diritto penale* (dir. da A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA), *Parte speciale*, VI. *I delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia*, Torino, 2009, 507-509 (la quale peraltro, non correttamente, annovera Delogu fra coloro che ascrivono al primo comma la sola tutela di obblighi di tipo morale: p. 506 e nt.98; ma v., diversamente, T. DELOGU, *op. cit.*, ad es. 374 s.,

Nessuna delle impostazioni appena riferite appare del tutto convincente nella sua assolutezza; seppure in questa sede costituirebbe un fuor d'opera affrontare dettagliatamente le ragioni dell'una o dell'altra tesi, si può tuttavia affermare – con maggiore chiarezza di quanto non sia d'uso nelle analisi dottrinali – che la questione della natura giuridica della fattispecie dovrebbe essere correttamente impostata distinguendo preliminarmente tre àmbiti:

- a) quello della relazione fra primo e secondo comma;
- b) quello della relazione fra le ipotesi descritte dal secondo comma, n. 1 e n. 2;
- c) quello delle fattispecie descritte *all'interno* di ciascuna delle proposizioni del secondo comma, e cioè all'interno, rispettivamente, del n. 1 e del n. 2.

L'opportunità di tale distinzione⁵⁸, del resto, è sottolineata dalla più recente giurisprudenza di legittimità, secondo la quale la norma «fa riferimento ad un ventaglio di condotte di natura diversa che, fermo restando il fine di tutela della famiglia e dei rapporti di assistenza nell'ambito familiare, prende in considerazione condotte ed eventi di diversa natura per i quali ben possono individuarsi beni non omogenei ma parimenti tutelati. *E per ciascuna di queste ipotesi ben possono darsi soluzioni diverse quanto al tema dell'unicità o pluralità di reati*»⁵⁹.

Quanto al rapporto fra primo e secondo comma, in base al relativo confronto strutturale sembra agevole affermare che si tratta

389). Contraria ad una lettura unitaria della fattispecie è S. LARIZZA, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Cass. pen.*, 1997, 2724, perché su quella base qualsiasi inadempimento civilisticamente rilevante potrebbe assumere significato penale; si veda quanto osservato in effetti nel testo: *infra*, § 2.3.4.

⁵⁸ Analogamente, nella manualistica, M.L. FERRANTE, *La violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Reati contro la famiglia e i minori* (a cura di F.S. Fortuna), Milano, 2006, 117 s.

⁵⁹ In tal senso Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, Cassa, in *Cass. pen.*, 2008, 2751 ss., m. 849.2 (con nota di S. BELTRANI, *Omessa prestazione dei mezzi di sussistenza in danno di più familiari conviventi: nn unità, ma pluralità di reati*, *ivi*, 2756 ss.), su cui v. diffusamente nel testo al § 2.2.2. Su questa base, la Cassazione afferma incidentalmente che l'art. 570 co. 1, in quanto incrimina l'abbandono del domicilio o il sottrarsi agli obblighi compromettendo l'«ordine» familiare, è reato unico perché «il bene protetto dei singoli si identifica con quello della famiglia intesa nella sua unità», essendo impossibile una lesione «frazionata» di quell'interesse («chi abbandona la famiglia sottraendosi agli obblighi di assistenza non la abbandona in relazione alle singole posizioni individuali ... Del resto, come si fa ad abbandonare il domicilio domestico soltanto nei confronti di taluni di coloro che vi abitano?»).

di autonomi titoli di reato⁶⁰ e dunque la realizzazione dell'uno e dell'altro si risolve in un concorso di reati⁶¹.

Quanto al secondo ambito, relativo ai rapporti tra le ipotesi di cui ai numeri 1 e 2 del secondo comma, sembra inevitabile riconoscere che le due diverse proposizioni dipingono fatti diversi perché identificati da elementi costitutivi eterogenei: da un lato, le condotte di *mala gestio*, dall'altro l'omesso soddisfacimento dei bisogni elementari della famiglia – sì da legittimare, ancora una volta, l'affermazione di un concorso di reati. L'eterogeneità strutturale tra le fattispecie, in questa prospettiva, si radica nell'esistenza d'un rapporto di specialità bilaterale con aggiunta bilaterale, il quale segnala pacificamente non già il concorso apparente di norma ma il concorso di reati⁶². Né potrebbe invocarsi, per giustificare l'opposta soluzione, la cate-

⁶⁰ Per varie ragioni che non mette conto analizzare diffusamente in questa sede; riconosciuto che il rapporto di specialità sia la base di partenza per riconoscere nella fattispecie più (o meno) gravemente sanzionata una circostanza aggravante (o attenuante) di un'altra (in giurisprudenza cfr. Cass., sez. un., 19 aprile 2007, Carchivi, ad es. in *Cass. pen.*, 2007, 4326, con nota V. VALENTINI), si deve ritenere che il primo comma ed il n. 1 del secondo comma sono fattispecie solo apparentemente in rapporto di specialità ed in realtà del tutto eterogenee. Ad esempio, la condotta di chi malversa o dilapida i beni del figlio minore (secondo comma, n. 1) non è affatto una *species* né della violazione di un obbligo di "assistenza" (assistenza, ad es. morale, che potrebbe restare anche nonostante la dilapidazione) né una *species* della nota modale della contrarietà ad ordine e morale delle famiglie (l'elemento «figlio minore» o «coniuge non legalmente separato» è del tutto eterogeneo rispetto a quello di «famiglie»). Questi elementi di eterogeneità consentono pertanto di concludere con sufficiente sicurezza nel senso dell'autonomia dei titoli di reato. In giurisprudenza cfr. ad es. Cass., sez. VI, 19 novembre 1997, Coviello, *Cass. pen.* 1999, 888 (m. 342). In senso contrario all'impostazione qui seguita cfr. però, ad es., A. VALLINI, *La violazione dei c.d. "obblighi di assistenza materiale" e l'errore inerente a fattispecie connotate da disvalore etico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 939 s.

⁶¹ Ferme restando, com'è chiaro, le obiezioni d'incostituzionalità relative al primo comma dell'art. 570.

⁶² Il criterio d'identificazione e risoluzione del concorso di norme e di reati qui seguito è quello strutturale: cfr. in partic. l'impostazione di G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità e interferenza nel concorso apparente di norme*, Milano, 1981, partic. 56 ss.). Nei termini fissati da F. MANTOVANI, da ultimo in *Diritto penale – Parte generale*, cit., 457 e nt. 89) avremmo l'«interferenza» per il solo dato penalmente ininfluenza della qualità di figlio minore o di coniuge. Il criterio strutturale è ormai consolidato in giurisprudenza; cfr. ad es. Cass., sez. un., 20 dicembre 2005, Marino, ad es. in *Cass. pen.*, 2006, 866 (con nota E. SVARIATI) e ibidem, 3208, con nota F. CINGARI. La conclusione nel senso che si tratti di titoli autonomi di reato è comunque ormai pacifica in dottrina: cfr. per tutti G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, 322.

goria delle c.d. 'norme a più fattispecie'. A tale categoria, per vero, deve essere contrapposta quella delle 'disposizioni a più norme', così definita in virtù dell'esistenza di una pluralità di qualificazione per quante sono le fattispecie corrispondenti. Ed è proprio questa a ricorrere nel caso di specie, dato che le due ipotesi considerate, oltre a figurare in due previsioni distinte, non risultano equivalenti neanche in termini assiologici, essendo l'una maggiormente affine al piano di tutela del patrimonio, e l'altra (ossia, quella descritta dal n. 2 del secondo comma) più strettamente collegata, viceversa, al sostrato personale in cui si radica il fondamentale vincolo solidaristico proprio del nucleo essenziale della convivenza: e ciò proprio per via di quell'elemento – il venir meno deimezzi di sussistenza – che qualifica in termini 'personalistici' una violazione di tipo strutturalmente patrimoniale.

Infine, quanto al rapporto fra le ipotesi previste all'interno di ciascuno dei numeri in cui si articola il secondo comma, si tratta della questione più discussa in giurisprudenza⁶³, oltre che controversa in dottrina, e sulla quale soltanto di recente è intervenuta la Corte di cassazione a Sezioni Unite⁶⁴ con una sentenza che merita di essere qui sottoposta a disamina critica.

2.3.2. In particolare, l'intervento delle Sezioni Unite

Com'è noto, la giurisprudenza di legittimità, come del resto la dottrina, si era divisa sulla questione dell'unità o pluralità di reati nel caso di omessa prestazione dei mezzi di sussistenza a più aventi diritto (es., più figli minori; figli e coniuge); controverso era, in particolare, se venisse in considerazione una pluralità di violazioni in concorso formale (c.d. omogeneo) tra loro, o si trattasse di reato unico.

Al di là della veste tecnica della questione, essa coinvolge un aspetto

⁶³ Di regola, in realtà, con riferimento al solo n. 2. Ma la discussione può senz'altro riproporsi negli stessi termini a proposito del n. 1.

⁶⁴ Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, cit., che enuncia il seguente principio di diritto: «configura una pluralità di reati l'omessa somministrazione di mezzi di sussistenza nell'ipotesi in cui la condotta sia posta in essere nei confronti di più soggetti conviventi nello stesso nucleo familiare». Nel senso delle Sezioni unite si era espresso già T. DELOGU, *op. cit.*, 571.

cardinale nel sistema della tutela della famiglia, poiché appare, per così dire, indecidibile senza chiamarne in causa una più generale e quasi “ideologica”, relativa al concetto di “famiglia” quale oggetto della tutela penale. In sostanza, la discussione ruota intorno all’interrogativo se si debba tuttora considerare tutelata la famiglia in quanto “corpo intermedio” – era (è) questa senz’altro la prospettiva del Codice Rocco –⁶⁵ oppure se siano tutelati i singoli rapporti familiari, nell’ambito di una personalizzazione della tutela penale che accantoni fra i non graditi ricordi del passato la funzionalizzazione dell’individuo ad esigenze superiori, e rifugga determinate interpretazioni come rigurgiti di quell’impostazione ideale.

Secondo l’orientamento prevalente prima dell’intervento delle Sezioni unite, il reato sarebbe unico: la tutela dei singoli aventi diritto costituirebbe, in quest’ottica, soltanto una conseguenza naturale e riflessa della tutela primaria accordata alla “famiglia”; secondo l’orientamento minoritario, invece, ad essere direttamente tutelati sono proprio i singoli rapporti familiari, nell’ottica della personalizzazione della tutela penale (di una tutela cioè, potremmo esplicitare, orientata non all’istituzione familiare in quanto tale ma alla persona in funzione della quale quell’istituzione familiare è legittimata, quale formazione sociale rilevante anche per l’ordinamento penale).

Le Sezioni Unite aderiscono invece all’orientamento minoritario, pur precisandone le argomentazioni. Schematicamente, la Corte ritiene non decisivi taluni argomenti pur tradizionalmente addotti a sostegno dell’uno e dell’altro orientamento.

Non decisivo, innanzi tutto, è ritenuto l’argomento della “pluri-offensività”, che argomenta la pluralità di reati sulla base della pluralità degli’interessi offesi, tutti aventi carattere “personale” e dunque tutti distintamente rilevanti (oltre, eventualmente a quello “istituzionale”). Di contro, si rileva opportunamente in sentenza,

⁶⁵ Cfr. ad esempio T. PADOVANI-L. STORTONI, *op. loc. cit.* Non è questa la sede anche soltanto per accennare a questa discussione, che trova ampio spazio nelle più recenti trattazioni della materia [in particolare, cfr. S. RIONDATO, *Introduzione a «famiglia» nel diritto penale italiano*, in *Trattato di diritto di famiglia* (dir. da P. Zatti), cit., 12 ss., 41 ss.; più recentemente A. MANNA, *op. cit.*, 139 ss. e partic. 149 s.; A. CADOPPI, *Introduzione ai reati contro la famiglia*, in A. CADOPPI ET AL. (a cura di), *Trattato*, cit., 261 ss.; nella prospettiva della tutela dei minori v. anche le osservazioni di M. BERTOLINO, *op. cit.*, 47 ss.]; ci si limiterà a ricordare i riverberi di essa nella soluzione del contrasto giurisprudenziale, di cui si discorre nel testo.

esistono reati plurioffensivi che però restano reato unico anche se più sono le vittime: è il caso, ad esempio, del delitto di strage e del reato di falso in bilancio.

Parimenti non decisivo è l'argomento letterale: se è vero che l'uso del plurale («discendenti», «ascendenti») – e, aggiungiamo noi, della disgiuntiva (discendenti ecc., «o» coniuge) – segnalerebbe(ro) l'irrelevanza o fungibilità dei soggetti passivi, dunque delle *singole* posizioni, tuttavia si tratta di argomento ambivalente. Secondo la Corte, in effetti, si potrebbe allo stesso tempo osservare che, diversamente dalla fattispecie del primo comma, qui la norma non contiene il riferimento alla "famiglia" e dunque non postula una considerazione unitaria. Osservazione, questa, rafforzata dal riferimento all'art. 572 c.p., che facendo riferimento alla singola persona della famiglia, inequivocabilmente segnala che la pluralità delle persone offese determina una pluralità di violazioni⁶⁶.

Fra gli argomenti tradizionalmente ripetuti, il più pertinente sembra essere, secondo la Cassazione, proprio quello storico-giuridico: se è vero che, nell'impianto originario del codice, si riscontrava «una

⁶⁶ La *prurities coniectandi* sottesa a queste distinzioni, correnti sul filo sottile dell'esegesi fra grammatica e sintassi e sfumature della lingua nazionale, non è stravaganza provinciale di giurisdicenti nostrani, ma dato consustanziale all'ermeneutica giuridica che si riscontra facilmente anche in altre esperienze giuridiche. Può essere interessante notare, ad esempio, che analoghe discussioni hanno interessato la Corte Suprema degli Stati Uniti a proposito della complessa distinzione tra corruzione (che presupporrebbe un vero e proprio scambio con intento corruttivo, c.d. *quid pro quo*) e «illegal gratuity» (che invece ne prescinde). In quella sede, discutendosi – a proposito della seconda fattispecie – della necessità del legame fra dazione illecita e compimento di un atto concreto («any official act»), o, al contrario, della sufficienza di una generica relazione della dazione con qualsiasi atto che rientri nella competenza del pubblico agente, il noto giudice Antonin Scalia si diffonde ampiamente in osservazioni molto simili a quelle dei giudici italiani: la domanda «do you like any composer?» può essere intesa sia nel senso di una generale preferenza per i compositori, quale che sia l'identità o la musica, sia – preferibilmente – nel senso, normale perché comune nell'uso linguistico dell'espressione, della preferenza per un compositore in particolare. Così, nel caso di specie, la dazione illecita rilevante come «illegal gratuity» potrebbe bensì genericamente riferirsi ad atti non necessariamente determinati nella loro individualità (interpretazione generica), ma il Giudice Scalia ritiene preferibile il riferimento ad un atto in particolare anche se non identificato precisamente nella sua individualità («for or because of some particular official act of whatever identity»). Cfr. *U.S. v. Sun-Diamond Growers of California*, 526 U.S. 398 (1999), riportata in J.R. O'SULLIVAN, *Federal White Collar Crime. Cases and Materials*, St Paul (MN), 2007³, 477 (ove, per suggerimenti di riflessione critica rispetto al dibattito che tale pronuncia ha suscitato, 488 s.).

considerazione globale dell'ordine familiare tale da giustificare una tutela unitaria e indifferenziata senza che venissero in considerazione le specificità delle situazioni individuali dei singoli componenti», tuttavia «le norme della Costituzione (artt. 2, 29, 30 e 31) e le riforme legislative successivamente intervenute in tema di diritto di famiglia hanno sicuramente rafforzato anche la tutela dei singoli componenti». Ciò posto, la Corte sottolinea che le condotte previste dalla complessa fattispecie dell'art. 570 c.p. non sono assimilabili a categorie omogenee e dunque la soluzione nel senso della unità o pluralità di reati dev'essere necessariamente differenziata.

In quest'ottica, si rileva che le ipotesi previste dal secondo comma sono «dirette a tutelare non un'astratta unità familiare dai contorni indistinti ma ben precisi interessi economici quali la tutela del patrimonio del soggetto “debole” (n. 1) e la vera e propria sopravvivenza economica di questi soggetti (n. 2)». Se dunque l'interesse economico costituisce oggetto diretto della tutela penale – i singoli soggetti, del resto, «possono trovarsi nelle più diverse situazioni» – pare giocoforza respingere una «tutela indifferenziata per l'interesse patrimoniale o economico di singoli soggetti» e concludere coerentemente nel senso della pluralità di reati (salva l'applicazione dell'istituto del reato continuato, art. 81 cpv. c.p.).

