

**NOTE INTRODUTTIVE AL TEMA:
“LA RILEVANZA PENALISTICA DELLA CONVIVENZA MORE UXORIO”
(DOPO LA LEGGE CIRINNÀ E IL DECRETO LEGISLATIVO
DI ATTUAZIONE IN MATERIA PENALE)**

di Antonella Merli

Abstract. *Questo scritto si propone di definire le priorità da affrontare, in materia di rilevanza penalistica della convivenza more uxorio, dopo la legge Cirinnà e il decreto attuativo n. 6 del gennaio 2017. La questione della rilevanza penalistica della convivenza more uxorio si presta ad una serie di domande che trascendono i limiti della disciplina contenuta nel recente intervento normativo, il cui perimetro di applicazione investe, quanto alla regola di equivalenza del convivente al coniuge, le sole parti di un'unione civile tra persone dello stesso sesso. È certo che il tema della parificazione del convivente al coniuge va posto, in ambito penalistico, con una domanda più generale: vale a dire se ogni riferimento al coniuge, contenuto nelle norme penali, debba essere esteso alle «convivenze di fatto» regolamentate dai commi 36 e seguenti della legge, e alle coppie di fatto, per dir così, “in senso stretto”, cioè non legalmente unite. Due forme di convivenza non contemplate e regolate, ai fini dell'assimilazione del convivente al coniuge, dalla legge in commento e dal citato decreto legislativo di coordinamento in materia penale. Dopo l'entrata in vigore della suddetta normativa, rimane perciò ancora in primo piano*

SOMMARIO: 1. La legge Cirinnà. – 2. La legge 76/2016 e il diritto penale. – 3. Il comma 20 dell'art. 1 della legge 76/2016: l'equiparazione al coniuge delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. – 4. Il decreto legislativo n. 6 del gennaio 2017. – 5. Le convivenze di fatto *registrate* e le unioni “libere”. – 6. Il concetto di convivenza di fatto ai fini penali.

1. La legge Cirinnà.

A conclusione di un lungo iter parlamentare è stata approvata in via definitiva dalla Camera la legge 20 maggio 2016, n. 76 (meglio conosciuta come legge Cirinnà)¹

¹ La legge, in vigore dal 5 giugno 2016, è intitolata «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze».

volta a regolamentare i legami affettivi di coppia eterosessuali e omosessuali con conseguenze che investono anche il diritto penale² tratta di un passo molto importante sulla via del riconoscimento di modelli di vita familiare differenti da quelli tradizionali, anche se l'ambizioso progetto di realizzare la parità perfetta tra etero e omosessuali e di assimilare la coppia omosessuale stabilmente convivente alla convivenza matrimoniale non è arrivato in fondo al suo percorso nella sua totalità.

La legge istituisce infatti per la prima volta per le coppie omosessuali la possibilità di contrarre un'unione civile e di registrare ufficialmente la propria unione³, ma, pur riconoscendo al nuovo istituto l'idoneità a produrre (quasi tutti) gli effetti del vincolo matrimoniale, lascia esclusa la possibilità di contrarre matrimonio, ad oggi ancora riservato alle coppie eterosessuali. E ciò in ragione dell'opinione⁴ – condivisa, in difesa del matrimonio e della famiglia tradizionale, dal legislatore del 2016 – che la nostra Costituzione attribuisce al modello di famiglia che si radica nel rapporto coniugale⁵ una posizione di “privilegio” rispetto alla famiglia incentrata su una coppia omosessuale (come pure rispetto ad altre forme di convivenza tra persone di sesso diverso)⁶.

² Per un primo commento ai profili penali della legge e in particolare al decreto legislativo di attuazione del 19 gennaio 2017, n. 6, cfr. G.L. GATTA, [Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici. Note a margine del D.lgs. 19 gennaio 2017](#), n. 6 in questa Rivista, 31 gennaio 2017.

³ La Corte europea dei diritti dell'uomo (quarta sezione) nella sentenza 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia, aveva affermato che il vuoto legislativo italiano sulle unioni civili costituiva una violazione dell'art. 8 CEDU, poiché impediva il godimento del diritto alla vita familiare delle coppie omosessuali.

⁴ Cfr. ad esempio, tra gli altri, M. Segni, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, II, 707.

⁵ L'art. 29 Cost. definisce la famiglia una società *naturale* fondata sul matrimonio. Sulle diverse letture date all'art. 29 della Costituzione, cfr. tra gli altri C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, ora in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 135, il quale osserva che la sua formulazione è così vaga che “ognuno può metterci quello che vuole”.

⁶ Nondimeno la (presunta) impossibilità di attribuire alle unioni omosessuali un trattamento del tutto omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata perpetuerebbe una evidente discriminazione delle persone dello stesso sesso stabilmente conviventi; da qui la violazione del principio dell'articolo 3 della Carta, che vieta differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali, quali l'identità o l'orientamento sessuale. Tuttavia nella giurisprudenza costituzionale (ad esempio, Corte cost., sent. n. 138 del 2010, cit.; Id. sent. n. 170 del 2014, cit.) è prevalente il rilievo che l'art. 29 Cost. si riferisce alla nozione di matrimonio come unione stabile tra un uomo e una donna, che riflette anche “una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio”. Nel senso che la diversità di sesso dei nubendi è requisito minimo indispensabile per la stessa “esistenza” del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante, cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184 e le sentenze n. 1808 del 1976, n. 1304 del 1990, n. 1739 del 1999, n. 7877 del 2000). Va segnalato però che, ad avviso della più recente giurisprudenza, la nozione di matrimonio accolta dalla Costituzione non è inscindibilmente correlata alla diversità di sesso dei nubendi (cfr. Cass. civ., sent. n. 4184 del 2012). In ogni caso la Consulta ha affermato, in più occasioni, che l'introduzione del matrimonio omosessuale nel nostro sistema giuridico, non essendo costituzionalmente (e convenzionalmente) obbligata, rientra nella esclusiva competenza del legislatore ordinario (cfr. ad esempio la sentenza n. 170 del 2014). Per altro verso la distinta considerazione costituzionale della comunità fondata sul matrimonio e della relazione affettiva omosessuale, e per dir così la “gerarchizzazione” dei due rapporti, l'uno *incentrato* sull'art. 29 della Costituzione e l'altro *relegato* nell'ambito delle “formazioni sociali” di cui all'art. 2, ha portato il giudice delle leggi ad escludere che si possa evocare il principio di uguaglianza (cfr. Corte cost., sent. n. 138 del 2010, cit. e, più di recente, Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Nuova giur. civ.*

Il risultato più immediato, e comunque la prova della ritenuta *superiorità*, se così si può dire, dell'istituto giuridico del matrimonio⁷ e del mancato riconoscimento alle unioni tra persone dello stesso sesso di una dignità di tipo familiare analoga a quella di cui gode la coppia coniugale, è il divieto per le unioni civili, in quanto coppia, di adozione congiunta di minori⁸, e per i suoi componenti di adottare il figlio naturale o adottivo del proprio compagno o della propria compagna (c.d. *stepchild adoption*)⁹, consentendo al minore di instaurare un rapporto di genitorialità "sociale" con l'altro componente della coppia.

La legge in commento segna comunque "un momento storico nel diritto di famiglia italiana"¹⁰, e costituisce una delle novità giuridiche più importanti degli ultimi anni¹¹. Il sistema delineato dal legislatore in materia di convivenze fuori dal matrimonio può essere così sintetizzato. L'unico articolo dell'intero impianto normativo, che si compone di ben 67 commi, contiene la regolamentazione delle «unioni civili» e la disciplina delle «convivenze di fatto». Prefigura, dunque, due nuove forme di convivenza non matrimoniale per le quali si prevedono differenti modelli di disciplina. Ciò vale a spiegare la suddivisione dell'articolo in due parti. La prima parte (commi 1-

comm., 2014, II, 553, con nota di PALMERI E VENUTI, *L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte costituzionale 11 giugno 2014 n. 170 in materia di divorzio del transessuale*). Sulla questione del matrimonio omosessuale dà ragione a queste tesi il Giudice europeo che, pur riconoscendo alla coppia omosessuale stabilmente convivente il diritto fondamentale di contrarre matrimonio e di fondare una famiglia (articoli 12 della Convenzione europea e 9 e 7 della Carta di Nizza), tuttavia ha reiteratamente affermato che la garanzia di tale diritto è "materia" riservata al potere legislativo dei singoli Stati, per cui non è contraria alla normativa europea la legge nazionale che nega alla coppia omosessuale il diritto al matrimonio (così ad es. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 giugno 2010, *Schalk and Kopf c. Austria*; sentenza del 15 marzo 2012, *Gas e Dubois c. Francia*, fino alla più recente sentenza del 16 luglio 2014, *Hamalainen c. Finlandia*).

⁷ Con riferimento alla convivenza *more uxorio*, la Corte costituzionale ha ripetutamente affermato che l'art. 29 della Costituzione riconosce alla famiglia legittima "una dignità superiore, in ragione dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corresponsività di diritti e doveri che nascono soltanto dal matrimonio" (sentenza n. 310 del 1989), mentre la famiglia di fatto è invece fondata sull'*affectio* quotidiana di ciascuna delle parti, liberamente e in ogni istante revocabile (ord. n. 121 del 2004), pur assumendo anch'essa rilevanza costituzionale ma nell'ambito della protezione dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali garantite dall'art. 2 della Costituzione (sent. n. 237 del 1986 e sent. n. 140 del 2009).

