

Rivista N°: 2/2016
DATA PUBBLICAZIONE: 15/05/2016

AUTORE: Costanza Nardocci*

**NORME PENALI DI FAVORE FRA TUTELA DELL'UNITÀ DELLA FAMIGLIA
"TRADIZIONALE" E DIRITTI INDIVIDUALI.
ALL'INCROCIO TRA TEMPO DELLA NORMA E TEMPI DEL LEGISLATORE.
A MARGINE DI CORTE COST. SENT. N. 223 DEL 2015**

Sommario: 1. Riflessioni introduttive. – 2. La questione di costituzionalità sollevata: i diritti del singolo nella famiglia, ma quale famiglia? – 3. L'inammissibilità della questione tra anacronismo, inerzia e discrezionalità del legislatore. – 4. La (ancora una volta) non equiparabilità, per via giurisprudenziale, tra rapporto di coniugio e convivenza more uxorio. – 5. Considerazioni conclusive ai tempi dell'"attesa".

1. Riflessioni introduttive

Vi sono due aspetti problematici o, forse, due sfumature del medesimo, che ricorrono nell'ambito del dibattito scientifico sull'evoluzione della nozione di famiglia e sulla attualità della sua ontologica unicità.

Il primo, ritenuto dalla dottrina così come dai giudici, comuni e di legittimità¹, costituzionale² e sovranazionale³, ormai pacifico e costituito dall'esigenza di accordare adeguata

* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale, Università degli Studi di Milano

¹ Così, Corte di Cassazione, n. 4184 del 2012 con le osservazioni di I. MASSA PINTO, *"Fiat matrimonio!" L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a un (inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare 'una consolidata e ultramillenaria tradizione' (superando anche il giudicato costituzionale)?*, in www.associazionecostituzionalisti.it, 2012.

² Si veda, anzitutto, Corte cost. sent. n. 138 del 2010, con note di M. D'AMICO, *Una decisione ambigua*, in *Notizie di politeia*, n. 100 del 2010, p. 85 e ss.; R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice 'troppo' e "troppo poco"*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1629 e ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it; B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La*

protezione giuridica anche alle unioni familiari non matrimoniali, siano esse eterosessuali ovvero omosessuali; un secondo, più controverso, relativo all'influenza che l'invocata rimodulazione del concetto di famiglia è suscettibile di determinare sulla tenuta dell'istituto matrimoniale e, prima ancora, sull'interpretazione dell'art. 29 Cost⁴. nei suoi rapporti con l'art. 2 Cost.

Che famiglia e matrimonio siano concetti ormai slegati da una relazione di perfetta biunivocità è dato noto, mentre residuano perplessità sulle opzioni appannaggio del legislatore ordinario nella sua volontà di "riempire" quella discrepanza tra realtà sociale e normativa, che ha avuto un'eco sostanziale sino a Strasburgo⁵; una discrepanza, che – sebbene con intensità inferiore –, riecheggia nelle pieghe della motivazione alla sentenza n. 223⁶ dove il ruolo del tempo e il suo rapporto con la norma, prima, e con l'agere legislativo, poi, diviene centrale sino a incidere in qualche misura sulla decisione finale della Corte.

La sentenza che si annota, in cui il Giudice costituzionale si è espresso intorno alla conformità a Costituzione della differenziazione, operata dalla causa di non punibilità di cui

qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2715 e ss., e, più di recente, anche Corte cost. sent. n. 170 del 2014 su cui si vedano le osservazioni di G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consulta Online*, 2014; F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.

³ Nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, è risalente l'apertura del giudice europeo ad una nozione di famiglia più ampia ed elastica di quella coincidente con la c.d. "famiglia tradizionale" fondata sul matrimonio. In questo senso, si richiamano, *Markx c. Belgio*, in cui la Corte europea esclude che la nozione di famiglia di cui all'art. 8 CEDU sia riferibile in via esclusiva alla famiglia legittima; *Elsholz c. Germania* [GC], n. 25735/94, § 43; *Keegan c. Irlanda*, 26.05.1994, § 44; *Johnston e altri c. Irlanda*, 18.12.1986, § 56; X, Y e Z. c. *Regno Unito*, [Grande Camera], n. 21830/93, 22.04.1997, (cfr. § 36). Sul versante, invece, delle unioni tra persone dello stesso sesso, il riconoscimento di un diritto alla vita familiare ex art. 8 CEDU anche per questa categoria di coppie è stato per la prima volta ammesso nel noto caso *Shalk & Kopf c. Austria* [Prima Sezione], n. 30141/04, 24.06.2010], seguito, poi, dalla sentenza della Grande Camera in *Vallianatos e altri c. Grecia*, [Grande Camera], nn. 29381/09 32684/09, 7.11.2013. Per un approfondimento, in dottrina, si vedano JACOBS, WHITE, OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014; I. ROAGNA, *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2012, p. 27 e ss.; D. FELDMAN, *The developing scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, *EHRLR*, 1997 e ss.

⁴ Per un approfondimento, si veda M. BESSONE, *Art. 29*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Roma, 1976, p. 3 e ss.

⁵ Il riferimento è alla sentenza di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *Oliari e altri c. Italia*, – [Quarta Sezione], nn. 18766/11 36030/11, 21 luglio 2015 – in cui il Giudice sovranazionale ha accertato la violazione, da parte dell'Italia, dell'art. 8 della Convenzione, a motivo dell'assenza di una qualsiasi forma di regolamentazione giuridica delle unioni tra persone dello stesso sesso. La motivazione è, invero, particolarmente interessante nella misura in cui la Corte europea sceglie di ancorare l'accertamento della violazione del diritto convenzionale alla discrepanza esistente tra realtà sociale e normativa. Si vedano, sul punto, §§ 161 – 173. Per un commento, si consenta il rinvio a C. NARDOCCI, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, in *Forum Costituzionale*, 2015.

⁶ Corte cost. sent. n. 223 del 2015. A commento, si vedano G. LEO, *Per la Corte costituzionale è anacronistica la disciplina di favore per i reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare*, in *Penale Contemporaneo*, 2015; L. STAFFLER, *Questioni di legittimità costituzionale in malam partem: nuovi limiti al sindacato da parte della Consulta? (A proposito della causa di non punibilità ex art. 649 c.p.)*, in *Archivio penale*, 2015.

all'art. 649 c.p., tra coniuge non legalmente separato e altre figure parentali, come il convivente *more uxorio*, dichiarando la questione inammissibile, si inserisce in questo ampio dibattito, offrendo spunti sotto entrambi i profili più sopra accennati.

Da un primo punto di vista, infatti, la Corte si interroga, risolvendola positivamente, sulla questione dell'esigenza di un adeguamento all'"oggi" del concetto di famiglia giuridicamente inteso; sotto altro versante, ribadisce, però, la propria incompetenza ad addentrarsi, attraverso gli interventi ablativi sollecitati dal giudice *a quo*, in una ridefinizione della cerchia dei soggetti su cui far gravare diritti e doveri sovrapponibili a quelli caratterizzanti il rapporto di coniugio.