Decisiva conferma della conclusione raggiunta è ravvisata dalla Cassazione in un rilievo di carattere logico che rivelerebbe il carattere paradossale della soluzione respinta: ove si ritenesse l'unicità del reato, in caso di adempimento parziale (cioè prestazione dei mezzi di sussistenza solo a favore di taluno degli aventi diritto) verrebbe meno la stessa tipicità del fatto «perché l'adempimento soggettivamente frazionato non è descritto nella condotta prevista dalla norma incriminatrice».

Infine, è addotto un riscontro sistematico, desunto dalle simili conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza a proposito dell'«ipotesi analoga relativa al reato di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p.», ove siano identificabili più soggetti passivi della condotta⁶⁷.

⁶⁷ In dottrina cfr. ancora, per tutti, F. COPPI, voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 254 s.: «l'aver ravvisato l'oggetto del reato nella personalità del singolo in relazione al rapporto che lo unisce al reo ci porta evidentemente a ritenere che nel caso di maltrattamenti nei confronti di più persone si avrà una corrispondente pluralità di reati di maltrattamenti» (255).

2.3.3. Considerazioni critiche

La tesi delle Sezioni Unite però non convince⁶⁸. I due argomenti forti – quello relativo all'atipicità dell'adempimento frazionato e quello sistematico del confronto con l'art. 572 c.p. – non sembrano invero inattaccabili, e le perplessità ch'essi sollevano possono essere riassunte nei termini seguenti.

A) Quanto all'asserita «considerazione dirimente» relativa all'irrelevanza penale di un adempimento frazionato – per escludere il reato sarebbe dunque sufficiente adempiere nei confronti di taluno degli aventi diritto –, essa potrebbe apparire addirittura bizzarra, se non si potesse notare che una simile posizione risulta attestata anche nella giurisprudenza spagnola, a proposito del delitto di «abandono de familia»: ma si tratta di un'analogia soltanto apparente⁶⁹. La Corte pretende che la tesi unitaria debba necessariamente muovere dal presupposto che il riferimento al plurale agli «aventi diritto» valga ad incardinare la tipicità su un inadempimento, per così dire, congiunto e collettivo, cioè nei confronti di tutti gli aventi diritto, congiuntamente considerati. Ma, come la stessa Corte riconosce, l'argomento grammaticale è equivoco; ed anzi fuorviante, perché l'uso del plurale si concilierebbe perfettamente con il riferimento alle singole identità che lo compongono; sennonché, una conclusione in questi termini si risolve in un'interpretazione sfavorevole al reo,

⁶⁸ La ritiene «assolutamente condivisibile», invece, S. BELTRANI, *op. cit.*, 2761, 2764.

⁶⁹ Poiché la disposizione dell'art. 226 c.p. spagnolo incrimina la violazione di una serie di «doveri» di assistenza, ci si è chiesti se l'adempimento parziale (cioè di soltanto alcuni di essi) possa escludere la tipicità; la giurisprudenza, in effetti, si esprimerebbe in tal senso. In dottrina si obietta che l'adempimento parziale esclude la tipicità soltanto se equivale ad un adempimento totale: così, non si potrà affermare che l'adempimento parziale dell'obbligo di prestare alimenti sia penalmente irrilevante, se quelli corrisposti sono del tutto scarsi, e sempre che il soggetto si trovi nella condizione di poterli prestare (A. SERRANO GÓMEZ-A. SERRANO MAÍLLO, *op. cit.*, 341 s.). A ben vedere, tuttavia, la posizione della giurisprudenza spagnola può aver trovato un aggancio normativo nel rinvio all'inadempimento dei doveri, il che potrebbe rendere non del tutto assurdo il dubbio che la tipicità consista nell'inadempimento di *tutti* e non soltanto di alcuni. Diversamente, nella disposizione italiana il riferimento non è all'elemento oggettivo dei doveri, bensì a quello soggettivo degli aventi diritto; inoltre, se il genere plurale è utilizzato per i discendenti, il coniuge è menzionato autonomamente, come si ricorda nel testo mostrando l'importanza sul piano logico di questo riferimento.

possibilmente da evitare⁷⁰. D'altronde, il coniuge avente diritto è autonomamente menzionato, il che porta ad escludere che il fatto commesso contemporaneamente in danno di costui e di uno o più discendenti possa essere ritenuto reato unico. Ma a questo punto, nessuno potrebbe seriamente sostenere che il fatto commesso in danno, ad es., di due discendenti debba costituire unico reato, e quello commesso in danno di un discendente e del coniuge, tutti allo stesso modo aventi diritto, debba integrare un concorso di reati.

Insomma, se vi sono più aventi diritto ai mezzi di sussistenza, e l'obbligato presta i mezzi soltanto ad uno (ipotizzando dunque circostanze concrete in cui si verifichi realmente un tale frazionamento), è evidente che, anche (ed anzi, proprio) muovendo dalla tesi 'unitaria' il reato – non che essere escluso dall'adempimento parziale per atipicità di questo – certamente sussiste nei confronti del soggetto che resta privo di mezzi; nei confronti degli altri, semplicemente *non è stato commesso* o comunque *non sussiste*.

Si consideri, inoltre, la stessa fattispecie concreta sottoposta all'attenzione della Corte: la contestazione concerneva – ed è del resto ipotesi frequentissima –⁷¹ l'aver fatto mancare i mezzi di sussistenza ai figli minori omettendo di corrispondere al coniuge separato quanto stabilito dal giudice in sede di separazione. Ora, in ipotesi di questo tipo la posizione dei soggetti passivi non può essere valutata se non unitariamente perché, anche laddove la somma eventualmente versata fosse sufficiente a mantenere almeno uno dei discendenti, non si potrebbe certamente stabilire in vantaggio di quale di essi il versamento sia sufficiente e dunque l'obbligo parzialmente adempiu-

⁷⁰ Per questo rilievo cfr. A. SERRANO GÓMEZ-A. SERRANO MAÍLLO, *op. cit.*, 342 in nota 17.

⁷¹ A mero titolo d'esempio, nel senso che l'omesso versamento o la prestazione di somme irrisorie si risolve nella violazione degli obblighi di assistenza in quanto non si sovviene alle necessità più elementari, cfr. Cass., sez. VI, 27 giugno 1989, Checcucilisi, in *CED Cass.*, rv. 182094; va detto, in generale, che la frequenza di questa tipologia d'ipotesi si può desumere indirettamente anche dalla frequenza delle decisioni in cui la Corte ha dovuto precisare la differenza fra omesso versamento dell'assegno di mantenimento e omessa prestazione dei mezzi di sussistenza (fra moltissime, Cass., sez. VI, 21 marzo 1996, Archidiacono, in *CED Cass.*, rv. 204873; *Id.*, 5 febbraio 1998, Cusumano, in *Cass. pen.* 1999, m. 343; *Id.*, 12 novembre 1998, Tortorella, in *CED Cass.*, rv.213336; *Id.*, 10 aprile 2001, n. 27851, in *in Juris Data, Archivio "Sentenze Cassazione Penale"*, Giuffrè, *sub art.* 570 Giuffrè – Sentenze Penali, *sub art.* 570).

to⁷². Non che affermarsi l'esistenza di un adempimento parziale che rende(rebbe) atipica la fattispecie, si deve dunque affermare in ipotesi siffatte l'inesistenza – l'impossibilità giuridica – di un adempimento parziale; su questa base, risulta esclusa anche l'utilità ermeneutica di simile concetto nel senso indicato dalla Cassazione⁷³. Il carattere personalissimo degli interessi in gioco, pregiudicati dall'unica condotta, non vale di per sé a fondare la pluralità di reati, così come la pluralità di morti in dipendenza di un fatto di strage non moltiplica la realizzazione della fattispecie dell'art. 422 c.p.

B) Quanto alla “controprova di coerenza” con l'art. 572 c.p., infine, essa si radica su una similitudine asserita ma non corrispondente a verità: il reato di maltrattamenti fa senz'altro riferimento alla tutela di beni individuali e personalissimi – o meglio, a singole persone inserite in specifici rapporti –, ancorando più chiaramente la tipicità al fatto commesso nei confronti non già della famiglia ma di singoli soggetti passivi (ai singoli rapporti, per l'appunto), considerati nella loro individualità: ciò che è inequivocabilmente mostrato, questa volta, dal riferimento al singolare a «una persona della famiglia» o «un minore...» o una persona «sottoposta» o «affidata» all'agente. La controprova di coerenza cade, dunque, con l'infondatezza della similitudine cui si pretendeva d'ancorarla.

2.4. *L'interpretazione dell'art. 12 sexies, L. 898/1970: rapporti con l'art. 570 c.p.*

Come accennato in precedenza (*retro*, § 1.2), le incertezze applicative poste dalla struttura complessa dell'art. 570 c.p. si riverberano indirettamente su una diversa fattispecie, posta a tutela del versamento dell'assegno divorzile⁷⁴, e si sommano ad incongruità “interne” a questa fattispecie. La disposizione dell'art. 12 *sexies*, L. 898/1970,

⁷² Cfr. già V. MANZINI, *op. cit.*, 881.

⁷³ Cioè come base dell'argomento per paradosso.

⁷⁴ È ben noto che la disposizione non può essere applicata a tutela dell'ordinanza emessa in via temporanea e urgente dal Presidente del tribunale *ex art. 4 co. 8* della legge sul divorzio: per tutte, in giurisprudenza, Cass., sez. VI, 3 febbraio 1999, Bracci, in *CED Cass.*, rv. 212887.

in effetti, richiama le sanzioni previste dall'art. 570, senza però specificare se il rinvio debba intendersi in relazione alla pena prevista dal primo comma od a quella, più grave, prevista per le violazioni descritte nel secondo comma⁷⁵.

La giurisprudenza è pacifica nel ritenere che il rinvio debba essere inteso con riferimento alla pena più grave prevista dal secondo comma dell'art. 570: e ciò sul presupposto che soltanto quest'ultima fattispecie tuteli obblighi di natura economica e non soltanto morale (come invece il primo comma dello stesso art. 570)⁷⁶. Ma si tratta di un'interpretazione inaccettabile.

2.4.1. Il rinvio *quoad poenam* all'art. 570 c.p.: critica della soluzione giurisprudenziale

In effetti, l'identificazione in via interpretativa della sanzione prevista per l'art. 12 *sexies* si risolve in un'applicazione *in malam partem* della legge penale, realizzata mediante un intervento in funzione suppletiva rispetto ad un'indicazione legislativa che, per parte sua, è contraddittoria rispetto al principio stabilito dall'art. 1 c.p. e, soprattutto, incompatibile con l'art. 25, comma 2, della Costituzione.

Vero che, in proposito, la giurisprudenza esclude con orientamento assolutamente pacifico che si tratti di norma a sanzione indeterminata⁷⁷, ma si tratta di una conclusione che, oltre ad essere discutibile,

⁷⁵ La norma stabilisce che «al coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione dell'assegno dovuto a norma degli articoli 5 e 6 ... si applicano le pene previste dall'art. 570 del codice penale». Cfr. ad es., anche per ulteriori riferimenti, P. ZAGNONI-BONILINI, *La tutela penale del coniuge divorziato e dei figli in seguito alla pronunzia di divorzio. La nuova disciplina in caso di affidamento condiviso*, in G. BONILINI-G. CATTANEO, *op. cit.*, I, t. 2, Torino, 2007², 898 ss. e partic. 917-921 sul trattamento sanzionatorio (l'A. si pronuncia a favore della pena congiunta). Nel senso della pena congiunta cfr. già T. DELOGU, *op. cit.*, 537 ss.; ma, *contra*, T. PADOVANI, *Commento all'art. 12 sexies*, in G. CIAN-G. OPPO-A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario*, cit., VI.1, Padova, 1993, 536 ss, 541.

⁷⁶ Cass., sez. VI, 24 giugno 2009, in *CED Cass.*, rv. 244805; Cass., sez. VI, 31 ottobre 1996, Greco, in *CED Cass.*, rv. 206782.

⁷⁷ Cass., sez. VI, 24 novembre 1999, Fragasso, *CED Cass.*, rv. 216830, secondo la quale l'art. 12 *sexies* non prevede, per il solo fatto del rinvio all'art. 570, una sanzione indeterminata; il fatto che non sia chiaro a quale delle sanzioni previste nella norma richiamata si debba fare riferimento «può dare origine ad un eventuale problema ermeneutico, ma non trasforma il reato previsto dalla norma in reato assistito da sanzione indeterminata».

merita comunque di essere rivisitata; ciò non tanto alla luce di un generico *favor rei* – così, pur comprensibilmente, svariate voci dottrinali –⁷⁸, quanto piuttosto alla luce delle più recenti acquisizioni che, in ordine al contenuto del principio di legalità, sembrano essersi stabilizzate in sede sopranazionale e possono veicolare una (e vincolare alla) interpretazione nel senso dell'applicazione della pena meno grave.

Quanto alla Corte di Giustizia della Comunità Europea, nel riconoscere la necessaria applicabilità di una norma più mite anche quando non fosse ancora in vigore al momento della condotta e non lo sia più al momento del giudizio – e dunque, altra faccia della stessa medaglia, quando non sia tecnicamente pregiudicato il divieto di retroattività delle conseguenze sfavorevoli –, ha affermato che il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite «fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri» ed è dunque «parte integrante dei principi generali del diritto comunitario»⁷⁹.

Si può aggiungere che, se è vero che la decisione è stata adottata in materia tutt'affatto diversa (in materia di conformità alla normativa comunitaria delle nuove fattispecie italiane di false comunicazioni sociali, più favorevoli rispetto alla previgente disciplina), non è men vero – per quanto l'argomento possa suonare piuttosto retorico-defensionale che scientifico – che il richiamo ad una decisione adottata in tema di falso in bilancio non suona un fuor d'opera, dato che la stessa Corte di Cassazione, nella sentenza a sezioni unite sopra commentata, ha mostrato di non disdegnare tali ponti sistematici nell'argomentazione delle proprie decisioni.

Inoltre, anche a voler negare che l'applicazione della pena congiunta si risolva in un caso di analogia *in malam partem*⁸⁰, e si tratti

⁷⁸ Per i necessari riferimenti cfr. M. MIEDICO, *op. cit.*, 203 s. (e *ivi* in nt. 146 s.). Ma che un generico *favor rei* (o *favor libertatis* che dir si voglia) non possa essere riconosciuto come «regola generale dell'intero ordinamento penale» lo ricorda G. VASSALLI, *I principii generali del diritto nell'esperienza penalistica* (1991), da ultimo in *Giuliano Vassalli*, a cura di F. Palazzo, Roma-Bari, 2010, 13.

⁷⁹ CGCE, Grande Sezione, 3 maggio 2005, *Berlusconi et al.*, C-387/02, 391/02, 403/02, in <http://curia.europa.eu>, § 68 s.

⁸⁰ Nel senso che si tratti proprio di analogia vietata v. T. PADOVANI, *Commento*, cit., 543.

di mera attività interpretativa consentita, si deve comunque sottolineare che un generale divieto d'interpretazione estensiva a sfavore dell'imputato è affermato, in particolare, dalla Corte Europea dei diritti umani⁸¹, anche al di fuori delle ipotesi di successione di leggi⁸² e dunque in caso di norme sincronicamente vigenti⁸³.