⁸ **Resta ferma per le unioni civili tra persone dello stesso sesso (così come per le coppie di fatto eterosessuali) la possibilità di ottenere in casi particolari e nell'interesse del minore l'adozione speciale disciplinata dall'art. 44 della legge 184/1983 (tuttavia non in favore della coppia ma dei singoli partner)** riconosciuta ormai da molti giudici minorili. *Contra*, di recente, due sentenze del Tribunale per i minorenni di Milano (n. 261 e n. 268 del 2016), secondo le quali presupposto imprescindibile per applicare l'istituto (nella specie, con riguardo alle coppie di fatto etero) è l'esistenza del matrimonio (in *Guida al dir.*, 2017, n. 5, p. 27, con nota di A. PORRACCIOLO, *Quella ricerca della migliore tutela per il beneficiario. La questione in dottrina e giurisprudenza è tutt'altro che pacifica*).

⁹ La "*stepchild adoption*", l'adozione del figlio biologico del partner, era prevista nel d.d.l. Cirinnà ma poi è stata eliminata dal testo definitivo (co. 20). Tuttavia lo stesso comma specifica che «*resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozioni dalle norme vigenti*», per cui anche per le coppie omosessuali unite civilmente è possibile, come si è detto, l'adozione in casi particolari e nell'interesse del minore prevista dal titolo IV capo I della legge n. 84 del 1983.

¹⁰ G.L. GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici*, cit.

¹¹ B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Cedam, 2016, p.193.

35) introduce nell'ordinamento un nuovo istituto giuridico analogo a quello costituito dal matrimonio: l'«unione civile» tra persone dello stesso sesso, regolato in modo pressoché simmetrico a quanto previsto nell'ordinamento vigente per le coppie coniugate¹². La seconda parte (commi 36-67) riguarda le «convivenze di fatto» (espressione, quest'ultima, suscettibile di essere interpretata nel senso di convivenze tra persone dello stesso sesso o di sesso diverso)¹³, la cui disciplina è prevista, per le coppie eterosessuali, come alternativa al matrimonio, e, per le coppie omo, come alternativa all'unione civile, e i cui requisiti *sostanziali*, tuttavia, rispondono ai canoni dei modelli di convivenza che hanno animato in ogni settore del diritto il dibattito sui rapporti di coppia non matrimoniale¹⁴. La stessa attribuzione ai conviventi di una serie di specifici diritti spettanti alle coppie unite in matrimonio (anche se limitati rispetto a quelli che offre l'unione civile), sono in buona parte già riconosciuti dal legislatore¹⁵ e da alcuni orientamenti giurisprudenziali¹⁶; da qui la conseguenza che la riforma, quanto alla parificazione dei diritti del convivente di fatto a quelli del coniuge, presenta, a ben guardare, scarsi elementi di novità¹⁷.

Quanto all'unione civile, l'intento è quello di riconoscere la stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso (non più investita da processi di stigmatizzazione, e penetrata ormai a pieno titolo nello spazio pubblico) come uno dei modi antropologici di stare in coppia, attribuendo ad essa, in linea con l'evoluzione dei costumi e l'emergenza di nuove forme di famiglia, coinvolgimento e inclusione sociale, e, sul piano

¹² Nella terminologia della legge «unione civile» è il nome che si dà alla coppia formata da persone dello stesso sesso conviventi in stabile relazione di fatto costituita con dichiarazione resa all'ufficiale dello stato civile (art. 1, commi 2 e 3).

¹³ Il comma 36 stabilisce che «ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67 si intendono per conviventi di fatto due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile».

¹⁴ Nella definizione di convivenza di fatto, pertanto, non c'è niente di specifico al di là del dato *formale* della loro regolamentazione giuridica.

¹⁵ Così ad esempio per quanto riguarda i diritti previsti dall'ordinamento penitenziario (l. n. 354/1975) e dal relativo regolamento di esecuzione (D.P.R. n. 230/2000)

¹⁶ Ad esempio la Corte costituzionale con la sentenza n. 404 del 1988, ha dichiarato «la illegittimità costituzionale dell'art. 6, primo comma, della legge 27 luglio 1978, n. 392 (Disciplina delle locazioni di immobili urbani), nella parte in cui non prevede tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente *more uxorio*», nonché la illegittimità costituzionale dell'art. 6, terzo comma, della medesima legge n. 392 del 1978, «nella parte in cui non prevede che il coniuge separato di fatto succeda al conduttore, se tra i due si sia così convenuto», per violazione del principio di ragionevolezza (art. 3, primo comma, Cost.).

¹⁷ C'è da dire, in conclusione, che mentre per le unioni civili è previsto un regime giuridico unitario (peraltro sono minimi gli istituti tipici del matrimonio non applicabili all'«unione civile» strutturata in gran parte sulla base della normativa matrimoniale: per una rassegna completa, cfr. M. FINOCCHIARO, in *Guida al dir.*, 2016, n. 25, p. 41 ss.), per le «convivenze di fatto» disposizioni speciali (commi 36-67) disciplinano, di volta in volta, alcuni aspetti della convivenza dandole rilevanza giuridica, con conseguente riconoscimento ai conviventi di specifici diritti e doveri (peraltro è attribuita alle parti facoltà, non obbligo, di stipulare negozi giuridici, c.d. patti di convivenza di cui ai commi da 50 a 64 – che tuttavia i conviventi stipulavano da tempo nella prassi – per disciplinare i reciproci rapporti *patrimoniali* relativi alla loro vita in comune anche con riguardo ai rapporti successivi alla cessazione della convivenza).

strettamente giuridico, la possibilità di essere inquadrata, al pari delle convivenze di fatto tra persone di sesso diverso, nelle formazioni sociali di cui all'art. 2 della Costituzione¹⁸, che riconosce all'individuo il diritto di realizzarsi nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, garantendo così un trattamento (tendenzialmente) omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale. Ma non solo. Pur non essendo una siffatta unione per la legge in commento e più in generale per il nostro ordinamento formalmente assimilabile al vincolo coniugale, con la conseguenza che la diversità tra i due rapporti giustifica che la legge possa riservare trattamenti giuridici non omogenei¹⁹, tuttavia la nuova normativa riconosce alle coppie omosessuali unite civilmente se non tutti²⁰, quasi totalmente, i diritti e i doveri previsti per le unioni matrimoniali tra uomo e donna. Il che ha indotto a ritenere che il nuovo istituto è una vera e propria forma di matrimonio (di cui, negli ultimi tempi, si è fatta strada un'altra, e *più aperta*, concezione) anche se in chiave minore²¹.

2. La legge 76/2016 e il diritto penale.

Per comprendere appieno il contenuto e le finalità che il legislatore ha inteso perseguire con la disciplina regolatrice delle unioni civili e delle convivenze di fatto, e approfondire gli aspetti di (possibile) rilevanza penale, occorre segnalare che la legge in esame, ampliando, per le coppie non matrimoniali, le garanzie già riconosciute oggi

¹⁸ Il comma 1 dell'art. 1 della legge individua espressamente il fondamento costituzionale delle unioni civili nel riconoscimento, ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione, del carattere di "specifica formazione sociale". Si è fatto rilevare peraltro come non si spieghi "la riconduzione (...) della sola unione civile, e non anche delle convivenze, alle formazioni sociali ex artt. 2 e 3 Cost." (R. Pacia, *Unioni civili e convivenze*, in www.juscivile.it, 2016, 6, 1-2).

¹⁹ Così con riferimento alla convivenza *more uxorio* in generale, la Corte costituzionale, che ha più volte precisato che essa è diversa dal matrimonio, oggetto della specifica previsione di cui all'art. 29 Cost., e a questo non meccanicamente assimilabile al fine di desumerne l'esigenza costituzionale di una parificazione di trattamento, assumendo rilevanza nell'ambito della protezione dei diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost. (cfr. ad es., ord. n. 121/2004; sentenze n. 140/2009 e n. 352 del 2000).

²⁰ Ad esempio l'unione civile non implica dovere di "coabitazione" e "fedeltà", come pure non è riconosciuto ai componenti della coppia omosessuale (ma un separato testo di legge è in questi giorni all'esame del Parlamento), come si è già osservato, il diritto di adottare il figlio biologico del proprio compagno o della propria compagna (la c.d. *stepchild adoption*), né comunque il diritto, in quanto coppia, di adottare un bambino.

²¹ Nel senso che l'intervento normativo appare, nella sostanza, una legge sul matrimonio omosessuale, cioè "non è altro che il vecchio matrimonio tra uomo e donna aperto a persone dello stesso sesso", cfr. M. FINOCCHIARO, in *Guida al dir.*, cit., p. 53. Il dubbio che l'unione civile non sia una formazione sociale ma una famiglia sia pure *sui generis* potrebbe ricavarsi dalle stesse cause che impediscono la costituzione dell'unione civile indicate dal comma 4 tra le quali ad esempio è menzionata la sussistenza, per uno dei contraenti, di una precedente unione civile, essendo il rapporto di unione civile incompatibile sia con un (precedente o successivo) matrimonio, sia con altra unione civile (cfr. art. 86 c.c., in tema di libertà di stato, come modificato dal comma 32 della legge in esame). Così M. FINOCCHIARO, in *Guida al dir.*, cit., p. 42.

dalle leggi e dalla giurisprudenza²², si innesta in un contesto normativo e giurisprudenziale che ha conosciuto, negli ultimi anni, notevoli e rilevanti evoluzioni in materia di diritto di famiglia, che si sono sviluppate in una cornice costituzionale interna e sovranazionale. In particolare, per quanto riguarda le unioni omosessuali, nel periodo di assenza della legge²³, un consolidato orientamento giurisprudenziale (del giudice di legittimità e della Corte costituzionale) aveva indicato le forme e le condizioni per il riconoscimento giuridico di adeguate forme di garanzie alle suddette unioni, così come imposto dalla Corte di Strasburgo. Il recente intervento del legislatore, colmando una lacuna del precedente assetto normativo, registra, ampliandoli, gli approdi giurisprudenziali raggiunti in materia consolidando e positivizzando, con integrazioni anche correttive, gli orientamenti della giurisprudenza (ora recepiti dalla riforma) favorevoli ad attribuire anche alle persone dello stesso sesso il diritto fondamentale di vivere una condizione di coppia, riconoscendo loro, in quanto membri di una situazione familiare che affonda le proprie radici nel sociale, e per l'indubbio rilievo costituzionale di tali formazioni sociali ex articoli 2 e 3 della Costituzione, gli stessi diritti previsti per i coniugi e (dunque) per le coppie eterosessuali.