Altro profilo di interesse della pronuncia è dato, poi, dalla problematica costruzione dei rapporti tra individuo e formazione sociale di riferimento a fronte di un'opzione legislativa che assegna prevalenza agli interessi facenti capo alla seconda, l'istituto familiare, a discapito dei diritti individuali degli appartenenti.

2. La questione di costituzionalità sollevata: i diritti del singolo *nella* famiglia, ma quale famiglia?

La questione di legittimità costituzionale di cui è stata investita la Corte costituzionale riguardava il comma primo dell'art. 649 c.p., che, in relazione ai delitti commessi contro il patrimonio e con la sola eccezione di quelli posti in essere con violenza alle persone, stabilisce che non è punibile «chi ha commesso alcuno dei fatti preveduti da questo titolo in danno: del coniuge non legalmente separato; di un ascendente o discendente o di un affine in linea retta, ovvero dell'adottante o dell'adottato».

Il Tribunale di Parma⁷, nell'ambito di un processo che vedeva imputato un uomo per truffa aggravata e falsità ideologica in concorso e falsità materiale ai danni della moglie, all'epoca dei fatti convivente e non legalmente separata, ha, infatti, sollevato questione di costituzionalità della norma, ritenendo rilevante e non manifestamente infondato il dubbio di costituzionalità, in relazione agli artt. 3, commi primo e secondo, e 24 Cost.

Ad avviso del rimettente, la *ratio* sottesa alla causa di non punibilità sottoposta al suo scrutinio sarebbe, anzitutto, sprovvista di ragionevolezza – poiché a «turba[re] le relazioni familiari non è la punibilità dei congiunti, bensì la commissione stessa di tali fatti illeciti che, posti in essere tra familiari, ne minano alla base il rapporto di fiducia, tanto che spesso rendono inevitabile la cessazione della convivenza»⁸ –, nonché di coerenza sistematica, se posta in raffronto con l'aggravante comune, che, quasi a voler rispondere ad esigenze di segno opposto, punisce più severamente la condotta di chi abbia commesso il fatto con abuso di relazioni domestiche.

L'irragionevole finalità perseguita dalla norma oggetto si rifletterebbe, poi, sull'ingiustificata diversificazione di trattamento non soltanto dal lato di chi commetta il fatto,

⁷ Tribunale di Parma, ordinanza di rimessione n. 229 del 2014.

⁸ Tribunale di Parma, ordinanza di rimessione n. 229 del 2014.

a seconda della relazione intrattenuta con la vittima, bensì anche, e soprattutto, da quello «dei soggetti terzi che *non* sono legati dai rapporti di parentela previsti dalla disposizione in esame [corsivo nostro]»⁹.

Con una motivazione piuttosto scarna, il giudice *a quo* proseguiva, poi, riscontrando la violazione del diritto di difesa della “vittima”, irrimediabilmente frustrato dalla norma oggetto che escluderebbe a priori la perseguibilità penale dell’autore del fatto, così come la lesione del principio di eguaglianza sostanziale, a motivo del pregiudizio che l’art. 649, comma primo, c.p. arrecherebbe ai congiunti più stretti sussunti dal rimettente, in via pressoché automatica e apodittica, sotto la categoria dei c.d. “soggetti deboli”¹⁰.

Il cuore della motivazione, e della questione, guardava, in verità – per il tramite dell’argomentazione sull’irragionevolezza della norma oggetto – alla relazione, non più di perfetta sovrapposibilità, tra l’ambito applicativo della causa di non punibilità e la nozione di famiglia assunta dal legislatore del codice penale a termine di raffronto. La riferibilità della norma oggetto ai soli congiunti stretti e, in modo particolare, alla moglie non legalmente separata non andrebbe, secondo il giudice rimettente, di pari passo con l’evoluzione del concetto “sociale” di famiglia progressivamente distanziatasi dal suo corrispondente normativo; da qui, la violazione del principio di eguaglianza nella parte in cui la norma differenzia irragionevolmente tra famiglia coniugata e convivenze *more uxorio*.

Il Tribunale di Parma, in definitiva, critica l’impostazione legislativa, anzitutto, sotto il profilo dell’anacronismo che la contraddistingue.

A questo vizio della norma oggetto, il giudice *a quo* ne affianca, però, anche un secondo, che ha a che vedere con la denunciata subordinazione dei diritti dell’individuo, appartenente alla famiglia “tradizionale”, alle esigenze di preservazione della stabilità del nucleo familiare, sotteso alla prima; una compressione dei diritti individuali favorita da una norma che, secondo il rimettente, li rende cedevoli di fronte all’«interesse della tutela indiscriminata dell’unità del gruppo»¹¹.

Senza voler indugiare oltre sul punto, basti qui sottolineare come si tratti di argomento che ritorna nella motivazione della Corte e che costituisce un aspetto eccezionale o comunque almeno controverso rispetto al disegno costituzionale che promana dall’art. 2 Cost. e che sembra stridere con la tesi, avvalorata da autorevole dottrina¹², della tendenziale fun-

⁹ Tribunale di Parma, ordinanza di rimessione n. 229 del 2014.

¹⁰ Secondo il rimettente, infatti, «[o]ltre alla ritenuta violazione dell’art. 3, I comma, si dubita della legittimità costituzionale della disposizione in oggetto anche sotto il profilo dell’art. 3, II comma e dell’art. 24, I comma della Costituzione. Infatti l’art. 649 c.p. costituisce di fatto un ostacolo che limita l’uguaglianza dei cittadini in quanto impedisce ai soggetti deboli, vittime di tali fatti illeciti, di avere giustizia dinanzi al giudice penale al pari degli altri cittadini, vittime dei medesimi illeciti, per i quali non sussistono i vincoli di parentela indicati dalla norma».

¹¹ Tribunale di Parma, ordinanza di rimessione n. 229 del 2014.

¹² Sul tema, si vedano le riflessioni critiche di A. BARBERA, *Invito alla discussione*, e di F. PIZZOLATO, *Formazioni e ... deformazioni sociali*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, p. 137 e ss. Per un approfondimento ulteriore, si veda A. BARBERA, *ART. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali, Artt. 1-12, Zanichelli, Bologna, 1975*, p. 113 e ss., ove l’A. dà conto che «[I]e formazioni sociali vengono riconosciute e garantite a livello costituzionale non come tali ma nella misura in cui consentano e favoriscano il libero sviluppo della persona (anche se non debbono necessariamente dirsi volte a tale scopo) o nella misure in cui garantiscano la tutela di “*interessi diffusi*” rilevanti costituzionalmente»; allo stesso tempo, l’A. insiste sull’esigenza che, accanto

zionalizzazione delle formazioni sociali al benessere dell'individuo, che di queste faccia parte e, con specifico riferimento alla famiglia, con l'esigenza, bilanciabile con altri diritti costituzionalmente rilevanti, di tutelare la compattezza e l'unità dell'istituto della famiglia. Peraltro, è la stessa Corte costituzionale a ricordarcelo quando, censurando le norme del codice civile che non consentivano indagini sulla paternità dei figli incestuosi, il Giudice costituzionale precisava che è dall'art. 2 della Costituzione che, «conformemente a quello che è stato definito il principio personalistico che essa proclama, risulta che il valore delle "formazioni sociali", tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine a esse assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani»¹³.