Infine, un ultimo argomento addotto a favore della pena congiunta – il riferimento, al plurale, alle «pene» previste dall'art. 570 non potrebbe che riferirsi a quelle congiunte, ch  il primo comma prevede una cornice edittale alternativa, dunque una «pena» al singolare – appare tanto stravagante e contorto quanto, in fondo, pretestuoso: a) perch  il plurale si spiega in quanto l'art. 570, richiamato nel suo complesso come titolo di reato, cio  come “disposizione” e non come “norma”, prevede nei suoi commi per l'appunto pi  «pene»; b) perch  vi sono reati puniti con pena congiunta, richiamata da altre fattispecie con l'uso del genere singolare (es., art. 461, comma 2, c.p., in rel. al comma 1; 719 in rel. art. 718 c.p.), e, simmetricamente, reati puniti con pena alternativa richiamata con il genere plurale (es., art. 481, comma 2, c.p., in rel. al comma 1), nonch  reati puniti con la sola pena ad es. detentiva, richiamata al plurale (soltanto perch  si tratta del rinvio ad un elenco di fattispecie, il che

⁸¹ Ad es., Corte eur. dir. umani, sent. 25 maggio 1993, *Kokkinakis v. Grecia*, § 52: «The Court points out that Article 7 para. 1 ... of the Convention is *not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law* to an accused's disadvantage. It also embodies, more generally, the principle that *only the law can define a crime and prescribe a penalty* ... and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy» (corsivo aggiunto). Cfr. inoltre, anche per ulteriori riferimenti, A. BERNARDI, “*Riserva di legge*” e fonti europee in materia penale (Parte I), in *Annali Univ. Ferrara*, vol. XX (2006), 20 in nt. 72.

⁸² Per le quali cfr. ad es. Corte eur. dir. umani, 17 settembre 2009, *Scoppola v. Italia* (N° 2), § 106: «a consensus has gradually emerged in Europe and internationally around the view that application of criminal law providing for a more lenient penalty, even one enacted after the commission of the offence, has become a fundamental principle of criminal law» nonché soprattutto § 108: «Inflicting a heavier penalty for the sole reason that it was prescribed at the time of the commission of the offence would mean applying to the defendant's detriment the rules governing the succession of criminal laws in time». Il principio vale anche per le norme formalmente processuali, quando ne derivi una punizione pi  grave: cfr. sent. ult. cit., §§ 110-113.

⁸³ Corte eur. dir. umani, IV Sez., 22 luglio 2003, *Gabbari Moreno c. Spagna*, § 23: il principio di legalit  di cui all'art. 7 della Convenzione «*commande que l'accus  ne se voie pas infliger une peine plus lourde que celle encourue pour l'infraction dont il a  t  reconnu coupable*».

peraltro non esclude la sgrammaticatura: es., art. 321 in rel art. 318, comma 1, c.p.); c) perché dimentica che anche l'art. 1 del codice penale fa riferimento alle «pene» (al plurale) ma nessuno si è mai sentito autorizzato a pretendere che le pene previste per un reato debbano essere necessariamente congiunte.

Non sembra dunque implausibile ritenere che, già *de iure condito*, la pena prevista per la fattispecie dell'art. 570 c.p. deve intendersi quella del primo comma (pena alternativa: reclusione fino a un anno o multa da € 103 a 1032).

Ed anzi, tale conclusione può in realtà considerarsi obbligata, poiché deve ritenersi ormai accettato l'obbligo d'interpretazione conforme del diritto interno alle norme della CEDU, così come interpretate dalla Corte europea: in tal senso si è espressa anche la Corte costituzionale italiana, pur apponendo il limite del contrasto insanabile fra normativa interna e Convenzione europea dei diritti umani, che impone di sollevare questione di legittimità costituzionale⁸⁴. Su questa base, poiché il richiamo operato dall'art. 12 *sexies* all'art. 570 può intendersi riferito anche alla pena meno grave di cui al primo comma di quest'ultima disposizione, è a questa cornice edittale che si deve fare riferimento.

⁸⁴ L'obbligo d'«interpretazione conforme» alla garanzia dei diritti convenzionali ha il limite nell'impossibilità di disapplicare norme interne contrastanti: in tal caso, è necessario sollevare questione di legittimità costituzionale *ex art. 117 Cost.*: cfr. Corte cost. nn. 348 e 349/2007. Su queste due sentenze e sulle perplessità che suscita la soluzione in esse accolta, sia sufficiente qui rinviare ad es. a C. SALAZAR-A. SPADARO, *Riflessioni sulle sentenze n. 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Milano, 2009, ove in partic. lo scritto della stessa C. SALAZAR, *Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici: "affinità elettive" o "relazioni pericolose"?*, partic. 68 ss. (e, per le perplessità sull'obbligo di interpretazione conforme, che avvicinerrebbe il sindacato dei giudici ordinari al «judicial review of legislation» intollerabile nel nostro ordinamento perché non compatibile con il sistema dell'incidentalità della questione *ex art. 1, l. cost. n. 1/1948*, 86 s. e nt. 74). Cfr. inoltre C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008, partic. 248-260. Quanto al problema dell'interpretazione conforme (non al sistema della convenzione sui diritti umani, ma) al diritto comunitario, cfr. la posizione della nota sentenza CGCE, 16 giugno 2005, *Pupino*, C-105/03; sul tema cfr. in particolare i saggi contenuti nel volume *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale* (a cura di F. Sgubbi e V. Manes), Bologna, 2007. Su queste basi, sembra eccessiva la posizione di una sentenza di merito (riferita criticamente da V. PEZZELLA, *Convivenza more uxorio e coniuge: per il codice penale non è la stessa cosa*, in *Giur. merito*, 2009, 3093 ss.) che ha affermato l'applicabilità dell'art. 649 c.p., già in via interpretativa, al convivente *more uxorio*.

Si potrebbe obiettare che una lesione del principio di applicazione della pena più mite non sarebbe utilmente allegata dall'angolo visuale della Convenzione europea, in quanto la giurisprudenza nazionale è costante nell'identificare la pena applicabile all'art. 12 *sexies*, e ciò soddisfa, in termini di «quality of law» e di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, i criteri che la stessa Corte di Strasburgo richiede al fine di escludere la violazione della Convenzione. Ma si tratterebbe di un'obiezione destituita di fondamento: l'art. 53 CEDU fa espressamente salva la maggiore tutela prevista dagli ordinamenti interni⁸⁵, talché si deve ribadire l'incompatibilità della previsione sanzionatoria in esame, e della relativa interpretazione datane dalla Corte di cassazione, con l'art. 25, comma 2, della nostra Costituzione.

Oltre a questi rilievi, il riferimento alla pena meno grave di cui all'art. 570, primo comma, appare plausibile anche dal punto di vista sistematico. La cornice edittale che ne risulta, in effetti, è congrua rispetto a quella stabilita dalla legge per la fattispecie che più propriamente dovrebbe costituire il “modello” per la violazione di cui all'art. 12 *sexies*, quella della mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice civile (art. 388, co. 2 c.p.)⁸⁶.

D'altronde, l'analogia dell'art. 12 *sexies* con quest'ultima fattispecie, piuttosto che con l'art. 570 c.p., è più convincente, sotto due profili: *a*) in entrambi i casi la condotta è realizzata in violazione di un provvedimento del giudice civile (nell'ipotesi dell'art. 388 c.p. adottato, per quel che qui interessa sotto il profilo dell'analogia, in situazioni di crisi familiare – affidamento – o comunque in funzione

⁸⁵ Art. 53 CEDU: «Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti dell'Uomo e le Libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle Leggi di ogni Parte Contraente ...».

⁸⁶ A norma dell'art. 388, co. 2, è punito con la pena della reclusione fino a tre anni o con la multa da € 103 a 1032 «chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito». Mediante questo richiamo, ovviamente, non s'intende affermare che l'art. 388 sia norma applicabile alla violazione degli obblighi economici: tale inapplicabilità è affermata, del resto, da una giurisprudenza assolutamente pacifica (per riferimenti cfr. ad es. D. BRUNELLI, *Art. 388*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2007⁴, 2592; I. MANNUCCI PACINI, *Art. 388*, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. II, Milano, 2006², 2904 nr. marg. 25). Cfr. anche *retro*, in nota 35).

di tutela cautelare d'un credito); *b*) la più grave pena prevista per l'art. 388, pur nella comune natura di pena alternativa, appare ragionevole, ché in quel caso si tratta di violazione di provvedimenti di carattere non patrimoniale, in quanto relativi all'affidamento⁸⁷.

Resta da considerare un'ulteriore obiezione: anche l'art. 388, come talune delle ipotesi dell'art. 570, è perseguibile a querela, sicché la perseguibilità d'ufficio *ex art. 12 sexies* continuerebbe ad apparire ingiustificata anche nel confronto con quest'ultima disposizione. Anche a questa residua, seria obiezione, sarebbe tuttavia possibile replicare che la differenza fra i regimi di procedibilità non sarebbe irragionevole. In effetti, l'oggetto dei provvedimenti la cui elusione è punita ai sensi dell'art. 388 c.p. è rappresentato da rapporti di carattere personale – si ripete, quelli relativi all'affidamento dei figli – rispetto ai quali è bene che il diritto penale, strumento grezzo che si muove col passo dell'elefante in una cristalleria, si ritragga il più possibile: è dunque ragionevole che il suo intervento sia filtrato da una querela di parte. Diverso è il caso d'un provvedimento a contenuto patrimoniale, rispetto al cui inadempimento – una volta che si sia scelto di attribuire rilevanza penale al mero inadempimento civilistico (realtà consolidata *de iure condito* ma discutibile *de iure condendo*, come si dirà più oltre: cfr. § 4) – una simile ragione di ritrosia può non essere percepita come cogente o anche soltanto come opportuna.

2.4.2. Regime di procedibilità: la posizione della giurisprudenza

Le considerazioni da ultimo svolte evocano l'ulteriore e differente questione se s'intenda richiamato anche il diverso regime di procedibilità: la disposizione della legge sul divorzio non prevede un regime particolare, dunque appare procedibile d'ufficio; l'art. 570, secondo comma (dando per ammesso che questa sia la disposizione

⁸⁷ Si potrebbe osservare, in senso critico, che anche l'assegno divorzile è definito con provvedimento costitutivo di un diritto di credito, e che però i provvedimenti a tutela del credito ricevono una tutela maggiore *ex art. 388 c.p.*; tuttavia, quest'ultima previsione si riferisce a «misure cautelari» a difesa del credito, quindi, per dir così, ad una situazione di secondo grado, in cui il credito già esiste e non è costituito per la prima volta con il provvedimento del giudice civile.

richiamata) è invece talvolta procedibile a querela⁸⁸. Sino a tempi recenti la procedibilità d'ufficio dell'art. 12 *sexies* appariva pacifica; tale assunto è stato però messo in discussione di recente nella giurisprudenza di legittimità, che ne ha affermato la procedibilità a querela⁸⁹. I profili d'irrazionalità della disciplina derivante dal coordinamento imposto con l'art. 570 – sia pure considerati dalla Corte in termini piuttosto “storico-sociali” che “storico-sistematici” – tornano alla ribalta. In verità, già la Corte costituzionale si era indirettamente occupata della questione alla fine degli anni '80 del secolo scorso, avallando implicitamente la tesi della procedibilità d'ufficio dell'art. 12 *sexies* con l'affermare la ragionevolezza anche di questo profilo della disciplina risultante dal generico rinvio all'art. 570⁹⁰; ma, successivamente, la questione era stata nuovamente sollevata con specifico riferimento al regime di procedibilità, dubitandosi ancora della legittimità costituzionale della diversità di trattamento fra il coniuge che si sottrae all'obbligo di versare l'assegno fissato con la sentenza di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio – perseguibile d'ufficio – ed il coniuge separato – perseguibile a querela. Riprendendo taluni spunti argomentativi della stessa Corte costituzionale, che pur aveva dichiarato inam-

⁸⁸ Quando cioè il fatto sia commesso in danno del coniuge, o di ascendenti, o di discendenti inabili al lavoro purché non minorenni. Il termine per proporre querela, trattandosi di reato permanente, decorre «dal giorno in cui la persona offesa ha piena contezza del persistente inadempimento della persona obbligata, quale indice univoco, in assenza di cause di giustificazione, della violazione dell'obbligo di legge» (da ultima, Cass., sez. VI, 11 maggio 2010, s.i., in *CED Cass.*, rv. 247393).

⁸⁹ Cass., sez. VI, 2 marzo 2004, Cappellari, *CED Cass.*, rv. 229636. La decisione sembra rimasta isolata; nel senso della perseguibilità d'ufficio v. infatti ora Cass., sez. VI, 25 settembre 2009, s.i., in *CED Cass.*, rv. 245004. In dottrina, per tutti, D. FONDAROLI, *op. cit.*, 843 s. ove rilievi critici.

⁹⁰ Corte cost., sent. n. 472/1989, richiamata dalla sentenza della Cassazione cit. alla nota che precede. In questa sentenza la Corte si occupava di una censura generale *ex art. 3 Cost.* sull'asserita disparità di trattamento tra coniuge separato e coniuge divorziato o, per riprendere le parole della Corte, fra «la tutela penale dei crediti spettanti in caso di divorzio e la tutela penale dei crediti spettanti in caso di separazione» (ad es., il fatto commesso nei confronti del primo è punibile solo se vengono fatti mancare i mezzi di sussistenza, mentre quello commesso nei confronti del secondo consiste nel mero inadempimento dell'obbligo stabilito dal giudice civile); quanto alla questione relativa al regime di procedibilità, si limitava a dichiarare (correttamente) inammissibile la questione per difetto di rilevanza nel processo *a quo*, essendo stata concretamente presentata la querela.

missibili le questioni sollevate per questo aspetto della disciplina⁹¹, la Cassazione ritiene di valorizzare la «radice comune» delle due discipline, rappresentata da un rapporto, attuale o pregresso, a sua volta germinato dal matrimonio. Su queste basi, premesso che l'introduzione della perseguibilità a querela nell'art. 570 c.p. – operata con la legge generale di modifiche al sistema penale (l. 24.11.1981 n. 689) – ha la sua ragione nella trasformazione di quella fattispecie «da norma di tutela della funzione sociale della famiglia in garanzia del vincolo familiare nella prospettiva del libero svolgimento delle personalità individuali», la Corte ravvisa nel regime di procedibilità (a querela) «nella attuale realtà storica e giuridica della famiglia» un «limite all'intervento coercitivo statutale all'interno dei rapporti familiari, segnando una svolta che si indirizza verso la privatizzazione del diritto di famiglia». Su questa base, appare «irragionevole la diversa configurazione del regime di procedibilità per la sottrazione all'obbligo di corresponsione dell'assegno di divorzio»⁹²: l'art. 12 *sexies*, nello stabilire l'applicabilità delle pene previste dall'art. 570, opererebbe dunque un rinvio all'intero regime sanzionatorio di quest'ultima disposizione, ivi comprese le regole in tema di procedibilità.

2.4.3. Valutazioni critiche

Le motivazioni che stanno alla base della decisione da ultimo ricordata sono perfettamente comprensibili, e del resto chiaramente esplicitate; ma non si sfugge all'impressione che ci si trovi di fronte ad una vera e propria attività creativa del diritto, con la quale si supplisce in via giudiziaria a carenze legislative: una supplenza che è

⁹¹ Corte cost., sent. n. 325/1995 («esistono profili soggettivi, attinenti al permanere o meno del vincolo matrimoniale, ed oggettivi, riferibili alla natura ed al contenuto dell'assegno, che rendono non del tutto omogenee le due situazioni», talché, precisa la Corte, anche tenuto conto della diversità fra gli elementi costitutivi delle due fattispecie, la relativa parificazione «non può essere ottenuta modificando il regime della procedibilità»); cfr. inoltre ordd. n. 207/1999, n. 423/1999.

⁹² «Né può ritenersi giustificata» prosegue la Corte «la scelta di una differente modalità di impulso processuale dalla constatazione che le due norme intervengono su fasi diverse del rapporto familiare ... Infatti osta inesorabilmente a questa conclusione la "radice comune" delle due discipline».

dunque inevitabilmente parziale, già soltanto per questo criticabile, e addirittura, come si dirà appresso, peggiore del male. Vediamo perché.

In primo luogo, quanto alla specifica questione dell'assimilazione del regime di procedibilità per asserite ragioni di perequazione, si deve osservare che tale perequazione, come più volte ricordato, si fonda sulla pacifica accettazione del rinvio *quoad pœnam* all'art. 570 c.p., per di più alla più grave delle fattispecie ivi previste⁹³. L'interpretazione giurisprudenziale che – per ragioni di analogia perequativa – ritiene di poter stabilire che l'art. 12 *sexies* è perseguibile a querela, per quanto ciò non sia previsto dalla legge, supera i limiti dell'interpretazione e compie un'operazione creativa asseritamente dettata dal principio di ragionevolezza. Ma, soprattutto, essa mette il carro avanti ai buoi; muove cioè, in realtà, dal tener ferma una preliminare opzione ermeneutica operata *in malam partem* in violazione del principio di riserva di legge: il ragionamento sul regime di procedibilità si colloca logicamente in un momento successivo a quello circa il trattamento sanzionatorio. Inoltre, una volta che sia chiaro che non v'è reale analogia tra le fattispecie, altrettanto chiaro potrà apparire che arbitrariamente è indicato come punto di rottura della ragionevolezza quello del regime di procedibilità, così lasciando alle proprie spalle la rottura, prima ancora, della legalità.