Visto che la nuova legge sembra entrare nel vivo del dibattito sul tema più generale della rilevanza penalistica della convivenza *more uxorio*, avendo modificato sulla questione il quadro normativo esistente, si impone una preliminare riflessione sull'argomento alla luce della recente normativa e del decreto delegato che il Governo ha adottato ai sensi dell'art. 1, co. 28, lett. c della legge 76/2016²⁴, che, come si vedrà, ha equiparato, agli effetti penali, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso al coniuge e l'unione civile al matrimonio; senza nulla prevedere, tuttavia, circa l'applicabilità dell'equiparazione in caso di coppia *omosessuale* stabilmente convivente *non* unita civilmente, e in caso di coppia di fatto tra persone di *sesso diverso*²⁵.

Tralasciando le connessioni e le ricadute che l'impianto normativo in questione determinerà su tutto il sistema e le altre prospettive di indagine cui la nuova legge apre le porte, l'argomento è qui trattato, ovviamente, con specifico riferimento ai profili, i soli

²² Per alcune ipotesi particolari in relazione alle quali la Corte costituzionale ha riscontrato la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia *more uxorio*, cfr. la sentenza n. 559 del 1989.

²³ Più volte la Corte costituzionale ha sollecitato il Parlamento a legiferare per assicurare tutela giuridica a forme di unione diverse dal matrimonio: cfr. da ultimo la sentenza n. 170/2014 relativa alle conseguenze civilistiche conseguenti ad una rettificazione di sesso in costanza di matrimonio.

²⁴ Il D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 6, recante "Modificazioni ed integrazioni normative in materia penale per il necessario coordinamento con la disciplina delle unioni civili. Ai sensi dell'art. 1, comma 28, lettera c), della legge 20 maggio 2016, n. 76", è stato pubblicato sulla "Gazzetta" del 27 gennaio 2017 n. 32 ed è in vigore dall'11 febbraio 2017.

²⁵ Il Parlamento – si è osservato – "ha così perso l'occasione per una complessiva rimediazione dei rapporti tra 'famiglie' e diritto penale, tanto in relazione alle convivenze di fatto, quanto alle unioni civili tra persone dello stesso sesso", anche se, si è aggiunto: "verosimilmente...in ragione del profilo spiccatamente politico e simbolico delle scelte in questione, il legislatore ha preferito non affrontarle esplicitamente nella legge Cirinnà, per non rendere più arduo un percorso parlamentare già di per sé complesso". G.L. GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici*, cit., p. 4.

meritevoli di discussione in questa sede, che investono i riflessi della riforma sul diritto penale.

Un primo rilievo è che l'applicazione della legge 76/2016 nel settore penalistico incontra alcune difficoltà che derivano dalla contrapposizione, o dalla divergenza di disciplina, tra coppia omo e coppia eterosessuale, con conseguente attribuzione di un diverso *status* alle persone dello stesso sesso «unite civilmente» rispetto ai «conviventi di fatto» di sesso diverso (ma anche dello stesso sesso non uniti civilmente).

Deve segnalarsi infatti un rilevante disallineamento della regolamentazione delle «unioni civili» dalla disciplina delle «convivenze di fatto», dal momento che la legge distingue, sul piano qualitativo, i due legami, applicando solo alle parti di un'unione civile una serie di disposizioni analoghe a quelle previste nel codice civile per la disciplina del matrimonio (art. 143)²⁶; distinzione che, per alcuni aspetti, potrebbe ripercuotersi nel settore penale.

Senza entrare nella disamina in dettaglio del provvedimento, va osservato, ad esempio, che solo per l'unione civile è previsto espressamente, in analogia con quanto stabilito dall'art. 143 c.c. per i coniugi²⁷, l'obbligo reciproco all'assistenza materiale e il dovere di "assistenza morale"²⁸ (come obbligo, quest'ultimo, di natura personale, in aggiunta agli obblighi materiali ed economici)²⁹. Ne deriva che *solo* per le parti dell'«unione civile»³⁰ potrebbe ipotizzarsi una posizione di garanzia ex art. 40, co. 2, c.p.

²⁶ Ad esempio, solo tra le parti dell'unione civile sussiste obbligo di mantenimento. Inoltre solo alle parti di un'unione civile e non anche ai conviventi di fatto sono attribuiti gli stessi diritti successori che il matrimonio conferisce ai coniugi ed è applicabile tra l'altro la disciplina relativa all'amministrazione di sostegno, all'inabilitazione e interdizione, all'annullamento del contratto a seguito di violenza. Per una rassegna completa cfr. M. FINOCCHIARO, in *Guida al dir.*, cit., p. 44.

²⁷ Il rinvio alla disciplina del riformulato art. 143 c.c. non è prevista per le convivenze di fatto tra persone omo o eterosessuali.

²⁸ È vero che il comma 36 nel definire i "conviventi di fatto" richiama anche legami di reciproca assistenza morale, ma così congegnato il dovere di assistenza morale deve ritenersi un fatto privato, improduttivo di effetti sul piano giuridico. Cfr. sul punto la nota 30.

²⁹ Il comma 11 dell'art. 1 della legge stabilisce che le parti di un'unione civile sono tenute "alla reciproca assistenza morale e materiale e alla coabitazione"; non si fa cenno invece né all'obbligo di fedeltà né a quello di collaborazione previsti per il matrimonio. Più precisamente, il comma 11 recita: "Con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni".

³⁰ Per le parti di una convivenza di fatto, ancorché si tratti di convivenza registrata, quindi disciplinata dalla legge in commento, non vige l'obbligo di assistenza materiale e morale ma rimane quello dei doveri morali e sociali. In questo senso G.L. GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici*, cit., p. 5 (e, già prima, ID., [Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze di fatto: i profili penalistici della Legge Cirinnà](#), in *questa Rivista*, 11 maggio 2016), il quale osserva che, pur facendo riferimento l'art. 1, co. 36, della legge nella definizione delle convivenze di fatto ai «legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale», per cui "si potrebbe pensare che la legge Cirinnà, nel definire le convivenze di fatto, abbia riconosciuto, in capo ai conviventi, un reciproco obbligo di assistenza materiale e morale, analogo a quello che grava sui coniugi (e [...] sulle parti della 'unione civile')", tuttavia sembra che "ciò debba escludersi, limitandosi l'art. 1, co. 36 a fotografare una situazione di fatto (l'esistenza, appunto, tra i

(uno dei possibili effetti *in malam partem* dell'equiparazione convivente-coniuge), con conseguente responsabilità a titolo di omicidio o di lesioni personali, ad esempio, in caso di mancata prestazione di aiuto (che rientra nell'obbligo di "assistenza morale") al partner in un momento di difficoltà³¹.

3. Il comma 20 dell'art. 1 della legge 76/2016: l'equiparazione al coniuge delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.

Una delle novità più innovative della nuova disciplina, anzi la novità più innovativa sul piano dei possibili riflessi nel settore più circoscritto del diritto penale, è la regola contenuta nel comma 20 dell'art. 1 della legge con la quale il Parlamento ha parificato il partner dell'unione civile al coniuge (una disposizione poco chiara e di significato non univoco, quindi assai carica di implicazioni interpretative, almeno per quanto riguarda la sua possibile incidenza nel settore penale)³². Parificazione che, salvo l'esclusione di alcuni articoli del codice civile non espressamente richiamati e delle norme in tema di adozione, riguarda indistintamente tutte le leggi, regolamenti, atti amministrativi, contratti collettivi, in cui figurano le parole coniuge, coniugi, o termini equivalenti, ad esempio la parola sposi (art. 161 c.c.), o il termine marito (art. 4, co. 1, n. 3 della Legge Merlin), o la parola matrimonio³³, o l'espressione vita coniugale che va sostituita con vita comune.

Il testo della norma adotta una formula così vaga da consentire almeno in teoria di riferirvi leggi le più disparate appartenenti a tutti i rami dell'ordinamento compreso quello penale³⁴. Senza entrare nel merito della sua coerenza interna, tuttavia ciò che appariva problematica (prima dell'adozione del decreto legislativo di attuazione della

conviventi, di un reciproco vincolo di assistenza materiale e morale) e non a imporre un corrispondente obbligo giuridico", rilevante quale fonte di una reciproca posizione di garanzia ex art. 40, co. 2 c.p.

³¹ Così G.L. GATTA *Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici*, cit., p. 5.

³² Il testo dell'art. 1, co. 20, della legge 76/2016, rubricato "Clausola generale di estensione", è il seguente: «Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

³³ Al riguardo vengono in rilievo, tra l'altro (per una rassegna completa cfr. M. FINOCCHIARO, *Guida al dir.*, cit., p. 44), i seguenti articoli del codice civile: 119 (impugnazione del matrimonio di chi è stato interdetto per infermità di mente); 120 (impugnazione del matrimonio da parte dell'incapace di intendere e di volere al momento della celebrazione); 123 (impugnazione del matrimonio per simulazione).

³⁴ Nel senso della operatività della clausola di adeguamento automatico ex art. 1, co. 20 anche nel diritto penale, tuttavia in rapporto alle sole disposizioni che contribuiscono ad assicurare l'effettività dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi nascenti dall'unione civile, cfr. G.L. GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici*, cit., p. 7.

legge 76/2016 in materia penale, di cui subito si dirà) era proprio la possibilità di spiegare i suoi effetti sul versante penalistico dell'ordinamento.