3. L'inammissibilità della questione tra anacronismo, inerzia e discrezionalità del legislatore

«In sostanza, un assetto di già dubbia opportunità si sarebbe trasformato, oggi, in una situazione di irragionevolezza, poiché l'applicazione dell'art. 649 cod. pen. determinerebbe, senza giustificazione, l'impunità dell'autore dei reati in questione, con conseguente, e altrettanto ingiustificata, disparità di trattamento rispetto ai soggetti terzi, non legati alla persona offesa da rapporti di parentela, in violazione dell'art. 3, primo comma, Cost.»¹⁴.

Così, il Giudice costituzionale sintetizza nella propria motivazione il cuore delle censure mosse dal rimettente nei confronti della norma oggetto, che vengono ancora meglio precisate in un passaggio successivo in cui la Corte parla di «inopportuno trascinarsi nel tempo di discipline maturate in un determinato contesto»¹⁵, lasciando trasparire una certa convergenza di intenti con il giudice *a quo*.

Una simile condivisione delle argomentazioni portate dal giudice rimettente all'attenzione della Corte – almeno sul piano dell'irragionevolezza della riferibilità della causa di esclusione della punibilità nei meandri circoscritti della famiglia fondata sul matrimonio –

ad una tutela "esterna" della formazione sociale da indebite ingerenze del potere pubblico, sia necessaria una «lettura avanzata dell'art. in esame al fine di consentire una tutela del singolo all'interno di formazioni sociali che rischiano di schiacciarlo» e tuttavia, prosegue l'Autore a dimostrazione della complessità del tema in discussione, «se può ribadirsi che l'art. in esame pone un'esigenza di tutela del singolo all'interno delle formazioni sociali non si può operare una trasposizione meccanica al loro interno di tutti i diritti di cui l'individuo gode nell'ordinamento generale»; il che consente, come nell'ipotesi oggetto della questione di costituzionalità dell'art. 649 c.p. una compressione del diritto individuale inserito nel contesto familiare. Per un'analisi delle comunità intermedie, alle quali si ascrive la famiglia, si rinvia, più diffusamente, a P. RESCIGNO, *Persona e Comunità*, Il Mulino, Bologna, 1966; G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1977; C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, ERI, Torino, 1961, p. 81 e ss., che si dilunga, anzitutto, sulle ragioni che guardano con favore, nel contesto di un ordinamento costituzionale pluralista, all'emersione di comunità intermedie nella misura in cui queste ultime «assicurano meglio la libertà dell'individuo, accrescendone la possibilità di azione, poi perché gli consentono di partecipare più consapevolmente alla vita dello Stato in virtù dell'esperienza che l'individuo acquista in queste società che rappresentano e difendono i vari interessi sociali, nei quali interviene poi lo Stato»; sulle funzioni di questi gruppi, definiti come «gli scalini che, per gradi successivi, fanno ascendere a visuali sempre più ampie, fino ad arrivare allo Stato [purché, però,] organizzati nel loro interno in modo da consentire ad ogni membro di dare tutto l'apporto di cui è capace, di uscire dall'anonimato e di assumere un proprio volto».

¹³ Corte cost. sent. n. 494 del 2002, punto n. 6.1. del *Cons. in Dir.*

¹⁴ Corte cost. sent. n. 223 del 2015, punto n. 3 del *Cons. in Dir.*

¹⁵ Corte cost. sent. n. 223 del 2015, punto n. 5.1. del *Cons. in Dir.*

non ha, però, condotto all'accoglimento della questione di costituzionalità prospettata alla Corte, che si è, viceversa, espressa per l'inammissibilità della medesima, sebbene avvalendosi di una chiara differenziazione delle ragioni sottostanti a tale esito in relazione a ciascuno dei profili considerati.

Procediamo con ordine.

Evidente, ad avviso della Corte, è l'inammissibilità della questione con riferimento agli artt. 3, comma secondo, e 24 Cost.¹⁶; troppo generica e carente la motivazione e tale da rendere, in accordo con la giurisprudenza costituzionale costante, la stessa ordinanza affetta da un vizio insuperabile in sede di scrutinio di costituzionalità in accordo con il principio della c.d. completezza e autosufficienza dell'atto introduttivo del giudizio di costituzionalità in via incidentale.

Non osta, viceversa, all'esame della questione il supposto limite degli effetti in *malam partem*¹⁷ prodotti dell'eventuale accoglimento della questione di costituzionalità, lamentato dall'Avvocatura dello Stato.

¹⁶ Così, riporta testualmente la sentenza: "È palese, in proposito, il carattere generico ed apodittico della prospettazione del rimettente, che non consente di comprendere, da un lato, in che senso i familiari vittime del reato siano necessariamente da considerare «soggetti deboli» e, dall'altro, perché mai la compressione della tutela penale debba tradursi nella generalizzata eliminazione, in capo alle persone offese, di qualunque altra possibilità di usufruire della tutela giurisdizionale, in asserita violazione del diritto di difesa. Il rimettente, a tale ultimo proposito, non ha neppure indicato se ritenga (in contrasto, tra l'altro, con la costante giurisprudenza di questa Corte: ex multis, da ultimo, sentenza n. 23 del 2015) che il diritto di azione debba essere sempre garantito in sede penale o se piuttosto ritenga preclusa, per la persona offesa dal reato, finanche la tutela civile del diritto patrimoniale violato dal comportamento del congiunto", cfr. punto n. 4.2. del *Cons. in Dir.*