Le principali osservazioni critiche s'incentrano, a questo punto, proprio sull'assunto, pur pacifico in giurisprudenza⁹⁴, che la condotta presa in considerazione dall'art. 12 *sexies* rientri come *species* nel più ampio paradigma di condotte considerate dalla norma codicistica, esso appare genericamente evocativo, piuttosto che giuridicamente dimostrato. Come si è avuto modo di accennare in precedenza, le due norme rispondono in realtà a due opzioni politico-criminali del tutto differenti.

In termini generali, se la scelta codicistica realizza una selezione delle condotte penalmente rilevanti all'interno degli obblighi di diritto civile – talché non tutte le violazioni degli obblighi, rilevanti

⁹³ L'orientamento è assolutamente pacifico in giurisprudenza: cfr. di recente Cass., sez. VI, 24 giugno 2009, s.i., in *CED Cass.*, rv. 244805; Cass., sez. VI, 7 dicembre 2006, Masin, cit.

⁹⁴ Fra tante, cfr. Cass., sez. VI, 2 maggio 2000, Tuccitto, in *CED Cass.*, rv. 220572.

per il diritto civile, costituiscono reato –, la fattispecie dell'art. 12 *sexies*, invece, sottopone a pena l'inadempimento civilistico in quanto tale, caratterizzandosi come fattispecie a carattere sanzionatorio del provvedimento del giudice civile che fissa l'entità dell'obbligazione⁹⁵ – ed in tal senso vi è una perfetta sovrapponibilità fra inadempimento della prestazione economica ed illecito penale. Dunque, l'art. 570 conferisce rilievo allo stato di bisogno degli aventi diritto censurandone il doloso mancato soddisfacimento – in qualunque modo e per qualunque ragione –⁹⁶ da parte dell'obbligato che abbia la capacità concreta di fornirli⁹⁷; per contro, il mancato, esatto adempimento dell'obbligazione risultante dal provvedimento del giudice è automaticamente rilevante come reato indipendentemente dalle condizioni

⁹⁵ Sul carattere sanzionatorio del provvedimento del giudice civile cfr., ad es., Cass., sez. VI, 5 febbraio 1998, Cusumano, cit. in nt. 29; da ultimo Cass. VI 13 marzo 2008 n. 25591, in *Guida dir.*, n. 33/2008, 103.

⁹⁶ Diciamo «in qualunque modo», perché qualunque condotta inadempiente che determini una «crisi di sussistenza» è penalmente rilevante: si tratta di un reato «a condotta libera». Diciamo anche «per qualunque ragione» per evocare un atteggiamento giurisprudenziale comprensibilmente molto rigoroso, che esclude pressoché sempre la sussistenza di cause di forza maggiore ostative dell'adempimento, eccepite al fine di giustificare o scusare la condotta del far mancare i mezzi di sussistenza. La giurisprudenza esclude infatti – ad esempio – che lo stato di disoccupazione dell'obbligato sia di per sé rilevante se non si risolve in una vera e propria indigenza (Cass., sez. VI, 25 giugno 1999 n. 1283, in *Juris Data, Archivio "Sentenze Cassazione Penale"*, Giuffrè, *sub* art. 570; Cass., sez. VI, 10 aprile 2001, Halfan, in *D&G* 31/2001, 45 ss.; Cass., Sez. VI, 14 dicembre 2010, s.i., in *CED Cass.*, rv. 249339; cfr. anche Cass., sez. VI, 2 maggio 2000, Tuccitto, in *CED Cass.*, rv. 220572, che annulla con rinvio su ricorso dell'imputato, richiedendo congrua motivazione da parte del giudice che respinga l'allegazione d'indigenza) – e certamente non lo è se il soggetto si è posto volontariamente nella situazione di non poter adempiere, ad esempio dimettendosi inopinatamente dal posto di lavoro (Cass., sez. VI, 18 febbraio 1989, Canto, in *CED Cass.*, rv.183987) – e lo stesso dicasi per il fallimento dell'obbligato (Cass., sez. IV, 21 settembre 1994, Di Castro, in *CED Cass.*, rv. 200284; Cass., sez. VI, 1° marzo 1995 n. 5780, in *Juris Data, Archivio "Sentenze Cassazione Penale"*, Giuffrè, *sub* art. 570); così come, per altro verso, non rileva né il fatto che alla prestazione dei mezzi di sussistenza provvedano terze persone (es., Cass., sez. VI, 23 aprile 1998, Perri, in *CED Cass.*, rv. 211573; *Id.*, 29 aprile 2002 n. 27245, in *Juris Data, Archivio "Sentenze Cassazione Penale"*, Giuffrè, *sub* art. 570, secondo cui lo stato di bisogno del figlio minore è presunto: nello stesso senso Cass., sez. VI, 7 dicembre 2006, Masin, in *CED Cass.*, rv. 236415-416), né il fatto che l'avente diritto svolga lavoro saltuario se non ne trae i mezzi di sussistenza (Cass., sez. VI, 14 febbraio 1994, Ricciardulli, in *CED Cass.*, rv. 198824; C. App. Potenza, 11 gennaio 2001 n. 721, in *Riv. pen.* 2002, 14).

⁹⁷ Cass., sez. VI, 5 dicembre 1989, Tropia, in *CED Cass.*, rv. 184257.

economiche dell'avente diritto. Ancòra, la stessa giurisprudenza talvolta non esclude che possa tradursi in omessa prestazione dei mezzi di sussistenza anche l'inadempimento di un obbligo di assistenza non soltanto economico ma morale, e precisamente del dovere «di non minor cogenza e radicato nell'obbligo morale strettamente aderente al legame di solidarietà familiare, di assicurarsi, a mezzo di costanti rapporti personali, dell'effettivo stato di bisogno materiale e morale del ... familiare e della soddisfazione necessaria delle esigenze fondamentali»⁹⁸.

Su queste basi, sembra plausibile revocare in dubbio il fatto che il rinvio *quoad poenam* operato dall'art. 12 *sexies* all'art. 570 (secondo comma) si radichi in una vera e propria analogia delle fattispecie. Ed anzi, appare stridente la contraddittorietà fra una posizione che si fonda sulla continenza della prima fattispecie nella seconda, asseritamente più ampia, e quell'orientamento giurisprudenziale, assolutamente pacifico e del tutto condivisibile, secondo il quale, al contrario, la nozione penalistica di "mezzi di sussistenza" «ha un contenuto più ristretto della corrispondente nozione civilistica di mantenimento»⁹⁹. Ma anche a voler ritenere, con la giurisprudenza, che la prima fattispecie rientri nel più generale «paradigma» della seconda, manca tuttavia il presupposto dell'analogia, e cioè l'esistenza di una lacuna. Né può parlarsi d'interpretazione costituzionalmente conforme, dato che la stessa Corte costituzionale ha ritenuto ragionevole la disparità di trattamento.

La tesi dell'analogia tra le fattispecie, a ben guardare, è funzionale al perseguimento di un esito processuale ben definito, nel contesto del quale essa è costantemente ribadita: si tratta di escludere la violazione del principio di correlazione fra imputazione contestata e reato ritenuto in sentenza nell'ipotesi in cui l'imputato sia condannato per il reato della legge divorzile in luogo di quello codicistico

⁹⁸ Cass., sez. VI, 29 maggio 1995 n. 11228, in *Juris Data, Archivio "Sentenze Cassazione Penale"*, Giuffrè, sub art. 570.

⁹⁹ Cass. VI 7 febbraio 1984, Macola, *CED Cass.*, rv. 162996: la nozione di mantenimento «è fondata sulla valutazione e comparazione delle condizioni socio-economiche dei coniugi, mentre la prima è limitata ai mezzi economici minimi necessari per la soddisfazione delle esigenze elementari di vita degli aventi diritto (come il vitto, l'abitazione, i medicinali ecc.)»; l'orientamento è costante: fra tante, Cass., sez. VI, 21 marzo 1996, Archidiacono, cit. in nt. 55.

originariamente contestato¹⁰⁰. Tuttavia, al fine di pervenire a quella stessa conclusione, non è affatto necessario postulare un'analogia in astratto, essendo sufficiente che il venir meno dei mezzi di sussistenza, quale evento della fattispecie codicistica, sia stato indicato nel capo d'imputazione come determinato causalmente dall'omesso o insufficiente versamento dell'assegno quale condotta anch'essa specificamente contestata.

Questi rilievi sollecitano in realtà sia una diversa ricostruzione dei rapporti strutturali tra le due fattispecie, sia una riflessione critica più generale su una tendenza giurisprudenziale alla "contaminazione" dei moduli argomentativi utilizzati per l'una e per l'altra.

Quanto al primo aspetto, le fattispecie paiono – applicando i criteri del confronto strutturale tra fattispecie astratte – in rapporto d'eterogeneità¹⁰¹, che dovrebbe imporre l'applicazione delle regole sul concorso di reati in caso d'interferenza. Per severa che possa apparire, tale soluzione¹⁰² sembra tuttavia coerente con la diversa funzione delle due fattispecie: l'una, quella codicistica, volta a garantire l'adempimento diretto dei doveri di solidarietà familiare, quando la loro violazione si risolve nella messa in pericolo delle condizioni minime di sopravvivenza; l'altra, volta a sanzionare l'inadempimento d'un provvedimento del giudice quale elemento che, in via mediata, è diretto a garantire un assetto complessivo dei rapporti familiari

¹⁰⁰ In questi termini pressoché testualmente Cass., sez. VI, 2 maggio 2000, Tuccitto, cit.

¹⁰¹ L'eterogeneità appare chiara se si consideri che: a) l'art. 570 è reato di evento (il privare dei mezzi di sussistenza) che non ha un suo corrispettivo nella fattispecie dell'art. 12 *sexies*; b) la prima fattispecie, inoltre, prevede un presupposto, lo stato di bisogno, che è invece irrilevante per la seconda, la quale, a sua volta, menziona una condotta che non è invece astrattamente contemplata dalla prima fattispecie.

¹⁰² Affermata, in giurisprudenza, ad es. da Cass., sez. VI, 19 maggio 2005, Menaldo, in *CED Cass.*, rv. 231925 (che peraltro sembra citare come conforme, sul punto specifico del concorso di reati, Cass., sez. VI, 25 settembre 2003, Titta, in *CED Cass.*, rv. 227436; ma sarebbe richiamo improprio, perché quest'ultima sentenza non si esprime affatto sul concorso di reati); quanto a Cass., sez. VI, 13 marzo 2000, De Palo, in *Cass. pen.*, 2002, 1722 (m. 527), essa non si pronuncia esplicitamente: conferma comunque le sentenze di merito che hanno ritenuto il concorso di reati, le quali non erano state impugnate sul punto; in dottrina cfr., per un cenno, M. BRUNELLO, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale - I reati contro le persone* (a cura di G. COCCO e E.M. AMBROSETTI), Padova, 2007, 571 s. nonché, da ultima, D. FONDAROLI, *op. cit.*, 843 s. che propende per escludere il concorso di reati.

che, da un lato, tiene conto degli effettivi bisogni – quando ad es. il beneficiario non abbia «mezzi adeguati» e non possa procurarseli «per ragioni oggettive» –, dall'altro lato, però, prende in considerazione anche esigenze eterogenee che – in termini generali – sono da ricondurre ad una prospettiva, diversa, di bilanciamento, cioè di «valutazione e comparazione» fra le condizioni socio-economiche dei coniugi¹⁰³.

La conclusione nel senso dell'applicazione di entrambe le fattispecie, in caso d'interferenza, potrebbe essere esclusa soltanto a patto di rinvenire nel rinvio *quoad poenam* operato dall'art. 12 *sexies* (anche) una funzione del tutto particolare: quella di una clausola di riserva implicita rispetto al fatto previsto dall'art. 570 (insomma: come se la norma trovi applicazione «fuori dei casi previsti dall'art. 570, co. 2, n. 2, c.p.»). Ed in effetti tale interpretazione potrebbe apparire non infondata proprio in ragione del fatto che la diversa, radicalmente incompatibile struttura delle due norme non esclude però, a ben vedere, ch'esse siano destinate ad esplicare una funzione politico-criminale del tutto simile ed omogenea: la tutela dei rapporti familiari a contenuto patrimoniale, siano essi fondamentali (mezzi di sussistenza) o anche solo strumentali (assegno divorzile e di mantenimento), nelle situazioni di «crisi familiare».

In altri termini, ed esplicitando quanto poc'anzi rilevato, la norma del codice appronta, per così dire, una tutela «di primo livello»: il diritto penale – a prescindere dagli specifici strumenti civilistici –¹⁰⁴ garantisce le condizioni minime di esistenza dei soggetti «deboli» di rapporti familiari. Chi s'è preso la responsabilità d'instaurare un rapporto matrimoniale, o di mettere al mondo dei figli, o abbia ancora ascendenti in vita, appartiene ad una costellazione di rapporti fami-

¹⁰³ Cass., sez. VI, 7 febbraio 1984, Macola, cit. in nt. 81.

¹⁰⁴ Il diritto civile si occupa, ad esempio, di stabilire le regole dell'amministrazione del fondo patrimoniale, della comunione legale, dei beni in regime di separazione (artt. 168 in rel. artt. 180 ss.; 217 c.c.): così, ad es., in caso di *mala gestio* di uno dei coniugi (art. 183, co. 1, c.c.), l'altro può chiedere al giudice di escluderlo; oppure, se uno dei coniugi in regime di separazione amministra i beni dell'altro, o comunque compie atti relativi a detti beni, nonostante la di lui opposizione, risponde dei danni e della mancata percezione dei frutti (art. 217, co. 4, c.c.). Tali situazioni e tali regole non sono immediatamente rilevanti per il diritto penale, il quale interviene, invece, soltanto se – pensando ai casi di mala amministrazione – questa si concretizza in condotte di vera e propria malversazione o dilapidazione dei beni.

liari costituita di persone fisiche nei confronti delle quali è vincolato da un obbligo fondamentale e pregiudiziale a qualunque altro: quello di garantirne le condizioni minime di esistenza (almeno) materiale. Il diritto penale assume il compito, lo si ripete, di tutelare questa garanzia minima, nei termini stabiliti, per l'appunto, dall'art. 570 c.p.

Diversamente, la fattispecie prevista dalla legge sul divorzio predispone invece una tutela mediata e “di secondo livello”: la rilevanza penale del fatto passa necessariamente, cioè, per la mediazione di un provvedimento giurisdizionale, la cui reale efficacia e il cui significato di supporto al soggetto debole presuppongono altrettanto necessariamente che non si versi in una situazione in cui neppure l'obbligazione di base risulti adempiuta.

In effetti, quando – ad esempio – si afferma che il mero inadempimento dell'obbligo di versare l'assegno non può integrare *ipso facto* gli estremi dell'art. 570 c.p. se non determina il venir meno dei mezzi di sussistenza, non altro si afferma se non la sostanziale progressività della tutela, fondata sull'accertamento logicamente preliminare che un problema di sussistenza non vi sia. Il sistema di tutela del provvedimento del giudice civile è condizionato dal buon operare della minaccia di primo livello¹⁰⁵.

2.4.4. Tendenze a sovrapporre i criteri di giudizio

Oltre a quanto sinora osservato, va soggiunto che la compresenza delle due diverse tecniche di tutela – quella autonomistica del codice e quella rigorosamente accessoria della legislazione speciale – può portare, nell'applicazione pratica, ad indebite sovrapposizioni dei criteri di giudizio, a dispetto delle ricorrenti precisazioni della Corte di cassazione circa la differenza di struttura fra le due incriminazioni¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Le coordinate teoriche di questa discussione si devono a G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2008, 56 ss.

¹⁰⁶ Una differenza, quella tra i rispettivi ambiti di applicabilità delle fattispecie, che peraltro la Corte di cassazione sottolinea – piuttosto che per definire “dall'interno” l'ambito specifico dell'art. 570 c.p. – al fine di confermare l'applicabilità dell'art. 12 *sexies* anche in presenza di un adempimento (solo) parziale. Fra le più recenti cfr. ad es. Cass., sez. VI, 18 novembre 2008, Gioiello, in *CED Cass.*, rv. 243529.