Nella stessa Relazione illustrativa del suddetto decreto delegato, si legge che "l'equiparazione contenuta nel comma 20 non può riguardare il diritto penale, specie sostanziale", ma è limitata "agli effetti civili, tributari, amministrativi, giuslavoristici"³⁵. Peraltro il comma 20 dell'art. 1 parifica la parte dell'unione civile al coniuge *«al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso»*. Tuttavia dovendo, in sede penale, l'equiparazione del convivente al coniuge valutarsi in prospettiva penalistica, ed essendo una materia in cui il diritto penale esige e deve scrivere proprie regole nel rispetto dei principi che lo governano (art. 1 c.p. ed art. 14 delle preleggi)³⁶, il richiamo alle "leggi", contenuto nel comma 20, non implica automaticamente l'inclusione delle leggi penali, e comunque di *tutte* le leggi penali³⁷. E tra le ricadute della nuova legge sul diritto penale, la meno prevedibile (prima del decreto attuativo) era appunto che la disposizione del comma 20 fosse applicata in relazione a *tutte* le norme penali in cui figurasse la parola coniuge o altra equivalente.

Non a caso, con riferimento al d.d.l. Cirinnà (che prevedeva, come ora il comma 20 dell'art. 1 della legge, l'equiparazione della parte dell'unione civile al coniuge con l'obiettivo di garantire la tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile), non si era mancato di osservare che "così congegnata, la disposizione è in grado di ripercuotere i propri effetti sulle leggi penali, sostanziali e processuali, *nella sola misura in cui si possa dire che l'estensione della relativa disciplina vada nella direzione della tutela dei diritti o dell'adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile*"³⁸. Di qui il tentativo, affrontato con ben ragionati argomenti, di individuare le disposizioni contenute nel codice penale sia in *bonam partem* che in *malam partem* – nelle quali sia presente la parola coniuge o termini equivalenti – indirizzate al suddetto scopo

³⁵ Premesso che la clausola di adeguamento automatico "mal si presta a operare nel ramo penalistico dell'ordinamento", la Relazione osserva che in ambito penale "la legge ha ritenuto di intervenire *ratione materiae* esclusivamente in relazione alla disciplina dello scioglimento dell'unione civile. Al comma 25 dell'art. 1 richiama infatti, in quanto compatibili, le norme sul divorzio recate dalla legge n. 898 del 1970, ivi compreso l'art. 12 *sexies* che rinvia esclusivamente sul piano sanzionatorio all'art. 570 del codice penale, nel caso di omesso versamento dell'assegno divorzile. [...] In mancanza di una norma equivalente a quella del comma 20, dettata agli effetti penali e a fronte dell'espressa volontà sanzionatoria con riguardo all'ipotesi dello scioglimento dell'unione civile, il necessario e ulteriore coordinamento è quindi attribuito al Governo, con la disposizione di cui alla lettera c) del comma 20".

³⁶ La stessa Relazione illustrativa osserva al riguardo: "D'altra parte si è detto dell'impossibilità di affidare il richiesto coordinamento nella materia penale alla sola norma generale di cui all'art. 1 comma 20 della legge. Tale clausola di adeguamento automatico mal si presta a operare nel ramo penalistico dell'ordinamento. L'esigenza di tassatività/determinatezza della legge penale [...] rende 'necessario' ai sensi dell'art. 20, co. 1, lett. c) l. 76/2016 un intervento del decreto delegato volto a rendere espresso l'adeguamento normativo" (pag. 3).

³⁷ Sulla inidoneità della norma generale di cui all'articolo 1 co. 20 della legge di realizzare il necessario coordinamento nella materia penale, cfr. la Relazione illustrativa, cit., p. 3.

³⁸ Cfr. G.L. GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze di fatto: i profili penalistici della Legge Cirinnà*, cit.

e quindi da estendere, in forza dell'art. 1, comma 20 del d.d.l., alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.

4. Il decreto legislativo n. 16 del gennaio 2017.

Senonché, di recente, il Governo, come si è più sopra accennato, ha approvato tre decreti legislativi di attuazione della delega di cui all'art. 1, comma 28, lettere a), b) e c), della legge 76/2016³⁹. Uno dei decreti legislativi che il Governo è stato delegato a emanare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge (decreto n. 6 del 19 gennaio 2017)⁴⁰, disegna il perimetro entro cui la parificazione convivente-coniuge deve aver luogo (per le parti dell'unione civile) in ambito penale.

È una delle discontinuità più marcate rispetto all'assetto normativo previgente, anzi si tratta di una novità assoluta sul piano ordinamentale, ma applicabile solo alle «unioni civili» tra persone dello *stesso sesso*. Per quanto riguarda le coppie di fatto tra persone di *sesso diverso*, ma anche dello stesso sesso non unite civilmente, nessuna norma di rilievo è contenuta per il diritto penale nel suddetto decreto attuativo, che ha offerto, con la normativa in commento, una soluzione parziale, di settore, a un problema generale⁴¹.

³⁹ Al comma 28 dell'articolo 1, la legge 76/2016 ha delegato il Governo ad adottare, entro sei mesi dalla sua entrata in vigore, "uno o più decreti legislativi in materia di unione civile fra persone dello stesso sesso nel rispetto dei seguenti criteri e principi direttivi: a) adeguamento alle previsioni della presente legge delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e notazioni; b) modifica e riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato, prevedendo l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo; c) modificazioni ed integrazioni normative per il necessario coordinamento con la presente legge delle disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti e nei decreti. Ciascuno schema di decreto legislativo di cui al comma 28, a seguito della deliberazione del Consiglio dei ministri, è trasmesso alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica perché su di esso siano espressi, entro sessanta giorni dalla trasmissione, i pareri delle Commissioni parlamentari competenti per materia. Decorso tale termine il decreto può essere comunque adottato, anche in mancanza dei pareri. Qualora il termine per l'espressione dei pareri parlamentari scada nei trenta giorni che precedono la scadenza del termine previsto dal comma 28, quest'ultimo termine è prorogato di tre mesi. Il Governo, qualora non intenda conformarsi ai pareri parlamentari, trasmette nuovamente i testi alle Camere con le sue osservazioni e con eventuali modificazioni, corredate dei necessari elementi integrativi di informazione e motivazione. I pareri definitivi delle Commissioni competenti per materia sono espressi entro il termine di dieci giorni dalla data della nuova trasmissione. Decorso tale termine, i decreti possono essere comunque adottati" (co. 30).

⁴⁰ Per una accurata rassegna del contenuto del suddetto decreto delegato, G.L. GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici*, cit., p. 8 e ss.

⁴¹ Per interessanti rilievi sull'alternativa che il legislatore delegato si è trovato di fronte: "ritenere la clausola di equivalenza di cui all'art. 1, co. 20 idonea e sufficiente a realizzare il necessario coordinamento (anche) sul versante penalistico dell'ordinamento, ovvero intervenire su quel versante esercitando la delega di cui all'art. 1, co. 28, lett. c)", e sulle conseguenze che sarebbero derivate dalla scelta della prima soluzione (la clausola di 'adeguamento automatico') che "avrebbe rimesso sostanzialmente il problema nelle mani dell'interprete e comportato comunque effetti limitati alle disposizioni penalistiche delle quali possa dirsi che contribuiscono in qualche modo ad assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento

Prima di passare a una breve rassegna del contenuto del decreto volto a realizzare l'allineamento del sistema penale alla legge Cirinnà⁴², è opportuno sottolineare che la delega di cui all'art. 1, co. 28, lett. c) della l. n. 76/2016, con una disposizione peraltro discutibile, imponeva al legislatore delegato di valutare e tener conto della pertinenza di ciascun precetto penale rispetto alla finalità indicata nella clausola generale contenuta nell'art. 1, co. 20 della legge, e quindi di assimilare la parte dell'unione civile al coniuge e l'unione civile al matrimonio con riguardo alle sole disposizioni penali indirizzate allo scopo di tutelare i diritti e rafforzare gli obblighi nascenti dall'unione civile.

Senonché il decreto attuativo, attraverso un'estensione generalizzata alle leggi penali in cui sia presente la parola coniuge o termini equivalenti, include nella parificazione "parte dell'unione civile-coniuge" e "unione civile-matrimonio" anche le disposizioni penalistiche che non siano caratterizzate dal suddetto scopo⁴³, sollevando il dubbio di un eccesso di delega legislativa per violazione del vincolo teleologico di cui al comma 20 della legge da cui si discosta il decreto delegato⁴⁴.

Il decreto dispone, infatti, attraverso l'introduzione di un nuovo articolo (574-ter), che *tutte* le leggi penali in cui figura la qualità di coniuge come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato⁴⁵ ("non anche, incomprensibilmente, come circostanza attenuante")⁴⁶ debbono intendersi riferite anche alla parte di un'unione

degli obblighi derivanti dall'unione civile", cfr. G.L. GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici*, cit., p. 6.

⁴² Da segnalare che l'art. 2 del D.lgs. n. 6/2017 estende l'equiparazione anche al codice di procedura penale apportando le seguenti modificazioni all'art. 199, comma 3: "a) al secondo periodo, dopo le parole «convivenza coniugale» sono inserite le seguenti: «o derivante da un'unione civile tra persone dello stesso sesso»; b) alla lettera c) le parole «cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con l'imputato» sono sostituite dalle seguenti: «cessazione degli effetti civili del matrimonio o dell'unione civile tra persone dello stesso sesso contratti con l'imputato».

⁴³ Sottolinea che il D.lgs. n. 6/2017 nel coordinare il diritto penale con l'istituto delle unioni civili attraverso una generale equiparazione tra le parti delle unioni stesse e i coniugi, produce "effetti *in malam e in bonam partem*, più estesi di quelli realizzabili in applicazione della clausola di cui all'art. 1, co. 20 l. n. 67/2016", G.L. GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici*, cit., p. 8.