¹⁷ Sulla rilevanza di questioni di costituzionalità aventi ad oggetto c.d. norme penali di favore, nella giurisprudenza costituzionale, si veda, anzitutto, Corte cost. sent. n. 148 del 1983, in *Giur. cost.*, 1983, p. 846 e ss., seguita da ulteriori pronunce, tra cui, le sentenze n. 167 e 194 del 1993, in *Giur. cost.*, 1993, rispettivamente, p. 1220 e ss., p. 1320 e ss.; Corte cost. sent. n. 826 del 1988, in *Giur. cost.*, 1988, p. 3893 e ss.; Corte cost. n. 124 del 1990, in *Giur. cost.*, 1990, p. 701 e ss.; Corte cost. sent. n. 25 del 1994, in *Giur. cost.*, 1994, p. 177 e ss., con nota di L. MAZZA, *L'indebita captazione di erogazioni a carico del FEOGA tra specialità e sussidiarietà*, *ivi*, p. 188 e ss.; Corte cost. sent. n. 161 del 2004, in *Giur. cost.*, 2004, p. 1665 e ss., con nota redazionale di G. D'ALESSANDRO. Particolarmente rilevante in questa prospettiva, è quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 394 del 2006 (in *Giur. cost.*, 2006, p. 4127 e ss., in cui, riprendendo ampiamente la decisione n. 148 del 1983, il Giudice costituzionale era stato chiamato ad esprimersi sulla costituzionalità alcune norme del Testo unico delle leggi per la composizione e la elezione degli organi delle Amministrazioni comunali in relazione alle modifiche introdotte dal legislatore nel regime sanzionatorio dei delitti di falsità in autenticazioni delle sottoscrizioni di liste di elettori o di candidati, ha affermato che: «il principio di legalità non preclude lo scrutinio di costituzionalità, anche *in malam partem*, delle c.d. norme penali di favore: ossia delle norme che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni. Di tale orientamento [...] Corte ha fatto ripetute applicazioni [...], anche in rapporto a questioni di costituzionalità omologhe a quelle oggi in esame, dirette a conseguire una modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di determinate figure di reato [...]. Esso si connette all'ineludibile esigenza di evitare la creazione di "zone franche" dell'ordinamento [...], sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali il legislatore potrebbe di fatto operare svincolato da ogni regola, stante l'assenza d'uno strumento che permetta alla Corte di riaffermare il primato della Costituzione sulla legislazione ordinaria. Qualora alla preclusione dello scrutinio di costituzionalità *in malam partem* fosse attribuito carattere assoluto, si determinerebbe, in effetti, una situazione palesemente incongrua: venendosi a riconoscere, in sostanza, che il legislatore è tenuto a rispettare i precetti costituzionali se effettua scelte di aggravamento del trattamento penale, mentre può violarli senza conseguenze, quando dalle sue opzioni derivi un trattamento più favorevole. In accordo con l'esigenza ora evidenziata, va osservato che il principio di legalità impedisce certamente alla Corte di configurare nuove norme penali; ma non le preclude decisioni ablative di norme che sottraggano determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo [...]; e ciò a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico tramite il quale tale trattamento si realizza», cfr. punto n. 6.1. del

Sul punto, su cui tuttavia non s'incentrano le riflessioni che seguiranno, la Corte costituzionale costruisce una motivazione netta, che elimina in radice ogni dubbio sulla presunta intangibilità della norma oggetto sotto il profilo della sua validità.

Il Giudice costituzionale, infatti, richiamando la giurisprudenza costituzionale ormai pacifica nell'assoggettare a scrutinio anche le norme penali di favore allo scopo di eludere la delineazione di "zone franche" nel giudizio di costituzionalità sulle leggi, ribadisce, da un lato, la sussistenza del requisito della rilevanza «poiché l'eventuale accoglimento [...] inciderebbe, comunque, sulle formule di proscioglimento o sui dispositivi delle sentenze penali»¹⁸; dall'altro, perché, similmente, non si verserebbe in un'ipotesi di violazione della riserva di legge in materia penale, scolpita a norma dell'art. 25, comma 2 Cost., trattandosi, viceversa, di intervento, quello sollecitato dal giudice *a quo*, che andrebbe a favorire la ri-espansione di fattispecie di reato già a suo tempo tipizzate dal legislatore e non, all'opposto, a crearne di nuove, questo sì, in palese violazione del dettato costituzionale¹⁹. In altre parole, una cosa è intervenire su una norma penale in sede di scrutinio di costituzionalità, ampliandone l'ambito applicativo sì da renderla operativa nei confronti di tutti, ossia eliminandone deroghe ecce-

Cons. in Dir., a commento, tra gli altri, G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le «zone franche»*, *ivi*, p. 4160 e ss.; G. DE MARTINO, *Brevi osservazioni in tema di norme penali di favore e reati strumentali*, *ivi*, p. 4170 e ss.; C. Pecorella, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 343 e ss. Nella giurisprudenza costituzionale più di recente, si vedano le sentenze n. 273 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3349 e ss.; n. 324 del 2008, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3459 e ss., con nota di D. MICHELETTI, *L'incensurabilità delle «riforme penali di favore»: un limite tecnico o di moderazione politica?*; Corte cost. sent. n. 57 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, p. 417 e ss., a commento M. SCOLETTA, *L'irragionevole insindacabilità dell'arbitrio punitivo*, *ivi*, p. 428 e ss.; Corte cost. sent. nn. 5, 32 e 46 del 2014, in *Giur. cost.*, 2014, rispettivamente, p. 92 e ss., p. 485 e ss., p. 1134 e ss. Nell'ambito della dottrina costituzionalistica in tema di riserva di legge in materia penale e di sindacato di costituzionalità su norme penali, si vedano M. D'AMICO, *Sulla "costituzionalità" delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, 1990, *Un seminario sulla Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1990, p. 2 e ss. e della stessa A., tra gli altri, anche, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Diritto costituzionale*, 2000, p. 3 e ss.; *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 315 e ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2010, p. 102 e ss.

¹⁸ Corte cost. sent. n. 223 del 2015, punto n. 4.3. del *Cons. in Dir.*

¹⁹ Così, la Corte rileva che: «[...] la riserva al legislatore delle scelte di criminalizzazione non viene incisa, perché l'effetto in *malam partem* derivante dall'eventuale accoglimento della questione non dipende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti ad opera della Corte costituzionale, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali: tale effetto dipende, piuttosto, dall'automatica espansione delle norme comuni, dettate dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una (in tesi) incostituzionale disciplina derogatoria», punto n. 4.3. del *Cons. in Dir.* Di segno opposto sono le considerazioni critiche proposte da una parte della dottrina penalistica – il riferimento è a L. STAFFLER, *Questioni di legittimità costituzionale in malam partem: nuovi limiti al sindacato da parte della Consulta?*, cit. –, che sul tema ha precisato che «[l]a dichiarazione di illegittimità costituzionale di un regime legislativo che incida, in qualsiasi modo, sulla sostanza strutturale del reato, ossia sul fatto tipico, sull'antigiuridicità, sulla colpevolezza ovvero, come nella specie, sulla punibilità, e di conseguenza crei degli effetti in concreto sul perimetro della responsabilità penale, è sempre da considerarsi una modificazione sostanziale, seppur automatica, della legge penale ed esprime, in tal modo, una scelta di politica criminale ad opera della giurisprudenza. Di conseguenza – secondo l'Autore – una tale estensiva interpretazione del sindacato costituzionale sulla legge penale con effetti in *malam partem* è palesemente in contrasto con il principio di stretta riserva della legge». Inoltre, sempre secondo l'Autore, le conseguenze dell'eventuale accoglimento avrebbero sì prodotto effetti in *malam partem* nei confronti dell'imputato nel giudizio principale violando il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, anch'esso sancito nell'art. 25, comma 2, Cost., oltre che più compiutamente nell'art. 2 c.p.

zionali; altro è sostituirsi al legislatore nella selezione delle condotte meritevoli di sanzione penale e nella loro corrispondente trasposizione normativa.

Ne deriva, pertanto, prosegue la Corte, che «l'eventuale accoglimento della questione di costituzionalità determinerebbe l'applicazione, a carico del soggetto che agisca in danno di prossimi congiunti, delle comuni norme che puniscono i delitti contro il patrimonio»²⁰, senza andare a incidere la competenza del Parlamento in siffatta materia.