Una situazione simile si determina, ad esempio, quando si ignori l'allegazione delle modeste condizioni economiche dell'obbligato, in favore di una prospettiva appiattita sull'inadempienza civilistica: così per quelle pronunce di merito che – relativamente all'imputazione *ex art. 570 c.p.* – hanno ritenuto l'irrilevanza di tale allegazione sulla base del fatto che l'imputato non avesse «mai sollecitato un provvedimento del giudice civile per la riduzione dell'assegno» e dunque non avrebbe potuto di sua iniziativa «sottrarsi al puntuale adempimento dell'obbligo su di lui gravante»¹⁰⁷; si indulge, in tal modo, a considerazioni che disvelano un subliminale riferimento alla fattispecie d'inosservanza dei provvedimenti del giudice; correttamente, dunque, la Cassazione ha precisato che «tale argomento può avere una sua valenza sotto il profilo della responsabilità civile, ma non è idoneo ad escludere, secondo il principio *ad impossibilia nemo tenetur*, l'operatività a favore dell'imputato»¹⁰⁸.

Un pericoloso avvicinamento tra le due fattispecie si determina peraltro anche quando, secondo l'indirizzo più recente della stessa giurisprudenza di legittimità, si ritiene che nella nozione di mezzi di sussistenza, pur pacificamente intesa come più ristretta rispetto a quella civilistica di «mantenimento»¹⁰⁹, «debbono – nella attuale dinamica evolutiva degli assetti e delle abitudini di vita familiare e sociale – ritenersi compresi non più e non soltanto i mezzi per la sopravvivenza vitale (quali il vitto e l'alloggio), ma altresì gli strumenti che consentano un sia pur contenuto soddisfacimento di altre complementari esigenze della vita quotidiana: ad esempio: abbigliamento, libri, istruzione per i figli minori, mezzi di trasporto, mezzi di comunicazione»¹¹⁰.

¹⁰⁷ La citazione è tratta dalla sentenza della Corte di cassazione che opportunamente annulla con rinvio: Cass., sez. VI, 4 giugno 2009, n. 33492/09. V. inoltre Cass., sez. VI, 10 gennaio 2011, cit. (nt. 35).

¹⁰⁸ Cfr. Cass., sez. VI, 4 giugno 2009, cit. Cfr. anche P. ZAGNONI BONILINI, *Violazione degli obblighi*, cit., 544 e ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali e bibliografici (in nt. 279 e 280). Sull'aspetto della prova dell'insolvibilità si può richiamare la posizione della giurisprudenza tedesca, cit. *retro*, § 2, nel testo al richiamo della nota 33.

¹⁰⁹ Giurisprudenza costante: fra le più recenti, Cass., sez. VI, 11 febbraio 2010, cit. (nt. 25).

¹¹⁰ Cass., sez. VI, 13 novembre 2008, Lupo, in *CED Cass.*, rv. 242853; nello stesso senso Cass., sez. VI, 11 febbraio 2010, cit. (nt. 25); Cass., sez. VI, 3 febbraio 2010, s.i., in *Juris Data*, *Archivio "Sentenze Cassazione Penale"*, Giuffrè, *sub art. 570*. Ma l'interpretazione elastica della fattispecie, in funzione evolutiva, parrebbe possibile

Quest'orientamento comporta però molteplici rischi: *a)* di scolorire ulteriormente i confini tra primo e secondo comma dell'art. 570; *b)* di appiattare la fattispecie codicistica sull'inadempimento del provvedimento giudiziale che ingiunge i pagamenti di natura pecuniaria; *c)* di dare ingresso a considerazioni moraleggianti, magari soggettivamente condivisibili ma proprio per questo arbitrarie; *d)* di creare surrettiziamente, in via giudiziale, una nuova incriminazione.

Nel primo senso, dilatare eccessivamente i mezzi di sussistenza anche alle «complementari esigenze della vita quotidiana»¹¹¹ – sia pure quale «secondaria componente» di quella nozione – finisce con il manipolare l'elemento normativo extragiuridico sotto il pretesto del suo carattere «elastico»¹¹²; le situazioni evocate dalla giurisprudenza di legittimità potrebbero invece essere sussunte senza troppe difficoltà nell'ipotesi – meno grave – dell'art. 570, primo comma, quali forme di sottrazione ad obblighi di assistenza di tipo materiale.

Nel secondo senso, l'affermata irrilevanza di prestazioni surrogatorie di tipo non pecuniario porta al forzato automatismo consistente nel far coincidere la prestazione dei mezzi di sussistenza, in primo luogo ed essenzialmente, con la dazione di quei mezzi «nella qualità e nel valore fissato dal giudice», e dunque «solo ed esclusivamente di quel bene o di quel valore che il giudice della separazione o del divorzio ha ritenuto di determinare»¹¹³; e quindi, in definitiva, si finisce con il

solo rispetto al primo comma: cfr. ad es. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 327 s. (gli A. sembrano escludere invece la nozione ampia di mezzi di sussistenza: cfr. 333 s. e ivi nt. 32). Per la nozione restrittiva dei mezzi di sussistenza cfr. anche P. ZAGNONI BONILINI, *Violazione degli obblighi*, cit., 543 (solo ciò che soddisfa «le esigenze minime vitali»).

¹¹¹ E cioè, seguendo l'esemplificazione della Corte di cassazione: opportunità offerte dalle nuove tecnologie (si pensi ai mezzi di comunicazione informatica); mezzi di locomozione magari non coincidenti con il trasporto pubblico (es., motorino); opportunità di formazione culturale ulteriori rispetto all'istruzione scolastica (es., libri non scolastici, istruzione musicale autonoma); spese per attività sportiva (es., iscrizione ad una palestra).

¹¹² Cfr. F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, 312 ss.; nella manualistica, per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 64 s. Diversamente da quanto qui osservato si veda M. BERTOLINO, *op. cit.*, 47.

¹¹³ Cass., sez. VI, 11 febbraio 2010, cit. (nt. 25), § 2.1 (in fine) della motivazione. E si prosegue: «Né è in facoltà dell'obbligato sostituire ... la somma di denaro, mensilmente dovuta [a titolo di assegno di mantenimento per separazione o divorzio], con "cose" o "beni" che, a suo avviso, meglio corrispondono alle esigenze del minore beneficiario: l'utilizzo in concreto della somma versata compete infatti al giudice affidatario il quale,

convertire la fattispecie di pericolo in una fattispecie di disobbedienza al provvedimento del giudice civile, «il cui mancato rispetto ... può trovare sanzione»; sempre che, cautelativamente e quasi pudicamente soggiungono i giudici¹¹⁴, ne ricorrano le condizioni.

Inoltre, ed è il terzo rilievo critico, l'inidoneità delle prestazioni materiali diverse dalla corresponsione pecuniaria (disposta con provvedimento del giudice) ad escludere la violazione dell'art. 570 rischia di essere affermata con tonalità moraleggianti, come quando – constatando il cospicuo maggior valore delle dazioni materiali rispetto all'obbligo pecuniario – si stigmatizzi la prestazione di «svariati e costosi regali» (quali capi d'abbigliamento «costosi e firmati»), l'effettuazione insomma di spese «esorbitanti» rispetto ai bisogni essenziali di un minore, delle quali si adombri implicitamente il carattere diseducativo in quanto «pacificamente smodate».

Né si potrebbe contestare questa lettura critica mediante il riferimento al fatto che la sentenza, nel riferimento all'esorbitanza delle spese, semplicemente afferma l'irrilevanza di «mezzi sostitutivi» rispetto a quelli che possano «operare ... direttamente ed immediatamente nella sfera di disponibilità giuridica e di fatto del beneficiario ... senza detrimento o rischio di compromissione delle ragioni di sussistenza “altre e diverse” da quelle secondarie». Se si tiene presente che la fattispecie concreta concerneva l'omesso versamento dell'assegno stabilito in sede di separazione (condotta, all'epoca dei fatti, non punita in quanto tale dalla legge) non è difficile comprendere – ed è l'ultimo e forse più pesante rilievo critico – che, così argomentando, si fa operare l'art. 570 c.p., in via più o meno inconsapevolmente surrettizia, quale norma sanzionatoria di un comportamento altrimenti di per se stesso non punibile – l'omessa prestazione dell'assegno di separazione – argomentando, per l'appunto, che tale condotta avrebbe fatto mancare i mezzi di sussistenza.

proprio per tale sua qualità, gode in proposito di una limitata discrezionalità» (corsivo aggiunto, anche nella citazione riportata nel testo).

¹¹⁴ Cautela che non riesce a far velo alla reale pretesa dei giudici di sanzionare ex art. 570 la violazione del contenuto del provvedimento: la decisione di procedere all'acquisto diretto delle cose che ad avviso del genitore erano necessarie al figlio è arbitraria «a fronte del chiaro dettato contenuto nel verbale di separazione consensuale... omologato» (*sent. ult. cit.*, § 1 della motivazione).

Ma anche quando si tratti della fattispecie di cui all'art. 12 *sexies*, sarebbe auspicabile un atteggiamento meno rigoristico: l'accessorietà del diritto penale rispetto ai provvedimenti del giudice civile, anche quando (come in tal caso) è "strutturale" (*retro*, § 2), non può essere svincolata – è questo forse il lascito più duraturo del movimento di emancipazione del diritto penale dalla «mentalità civilistica» – da considerazioni di carattere teleologico. Così, ad esempio, è ben comprensibile che agli effetti civili la situazione patrimoniale dell'obbligato sia ricostruita secondo le regole del processo civile ed anche mediante il riferimento alle «potenzialità reddituali» e dunque alla «capacità lavorativa generica», indipendentemente dallo stato di disoccupazione¹¹⁵. Ma, quando si tratti di valutare la rilevanza penale della condotta, è necessario considerare gli elementi costitutivi del reato – sia sul piano oggettivo, sia su quello soggettivo –¹¹⁶ alla luce dei principi generali dell'imputazione penale.

V'è da chiedersi dunque se, in particolare a proposito dello stato di disoccupazione, nel diritto penale possa avere ingresso, senza filtri, la nozione civilistica di «capacità lavorativa generica» e comunque, anche ove si risponda affermativamente, se non debbano essere presi in considerazione anche argomenti fondati sull'esigibilità della condotta, indipendentemente da come li si voglia collocare dogmaticamente nel motivarne la rilevanza¹¹⁷; analogamente a quanto si riconosce, come si è visto, in altri ordinamenti¹¹⁸. Analoghi rilievi valgono, *mutatis mutandis*, per l'elemento "speculare" dello stato di bisogno: quando si afferma, ad esempio, che l'avviamento di un'attività imprenditoriale è circostanza che non smentisce di per sé quello

¹¹⁵ Cfr. ad es. Trib. Novara, sez. civ., 11 febbraio 2010, in *www.filodiritto.com* (ult. accesso: 23 marzo 2010). Il problema dell'accertamento delle disponibilità economiche dell'obbligato è uno dei più difficili nella prassi, anche in altri ordinamenti: cfr. K. DIPPEL, *op. cit.*, 580, nr. marg. 9 e 614 ss., nr. marg. 39-51, il quale, osservando i problemi affrontati dalla giurisprudenza tedesca, osserva che la determinazione delle capacità economiche dell'imputato richiede «un dispendio straordinario di energie» processuali.

¹¹⁶ Cfr. su questo aspetto, in particolare, A. VALLINI, *op. cit.*, 937 ss.

¹¹⁷ Cfr. ad esempio, di recente, P. ZAGNONI BONILINI, *Violazione degli obblighi*, cit., 542 (nel senso del limite esegetico del concetto di omissione). V. inoltre, per il punto sulla giurisprudenza in tema d'indisponibilità economica dell'obbligato, E. ANTONINI, *La violazione degli obblighi*, cit., 908.

¹¹⁸ Cfr. *retro*, § 2 al richiamo delle note 26-27.

stato si rischia di dilatarne il concetto sino alla tutela delle modeste condizioni economiche, se l'affermazione non sia adeguatamente corroborata da altre risultanze¹¹⁹, e soprattutto si rischia di suggerire equivoche indicazioni circa la distribuzione dell'onere della prova (se risulta un'attività economica, spetterebbe all'accusa provare la sua insufficienza, e non alla difesa fornire la prova del contrario, cioè elementi di giudizio che ne provino la sufficienza, applicando surrettiziamente il "principio dispositivo" tipico del processo civile).

3. *Crisi familiare e provvedimenti patrimoniali: le innovazioni legislative*

Quanto sino ad ora esposto può aver mostrato le persistenti incongruità del sistema di tutela degli obblighi e dei provvedimenti giurisdizionali a contenuto patrimoniale, derivanti da un collegamento normativo – quello fra gli artt. 570 c.p. e 12 *sexies*, L. 898/1970 – espressivo piuttosto di una scelta di comodo che di una consapevole o coerente politica criminale in materia di tutela penale dei rapporti familiari coinvolti da situazioni di crisi; un collegamento che non contribuisce a risolvere aporie nell'interpretazione della prima fattispecie, né dubbi di irrazionalità e addirittura di legittimità costituzionale della seconda.

Su questo assetto è recentemente intervenuto il legislatore (L. 8 febbraio 2006, n. 54)¹²⁰, per un verso opportunamente innovando e, per altro verso, "conservando". Ha innovato in tema di tutela contro l'inadempimento dell'assegno di separazione (in precedenza non penalmente sanzionato in quanto tale, salvo il ricorrere degli estremi dell'art. 570) e di altri obblighi di natura economica, mediante l'introduzione, in particolare, d'una nuova fattispecie penale intitolata – per

¹¹⁹ Ciò che, per vero, sembra potersi desumere nel caso deciso da Cass., sez. VI, 4 giugno 2009, cit., dove si prende atto di «oggettivi dati di fatto emersi dall'istruttoria dibattimentale e univocamente indicativi dello stato di bisogno»; e tuttavia, l'affermazione secondo la quale l'apertura (nel caso di specie) di una lavanderia sarebbe «circostanza ... che di per sé, *in difetto di altri elementi di giudizio*, non smentisce lo stato di bisogno», sembra troppo assertiva (corsivo aggiunto). Cfr. infatti quanto si soggiunge appena oltre, nel testo, a proposito dell'onere della prova.

¹²⁰ Recante «Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli» (in *Gazz. Uff.* 1° marzo 2006, n. 50).

l'appunto – alla «violazione degli obblighi di natura economica» (art. 3, l. n. 54/2006); ma, allo stesso tempo, ha replicato il meccanismo del carattere meramente sanzionatorio del diritto penale in materia di tutela dei provvedimenti giurisdizionali a contenuto patrimoniale, dichiarando applicabile alla predetta violazione degli obblighi economici le sanzioni previste dall'art. 12 *sexies*, L. 898/1970.

3.1. *Il reato di "inosservanza degli obblighi economici" tra reiterazione del modello "meramente sanzionatorio" e questioni interpretative tuttora aperte*

Dal punto di vista strettamente penalistico, il recente intervento normativo non appare soddisfacente, per almeno un paio di buoni motivi.

Da un lato, come appena accennato, il legislatore s'incammina sulla via, già collaudata, della corrispondenza speculare fra tutela penale ed inadempimento degli obblighi civili (il riferimento è all'inadempimento dell'obbligo di versare l'assegno di separazione per il mantenimento dei figli); del resto, tale scelta appare parzialmente¹²¹ coerente con quella adottata a suo tempo in materia di divorzio. Soltanto, si attualizza ancora una volta (in positivo, su questo punto specifico) la chiosa del von Kirchmann «tre parole di rettifica del legislatore, ed intere biblioteche diventano carta straccia»¹²²; risulta cioè superata la questione, che più volte aveva impegnato la Corte costituzionale, della disparità di trattamento fra tutela del coniuge separato e tutela del divorziato rispetto alla posizione dei figli¹²³. Peraltro, dalla vecchia via si dipartono sentieri nuovi, non altrettanto bene segnati;

¹²¹ «Parzialmente», perché ove non vi siano figli il problema della diversità di tutela fra coniugi nei rispettivi rapporti resta immutato.

¹²² J.H. VON KIRCHMANN, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milano 1964 (ed. it. sulla trad. di P. Frezza, 1942). L'ed. orig. reca il titolo *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin 1848; del 1847 è l'omonima allocuzione tenuta dall'Autore alla *Juristische Gesellschaft* di Berlino.