⁴⁴ G.L. GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici*, cit., p. 11. Emblematici, osserva l'A., i casi dell'abuso d'ufficio e dell'aggravante dell'omicidio, che mettono bene in evidenza il carattere problematico, sotto il profilo dell'eccesso di delega, di un intervento del decreto delegato che "sembra spingersi oltre i confini segnati dalla clausola di adeguamento automatico ex art. 1, co. 20, operante con validità generale nell'ordinamento giuridico al solo fine di rafforzare i diritti e gli obblighi nascenti dall'unione civile" (G.L. GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici*, cit., p. 7).

⁴⁵ È il caso ad esempio, tra gli altri, dell'omicidio (art. 577, secondo comma, c.p.), delle lesioni personali (art. 582, comma secondo), **del sequestro di persona (art. 605, co. 2, n. 1)**, che prevedono una circostanza aggravante se il fatto è commesso contro il coniuge, che si estende quindi alle ipotesi in cui il fatto è commesso contro la parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. Rispetto ad altre aggravanti in cui si fa riferimento al coniuge (ad esempio, **art. 609 ter, n. 5 quater: violenza sessuale; art. 612-bis, co. 2: stalking**), l'estensione alla parte dell'unione civile era già implicita nella formulazione della norma che prevede l'applicazione dell'aggravante, oltre che al coniuge, a chi è o è stato legato alla persona offesa da relazione affettiva.

⁴⁶ G.L. GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici*, cit., p. 9; ID, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze di fatto*, cit.

civile. Né sembra che la sua collocazione nell'ambito dei «Delitti contro la famiglia» (titolo XI) e precisamente a chiusura del capo IV («Dei delitti contro l'assistenza familiare») debba costringere l'interprete a considerare la norma insuscettibile di essere intesa come regola di carattere generale⁴⁷. La stessa scelta di un'estensione generalizzata riguarda l'art. 307, co. 4, c.p., che rileva, nei più diversi settori del diritto penale, in senso sia attenuante della pena⁴⁸ che scriminante del reato⁴⁹, o al fine di estendere la punibilità⁵⁰, avendo il legislatore delegato adottato una soluzione che incide sulla definizione (generale) di «prossimi congiunti»⁵¹, includendovi, in aggiunta al coniuge⁵², «la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso»⁵³. È stata introdotta, poi, l'equiparazione, agli effetti penali, dell'unione civile al matrimonio⁵⁴. Quanto agli (altri)⁵⁵ effetti dell'equiparazione *in bonam partem*, il decreto legislativo interviene con riguardo

⁴⁷ Cfr., in tal senso, la Relazione illustrativa del decreto delegato la quale osserva che la collocazione dell'art. 574-ter "non fa venir meno la sua valenza generale", quindi "non ne preclude l'applicazione tutte le volte che lo stato di coniuge rilevi come circostanza aggravante (artt. 577, 582, 585, 591, 602 ter, 609 ter c. 5 quater, 605 co.2 n.1)". *Contra*, nel senso che non può non assumere rilevanza la scelta di collocare il disposto di cui all'art. 574-ter in seno ai delitti «contro l'assistenza familiare», S. PASCASI, *La non punibilità diventa operativa per tutti i "rapporti"*, cit., p. 70.

⁴⁸ Ad esempio artt. 386, co. 3, n. 1; 390, co. 2 e 391, co. 1, c.p., in tema, rispettivamente, di procurata evasione, di procurata inosservanza di pena e di procurata inosservanza di misure di sicurezza detentive.

⁴⁹ Ad esempio art. 384, c.p.

⁵⁰ Come nell'ipotesi di cui all'art. 323 c.p. che punisce come abuso di ufficio il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che commette il fatto omettendo di astenersi in presenza di un "prossimo congiunto".

⁵¹ L'elencazione dei prossimi congiunti, agli effetti della legge penale, contenuta nell'art. 307 c.p., ha natura tassativa e non è suscettibile di interpretazione estensiva o analogica.

⁵² Nonché ai fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado (salvo che sia morto il coniuge e non vi sia prole), gli zii e i nipoti.

⁵³ Quindi, tra l'altro, si estende alla parte di un'unione civile l'**attenuante** per il prossimo congiunto che procura o agevola l'evasione di una persona legalmente arrestata o detenuta per un reato (**art. 386, co. 4, n. 1 c.p.**); la scriminante prevista dall'art. 384, primo comma, c.p., in relazione ad alcuni delitti contro l'attività giudiziaria (tra cui l'omessa denuncia di reato, l'omissione di referto, l'autocalunnia, la falsa testimonianza, la frode processuale ed il favoreggiamento personale) commessi in favore dei prossimi congiunti dell'imputato. La Corte costituzionale, con sentenze n. 237/1986 e n. 140/2009 e con ordinanza n. 121/2004 aveva dichiarato non fondata, in riferimento agli artt. 2, 3 e 29 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 384, primo comma, c.p. nella parte in cui non contempla tra i soggetti che possono beneficiare della scriminante anche il convivente *more uxorio*. Nel senso della non applicabilità dell'esimente di cui al combinato disposto degli artt. 384, primo comma, e 307, comma quarto, c.p. operante per il coniuge al convivente *more uxorio*, cfr. Cass., 22 ottobre 2010, n. 41139.

⁵⁴ Tra le disposizioni penalistiche che si riferiscono al "matrimonio", figura la norma sulla bigamia (art. 556 del codice penale) che, in forza della previsione di cui al comma 20 dell'art. 1 e del conseguente decreto attuativo, troverà applicazione anche in caso di unioni civili; risponderà perciò di bigamia chi, essendo legato da matrimonio avente effetti civili contrae un'unione civile, o essendo legato da una unione civile contrae altra unione civile (sugli effetti delle riforma con riferimento specifico al delitto di bigamia, cfr. G.L. GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici*, cit., p. 9). Ancora, nel caso di **sottrazione consensuale di minorenni (art. 573, co. 2, c.p.)**, la legge prevede un'**attenuante** se il fatto è commesso "per fine di matrimonio": l'attenuante si estenderà all'ipotesi in cui il fatto sia realizzato col fine di costituire un'unione civile tra persone dello stesso sesso.

⁵⁵ "Altri", perché effetti *in bonam partem* derivano (già) dall'inclusione della parte dell'unione civile nella nozione di «**prossimi congiunti**» di cui all'art. 307, co. 4, c.p.

all'art. 649 c.p.⁵⁶ per estendere alle parti dell'unione civile la causa di non punibilità (di cui al primo comma) e la punibilità a querela (di cui al secondo comma) previste per una serie di reati contro il patrimonio commessi a danno di prossimi congiunti⁵⁷.

5. Le convivenze di fatto registrate e le unioni "libere".

L'applicazione della nuova normativa al diritto penale, restringe il campo di osservazione di un problema che va ben al di là del perimetro segnato dalla limitazione dell'equiparazione della figura del convivente a quella del coniuge ai soli conviventi omosessuali che abbiano chiesto (e ottenuto) la *celebrazione* del rapporto e la conseguente registrazione dell'unione negli appositi registri dello stato civile⁵⁸. Infatti la questione della parificazione del convivente al coniuge va posta, nel quadro della complessa e più ampia tematica della rilevanza penalistica delle convivenze *more uxorio*⁵⁹, con una domanda più generale, vale a dire se ogni riferimento al coniuge contenuto nelle norme penali debba essere esteso (anche) alle «convivenze di fatto» disciplinate dai commi 36

⁵⁶ Sull'applicabilità della causa soggettiva di non punibilità prevista dall'art. 649 c.p. ai conviventi *more uxorio*, la giurisprudenza è oscillante: per l'applicazione dell'esimente, cfr. Cass. pen., sez. IV, 21 maggio 2009 n. 32190, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 1024, sul rilievo che la prevalenza dell'interesse alla riconciliazione rispetto alla punizione del colpevole, che costituisce la ratio della causa soggettiva di non punibilità di cui all'art. 649 c.p., ricorre anche con riguardo ai soggetti legati o già legati da un rapporto stabile non matrimoniale ma ugualmente caratterizzato da vincoli di stretta solidarietà e fondato sulla reciproca assistenza materiale e morale (nella specie, con riferimento a una ipotesi di furto di cui si è affermata la non punibilità se commesso in danno del convivente *more uxorio*, e la punibilità a querela dell'offeso se commesso in danno di persona già convivente *more uxorio*). Nel senso invece della esclusione, nel caso del convivente di una donna che era stato accusato di averle sottratto degli assegni bancari, Cass., 13 ottobre 2009, n. 44047. *Contra*, di recente, anche Trib. La Spezia, 6 giugno 2015, n. 721 (nel caso di specie sia trattava di prelievi su due bancomat e del furto di un braccialetto d'oro appartenente alla convivente e ai familiari).

⁵⁷ Al primo comma è aggiunto il n. 1-bis, che inserisce nella nozione di prossimi congiunti, accanto al coniuge *non legalmente separato*, la «parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso», mentre con riguardo al testo del secondo comma la parte dell'unione civile è equiparata al coniuge *legalmente separato* solo nel caso in cui sia stata manifestata la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile e non sia intervenuto lo scioglimento della stessa.

⁵⁸ Mette opportunamente in evidenza come non essendosi la legge n. 76/2016 «preoccupata – come sarebbe stato opportuno – del coordinamento del diritto penale con le convivenze di fatto», «si è persa [...] un'occasione per un intervento sistematico volto a eliminare disparità di trattamento nei confronti dei conviventi, oggi forse anche accentuate a seguito dell'introduzione delle 'unioni civili'», G.L. GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici*, cit., p. 11. Emblematici, in tal senso, sono i casi della scusante di cui all'art. 384 c.p. e della causa di non punibilità di cui all'art. 649 c.p., che continuano a non essere riferibili ai fatti commessi dai conviventi *more uxorio*.