Complesso e approfondito è, poi, l'*iter* argomentativo che sorregge la decisione di inammissibilità rispetto all'art. 3, comma primo, Cost.

Non si tratta, in questo caso, di ragioni di natura processuale, né di eventuali delimitazioni dei poteri ablativi della Corte costituzionale.

Piuttosto, similmente ad altre questioni che sono giunte dinanzi alla Corte e che dividevano con quella in oggetto l'aggiornamento, o, forse, sarebbe meglio dire, l'adeguamento dell'apparato normativo all'evoluzione della società contemporanea secondo una visione elastica dei principi costituzionali agiti a fare da specchio delle nuove esigenze o "emergenze" sociali, il Giudice costituzionale si è arrestato di fronte al limite della discrezionalità politica di decisioni che investono scelte non costituzionalmente obbligate²¹.

Ciò che, però, qui interessa maggiormente sono gli spunti offerti dalla decisione sotto il profilo della carente attualità della norma rispetto ai tempi odierni e, dunque, dell'anacronismo, ossia dell'inopportunità sociale²², che contraddistingue la norma di cui all'art. 649 c.p.

Il legame tra la norma oggetto e la nozione di famiglia, così come prefigurata ai tempi dell'ideazione della prima, ossia imperniata su un modello rigido e gerarchico dei rapporti familiari incardinati sul vincolo di coniugio²³, lascia, infatti, spazio nella decisione ad alcune

²⁰ Corte cost. sent. n. 223 del 2015, punto n. 4.3. del *Cons. in Dir.*

²¹ Esempi in questo senso, sono offerti dalle già citate sentenze n. 138 del 2010, in tema di matrimonio omosessuale, e n. 170 del 2014, in materia di transessualismo, ma anche dalla sentenza n. 61 del 2006 in merito alla regola della trasmissione del cognome, anche materno, al figlio. In tutti questi casi, e come bene testimonia quel passaggio ormai noto della relazione annuale del Presidente Gallo sulla giurisprudenza costituzionale del 2012, in cui veniva dato conto delle profonde difficoltà di dialogo tra Corte costituzionale e legislatore, specie in quei settori, il più delle volte riguardanti la tutela di diritti fondamentali, in cui il legislatore non interviene laddove la Corte non potrebbe.

²² Sul fenomeno dell'anacronismo legislativo e sui suoi effetti sul sindacato di costituzionalità delle leggi, si rinvia, in dottrina, a E. SPAGNA MUSSO, *Norma anacronistica e norma costituzionalmente illegittima*, in *Il foro it.*, 1973, p. 2713 e ss., che definisce anacronistica una norma «non per la mera datazione cronologica, da sola non determinante, bensì per la sfasatura, la mancata armonia sul piano temporale e quindi il contrasto che presenta nei confronti delle strutture sociali connesse alla sua regolamentazione, contrasto, del resto, esistente anche nei confronti dei modelli culturali che devono agevolare quella che i sociologi chiamano la interiorizzazione sociale della norma, ossia l'accettazione spontanea e consapevole da parte dei consociati. In questo significato – prosegue l'A. – può non essere anacronistica la norma la cui emanazione sia lontana nel tempo ed essere anacronistica, invece, la norma posta in maniera sostanzialmente contemporanea al sorgere del rapporto sociale oggetto di regolazione. Analogamente, non si può considerare anacronistica neppure la norma che abbia una formulazione letterale antiquata se consenta, e nella misura in cui consenta, una interpretazione storico-evolutiva», cit. pp. 2713-2714; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001; M. D'AMBROSIO, *L'anacronismo legislativo nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV. *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, p. 309 e ss.; V. Frosini, *Temporalità e norma*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 431 e ss.

²³ Per un approfondimento in dottrina sull'evoluzione del concetto di famiglia, dal dibattito in Assemblea Costituente sull'art. 29 Cost. sino alla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea

riflessioni, anzitutto, sul “tempo” della norma, sulla sua capacità di riflettere la realtà delle famiglie, anche quelle c.d. “nuove”, fatte di convivenze non regolamentate dal diritto, e, dunque, sulla ragionevolezza di una disposizione che individua nella conservazione della stabilità familiare, ma della sola famiglia fondata sul matrimonio, a cui sacrificare certi diritti individuali, la propria ragione giustificatrice.

Forse, suggerisce la Corte, l’evoluzione dei rapporti endo-familiari, il rispetto del principio di eguaglianza tra marito e moglie e, più in generale, l’evoluzione del contesto sociale dovrebbe spronare un aggiornamento della disciplina che si dimostra irragionevolmente anacronistica, ma su cui, tuttavia, non spetta alla Corte costituzionale intervenire, trattandosi di profilo che «ha essenzialmente rilievo sul piano della politica legislativa»²⁴. E, infatti, si precisa nella motivazione, «nemmeno la constatazione di effetti manifestamente non ragionevoli sul piano dell’uguaglianza tra cittadini innanzi alla legge penale è sufficiente al fine di consentire alla questione sollevata di superare il vaglio di ammissibilità. Sono infatti prospettabili una molteplicità di alternative, costituzionalmente compatibili, idonee ad evitare che prevalga sempre e comunque, per determinate figure parentali, la soluzione dell’impunità, anche contro la volontà della vittima ed anche quando non vi sia, nel concreto, alcuna coesione da difendere per il nucleo familiare»²⁵.

Vi è, dunque, un intreccio nella decisione della Corte tra il tema dell’aggiornamento di norme che, specie se penali, esprimono scelte di valore dell’ordinamento nei confronti dei consociati, che richiedono un adeguamento ai tempi soprattutto quando investono un settore, quello dei rapporti familiari, sempre più messo in discussione dal punto di vista dei suoi caratteri essenziali; e la relazione tra una Corte, legislatore negativo, che, ancora una volta, non può spingersi oltre e richiama il Parlamento ad un solerte intervento di revisione della disciplina.

In verità, questo incedere sul mutamento del concetto di famiglia, che la pronuncia enfatizza più sotto il versante dei rapporti endo-familiari²⁶ – per ovvie ragioni di attinenza al *thema decidendum* – che su quello del rapporto all’“esterno” con unioni familiari di tipo diverso, si staglia sullo sfondo della pronuncia.

La Corte non manca, infatti, di ricordare un precedente in cui era stata chiamata ad esprimersi sulla costituzionalità dell’esclusione, tra i soggetti beneficiari della norma penale di favore *ex art. 649 c.p.*, del convivente *more uxorio*.

dei diritti dell’uomo, si rinvia a M. D’AMICO, *Famiglia e “famiglie” fra principi costituzionali italiani ed europei*, *Genius*, 2015; della stessa autrice, si veda, anche, *I diritti contesi*, FrancoAngeli, Milano, 2016.