¹²³ Cfr. soprattutto, in tema, Corte cost., sent. 482/1989, che aveva ritenuto giustificata la parità di trattamento tra figli minori di genitori divorziati e figli minori di separati (secondo i giudici a quibus), i primi sarebbero stati meglio tutelati, dovendosi nell'interesse dei secondi ulteriormente provare – ai fini dell'applicazione dell'art. 570 c.p. – la condizione di privazione di mezzi di sussistenza.

in effetti, se la situazione appare chiara circa la tutela dell'assegno di mantenimento, analoga perspicuità non si riscontra in ordine alla tutela degli altri obblighi di natura economica relativi alla fase di separazione, la cui identificazione anzi non è effettuata direttamente dalla norma penale e resta dunque rimessa all'interprete mediante il generico rinvio agli «obblighi di natura economica» di cui alle varie disposizioni, modificative del codice civile, della stessa l. n. 54/2006. Per questa parte, dunque, la mera "accessorietà" del diritto penale risulta non soltanto confermata ma ulteriormente approfondita e persino slabbrata, ché si estende, dall'inadempimento dell'assegno (condotta in sé e per sé puntualmente descritta e comunque agevolmente identificabile), all'inadempimento di altri obblighi non meglio specificati se non per il loro carattere «economico» e per il loro collocarsi nella fase della separazione personale dei coniugi, considerati costoro, anche lessicalmente, con attenzione al loro rapporto con i figli, al loro essere cioè entrambi costantemente «genitori». Lessico significativo, del resto: oggetto di tutela sono soltanto gli obblighi di natura economica verso i figli e non tra coniugi separati.

Dall'altro lato, ed è il secondo motivo di perplessità (peraltro strettamente connesso a quanto appena osservato), proprio questa estensione della logica servente del diritto penale agli obblighi civili finisce qui con l'appannare l'incriminazione e rischia di far smarrire la via maestra della legalità e della determinatezza della fattispecie tipica.

Della legalità, perché il rinvio all'art. 12 *sexies* si risolve in un richiamo di secondo grado alle pene previste dall'art. 570 c.p., così replicando i problemi che, come si è visto, tale sistema di rimandi pone al principio del *nulla poena sine lege*.

Della determinatezza della fattispecie tipica, perché la norma opera una mera menzione di obblighi economici, rinviando integralmente ad un complesso di disposizioni, modificative o sostitutive di altre, del codice civile e del codice di procedura civile, imponendo di inseguirne i contenuti per enuclearvi il contenuto della fattispecie penale.

Ciò detto, al fine di decifrare il reticolo normativo di richiami rilevanti per la definizione della tipicità del reato di nuovo conio, è possibile descrittivamente distinguere, in via preliminare, tra obblighi relativi ai rapporti con i figli e obblighi relativi ai rapporti fra coniugi.

A) Rapporti genitori-figli. Premesso che l'art. 155 c.c. (come sostituito dalla l. n. 54/2006) stabilisce come principio generale che

ciascuno dei genitori separati provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito, dal punto di vista penalistico le situazioni di obbligo sembrano specificarsi nelle seguenti tipologie: *a*) obbligo generale (appena menzionato); *b*) diversi accordi fra le parti, liberamente sottoscritti (e omologati dal giudice); *c*) versamento dell'assegno periodico, determinato dal giudice al fine di realizzare il principio di proporzionalità; *d*) obblighi speciali: assegno periodico per i figli maggiorenni non indipendenti economicamente (o portatori di handicap);

B) Rapporti fra coniugi. Come accennato, per questa parte nulla è cambiato. L'art. 156 c.c. (non interessato dalla l. n. 54/2006 e dunque non compreso nel richiamo di cui all'art. 3) stabilisce il c.d. assegno di mantenimento a vantaggio del coniuge cui non sia addebitabile la separazione, fermo l'obbligo di prestare gli alimenti *ex art.* 433 c.c. (che presuppongono lo stato di bisogno e l'incapacità di provvedere al proprio mantenimento). Una tutela penale diretta dell'assegno di mantenimento per il coniuge in fase di separazione personale non è prevista, ed è azionabile soltanto ove ricorrano i requisiti dell'art. 570 c.p.

3.2. Digressione: separazione "legale", "per colpa", con "addebito"

Quanto agli obblighi relativi ai rapporti fra coniugi, in particolare – i quali, come si è appena ricordato, non sono stati oggetto di modifica – va sottolineato che nell'art. 570 c.p. residuano, per così dire, alcune "impurità" derivanti dal mancato adeguamento della fattispecie penale all'evoluzione del diritto della famiglia; occasione perduta dal legislatore, che pure a questa norma ha ancora una volta fatto rinvio.

L'art. 570, infatti, esclude *ex adverso* la punibilità del fatto commesso nei confronti del coniuge che sia «legalmente separato per sua colpa». Si tratta di un riferimento che, detto per il momento in termini generali ed atecnici, dovrebbe aver perduto ogni significato, a causa della radicale diversità dei presupposti della separazione, in base all'attuale diritto della famiglia, rispetto alla disciplina vigente prima del 1975¹²⁴. È opinione comune, peraltro, che il concetto

¹²⁴ Sulla disciplina del codice civile del 1942 si può vedere ancora F. MESSINEO,

debba essere inteso con riferimento alla separazione con «addebito».

Tuttavia, si cercherà qui di dimostrare che tale assimilazione è da ritenere inaccettabile dopo la riforma del diritto della famiglia. Quando – come nella disciplina civilistica del 1865 e del 1942 – la separazione per colpa si radicava in un vero e proprio «illecito» imputabile al coniuge colpevole¹²⁵, l'art. 570 poteva operare una selezione primaria, incardinata sulla possibilità di distinguere tra condotte penalmente rilevanti e condotte lecite in base alla *imputazione della separazione*. In base a quel criterio della «colpa», precisamente, *si limitava la rilevanza penale del fatto a taluni soggetti passivi* (coniuge non separato e coniuge separato senza colpa), *escludendola rispetto ad altri* (coniuge separato con colpa).

Venuta meno la possibilità di fare riferimento a tale criterio di limitazione, comunemente si ammette che il riferimento alla separazione legale debba essere inteso rispetto a quella “personale”; con il che, tuttavia, il problema si ripropone in quanto permane il riferimento alla separazione «per colpa». Sul punto, la maggioranza dei commen-

Manuale di diritto civile e commerciale, II, Milano 1965⁹, partic. 107 sul concetto di «colpa» basato su un vero e proprio illecito imputabile al coniuge. Sotto la vigenza del codice del 1865, sulle cause tassative di separazione giudiziale (sommariamente e senza entrare nei dettagli: adulterio; volontario abbandono senza motivo ragionevole e scusabile; eccessi, sevizie, minacce e ingiurie gravi; condanna a pena “criminale” e non semplicemente “correzionale”; rifiuto ingiustificato, da parte del marito, di fissare la residenza familiare), cfr. ad es., con attenzione all'interpretazione giurisprudenziale, F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. I.1, Torino, 1907 (nuova ed. a cura di G. Piola), 57 ss. e partic. 64 ss. del Tit. IV, Capo III. Per una concisa esposizione storica della legislazione familiare cfr. G. CATTANEO (agg. da M. DOSSETTI), *La legislazione familiare in Italia dall'Unità ad oggi*, in G. BONILINI-G. CATTANEO (dir.), *op. cit.*, I. *Famiglia e matrimonio*, t. 1, 1-17; inoltre un cenno in M. DOGLIOTTI, *La separazione personale e i suoi effetti*, in G. BONILINI-G. CATTANEO (dir.), *op. ult. cit.*, t. 2, 501-503.

¹²⁵ Cfr. la nota che precede. Così era, senz'altro, anche al momento dell'entrata in vigore del codice penale, dacché il giudizio di colpa nella separazione giudiziale – l'unica nella quale esso potesse essere effettuato – comportava, per il codice civile del 1865, talune conseguenze considerate come vere e proprie «penalità», tanto da essere considerate non estensibili oltre i casi espressamente previsti, dunque innanzi tutto non applicabili alla separazione consensuale (perdita dei “lucri dotali” e di tutti gli utili che l'altro coniuge avesse concesso con il contratto di matrimonio; perdita dell'usufrutto legale): cfr. F. RICCI, *op. cit.*, 61. Si noti che il coniuge legittimato, per il fatto illecito dell'altro, a chiedere la separazione (in quanto “vittima”: l'altro non era legittimato, coerentemente con il broccardo «nemo auditur suam turpitudinem alligans») era designato come coniuge «innocente»: cfr. F. RICCI, *op. cit.*, 73.

tatori afferma che, non più esistendo la separazione per colpa, ma quella con o senza «addebito», l'inciso «per colpa» debba intendersi con riferimento all'addebito: la norma punirebbe dunque, ad oggi, il fatto commesso nei confronti del coniuge che non sia separato con addebito; o, detto in altri termini, sarebbe penalmente lecito il fatto commesso in danno del coniuge separato con addebito¹²⁶.

Secondo un diverso, risalente (e isolato) orientamento¹²⁷, il riferimento alla separazione «per colpa» dovrebbe invece ritenersi tacitamente abrogato e pertanto il reato sussisterebbe anche se il fatto sia commesso in danno del coniuge cui sia addebitata la separazione. Per un verso, il concetto di mezzi di sussistenza è proprio della norma penale «non potendosi identificare con l'oggetto di alcun obbligo previsto dal codice civile»¹²⁸; per altro verso, e correlativamente, il legislatore ha voluto misurare la rilevanza dell'obbligo penalmente tutelato «sul metro dell'istituto civilistico della separazione per colpa», con la conseguenza che, venuto meno quello, sarebbe arbitrario sostituirvi il ben diverso metro della separazione con addebito.

A rigore, dunque, si dovrebbe ritenere venuto meno *l'intero inciso* del fatto commesso in danno del coniuge «il quale non sia legalmente separato per sua colpa», il cui significato limitativo è definibile solo e soltanto in base alla disciplina abrogata. Venuta meno tale limitazione, come si è detto, sarebbe giocoforza ammettere che la fattispecie si "espande" e che perciò il fatto possa essere commesso nei confronti di tutti i soggetti passivi pertinenti (dunque, coniuge *tout court*). La norma punirebbe dunque il fatto commesso ai danni del coniuge, senza ulteriore specificazione e pertanto anche se separato (per qualsiasi ragione).

Si potrebbe obiettare che, volendo "prendere sul serio" la prescrizione di non aderire a soluzioni interpretative *in malam partem*

¹²⁶ sostengono questa tesi, ad es., A. MICONI TONELLI, *op. cit.*, 2.

¹²⁷ G. DE FRANCESCO, *Il problema della violazione degli obblighi di assistenza economica nei confronti del coniuge al quale sia stata addebitata la separazione personale*, in *Dir. fam.*, 1979, 399 s.; cfr. già T. PADOVANI, nota (critica) a Cass. VI 16 novembre 1976, Belluomo, *Giur. it.* 1978, II, 107 s., relativamente ad un caso di colpa reciproca: la Cassazione aveva ritenuto che, qualora i coniugi fossero legalmente separati per colpa "reciproca", la mancata corresponsione dell'assegno non integrasse l'ipotesi criminosa.

¹²⁸ *Id.*, *loc. ult. cit.* Lì si precisa che la separazione con addebito è ipotesi eccezionale ex art. 151 c.c., mentre la norma penale intendeva evidentemente valorizzare l'ipotesi generale di separazione (per colpa, appunto) anteriore al 1975.

perché incompatibile con il sistema europeo di tutela dei diritti, almeno se siano possibili soluzioni alternative, siffatta conclusione dovrebbe essere evitata; e la questione si sposterebbe sul piano politico-criminale. Tuttavia, una volta che sia ammessa la radicale eterogeneità, dal punto di vista del diritto civile, del concetto di colpa rispetto a quello di addebito, ritenere sprovvisto di tutela il coniuge separato con addebito (perché il fatto commesso nei suoi confronti non costituirebbe reato) sembra porsi in seria tensione con il principio di uguaglianza e la questione meriterebbe di essere seriamente sottoposta alla Corte costituzionale.

La tesi qui condivisa sembra preferibile anche sotto il profilo dei rapporti tra fattispecie penale e diritto civile. In effetti, non si può discutere che la norma escluda dalla rilevanza penale del fatto ipotesi identificate in base ad una ben identificata normativa extrapenale (quella che prevede la separazione «legale» ed in particolare «per colpa»). Siamo, insomma, di fronte ad un'ipotesi particolare di norma penale meramente sanzionatoria, in cui la disciplina extrapenale definisce in negativo un elemento di fattispecie: in negativo, perché – come si è spiegato più sopra – i soggetti passivi sono indicati *per esclusione* di una categoria di essi, identificata mediante il rinvio a norme di diritto civile. Orbene, abrogate le norme relative, è gioco-forza concludere per l'abrogazione tacita della norma richiamante, *in parte qua*.

Infine, una conferma della correttezza della soluzione qui condivisa può essere indirettamente ricavata dal confronto con un'altra disposizione – l'art. 649 c.p. – che pure fa riferimento alla separazione «legale» nel contesto dei reati contro il patrimonio. Essa stabilisce, com'è noto, che: *a*) non è punibile il reato contro il patrimonio (salve le eccezioni ivi indicate) commesso in danno del coniuge non legalmente separato; *b*) se lo stesso fatto è commesso in danno del coniuge legalmente separato, è perseguibile non d'ufficio ma a querela. Orbene, per quel che interessa in questa sede, è importante sottolineare che questa disposizione non fa alcun riferimento alla “colpa” (sicché, ad es., anche prima della riforma del diritto della famiglia era senz'altro perseguibile il coniuge “non colpevole” che commettesse un furto ai danni del coniuge “colpevole”)¹²⁹; ben diversamente da

¹²⁹ In generale, sul concetto di coniugio rilevante *ex art. 649 v. per tutti*, G.D. PISAPIA, *op. cit.*, 362 s., ove valutazioni critiche.

quanto accade per l'art. 570, dunque, per gli effetti penali – qui: esclusione dell'illiceità o differente regime di procedibilità – nessun rilievo è accordato all'istituto civilistico della separazione per colpa.

Non ci si può nascondere, d'altronde, che la “nuova” disciplina in tema di separazione personale determina indirettamente un'espansione della norma dell'art. 570 co. 2 n. 2 c.p., dipendente, piuttosto che da una consapevole scelta legislativa, dalla forza – per così dire – dei fatti normativi al di là della *voluntas legis*. Proprio in quest'ottica si è qui rimarcata l'occasione perduta dal legislatore del 2006, non soltanto di eliminare ogni residua “impurità” derivata dalla conservazione di norme penali non più in linea con la disciplina extrapenale cui accedono, ma di confermare (o smentire) con espressa dichiarazione un esito politico-criminale conseguito in via meramente interpretativa: restava aperta, infatti, la possibilità di escludere espressamente dalla tutela penale il coniuge separato con addebito, oppure, più ragionevolmente, adeguare la tutela alla realtà normativa e, di riflesso, ai principi costituzionali.