⁵⁹ È appena il caso di osservare che, come si è già sommariamente accennato, **la parificazione giuridica di un consolidato rapporto di fatto a quello di coniugio coinvolge anche istituti di ordine processuale penale, già interessati peraltro da numerosi interventi del legislatore**. Sul piano processuale cfr., ad esempio, l'art. 199, co. 3, lett. a) c.p.p., che, riguardo alla facoltà di astenersi dal testimoniare, equipara al coniuge «chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso», sia pure limitatamente ai fatti verificatisi o appresi dall'imputato durante la convivenza; l'art. 282 *bis*, co. 6, c.p.p., in tema di misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare, inserito dalla l. n. 154/2001, che ha esteso la misura cautelare ai membri conviventi.

e seguenti della legge. E poiché le «convivenze di fatto» sono pur sempre rapporti di coppia regolati dal diritto, la questione si pone, inoltre, indipendentemente dal sesso dei componenti, per le unioni “libere”, che hanno da sempre suscitato il vivo interesse della dottrina penalistica e richiamato l’attenzione del legislatore e della giurisprudenza anche costituzionale: vale a dire le convivenze (omosessuali) *non celebrate* e (omo o etero) *non registrate*⁶⁰, ossia non dichiarate dalle parti all’anagrafe per l’accertamento della “stabile convivenza”, così come richiede il comma 37 dell’art. 1 della legge, quindi giuridicamente non regolamentate – se è vero che la nuova normativa sulle «convivenze di fatto» si applica solo su base *volontaria*⁶¹, vale a dire se i conviventi decidono di formalizzare il loro rapporto attraverso una dichiarazione congiunta registrata all’anagrafe. Non è il caso di approfondire questo profilo⁶², se non per sottolineare che la distinzione tra convivenze di fatto *registrate* e *non*, può assumere rilievo – in punto di possibili riflessi penalistici – nella prospettiva di un intervento del legislatore (da tempo sollecitato da dottrina e giurisprudenza) volto a disciplinare in maniera organica e su un piano più generale il tema delle convivenze non matrimoniali agli effetti penali.

⁶⁰ Ossia non dichiarate dalle parti all’anagrafe per l’accertamento della “stabile convivenza”, così come richiede il comma 37 dell’art. 1 della legge.

⁶¹ Nel senso che il nuovo regime non si applica alle convivenze di fatto che siano prive di iscrizione anagrafica ma solo a quelle che i conviventi sono in grado di dimostrare anagraficamente e che l’ufficio di anagrafe può certificare, L. LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *www.iuscivile.it*, 2016, 96; M. RIZZUTI, *Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, in *giustiziacivile.com*, 2016, 9; E. Quadri, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, cit., p. 8. In senso contrario, L. BALESTRA, *“Unioni civili, convivenze di fatto e “modello” matrimoniale: prime riflessioni”*, estratto dalla rivista *Giurisprudenza italiana*; B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, cit., p. 254 ss., ad avviso del quale risulta maggiormente ancorata al contenuto della norma e deve essere preferita l’interpretazione secondo cui la nuova normativa si applica alle coppie di fatto anche in mancanza di registrazione della convivenza all’anagrafe. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Trib. Milano, 31 maggio 2016, in *www.quotidianogiuridico.it*.

⁶² Tuttavia è il caso di aggiungere che l’interpretazione proposta, secondo cui la convivenza di fatto, ai sensi della legge in commento, assume esistenza giuridica con l’iscrizione nei registri anagrafici, da un lato sembra letteralmente corretta: invero, il dato letterale, unito a quanto dispone il D.P.R. n. 223/1989, richiamato dal comma 37 della legge, lascia poco spazio a fraintendimenti; al riguardo merita precisare e pare anzi dotato di forza persuasiva il rilievo che, ai sensi dell’art. 3 del decreto, perché possa esservi una famiglia anagrafica è necessario che le persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o *da vincoli affettivi* (tra le quali i componenti di una coppia di fatto) siano coabitanti ed abbiano dimora abituale nello stesso comune, e dunque che abbiano reso la prescritta dichiarazione di residenza all’ufficio dell’anagrafe comunale ex art. 13, lett. b) del decreto; dall’altro è la più adeguata alla ratio della nuova normativa, la quale, disciplinando il solo istituto della convivenza *registrata*, lascia “liberi” i conviventi che, omettendo la dichiarazione anagrafica di convivenza, non intendono vincolarsi giuridicamente. Ne consegue che l’iscrizione nei registri anagrafici non ha (o non ha solo) la funzione di accertare la stabilità del rapporto e la sua data di inizio, ma è elemento essenziale, o requisito minimo indispensabile, perché possa configurarsi una «convivenza di fatto» (il comma 37 non detta, quindi, una regola meramente procedurale). In altre parole, è referente imprescindibile per la sua stessa identificabilità giuridica, vale a dire, per la sua stessa “esistenza” come fatto giuridicamente rilevante. In breve: l’iscrizione anagrafica della convivenza, a seguito della dichiarazione dei partners di voler accedere alla nuova normativa, assume rilievo, anzi rilievo decisivo, affinché il rapporto *di fatto* tra i componenti della coppia sia considerato legame *giuridico*.

Alla definizione di unione libera, che il recente intervento del legislatore (delegante e delegato) esclude dall'intero impianto normativo, va aggiunta una considerazione.

Nel catalogo delle diverse varietà di convivenze senza matrimonio (tra le quali spicca ora fra tutte l'unione tra persone dello stesso sesso unite dal vincolo di unione civile) rientrano quei rapporti di coppia non matrimoniali privi di ogni forma di definizione e regolamentazione giuridica: vale a dire, le coppie di persone che, per regolare la loro vita familiare, *non vogliono* unirsi in matrimonio (le coppie etero) o accedere ai nuovi istituti (le coppie omo o etero)⁶³, e le coppie di persone che *non possono* vincolarsi giuridicamente per impossibilità di uno o entrambi i partners di costituire un'«unione civile» o una «convivenza di fatto» per l'esistenza di una delle cause ostative di cui rispettivamente ai commi 4⁶⁴ e 36⁶⁵ dell'art. 1 della legge⁶⁶.

Al riguardo vale la pena di osservare che ogni forma di relazione affettiva non matrimoniale tra due persone in convivenza stabile caratterizzata da vincoli di stretta solidarietà e fondata sulla reciproca assistenza materiale e morale tale da assumere i connotati tipici di un autentico consorzio familiare, pur non avendo una disciplina giuridica autonoma (mediante l'unione civile, o l'iscrizione anagrafica, o altra forma di regolamentazione giuridica; la ratio di tutela delle coppie di fatto dipende sempre meno dalla formalizzazione del vincolo), in quanto entità socialmente apprezzabile, riceve, nelle diverse declinazioni che il rapporto di coppia può assumere nell'evoluzione della società e del costume, direttamente, cioè senza l'intermediazione del legislatore, secondo costante orientamento del giudice di legittimità e altrettanta consolidata giurisprudenza del giudice delle leggi, copertura costituzionale come formazione sociale dall'articolo 2 della Costituzione, in forza del quale il fenomeno delle famiglie non matrimoniali ha acquistato negli ultimi anni una maggiore rilevanza cui è conseguita una maggiore tutela. Un fenomeno, quello della convivenza senza matrimonio (e, dopo la legge

⁶³ Quindi non presentano, rispettivamente, la richiesta congiunta necessaria per la costituzione, registrazione e certificazione dell'«unione civile» e non rendono la dichiarazione all'anagrafe costitutiva della «convivenza di fatto».

⁶⁴ Art. 1, co. 4: «Sono cause impeditive per la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso: a) la sussistenza, per una delle parti, di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile tra persone dello stesso sesso; b) l'interdizione di una delle parti per infermità di mente; se l'istanza d'interdizione è soltanto promossa, il pubblico ministero può chiedere che si sospenda la costituzione dell'unione civile; in tal caso il procedimento non può aver luogo finché la sentenza che ha pronunciato sull'istanza non sia passata in giudicato; c) la sussistenza tra le parti dei rapporti di cui all'articolo 87, primo comma, del codice civile; non possono altresì contrarre unione civile tra persone dello stesso sesso lo zio e il nipote e la zia e la nipote; si applicano le disposizioni di cui al medesimo articolo 87; d) la condanna definitiva di un contraente per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l'altra parte; se è stato disposto soltanto rinvio a giudizio ovvero sentenza di condanna di primo o secondo grado ovvero una misura cautelare, la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso è sospesa sino a quando non è pronunciata sentenza di proscioglimento».

⁶⁵ Il comma 36 prevede come causa preclusiva di una convivenza di fatto l'essere almeno uno dei conviventi «vincolato da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile».

⁶⁶ Ma anche le coppie che continuano a convivere *more uxorio* dopo lo scioglimento (comma 4) o la dichiarazione di nullità (comma 5) dell'«unione civile» ovvero dopo la cancellazione della «convivenza di fatto» dal registro anagrafico.

Cirinnà, senza unione civile) che mette in luce in tutta la sua portata il problematico rapporto tra il diritto dei partners di vivere “liberi insieme”⁶⁷ secondo il modello che meglio si adatta alla propria condizione di vita⁶⁸, in forza dell’ovvio fondamentale principio costituito dall’autonomia delle scelte dei singoli nell’ambito di relazioni di chiara matrice affettiva⁶⁹, e l’ingerenza del potere legiferante dello Stato attraverso la giuridicizzazione della loro relazione affettiva, con conseguente imposizione di vincoli coercitivi e sanzioni che i conviventi intendevano rifiutare non vincolandosi giuridicamente.