²⁴ Così, E. SPAGNA MUSSO, *Norma anacronistica e norma costituzionalmente illegittima*, cit., p. 2714 che prosegue, osservando che è soltanto per mezzo dell’intervento dell’organo titolare della funzione legislativa che si garantisce una «razionalizz[azione di] un ordinamento giuridico mediante l’adeguamento alla realtà storico-sociale e di dare in tal modo ad esso un maggiore grado di effettività».

²⁵ Corte cost. sent. n. 223 del 2015, punto n. 5.2. del *Cons. in Dir.*

²⁶ Non a caso, la Corte richiama la decisione forse più rappresentativa dal punto di vista dell’attuazione del principio costituzionale di parità tra marito e moglie, ossia l’accoglimento della questione di legittimità costituzionale che aveva ad oggetto l’art. 559 c.p. che puniva il solo adulterio femminile, (Corte cost. sent. n. 126 del 1968, in *Giur. cost.*, p. e ss.), in cui la Corte costituzionale si dilunga sulle ragioni che militano a sostegno del sacrificio dell’interesse, pure meritevole di tutela costituzionale, della preservazione dell’unità familiare di fronte alla lesione del diritto individuale di eguaglianza tra marito e moglie.

Si tratta della sentenza n. 352 del 2000, in cui il Giudice costituzionale, allontanandosi dall'opzione avallata in relazione all'art. 199 c.p.p. in tema di diritto di astensione dalla testimonianza nell'ambito del processo penale, dichiarava non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dell'art. 649 cod. pen., nella parte in cui non stabiliva la non punibilità dei fatti commessi anche in danno del convivente *more uxorio* a motivo della non assimilabilità tra famiglia tradizionale e convivenze "di fatto"²⁷.

In quella decisione, peraltro, la Corte rinforzava ulteriormente la demarcazione tra famiglia fondata sul matrimonio e convivenza *more uxorio*, osservando che, solo in relazione alla prima, può ammettersi quel sacrificio dei diritti individuali dei componenti la prima sotteso alla *ratio* della causa di non punibilità. Il Giudice costituzionale rilevava, infatti, che è nell'esclusivo ambito della famiglia "tradizionale" che vengono in considerazione «non soltanto esigenze di tutela delle relazioni affettive individuali, ma anche quella della protezione dell'istituzione familiare», basata sulla stabilità dei rapporti [...], di fronte alla quale soltanto si giustifica l'affievolimento della tutela del singolo componente»²⁸.

E, nello stesso senso, sebbene su questione di costituzionalità avente ad oggetto altra causa di esclusione della punibilità, il Giudice costituzionale aveva già enfatizzato la ragionevolezza di una compressione dei diritti individuali di fronte ad esigenze di protezione della famiglia legittima, ma non di quella "di fatto"²⁹.

Con riguardo alla prima, la Corte, infatti, chiariva che «non esiste soltanto un'esigenza di tutela delle relazioni affettive individuali e dei rapporti di solidarietà personali.

²⁷ Corte cost. sent. n. 352 del 2000, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2667 e ss., in cui al punto n. 2 del *Cons. in Dir.* si legge che «non può ritenersi dunque irragionevole ed arbitrario che — particolarmente nella disciplina di cause di non punibilità, quale quella in esame, basate sul "bilanciamento" tra contrapposti interessi (quello alla repressione degli illeciti penali e quello del valore dell'unità della famiglia, che potrebbe essere pregiudicato dalla repressione) — il legislatore adotti soluzioni diversificate per la famiglia fondata sul matrimonio, contemplata nell'art. 29 della Costituzione, e per la convivenza *more uxorio*: venendo in rilievo, con riferimento alla prima, a differenza che rispetto alla seconda, non soltanto esigenze di tutela delle relazioni affettive individuali, ma anche quella della protezione dell'istituzione familiare», basata sulla stabilità dei rapporti (sentenza n. 8 del 1996), di fronte alla quale soltanto si giustifica l'affievolimento della tutela del singolo componente, ravvisata da alcuni nell'art. 649 c.p.. Di qui l'impossibilità di qualificare come illogica e "discriminatoria" la mancata estensione del medesimo regime ad una situazione di fatto quale la convivenza *more uxorio*. Di analoga questione, la Corte era stata chiamata a pronunciarsi anche in precedenza, con la decisione n. 423 del 1988 (in *Giur. cost.*, 1988, p. 1941 e ss., con nota di G. Marini, "Famiglia di fatto" e disciplina dettata con l'art. 649 c.p., *ivi*, p. 1944 e ss.), in cui l'infondatezza del dubbio di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 649, comma primo, c.p., nella parte in cui la norma ometteva di equiparare al coniuge il convivente *more uxorio*, era stata motivata in considerazione, ancora una volta, della eterogeneità dei due rapporti posti a reciproco confronto. E, invero, osservava la Corte, «[l]a non punibilità, prevista dalla norma impugnata, si fonda sulla presunzione che, ove i coniugi non siano legalmente separati, sussista una comunanza di interessi che assorbe il fatto delittuoso. Tant'è che nella ipotesi di separazione legale la punibilità ricorre, sia pure a querela della persona offesa. Siffatto regime palesa che il legislatore rimette alla volontà del coniuge legalmente separato l'applicazione della legge penale, laddove esclude che questa possa intervenire in costanza della convivenza coniugale. Fattispecie tutt'affatto diversa è quella della convivenza *more uxorio*, per sua natura fondata sulla affectio quotidiana liberamente e in ogni istante revocabile - di ciascuna delle parti». Concludeva, pertanto, la Corte rigettando la questione sollevata rispetto agli artt. 2 e 3 Cost.

²⁸ Corte cost. sent. n. 352 del 2000, punto n. 2 del *Cons. in Dir.*

²⁹ Il riferimento è a Corte cost. sent. n. 8 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, p. 81 e ss., con note di A. MANNA, *L'art. 394 c.p. e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniego di giustizia" da parte della Corte costituzionale?*, *ivi*, p. 90 e ss.; M. ZANOTTI, *Una questione di costituzionalità mal posta: la facoltà di astensione dal dovere testimoniale del convivente di fatto e l'art. 29 Cost.*, *ivi*, p. 98 e ss.

A questa esigenza, può sommarsi quella di tutela dell'istituzione familiare come tale, di cui elemento essenziale e caratterizzante è la stabilità, un bene che i coniugi ricercano attraverso il matrimonio, mentre i conviventi affidano al solo loro impegno bilaterale quotidiano»³⁰. In definitiva, concludeva la Corte, «[p]osto che la posizione del convivente meriti riconoscimento, essa non necessariamente deve dunque coincidere con quella del coniuge dal punto di vista della protezione dei vincoli affettivi e solidaristici. Ciò legittima, nel settore dell'ordinamento penale [...], soluzioni legislative differenziate»³¹.

Ancorché non investita di analoga questione, la pronuncia n. 223 affronta, seppure sommessamente, anche il tema dell'opportunità di un'estensione della norma oggetto ad altri soggetti legati da vincoli affettivi, non ostacolando – come, invece, traspare dalla giurisprudenza costituzionale più sopra richiamata – un superamento della differenziazione tra coniuge e convivente.