Le incongruenze del mancato adeguamento della disciplina penale all'evolversi dei rapporti di famiglia si percepiscono anche in relazione al già richiamato art. 649, ma sotto un differente profilo (al quale in questa sede si può soltanto accennare): mediante il riferimento alla separazione «legale», la norma dell'art. 649 c.p. poteva evidentemente accordare rilievo, nello stabilire i limiti della non punibilità, soltanto alle forme di separazione qualificabili per l'appunto come separazione legale secondo la normativa vigente all'entrata in vigore del codice – cioè quella consensuale omologata e quella giudiziale – di contro alla mera separazione di fatto (non prevista dal codice civile ed anzi esclusa dal carattere tassativo dei casi di separazione, e dunque coperta dalla non punibilità per via della sua stessa irrilevanza). Orbene, se è vero che il termine di separazione «legale» dev'essere senz'altro inteso come “separazione nelle forme previste dalla legge”, è altrettanto vero che nello stabilire l'ambito della non punibilità (e della procedibilità a querela) non si può prescindere da una valutazione teleologica specificamente, autonomamente penalistica. In effetti, la *ratio* della non punibilità in quanto tale, nonché quella della distribuzione tra non punibilità e procedibilità a querela – riferite tradizionalmente alla differente situazione che, nelle diverse ipotesi, si riscontra in ordine alla commistione dei patrimoni o comunque in termini di comunione di vita ed al riflesso che questa situazio-

ne ha sulla (minore) gravità del fatto e/o la (minore) colpevolezza dell'autore – si fondavano su (e si misuravano con) l'inammissibilità del divorzio e sulla chiara alternativa tra separazione omologata e separazione giudiziale. L'introduzione del divorzio e, in particolare, dell'autorizzazione a vivere separatamente, concessa dal Presidente del tribunale in udienza di prima comparizione¹³⁰, solleva oggi un problema di valutazione della rilevanza penale di fatti commessi, per l'appunto, nella fase antecedente la pronuncia di separazione. Propriamente, infatti, la separazione si ha con la sentenza che la pronuncia, ma, in base all'attuale disciplina della legge n. 898/1970, *medio tempore* i coniugi possono essere autorizzati a vivere separatamente. Orbene, in quest'ultima situazione, che resta comunque assai fluida e complessa, non sembra che possa essere indiscriminatamente affermata la *non* punibilità delle condotte di sottrazione, negli stessi termini in cui questa è giustificabile in caso di comunione di vita, potendo essere ravvisata in concreto una situazione analoga alla separazione legale in senso proprio. Da questo punto di vista, ai fatti commessi in questa fase l'art. 649 c.p. meriterebbe d'essere applicato nella sua portata più ampia – non punibilità – soltanto se la separazione di vita non comporti, nelle circostanze concrete, una corrispondente separazione di patrimoni (del resto, talvolta la legge implicitamente presuppone che non vi sia sempre una confusione di patrimoni: cfr. ad es. l'art. 736 *bis* c.p.c. che, in tema di ordini di protezione contro abusi familiari, conferisce al giudice designato il potere di disporre indagini sui redditi, ed in particolare «sul patrimonio *personale* e comune delle parti»). Né si tratterebbe di una riduzione dell'ambito di applicazione della causa di non punibilità, arbitrariamente operata mediante un'interpretazione *in malam partem*: come si è detto, il concetto di separazione legale non è definito in quanto tale dalla norma penale, ma dev'essere determinato in base alla concreta fisionomia delle forme di separazione previste dalla legge civile. L'argomento, comunque, non sembra essere mai stato discusso in dottrina, né risultano prese di posizione della giurisprudenza sul punto (anche se non sembra azzardato immaginare una sorta di 'cifra nera', un'esperienza applicativa sommersa nella quale il problema potrebbe essere stato sottovalutato); ad ogni modo, l'intera questione meriterebbe di essere riconsiderata *de iure condendo*.

¹³⁰ Art. 4, co. 8, l. n. 898/1970; art. 708 c.p.c.

3.3. L'assegno "cautelare": problemi interpretativi

Secondo un'opinione¹³¹, può dar luogo all'applicazione dell'art. 570, se ne ricorrono i requisiti, anche l'omesso versamento dell'assegno periodico – che per comodità possiamo qui etichettare come assegno "cautelare" – disposto dal giudice *ex artt.* 282 *bis*, co. 3 e 291 co. 2 *bis*, c.p.p.¹³², introdotti dalla legge sulla violenza nelle relazioni familiari (legge 4 aprile 2001, n. 154). Com'è ovvio, il reato potrebbe essere commesso soltanto nei confronti dei soggetti previsti dalla norma del codice penale, che non coincidono con tutti i soggetti beneficiari dell'assegno cautelare. Dal punto di vista oggettivo, dev'essere sottolineato che non ogni inadempimento dell'assegno cautelare può integrare l'art. 570, ma solo quell'inadempimento che comporti anche il far mancare i mezzi di sussistenza. In effetti, quanto ai presupposti, l'assegno è disposto quando i soggetti nel cui interesse è applicata la misura manchino di «mezzi adeguati», nozione con non coincide con quella di «mezzi di sussistenza»; la misura dell'assegno è inoltre determinata dal giudice tenendo conto non soltanto delle circostanze (non meglio specificate), ma anche dei redditi dell'obbligato, un parametro irrilevante ai fini dell'integrazione – dal punto di vista oggettivo – della fattispecie tipica dell'art. 570.

Si dovrebbe tuttavia tendenzialmente escludere che l'inadempimento pregiudizievole costituisca autonoma violazione dell'art. 570,

¹³¹ C. MINNELLA, *L'assegno di mantenimento disposto dal giudice penale: contributo agli artt. 282 bis comma 3 e 291 comma 2 bis c.p.p.*, in *Fam. dir.*, 2010, 199 ss. (205).

¹³² Le disposizioni, dettate in materia di «allontanamento dalla casa familiare» quale misura cautelare personale (ma, secondo alcuni, applicabili tutte le misure cautelari: C. MINNELLA, *op. cit.*, 207-209; in senso contrario, da ultima, v. però Cass., sez. VI, 12 maggio 2009, s.i., in *CED Cass.*, rv. 244400, con riferimento alla custodia cautelare), stabiliscono rispettivamente che «il giudice, su richiesta del pubblico ministero, può altresì ingiungere il pagamento periodico di un assegno in favore delle persone conviventi che, per effetto della misura cautelare disposta, rimangano prive di mezzi adeguati. Il giudice determina la misura dell'assegno tenendo conto delle circostanze e dei redditi dell'obbligato e stabilisce le modalità ed i termini del versamento. Può ordinare, se necessario, che l'assegno sia versato direttamente al beneficiario dal datore di lavoro dell'obbligato, detraendolo dalla retribuzione a lui spettante. l'ordine di pagamento ha efficacia di titolo esecutivo». / «In caso di necessità o urgenza, il pubblico ministero può chiedere al giudice, nell'interesse della persona offesa, le misure patrimoniali provvisorie di cui all'art. 282bis. Il provvedimento perde efficacia qualora la misura cautelare sia successivamente revocata».

se non altro nei casi in cui la misura cautelare sia disposta in relazione ad un procedimento penale aperto proprio per violazione dello stesso art. 570¹³³; ciò, almeno, quando la condotta oggetto di contestazione nel procedimento principale sia una condotta permanente: in tal caso, l'inadempimento dell'assegno cautelare che sia anche pregiudizievole per la sussistenza degli aventi diritto deve essere considerata come contribuente alla permanenza.

4. Tutela penale degli obblighi economici: per un riepilogo

Ricapitolando, gli obblighi economici in materia di rapporti familiari, direttamente imposti dalla legge o risultanti da un provvedimento del giudice, ricevono una tutela penale nelle seguenti ipotesi e con i limiti di seguito esposti. È appena opportuno premettere che il primo, fondamentale limite è ovviamente il divieto di 'autotutela', nel duplice senso: *i)* dell'obbligo di astenersi dalla commissione di condotte illecite, volte ad esigere il pagamento dell'assegno¹³⁴; *ii)* del divieto di omettere il pagamento dell'assegno di mantenimento al fine di far cessare una condotta antiggiuridica dell'avente diritto¹³⁵.

a) obbligo generale di mantenimento in fase fisiologica della coppia. Nel caso in cui la violazione non assuma il livello di gravità corrispondente al far mancare i mezzi di sussistenza, esso può però assumere rilievo, almeno secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, ai sensi dell'art. 570 co.1 c.p.¹³⁶

¹³³ Ciò che è possibile, anche in deroga ai limiti di pena previsti per l'applicabilità delle misure coercitive, in base all'art. 282 *bis*, ultima comma, c.p.p.

¹³⁴ Così, ad esempio, integra il reato di cui all'art. 388 il fatto della moglie separata che impedisca al marito di vedere il figlio, al fine di costringerlo a corrispondere l'assegno di mantenimento: cfr. Cass., sez. VI, 8 luglio 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 143 ss., con nota di P. PITTARO, *Quando la moglie impedisce al marito di incontrare il figlio al fine di indurlo a corrispondere l'assegno di separazione*, *ibidem*, 144.

¹³⁵ Per questa ipotesi, specularmente simmetrica alla precedente, cfr. Cass., sez. VI, 10 febbraio 2010, Doglioni, in *CED Cass.*, rv. 246289, relativamente al caso di un genitore che aveva ommesso il pagamento al fine di indurre l'ex coniuge a cessare la condotta antiggiuridica ex art. 574 c.p., per la quale quest'ultimo era stato fra l'altro condannato.

¹³⁶ Non sarebbe comunque applicabile alla violazione dell'obbligo di mantenimento l'art. 342 *ter* c.c.: cfr. W. GIACARDI, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*,

Tale assunto non convince altra parte della dottrina¹³⁷, sul triplice presupposto che quest'ultima norma tuteli soltanto gli obblighi di natura morale; che tale limitazione nell'ambito di tutela sarebbe maggiormente in linea con l'esigenza di assegnare al diritto penale un ruolo limitativo e residuale; che, infine, non garantire al figlio un tenore di vita adeguato alle condizioni economiche e sociali della famiglia non costituirebbe condotta contraria all'ordine e alla morale delle famiglie.

Senza entrare nel merito della questione, si deve però osservare che le critiche ora riassunte non sono convincenti. Non la prima: come si è cercato di mostrare in precedenza (*retro*, § 2.2), non sembra che l'art. 570 co.1 c.p. possa essere limitato agli obblighi di natura morale. Neppure la seconda, ch e anzi   vero il contrario: una reale limitazione del diritto penale si otterrebbe non gi  limitando il primo comma della citata disposizione agli obblighi morali, ma, al contrario, escludendo *tout court* questi ultimi dall'ambito di tutela del diritto penale. E neppure il terzo rilievo critico pare cogliere la sostanza del problema, cio  che non esistono parametri di alcun tipo per stabilire cosa sia conforme e cosa sia contrario ad una nebulosa endiadi quale l'ordine e la morale delle famiglie;

b) obblighi stabiliti dalla legge o concordati dalle parti – ed omologati dal giudice – relativi alla fase di separazione personale. L'art. 12 *sexies*, l. n. 898/1970 ha costituito per lungo tempo l'unica norma di riferimento, relativa alla tutela dell'assegno "divorzile" a favore di coniuge e figli. La l. n. 54/2006 ha innovato il sistema per la fase di separazione, introducendo (art. 3) la punizione del mero inadempimento civilistico (sia della prestazione dell'assegno, sia di altri provvedimenti economici, ma sempre soltanto nell'interesse dei figli). In questo caso, l'eventuale atto di autonomia privata, recepito dal provvedimento di omologa, concorre a definire il contenuto dell'obbligo penalmente sanzionato;

c) obblighi previsti dalla disciplina sul divorzio. Si tratta della tutela

in *www.filodiritto.com*, 3 agosto 2009 (ult. accesso 7 ottobre 2009), che argomenta dalla natura di condotta omissiva.

¹³⁷ P. ZAGNONI BONILINI, *op. cit.*, 269.

“allo stato puro” dei provvedimenti del giudice civile: la norma di riferimento è l’art. 12 *sexies*, L. n. 898/1970.

d) obblighi in caso di dichiarazione di nullità del matrimonio. In proposito, l’art. 4 co. 2, l. n. 54/2006 stabilisce che le provvidenze economiche espressamente dettate in materia di separazione personale (ma solo nell’interesse dei figli) valgono anche per la dichiarazione di nullità del matrimonio¹³⁸. In proposito, sembra doversi ritenere che la previsione sia applicabile anche a prescindere sia dalla specifica richiesta di separazione presentata dai coniugi, sia dall’eventuale provvedimento di separazione disposto *ex officio* (di cui all’art. 126 c.c.). Poiché le disposizioni della legge n. 54/2006 concernono provvedimenti di natura economica dati o concordati nell’interesse dei figli, non può ritenersi penalmente tutelato l’obbligo – stabilito dall’art. 129 c.c. per il caso di matrimonio putativo in cui entrambi i coniugi sono in buona fede – di versare somme periodiche di denaro a favore del coniuge il quale «non abbia adeguati redditi propri e non sia passato a nuove nozze».

Quanto ai provvedimenti che il giudice adotta riguardo ai figli, lo stesso art. 129, co. 2, c.c. (non interessato dalla riforma del 2006), stabilisce l’applicabilità dell’art. 155 c.c., talché la loro tutela risulterebbe già, a prescindere dal rinvio espresso dell’art. 4 co. 2, per effetto diretto – cioè – dell’art. 3, l. n. 54/2006. Come si è detto, si deve ritenere che questi provvedimenti siano adottati e tutelati penalmente a prescindere dalla separazione, che è momento soltanto eventuale;

e) obblighi stabiliti dal giudice per la fase di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, relativamente ai figli nati o adottati durante il matrimonio. Tali obblighi sono tutelati ai sensi dell’art. 12 *sexies*, L. 898/1970; peraltro, l’art. 4 co. 2, l. n. 54/2006 ribadisce tale tutela, stabilendo che «le disposizioni della presente legge» (e dunque anche il precedente art. 3, che rinvia all’art. 12 *sexies* citato) «si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio»;

¹³⁸ Il testo dell’art. 4 co. 2 è il seguente: «le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi a figli di genitori non coniugati».

f) *obblighi stabiliti in sede di «procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati»*. La disposizione dell'art. 4, comma 2, l. n. 54/2006, si riferisce senz'altro, in primo luogo, alle situazioni in cui il giudice adotta provvedimenti a carattere patrimoniale relativamente ai figli di conviventi *more uxorio*, in caso di cessazione della convivenza. Premesso che anche per i figli naturali riconosciuti l'art. 261 c.c. prevede un obbligo generale di mantenimento¹³⁹, l'art. 4 co. 2, l. n. 54/2006 accorda tutela penale, in generale, ai provvedimenti relativi a figli di genitori non coniugati, senza ulteriore specificazione: e dunque anche se non riconosciuti. La norma, a questi fini, può quindi essere intesa come clausola di equiparazione tra figli riconosciuti e non riconosciuti. Resta da stabilire, peraltro, a quali «procedimenti» essa faccia riferimento. In effetti, la formulazione letterale della disposizione, del tutto generale, sembra potersi applicare anche oltre i casi di cessazione della convivenza *more uxorio*, estendendosi cioè a tutte le situazioni di "crisi" familiare nelle quali si generino tra genitori e figli obblighi di tipo patrimoniale. Potrebbe trattarsi, ad esempio, di:

i) vicende procedurali che s'innestano sul meccanismo di riconoscimento: del procedimento *ex artt.* 250 c.c. (riconoscimento di figlio naturale e relativi procedimenti di opposizione), 263 ss. c.c. (impugnazione del procedimento per difetto di veridicità, o per violenza, o per effetto di interdizione giudiziale; in tal caso con richiamo esplicito da parte dell'art. 268 c.c. a provvedimenti dati dal giudice in quanto «opportuni nell'interesse del figlio»);

ii) delle vicende relative all'azione per dichiarazione giudiziale di paternità/maternità naturali; quanto ai casi nei quali non possa essere proposta azione per dichiarazione giudiziale, vale il richiamo dell'art. 279 c.c. il quale prevede, per tali ipotesi, che il figlio naturale possa agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione ecc.;

iii) dei casi di legittimazione per provvedimento del giudice (in particolare, artt. 280, 284, 290 c.c.).

In tutte queste ipotesi, in effetti, si riscontrano «procedimenti» relativi, per varie ragioni, a «figli di genitori non coniugati», all'esito o

¹³⁹ Il riconoscimento comporta da parte del genitore l'assunzione di tutti i doveri che ha nei confronti dei figli legittimi.

nel contesto dei quali sono ravvisabili «obblighi di natura economica» previsti direttamente dalla legge (es., artt. 261, 280 c.c.), o derivanti da un provvedimento del giudice civile (es., art. 279).

Una simile conclusione, suscettibile di dilatare la portata applicativa dell'incriminazione ad ipotesi non agevolmente individuabili in astratto, può sollevare non poche perplessità dal punto di vista del rispetto del principio di riconoscibilità del precetto penale; un limite implicito alla sua estensione potrebbe desumersi dal richiamo alle «disposizioni della presente legge», e cioè di una legge – per l'appunto, la l. n. 54/2006 – contenente disposizioni in tema di separazione¹⁴⁰, e cioè in un contesto qualificato dall'esistenza di una crisi “primaria” tra genitori. Argomentando in tal senso, sembrerebbero da escludere dall'ambito precettivo dell'art. 3 in rel. art. 4, co. 2, tutte le altre situazioni (*in primis* quelle poc'anzi esemplificate) previste dal codice civile.