Unioni “libere” rispetto alle quali, con la legge in commento, il processo di parificazione del convivente al coniuge *parrebbe* aver subito un arresto o addirittura un’inversione, se si considera che il grande fermento legislativo, giurisprudenziale e dottrinario degli ultimi anni ha interessato, in ambito penale (ma non solo), proprio le convivenze “di fatto” non definite né regolate sul piano normativo. È evidente però (anzi è addirittura ovvio) che la novità legislativa non può impedire di estendere a ogni altra forma di convivenza la disciplina che si ricava, in tema di equivalenza della figura del convivente a quella del coniuge, dal complesso quadro storico-evolutivo della materia

⁶⁷ Probabilmente è proprio a tutela di tale diritto che si può spiegare la scelta del legislatore del maggio 2016 di non regolamentare le convivenze di fatto “in senso stretto”, vale a dire le convivenze omosessuali *non celebrate* e quelle omo o eterosessuali *non registrate*, in relazione alle quali non sorgono per i conviventi né diritti né doveri reciproci. Una scelta condivisibile perché, lasciando alle parti la facoltà di non accedere a tali istituti (senza che si possa così individuare una carenza normativa nella tutela e/o nella disciplina delle convivenze di fatto), valorizza l’autonomia dei singoli nel rapporto di coppia *non legalizzato*, sia per gli aspetti della loro vita personale che per quelli di carattere patrimoniale. Che non esclude, però, la necessità, quanto alla parificazione del convivente al coniuge, di una disciplina in campo penale per ogni forma di convivenza non matrimoniale diversa dalla famiglia fondata sull’unione civile. La stessa previsione, da parte della legge in commento, di alcuni effetti giuridici delle «convivenze di fatto» (*registrate*), che, a differenza di altri effetti, che si verificano automaticamente, per espressa scelta del legislatore, si producono non *ex lege* bensì per volontà delle parti attraverso la sottoscrizione di un contratto di convivenza, che disciplina i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune e alla sua cessazione (comma 50 della legge), pare elaborata proprio per assicurare ai conviventi di fatto, omo o eterosessuali – rimarcandone la diversità, rispettivamente, dalle parti dell’unione civile e dai coniugi – uno spazio di libertà nel quale l’autonomia privata possa liberamente esplicarsi.

⁶⁸ Naturalmente il diritto costituzionalmente garantito di vivere liberamente la propria condizione di coppia subisce una battuta di arresto allorché il legislatore, intromettendosi in una sfera personalissima come quella degli affetti, ossia nell’area privata delle relazioni interpersonali, in particolare di quella che riguarda i rapporti di coppia, regola minuziosamente i comportamenti dei singoli e tenta di piegarli alla sua volontà politica.

⁶⁹ I conviventi di fatto possono regolare “convenzionalmente”, attraverso contratti di convivenza, i loro rapporti “patrimoniali” e “non patrimoniali”, come riconosciuto da tempo dalla giurisprudenza. Peraltro la legge in esame prevede invece, per le unioni di fatto “registrate”, esclusivamente la possibilità di convenzioni “patrimoniali” (co. 50). Nel senso però che la nuova legge non costituisce un ostacolo per le interpretazioni precedenti ma ne incoraggia la prosecuzione, da cui la possibilità di stipulare convenzioni non patrimoniali anche per le convivenze di fatto registrate, cfr. B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, cit., p. 274.

così come delineato dalla giurisprudenza ordinaria⁷⁰ e costituzionale⁷¹, né ostacolarne una successiva evoluzione, e tanto meno – è fuori discussione – porre nel nulla le innovazioni introdotte dal legislatore, nel corso degli anni, in relazione a casi specifici e a singole norme⁷².

Pertanto la nuova legge (integrata dal decreto di coordinamento con le norme del codice penale) non mette in discussione in alcun modo, malgrado i segnalati limiti operativi, l'esigenza che, nel settore penale dell'ordinamento, l'equiparazione del convivente al coniuge debba essere discussa anche con riguardo alle convivenze di fatto (siano esse tra persone dello stesso sesso o di sesso diverso), che hanno subito già prima della riforma una progressiva evoluzione non soltanto culturale ma anche sul piano normativo e giurisprudenziale.

Se quanto detto ha una sua plausibilità, si deve convenire che dopo la legge Cirinnà e il decreto di attuazione in materia penale, la questione della rilevanza penalistica della convivenza *more uxorio* non si apre su nuovi orizzonti, con nuove problematiche diverse da quelle fin qui esistenti. Piuttosto l'assimilazione al coniuge della sola parte dell'unione civile condurrà a decidere in maniera radicalmente diversa in contesti che riguardano, in prospettiva penalistica, forme di convivenza *sostanzialmente* analoghe. Infatti, il compito di tracciare – nel quadro più generale dei rapporti di coppia senza matrimonio – i confini della rilevanza penalistica della convivenza *more uxorio*, sarà (ancora) riservato alla dottrina e alle diverse (e assai mutevoli) opzioni culturali dei giudici, chiamati a supplire (impropriamente)⁷³ a un vuoto normativo che è stato (e sarà) fonte di incongruenze applicative, peraltro in un

⁷⁰ Si può ricordare, tra l'altro, Cass. pen., sez. II, 21-30 aprile 2015 (dep. 4 agosto 2015), n. 34147, che ha esteso al convivente *more uxorio* la causa di non punibilità di cui all'art. 384, co. 1, c.p. di chi commette taluni reati contro l'amministrazione della giustizia per salvare il "prossimo congiunto" dal pericolo per la libertà e l'onore.

⁷¹ Cfr. ad esempio Corte cost., 27 dicembre 1996, n. 416, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 384, secondo comma, c.p., nella parte in cui non prevede che la violazione dell'obbligo di informazione previsto dal secondo comma dell'art. 199 c.p.p. comporta l'esclusione della punibilità per false o reticenti informazioni assunte dalla polizia giudiziaria fornite da chi avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal renderle a norma dello stesso art. 199 c.p.p., dunque anche dal convivente *more uxorio* per i fatti verificatisi o appresi durante la convivenza.

⁷² Si pensi al caso del delitto di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), la cui fattispecie la legge n. 172 del 2012 (ma già prima l'interpretazione giurisprudenziale) ha ritenuto inclusiva di chi maltratta «una persona comunque convivente»; all'aggravante del delitto di atti persecutori prevista dal secondo comma dell'art. 612-bis c.p. come sostituito dalla legge n. 93 del 2013; all'art. 19, co. 2, lett. c) d.lgs. n. 286/1998 (t.u. immigrazione) il quale stabilisce il divieto di espulsione dello straniero convivente con il coniuge di nazionalità italiana; disposizione applicabile in relazione all'espulsione disposta a titolo di misura di sicurezza (art. 15 t.u. imm.) ovvero di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione (art. 16 t.u. imm.); il divieto non opera invece per l'espulsione amministrativa disposta dal Ministro dell'Interno, ex art. 13, co. 1 t.u. imm., per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato. Ancora: una serie di norme dell'ordinamento penitenziario parificano il convivente al coniuge ai fini dell'esercizio di determinate facoltà (v. artt. 18 e 21-ter legge 26 luglio 1975 e art. 37 DPR 30 giugno 2000, n. 230).

⁷³ Trattandosi di un compito, articolato e complesso, che costituisce una prerogativa della discrezionalità legislativa.

settore in cui ampio è lo spettro delle scelte possibili nella concreta disciplina della materia⁷⁴.

Ma è bene già da ora osservare che, per quanto riguarda le disposizioni penali che producono effetti *in bonam partem* (attenuanti, scusanti, cause di non punibilità), la questione della parificazione giuridica di un consolidato rapporto di fatto a quello di coniugio va risolta con una previsione di carattere generale, cioè con regole (necessariamente) comuni alle «unioni civili» e alle «convivenze di fatto⁷⁵, e alle coppie di fatto *libere* (cioè di fatto, per dir così, “in senso stretto”), che, come si è detto, occupano uno spazio di assoluta preminenza nell’ambito della questione della rilevanza penalistica della convivenza *more uxorio*. Del resto già prima della legge 76/2016 il legislatore, come si è accennato, con riguardo a situazioni di convivenza non occasionali costituite dai partners senza alcuna formalità, dunque giuridicamente non regolamentate, e la stessa giurisprudenza, ordinaria e costituzionale, hanno equiparato, ai fini penali, e con effetti *in bonam partem*, il convivente al coniuge.

Né va taciuto il dubbio che, così formulata, la normativa in esame, tutte le volte che l’assimilazione produce effetti *in bonam partem*, presenti alcuni profili di possibile illegittimità costituzionale (con riferimento all’articolo 3 della Costituzione), in punto di diversificazione delle tutele offerte alla parte dell’unione civile e al convivente di fatto. Profili e censure di possibile illegittimità costituzionale potrebbero configurarsi non solo in connessione con la suddetta discriminazione. Elementi sintomatici dell’irragionevolezza costituzionale della nuova normativa si profilano anche per violazione dell’art. 2 della Costituzione che, nel tutelare le formazioni sociali in cui si svolge la personalità del singolo, include in esse, per giurisprudenza costante, (tutti) i rapporti di coppia tra persone non coniugate caratterizzati da stabilità e legame affettivo, abbiano o non abbiano definizione e disciplina di legge. Che reclamano, di conseguenza, quanto agli effetti di favore della parificazione del convivente al coniuge, una *parità di trattamento sul terreno penale*. Per fare un esempio, non trova alcuna giustificazione razionale estendere alle parti dell’unione civile e non anche ai conviventi di fatto, la causa di esclusione della punibilità per alcuni delitti contro il patrimonio commessi a danno del coniuge non legalmente separato (art. 649 c.p.)⁷⁶, ricorrendo, in entrambi i casi,

⁷⁴ Cfr. G.L. GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici*, cit., p. 4, il quale nel ricordare che “Dottrina e giurisprudenza da tempo sollecitano un intervento del legislatore, volto ad ammodernare la disciplina penale mettendola al passo con quella stessa mutata realtà sociale che fa da premessa, oggi, alla Legge Cirinnà”, pone opportunamente in rilievo “come, in assenza di interventi del legislatore, il giudice penale non possa adeguare la norma alla mutata realtà sociale dei rapporti di coppia, trovando un ostacolo insuperabile ora nel divieto di analogia (quando l’interpretazione evolutiva produrrebbe effetti *in malam partem*), ora nel carattere eccezionale delle disposizioni via via considerate (nel caso, invece, di effetti *in bonam partem*)”.