In questo senso, l'inammissibilità per l'elevato numero di soluzioni nella disponibilità del legislatore ordinario non riguarda, e su questo punto è particolarmente esplicita la Corte, soltanto «la selezione dei delitti che ancora giustificerebbero un trattamento di favore»³², ma anche, e più fundamentalmente per quanto qui interessa, «[l]e figure parentali da includere nella speciale disciplina»³³.

La Corte, insomma, accoglie l'argomento del giudice rimettente quanto alla natura anacronistica della norma e lo fa distanziandosi a livello argomentativo da quei precedenti in cui, viceversa, la giurisprudenza costituzionale aveva manifestato il proprio benessere nei riguardi dell'impianto penal-codicistico vigente.

In questo stesso solco, s'inserisce, poi, in linea con la giurisprudenza costituzionale più recente in tema di famiglia, un accorato monito alle Camere, affinché si preoccupino del rinnovamento della disciplina e delle sue svariate implicazioni nei più diversi rami dell'ordinamento costituzionale.

Ancora una volta, quindi, un accento che ricade sui tempi o, per meglio dire, sull'inerzia di un legislatore nazionale – di cui la Corte invoca il «ponderato intervento»³⁴ – che, ancora oggi, stenta ad addentrarsi nell'intricato sentiero della rivisitazione della regolamentazione dei rapporti familiari nella loro dimensione storica, nonché socio-culturale; una rivisitazione, che rifletta quella «trasformazione della coscienza e dei costumi sociali, a cui la giurisprudenza d[ella] Corte non è indifferente»³⁵, ma, che, oltre un certo limite e come bene testimonia la pronuncia in commento, non può trovare nel Giudice costituzionale il proprio diretto interlocutore.

³⁰ *Ibidem*, punto n. 3 del *Cons. in Dir.*

³¹ *Ibidem*, punto n. 3 del *Cons. in Dir.*

³² Corte cost. sent. n. 223 del 2015, punto n. 5.2. del *Cons. in Dir.*

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Corte cost. sent. n. 8 del 1996, punto n. 2 del *Cons. in Dir.*

4. La (ancora una volta) non equiparabilità, per via giurisprudenziale, tra rapporto di coniugio e convivenza *more uxorio*

Uno dei profili evocati in apertura, su cui incidentalmente ritorna la sentenza in commento, riguarda l'interpretazione dell'art. 29 Cost., quale principio a presidio dell'istituzione familiare nella sistematizzazione costituzionale.

Nonostante la ritenuta opportunità di un intervento legislativo di riforma nel settore considerato – che guardi, come detto, anche all'eventuale ampliamento delle figure parentali nei cui confronti fare operare la causa di non punibilità di cui all'art. 649 c.p. –, il Giudice costituzionale ribadisce la centralità che dovrebbe comunque assicurarsi alla famiglia, quella disegnata dall'art. 29 Cost., senza alcun riferimento espresso ad altre forme "familiari" riconducibili, invece, sulla scorta di quanto affermato nella nota decisione n. 138 del 2010, all'art. 2 Cost.

La Corte parla, in proposito, di «indispensabile aggiornamento della disciplina dei reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare, che realizzi, pur nella perdurante valorizzazione dell'istituzione familiare e della relativa norma costituzionale di presidio (art. 29 Cost.), un nuovo bilanciamento, in questo settore, tra diritti dei singoli ed esigenze di tutela del nucleo familiare»³⁶.

La Corte, insomma, da un lato, e ancorché non richieda di alcun intervento di tipo manipolativo sulla norma oggetto, non ha ommesso di rimarcare una lettura del dettato costituzionale, che conosca e valorizzi quale norma a presidio dell'istituzione familiare l'art. 29 Cost., lasciando sullo sfondo lo "spazio" che altre forme familiari occupano o potrebbero occupare nell'impianto costituzionale; dall'altro, in accordo con la *ratio* della norma oggetto, ha riportato l'attenzione sul delicato equilibrio, che spetta al legislatore tracciare, tra tutela del gruppo, la famiglia, ed esigenze di protezione individuale.

Nel fare questo, il Giudice costituzionale non si allontana dalla giurisprudenza costituzionale maggioritaria, che non ha mai, sinora, smentito il principio del c.d. "doppio binario", della eterogeneità e, dunque, della non equiparabilità, tanto meno per via giurisprudenziale, tra famiglia "tradizionale" e unioni familiari "altre", siano esse eterosessuali ovvero omosessuali³⁷, fatte salve «ipotesi particolari, [in cui] sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo [...] che [l]a Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza»³⁸.

³⁶ Corte cost. sent. n. 223 del 2015, punto n. 5.2. del *Cons. in Dir.*

³⁷ Sul punto, la giurisprudenza costituzionale si esprime sinora in questo senso. A voler guardare alle pronunce più risalenti, si richiamano Corte cost. sent. n. 237 del 1986, in *Giur. cost.*, 1986, p. 2056 e ss., in cui la Corte si è espressa intorno alla conformità a Costituzione dell'esclusione del convivente *more uxorio* dall'elencazione dei prossimi congiunti che avrebbero potuto beneficiare delle cause di esclusione della punibilità previste ai sensi degli artt. 307, comma quarto, e 384 c.p. La Corte, nel dichiarare l'infondatezza della questione in relazione all'art. 29 Cost., parla, infatti, di «inapprezzabilità del rapporto di fatto poiché privo esso delle caratteristiche di certezza e di stabilità, proprie della famiglia legittima, osservandosi - tra l'altro - che la coabitazione può venire a cessare unilateralmente e in qualsivoglia momento» (punto n. 1. del *Cons. in Dir.*), così come anche dell'estraneità rispetto al contenuto delle garanzie offerte dall'art. 29 Cost. «ogni altro aggregato pur socialmente apprezzabile, divergente tuttavia dal modello che si radica nel rapporto coniugale. Numerose sono state, poi, le pronunce in cui questo orientamento è stato ribadito» (punto n. 1. del *Cons. in Dir.*). *Ex multis*, si vedano Corte cost. sent. n. 6 del 1977 (in *Giur. cost.*, 1977, p. 29 e ss.), in relazione alla dedotta incompatibilità con l'art. 3

Ed, anzi, la decisione n. 223 sembra avvalorare ulteriormente questa linea interpretativa, nel suggerire al legislatore un intervento riformatore che, però, continui a esaltare la «perdurante»³⁹ centralità della famiglia c.d. “tradizionale”. In questo senso, ancora una volta, si riscontra nella decisione una continuità con la giurisprudenza costituzionale pregressa che non hai mancato di ribadire – e questo ben prima della decisione n. 138/2010 in tema di diritto al matrimonio delle coppie composte da persone dello stesso sesso – che la presenza di interessi facenti capo a unioni familiari non coniugate «non dovrebbe rimanere senza una tutela per le dette situazioni»⁴⁰, rilevando piuttosto l’«opportunità di una valutazione legislativa degli interessi dedotti, carenti, allo stato, di tutela positiva»⁴¹.