Questa stessa interpretazione restrittiva, tuttavia, non convince del tutto, perché la formulazione del fatto tipico di “inosservanza di obblighi economici” (art. 3, l. n. 54/2006) non guadagnerebbe affatto in chiarezza: ci si trova comunque di fronte ad un precetto che fa integrale riferimento – secondo un modello meramente sanzionatorio – alle norme civili, risultanti da una serie di disposizioni non direttamente identificate dalla norma penale, variamente articolate fra obblighi *ex lege* ed obblighi derivanti da provvedimenti del giudice; un precetto, inoltre, integrato da una clausola di equiparazione (quella dell'art. 4, co. 2, in particolare per la parte che richiama, come si è visto, «procedimenti relativi a figli di genitori non coniugati») la quale a sua volta richiama ipotesi disciplinate da altre norme di diritto civile relative a fattispecie che non sono indicate neppure a titolo esemplificativo dalle norme richiamanti.

Si tratta, dunque, di una tipicità solo apparentemente semplice nella sua laconicità, in realtà molto complessa; una tipicità fatta di rinvii a catena, si direbbe “a rincorsa”, spia d'un legislatore che certamente non brilla per sapienza in fatto di tecnica della normazione;

g) *obblighi speciali*. A questa categoria descrittiva può essere ascritto ad esempio l'obbligo di cui al nuovo art. 155 *quinquies* c.c. (intro-

¹⁴⁰ E affidamento condiviso: ma ciò poco interessa ai fini del discorso di cui ora nel testo.

dotto dall'art. 1, co. 2, l. n. 54/2006) relativamente ai figli maggiorenni non indipendenti economicamente. La disposizione ha però un esito paradossale per chi ritenga che il far mancare i mezzi di sussistenza ai figli maggiorenni non indipendenti non costituisca reato¹⁴¹: se tale conclusione vale in costanza di matrimonio, è destinata ad essere ribaltata in caso di separazione.

Quale categoria residuale, ad essa può essere ascritto anche l'obbligo di pagamento dell'assegno «cautelare» ex art. 282 *bis* c.p.p., di cui si è detto (§ 3.3).

5. Sanzioni penali e sanzioni amministrative

Nel quadro delle fattispecie sinora considerate – che tutte, genericamente, potremmo ricondurre alla tipologia d'offesa dell'inosservanza di obblighi e di provvedimenti patrimoniali nei rapporti (e nelle crisi) familiari – la l. n. 54/2006 solleva un tema interpretativo ulteriore, il cui interesse, come presto si cercherà di dimostrare, si proietta oltre il dato puramente esegetico-sistematico.

5.1. Le prescrizioni della l. n. 54/2006

L'art. 2, co. 2, della legge, infatti, inserisce nelle disposizioni in tema di separazione personale dei coniugi dettate dal codice di procedura civile (Capo I, Titolo II, Libro IV) l'art. 709 *ter*, che disciplina la procedura in caso di «inadempienze» o «violazioni» dei provvedimenti adottati dal giudice. In particolare, il secondo comma di tale norma prevede che «in caso di gravi inadempienze» relative all'esercizio della potestà genitoriale o alle modalità dell'affidamento, oppure in caso di «atti che comunque arrechino pregiudizio al minore [...]» il giudice può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente, ammonire il genitore inadempiente, disporre il risarcimento dei danni nei confronti del minore o dell'altro coniuge,

¹⁴¹ P. ZAGNONI BONILINI, *op. cit.*, 250 in nt. 16. In tal senso il GIP del Tribunale di Busto Arsizio, che ha disposto l'archiviazione del procedimento intentato nei confronti di un padre che aveva ommesso di pagare l'assegno di mantenimento dovuto nei confronti del figlio divenuto maggiorenne (*retro*, in nota 35).

a carico del coniuge inadempiente, condannare quest'ultimo al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria a favore della cassa delle ammende¹⁴².

Orbene, i provvedimenti del giudice ora ricordati, ed in particolare la sanzione amministrativa pecuniaria, possono essere adottati in relazione a situazioni di fatto penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 3, l. n. 54/2006¹⁴³. In effetti, non si può escludere che «gravi inadempienze» relative all'esercizio della potestà genitoriale, od «atti che comunque arrechino pregiudizio al minore» possano essere costituiti in concreto da violazioni degli obblighi a contenuto patrimoniale, penalmente sanzionate da quest'ultima disposizione.

In questi casi si ravvisa un concorso tra fattispecie penale e fattispecie amministrativamente sanzionata, da risolvere, secondo il criterio generale stabilito dall'art. 9, co. 1, L. n. 689/1981, con applicazione della disposizione speciale. Sennonché, confrontando la struttura dell'art. 3, l. n. 54/2006 e quella dell'art. 709 *ter* c.p.c., non è agevole stabilire quale sia la disposizione speciale; tuttavia, se si considera che il contenuto della disposizione penale è rappresentato in realtà da tutte le ipotesi di provvedimenti del giudice aventi contenuto economico (*supra*, § 3.2), essa dovrebbe ritenersi senz'altro speciale rispetto alla seconda, che genericamente fa riferimento ad atti che «comunque» arrechino pregiudizio al minore¹⁴⁴.

Si potrebbe essere tentati di giustificare tale conclusione anche con un argomento “sostanzialistico”: quando l'inadempienza costituisce reato, parrebbe giocoforza riconoscerle il connotato della gravità; l'applicazione della norma penale sarebbe inevitabile. Quest'ultimo rilievo, tuttavia, non pare cogente. In effetti, se si tiene a mente che le fattispecie extracodicistiche d'inadempimento degli obblighi e dei provvedimenti a contenuto patrimoniale sono meramente sanzionatorie delle relative previsioni civilistiche – tanto che la giurisprudenza

¹⁴² La misura va «da un minimo di 75 euro a un massimo di 5000 euro».

¹⁴³ Per una prima considerazione della riforma cfr., nella giurisprudenza di merito, Trib. Alessandria, 17.2.2010, *Juris data*, Giuffrè, sub art. 570, *Archivio “Sentenze di merito”*, che peraltro nel caso di specie ravvisa l'effettiva mancanza dei mezzi di sussistenza per effetto dell'omesso versamento dell'assegno fissato in sede di separazione ed applica l'art. 570 cpv. c.p.

¹⁴⁴ Quanto alla violazione delle modalità dell'affidamento, la disposizione non pare riferibile ad aspetti di tipo economico.

pacificamente afferma che anche un inadempimento soltanto parziale costituisce reato (salvo, si dovrebbe dire, il principio di offensività o, se si vuole, di materialità del fatto) – non è affatto detto che l'inadempienza penalmente rilevante sia necessariamente e, per così dire, automaticamente più grave di una "grave inadempienza" di natura esclusivamente civilistica, che dia luogo a ricorso al giudice e ad un provvedimento esso stesso a contenuto sanzionatorio qual quello irrogabile dal giudice civile. Si pensi, del resto, che la misura della sanzione amministrativa prevista in alternativa alle altre poc'anzi ricordate è, nel minimo, di poco inferiore (e dunque prossima) alla multa e, nel massimo, pressoché cinque volte maggiore.

5.2. Proposta per una più razionale distribuzione sanzionatoria

Quanto appena osservato può costituire lo spunto per una riflessione ulteriore – che in questa sede può essere soltanto accennata – di politica del diritto (e politica criminale). In effetti, per un verso, l'attuale distribuzione tra sanzioni penali e sanzioni amministrative in materia di inadempimento dei crediti derivanti da situazioni di "crisi" familiare non sembra seguire un tracciato definito e razionale; per altro verso, v'è da dubitare che il diritto penale serva effettivamente a garantire contro le condotte di inadempimento, troppo spesso – anche se non sempre – determinate da situazioni di estrema precarietà economica dell'obbligato¹⁴⁵. Del resto, questo interrogativo non è affatto nuovo, né si è riusciti, sino ad ora (fors'anche per mancanza di studi realmente interdisciplinari fra diritto e scienze sociali, in primo luogo la criminologia), a darvi convincente risposta¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Sarebbe interessante uno studio statistico (almeno) sulle pronunce in materia, basato, ad esempio, su una verifica dei luoghi di commissione dei fatti, nonché della frequenza di allegazione di indigenza economica e della percentuale di riconoscimento o di diniego di tale allegazione.

¹⁴⁶ Si può ricordare che la Seconda Sezione del IX Congresso internazionale dell'AIDP, dedicata proprio alle «Infractions contre la famille et la moralité sexuelle», dopo aver posto l'interrogativo generale entro quali limiti il diritto penale potesse efficacemente intervenire per prevenire o reprimere determinate condotte, fra cui l'«abandon de famille», nella Risoluzione n° VII si limitava a stabilire che «On a reconnu que, sans tenir compte des circonstances économiques, la question du "non-support" présente un sérieux problème social dont, avec la mobilité croissante de la société

Si potrebbe dunque prospettare anche una parziale ristrutturazione del sistema di tutela, per effetto della quale la sanzione penale venga in gioco non in relazione a qualsiasi inadempimento civilistico, ma – in base a criteri di razionale ripartizione di campo con la sanzione amministrativa –¹⁴⁷ come *ultima ratio*. In tal senso, potrebbe risultare funzionale la comminatoria d'una sanzione civile o amministrativa (non necessariamente pecuniaria, ma anche di tipo ablativo od interdittivo) per tutte quelle violazioni per le quali attualmente il diritto penale interviene in funzione meramente sanzionatoria¹⁴⁸. Si tratterebbe di una scelta coerente, od almeno non incoerente, con i principi di proporzione e di sussidiarietà dell'intervento penale.

I) Quanto al principio di proporzione, la coerenza potrebbe essere garantita se si pensa, ad esempio, al fatto che l'assegno di mantenimento non è volto a garantire le condizioni essenziali di vita ma a un livello analogo a quello goduto in costanza di matrimonio; che anche solo un minimo inadempimento è considerato (dalla giurisprudenza italiana) rilevante e dunque si tratta di fattispecie di disobbedienza ad un provvedimento del giudice, seppur emanato al fine di garantire un interesse costituzionalmente riconosciuto come primario. Su queste basi, lo stesso rilievo primario degli interessi in gioco non sarebbe di per sé decisivo nel senso di orientare indefettibilmente verso la tutela penale: sembra ormai accettato, infatti – anche se probabilmente non praticato –, che la sanzione penale non sarebbe imprescindibile, neppure nel caso di bene primario, qualora «la disposizione da sanzionare

contemporaine, l'importance ne cesse d'augmenter» e ad auspicare l'istituzione in senso alla stessa AIDP di una commissione internazionale di esperti per studiare gli aspetti sociali e legali della questione – anche per il necessario coordinamento delle soluzioni da proporre con la allora vigente Convenzione ONU del 1958 – ed al fine di trovare un metodo suscettibile di essere adottato su base mondiale (cfr. il resoconto in *Rev. int. droit pén.*, 1964, 1133 s.). V. ora, ad es., la *UN Convention on the Rights of the Child*, New York, 20 novembre 1989 (in vigore dal 2 settembre 1990, ratificata dall'Italia il 5 settembre 1991), partic. artt. 3.2 e 27.

¹⁴⁷ Cfr. *Circ. Pres. Cons. Min.*, 19 dicembre 1983 «Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative», in *Gazz. Uff.* n. 22 del 23 gennaio 1984 (S.O.), 5 ss.

¹⁴⁸ Propone di mantenere la rilevanza penale alle sole condotte attualmente punite dall'art. 570, comma 2, n. 2), E. ANTONINI, *La violazione*, cit., 908. V. inoltre, con particolare analisi della proposta del cd. Progetto Pagliaro, F. RESTA, *op. cit.*, 193, 196-200.

esprima, in rapporto alla tutela del bene primario, una mera esigenza di ordine e regolarità»¹⁴⁹ nello svolgimento di attività (magari pericolose, ma autorizzate e) disciplinate dall'attività amministrativa (si fa l'esempio della circolazione stradale). Nel nostro caso, si tratta di garantire essenzialmente – come più volte ribadito – l'obbedienza ad un provvedimento dell'autorità funzionale a garantire, in via indiretta e suppletiva, il bene 'finale'; questo scopo potrebbe essere utilmente perseguito, a mero titolo d'esempio, prevedendo sin da subito che l'assegno stabilito dal giudice civile sia versato direttamente al beneficiario da parte del datore di lavoro dell'obbligato, detraendolo dalla retribuzione (esattamente in questi termini, d'altronde, la previsione degli artt. 282 *bis*, co. 3, c.p.p. e 342 *ter*, co. 2, c.c., a proposito delle misure accessorie all'allontanamento dalla casa familiare). D'altra parte, l'eventuale massima gravità dell'offesa – ad esempio, un totale inadempimento dell'obbligo di mantenimento – potrà senz'altro trascorrere nell'illiceità penale quando sia idonea a pregiudicare direttamente il bene finale, anche soltanto mettendolo in pericolo.

Ed infatti, fuori dalle ipotesi di mera inadempienza civilistica, uno spazio di autonomia per la sanzione penale residuerebbe laddove si tratti di tutelare le condizioni di sussistenza, o – detto altrimenti – le condizioni essenziali che i rapporti familiari devono vedersi preservate ai fini l'utile dispiegamento dei mezzi ordinamentali, extrapenali, di tutela della “famiglia”: così, se si considera che la prestazione dei mezzi di sussistenza è un obbligo basilare senza l'osservanza del quale la stessa esistenza del rapporto familiare è messa in pericolo¹⁵⁰, è ragionevole che l'omessa prestazione costituisca illecito penale.

¹⁴⁹ *Circ. Pres. Cons. Min.*, 19 dicembre 1983, *loc. cit.*, 12.

¹⁵⁰ In tal caso l'avente diritto è in pericolo, per così dire, o fisicamente o socialmente: fisicamente, se nessuno provvede altrimenti alla prestazione dei mezzi di sussistenza; ma è in pericolo anche “socialmente”, e cioè rappresenta un soggetto debole all'interno di un rapporto familiare che finirebbe con l'essere disgregato dal comportamento inadempiente, pur se – materialmente – altri (diversi dal familiare obbligato) provvedono al mantenimento. È per questo, del resto, che la giurisprudenza riconosce pacificamente, come si è ricordato nel testo, che il reato sussiste anche se altri provvedono al mantenimento (di recente, a proposito dell'obbligo relativo ai figli minori, Cass., sez. VI, 14 aprile 2008, cit. in nt. 48: «come noto, ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 570, comma 2, n. 2, c.p., l'obbligo di assicurare i mezzi di sussistenza ai figli minori di età grava su entrambi i genitori e permane indipendentemente dalle vicissitudini dei rapporti coniugali, né l'assolvimento del predetto obbligo da parte di uno dei genitori o anche di altri congiunti esenta in alcun modo l'altro»; corsivo aggiunto).

II) Questa distribuzione tra sanzioni penali ed extrapenali risponderrebbe adeguatamente anche al secondo requisito 'ordinativo': quello di sussidiarietà, destinato a regolare le «zone grigie» d'incertezza politico-criminale: «il ricorso alla pena "criminale" è giustificato soltanto in mancanza di tecniche di controllo sociale provviste di un analogo grado di efficacia»¹⁵¹. Il dato maggiormente problematico, da questo punto di vista, sembra rappresentato dall'effettività della sanzione in relazione ai problemi – ricorrenti, come si è detto – di insolvibilità dell'autore della violazione. Una sanzione amministrativa di tipo pecuniario sarebbe destinata in molti casi a restare sulla carta; soltanto la sanzione penale potrebbe avere efficacia deterrente. Tuttavia, se questa considerazione è vera per la sanzione amministrativa – per l'appunto – pecuniaria, non lo è per sanzioni amministrative di tipo *lato sensu* interdittivo ed incapacitante, che potrebbero invece utilmente essere impiegate in via principale o comunque subentrare come accessorie¹⁵², salve le cautele costituzionali e l'illegittimità d'una "truffa delle etichette", cioè contrabbandare per amministrativa una sanzione strutturalmente penale.

ALBERTO DI MARTINO

¹⁵¹ *Circ. Pres. Cons. Min.*, 19 dicembre 1983, *loc. cit.*, 13 s.

¹⁵² Lo riconosce la stessa *Circ. Pres. Cons. Min.*, 19 dicembre 1983, *loc. cit.*, 16.