⁷⁵ Pure disciplinate, ad altri fini, dalla legge in commento, per le quali però l’assimilazione non ha avuto altrettanto riconoscimento, sia pure con una disciplina adeguata ai singoli casi e differenziata rispetto agli effetti *in bonam* e *in malam partem*.

⁷⁶ Lo stesso si dica per la causa di non punibilità di cui all’art. 384, co. 1, c.p. di chi commette taluni reati contro l’amministrazione della giustizia per salvare il “prossimo congiunto” dal pericolo per la libertà e l’onore (per l’estensione al convivente *more uxorio*, Cass. pen., sez. II, 21-30 aprile 2015, n. 34147, cit.,

le ragioni politico criminali che stanno alla base dell'esimente, comunemente riconosciute nell'esigenza di tutela dell'unità della famiglia⁷⁷. "Famiglia" che, rispetto all'originaria (e unitaria) fisionomia dell'istituzione familiare, si è differenziata in modelli diversi che abbracciano le varieghe figure della convivenza di fatto. *In relazione agli effetti in malam partem* invece, essendo aperta la questione del rispetto della volontà dei partners di costituire una famiglia, omo o etero, *liberamente*⁷⁸, cioè senza assunzione di obblighi giuridici reciproci e vincoli penali che ne regolino i comportamenti, non sembra che sia sostenibile, *de iure condendo*, l'automatica equiparabilità, *contra reum*, tra convivenza di fatto e vincolo coniugale (e, ora, unione civile). Vale a dire, invece di soluzioni diversificate con una disciplina adeguata ai singoli casi, una soluzione unica valida "indistintamente" per tutte le fattispecie. Per esempio, è assai dubbia l'opportunità dell'assimilazione del convivente al coniuge (e, ora, alla parte dell'unione civile) nella previsione normativa di cui all'art. 570 c.p. (in tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare)⁷⁹.

Nondimeno, in relazione alle fattispecie incriminatrici e alle circostanze aggravanti che trovano fondamento non già in un *dato formale* (il vincolo coniugale e, ora, l'unione civile), bensì nel *dato fattuale* rappresentato dal rapporto di solidarietà e protezione sussistente all'interno dell'aggregato familiare, l'esclusione dei conviventi di fatto dalla regola della parificazione del convivente al coniuge può comportare, sul piano normativo, alcune singolarità e incoerenze, malgrado la volontà dei conviventi di

tuttavia in contrasto con la giurisprudenza dominante come pure con l'indirizzo più volte espresso dalla Corte costituzionale).

⁷⁷ In senso conforme, cfr. Cass. pen., sez. IV, 21 maggio 2009 n. 32190, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 1024, sul rilievo che la prevalenza dell'interesse alla riconciliazione rispetto alla punizione del colpevole, che costituisce la *ratio* della causa soggettiva di non punibilità di cui all'art. 649 c.p., ricorre anche con riguardo ai soggetti legati o già legati da un rapporto stabile non matrimoniale ma ugualmente caratterizzato da vincoli di stretta solidarietà e fondato sulla reciproca assistenza materiale e morale (nella specie, con riferimento a una ipotesi di furto). Tuttavia la giurisprudenza è oscillante. È il caso di ricordare che la Corte costituzionale, in una pronuncia di inammissibilità relativa all'art. 649 c.p. (sent. n. 223/2015), nel sollecitare "la forte opportunità di un intervento legislativo di riforma", ha precisato che "spetta al ponderato intervento del legislatore [...] l'indispensabile aggiornamento della disciplina dei reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare".

⁷⁸ Ovviamente le stesse coppie di fatto "libere" non godono di *assoluta* libertà perché sono soggette ad una serie di vincoli derivanti dall'ordinamento. Cfr. sul punto B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, cit., p. 272 e ss. Un problema di limiti dell'intervento dello Stato nell'ambito familiare volto a scongiurare «un eccessivo controllo del pubblico potere sull'intimo andamento della società coniugale» (Corte cost., sent. n. 46 del 1970), si pone anche per i rapporti di coppia legalizzati – matrimonio e, ora, unione civile – a tutela dei diritti individuali dei componenti della famiglia. Tale eccessivo controllo da parte del legislatore – può essere interessante ricordare – è stato escluso dalla Corte costituzionale (sent. n. 46 del 1970, cit.) con riguardo all'art. 570 c.p., nella parte in cui prevede la perseguibilità d'ufficio del reato di omesso adempimento degli obblighi di assistenza familiare.

⁷⁹ Quanto al piano esegetico è quanto meno problematica, per ragioni penalistiche di stretta legalità, l'espansione della portata operativa dell'art. 570 c.p. (che richiede, per quanto riguarda il rapporto di coppia – non l'obbligo verso i figli, la qualità di coniuge e, ora, di parte dell'unione civile) in direzione delle convivenze di fatto, come pure è assai dubbio che i legami che originano da unioni di fatto si possano inserire, in via interpretativa, nell'ambito del disposto di cui al decreto attuativo (che aggiunge al coniuge la parte dell'unione civile) non potendo addursi, ostandovi l'univocità del dato testuale, l'argomento sistematico analogico precluso dal principio di tipicità e tassatività delle previsioni della legge penale.

sottrarsi agli effetti giuridici tipici della famiglia matrimoniale e dell'unione civile. Per esempio, ai fini dell'applicazione dell'aggravante prevista dal secondo comma dell'art. 577 c.p., è del tutto ingiustificato parificare all'omicidio del coniuge quello della parte dell'unione civile e non anche del convivente stabilmente legato alla vittima da relazione affettiva⁸⁰, sussistendo tra i conviventi di fatto (omo o etero) la medesima *affectio* che corre tra le parti dello stesso sesso unite civilmente. E poiché è l'*affectio* che lega le persone a decidere la natura e la qualità del rapporto familiare, è difficile immaginare, con riguardo alla ratio che si assegna a queste aggravanti (che, all'evidenza, non è specifica del rapporto coniugale e, ora, dell'unione civile) uno spazio logico di distinzione tra le due forme di convivenza.

6. Il concetto di convivenza di fatto ai fini penali.

Come si è già sommariamente accennato, all'interno del quadro teorico e normativo sopra delineato ci sono due condizioni della convivenza di fatto: l'una di fatto "in senso stretto", in cui manca un atto formale per qualificarlo giuridicamente, la quale si configura come un'ipotesi di relazione di coppia (non matrimoniale) di costruzione dottrina e giurisprudenziale; l'altra è quella disciplinata dalla nuova legge che ha, dunque, un riconoscimento ufficiale da parte dell'ordinamento. Tuttavia l'espressione «convivenza di fatto», che impropriamente (una coppia non può essere "di fatto" e disciplinata legalmente al tempo stesso) è adoperata dal legislatore per dare il *nomen iuris* all'istituto⁸¹, è da intendere, agli effetti penali, nel significato più ampio corrispondente a quello che tradizionalmente assume il concetto di "convivenza *more uxorio*": una situazione "fattuale" omogenea con quella consacrata da vincolo matrimoniale. Con esclusione dell'«unione civile» che ha ora, nella legge in commento, riguardo alla parificazione dei suoi componenti al coniuge, una sua regolamentazione autonoma, e, per effetto del citato decreto attuativo, una disciplina specifica per il settore penale. Con la conseguenza che la discussione sulla relazione tra diritto penale e convivenza di fatto, come pure un'auspicabile riforma che ne ridefinisca i rapporti, si deve sviluppare usando come chiave interpretativa la categoria di convivenza *more uxorio*, vale a dire un concetto di convivenza molto più esteso che riflette il quadro generale della convivenza fuori dal matrimonio ancorché non regolamentata dal diritto. La "convivenza *more uxorio*" (caricata, in un passato nemmeno tanto remoto, di una valenza pregiudizialmente negativa, se non di un contenuto intrinsecamente offensivo:

⁸⁰ Lo stesso discorso vale, ad esempio, per i delitti di abbandono di persone minori o incapaci (art. 591, ult. comma, c.p.), sequestro di persona (art. 605, comma 2, n. 1, c.p.) e induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione commessi dal marito (artt. 3 e 4, n. 3, l. n. 75/1958), dove la qualità di coniuge e, ora, di parte dell'unione civile è prevista come circostanza aggravante.

⁸¹ Peraltro, come già si è osservato, la legge in commento utilizza la formula «convivenze di fatto» con riferimento – così è da ritenere – ai soli settori *non* penali dell'ordinamento; lo stesso decreto legislativo di coordinamento con le norme del codice penale non le menziona includendo nelle norme penali in cui figura la parola coniuge il solo convivente dell'«unione civile».



5/2017

la convivenza in stato coniugale al di fuori del matrimonio era usata come sinonimo di concubinato e oggetto di condanna e riprovazione morale) è un'espressione flessibile adeguata a connotare (ed includere) un ampio ventaglio di convivenze agevolate dal continuo evolversi del costume sociale, che riflettono la varietà e specificità dei modi di vivere in coppia: modelli di convivenza diversi tra loro ma, agli effetti penali, tutti compatibili, che convergono, cioè, sui dati fondamentali che stanno alla base del riconoscimento e del rispetto delle forme di vita di coppia non matrimoniale caratterizzate da una comunione materiale e spirituale paragonabile a quella prevista per il rapporto coniugale.