In definitiva, la pronuncia in commento oscilla tra la necessità di un aggiornamento della disciplina, nella piena consapevolezza dell’esigenza, di indubbia rilevanza costituzionale, che le evoluzioni dei costumi e della società trovino un proprio armonico componimento nel mondo del diritto, e un atteggiamento, viceversa, più restio nei confronti dell’accoglimento di un’accezione di famiglia non più così rigidamente imperniata sull’art. 29 Cost.

Non spinge verso una lettura di segno contrario l’apertura all’ampliamento dell’ambito applicativo della norma oggetto della questione di costituzionalità ad altre figure, latamente inquadrabili nella nozione di “parente”, – entro cui potrebbe eventualmente sussumersi anche il convivente di coppia etero ovvero omosessuale – poiché il monito rivolto al legislatore appare chiaro nell’indicare, quale criterio cui informare l’auspicato intervento normativo, quello della differenziazione tra la famiglia ex art. 29 Cost. e le “altre”.

Cost. dell’esclusione dei conviventi “di fatto” dalle previsioni di cui all’art. 307, ult. c., c.p. e 350 c.p.p., in cui il Giudice costituzionale chiarisce e giustifica l’esclusione dal beneficio dell’astensione in sede di rilascio di pubblica testimonianza nell’ambito del processo penale del convivente a motivo dell’impossibilità di equiparare le due situazioni erroneamente poste a raffronto dai remittenti, la coppia coniugata e la coppia “di fatto”; Corte cost. sent. n. 127 del 1997, in tema di integrazione della pensione al trattamento minimo prevista per i soli coniugi, in cui la Corte giustifica la dedotta disparità di trattamento rilevando che «la mancanza o il diverso atteggiarsi dell’obbligo giuridico di assistenza diversifica le altre situazioni considerate dal giudice rimettente dalla condizione della famiglia legittima e non ne consente il raffronto, giacché solo il rapporto coniugale è caratterizzato da stabilità e certezza e dalla reciprocità e corrispettività di diritti e doveri che nascono dal matrimonio», punto n. 6 del *Cons. in Dir.* Addirittura, nell’ordinanza n. 449 del 2000, il Giudice costituzionale giunge sino ad affermare che «tutta la giurisprudenza costituzionale in materia ed è basata sull’ovvia constatazione che la prima è un rapporto di fatto, privo dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività dei diritti e dei doveri che nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della seconda», in *Giur. cost.*, 2000, p. 3785 e ss. Per un approfondimento sulla giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra coppia coniugata e coppia convivente, si vedano M. D’AMICO *Famiglia e “famiglie” fra principi costituzionali italiani ed europei*, cit., F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale, Relazione al Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, Catania 7-8 giugno 2013, La famiglia davanti ai suoi giudici* (paper). Per un’analisi del tema nell’ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e della Corte Suprema USA, si consenta il rinvio a M. D’AMICO, C. NARDOCCI, M. WINKLER (a cura di), *Orientamento sessuale e diritti civili. Un confronto con gli Stati Uniti d’America*, FrancoAngeli, Milano, 2014.

³⁸ Corte cost. sent. n. 138 del 2010, punto n. 8 del *Cons. in Dir.*

³⁹ Corte cost. sent. n. 223 del 2015, punto n. 5.2. del *Cons. in Dir.*

⁴⁰ Corte cost. sent. n. 6 del 1977, punto n. 5 del *Cons. in Dir.*

⁴¹ Corte cost. sent. n. 237 del 1986, punto n. 1 del *Cons. in Dir.*

5. Considerazioni conclusive ai tempi dell'”attesa”

Superfluo forse osservare, con la proposta di legge in tema di unioni civili approvata in Senato (c.d. d.d.l. Cirinnà)⁴², che la questione di costituzionalità oggetto della sentenza in commento rifletta una fase di transizione in cui l'ordinamento giuridico nazionale sta faticosamente tentando di assestarsi tra opzioni normative che non scardinino l'impianto costituzionale e decisioni giurisprudenziali, non solo domestiche, sempre più incisive e finanche di condanna della situazione nazionale corrente.

La decisione n. 223, in questo senso, è testimone del suo tempo: sottolinea la scarsa attualità della norma oggetto della questione di fronte ad un concetto di famiglia che, prima ancora che a motivo delle sue ormai multiformi manifestazioni e trasformazioni all'esterno, è mutato anzitutto al proprio interno, nei rapporti tra marito e moglie, tra padre e figlia. E così giustamente la Corte, riprendendo la decisione n. 494 del 2002, ribadisce che «la Costituzione non giustifica una concezione di famiglia nemica delle persone e dei loro diritti»⁴³.

Ma il punto, di nuovo, è di quale famiglia?

La Corte tace su questo aspetto per ovvi motivi di attinenza all'oggetto della questione e per altrettanto evidenti ragioni istituzionali, e, tuttavia, l'interrogativo rimane. L'avvenuta approvazione, in un ramo del Parlamento, del d.d.l. Cirinnà, che non postula un'equiparazione perfetta tra famiglia convivente e coniugata, insieme all'accento posto dalla decisione sull'aggancio costituzionale dell'art. 649 c.p. all'art. 29 Cost., potrà, forse, sollecitare future questioni, anzitutto davanti ai giudici comuni, circa la presunta disparità di trattamento sofferta dai componenti la coppia convivente, titolare di un diritto alla vita familiare protetto dall'art. 2 Cost., ma non dall'art. 29 Cost.

Si tratta, forse, dell'unico profilo oscuro di una pronuncia che – assegnando importanza ad una questione costruita in modo discutibile – ha il grande pregio di farsi portavoce di quella tensione ormai irriducibile tra tempi della società e tempi del diritto o, forse, sarebbe meglio dire, del legislatore, di fronte alla quale il Giudice costituzionale nulla può opporre se non, nei limiti delle competenze costituzionali assegnategli, il proprio buon senso.

⁴² Ci si riferisce alla versione approvata a seguito della presentazione, da parte del Governo, di un maxi-emendamento sul testo posto in discussione in Assemblea sul quale è stata ottenuta la fiducia dal Senato della Repubblica. Il testo è ora all'esame della Camera dei Deputati. Per un approfondimento in tema, si rinvia a M. D'AMICO, *L'approvazione del d.d.l. Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, in *Federalismi*, 2015.

⁴³ Corte cost. sent. n. 494 del 2002, punto n. 6.1. del *Cons. in Dir.*, richiamata da Corte cost. sent. n. 223 del 2015, punto n. 5.1. del *Cons. in Dir.* La questione, sollevata dalla Corte di Cassazione, riguardava la legittimità costituzionale degli artt. 278, primo comma, e 251, primo comma, del codice civile, nella parte in cui non consentivano indagini sulla paternità di figli incestuosi in relazione agli artt. 2, 3 e 30, terzo comma, Cost., oltre che con l'art. 8 della Convenzione dell'ONU sui diritti del fanciullo e con l'art. 3 della Convenzione europea sullo stato giuridico dei figli nati fuori del matrimonio.