

n.659/15 R.G.T.

n.1611/14 R.G. notizie di reato



TRIBUNALE DI MATERA
IN COMPOSIZIONE MONOCRATICA

Ordinanza di rimessione degli atti alla Corte Costituzionale
Artt. 134 Costituzione e 23, comma 2° Legge 11 marzo 1953 n.87

Il Giudice

dott. Giuseppe Di Giuseppe – G.O.T.-

visti gli atti del procedimento penale n.659/15 R.G.T.- n.1611/14 R.G.N.R., pendente in fase dibattimentale dinanzi a questo Giudice monocratico a carico di [REDACTED] (nato a [REDACTED] il [REDACTED] residente in [REDACTED] [REDACTED], elettivamente domiciliato presso lo studio legale del proprio difensore di fiducia avv. [REDACTED] del foro di Matera), imputato del reato previsto e punito dall'art. 646 c.p. " *perché al fine di procurarsi un profitto, avendo il possesso di indumenti, effetti personali e documenti dell'ex convivente [REDACTED] e del loro figlio [REDACTED], se ne appropriava rifiutandone la restituzione. In Montescaglioso, il 20.03.2014*", come enunciato in fatto nell'unico capo di imputazione affidato al decreto di citazione a giudizio immediato emesso a seguito di interposta opposizione a decreto penale di condanna, introduttivo del presente giudizio e costituente il libello accusatorio oggetto di cognizione e di prudente deliberazione scrutinatoria del decidente;

rilevato che alla decorsa udienza dibattimentale tenutasi il dì 31.03.2017, dichiarata chiusa l'istruttoria e procedutosi alla discussione delle parti, all'esito, questo magistrato ha, tuttavia, ritenuto di sospendere la deliberazione e di non pronunciare sentenza, riservandosi, piuttosto, di valutare approfonditamente, *medio tempore*, il promuovimento, di ufficio, di un incidente di costituzionalità dell'art.649 c.p., la cui applicazione nel casus in esame è stata, *inter alia*, espressamente invocata dalla difesa dell'imputato [REDACTED], censurandosi la medesima norma di diritto sostanziale penale nella parte in cui, in contrasto con i principi fondamentali sanciti

dagli artt. 3 comma I e 24 della Costituzione, nel proprio attuale e letterale tenore precettivo, sebbene, di recente rivisitato e novellato in forza dell'art.1 comma 1° lettere c) e d) D.L.vo 19.01.2017 n.6 in attuazione e per il coordinamento con la disciplina portata dalla Legge 20.05.2016 n.76, non stabilisca, *ipso iure*, la non punibilità anche dei fatti criminosi previsti dal titolo XIII del libro II del Codice Penale commessi in danno di un convivente *more uxorio* [qualifica soggettiva quest'ultima configurantesi nella fattispecie concreta in predicato in capo a ██████████, persona offesa dal reato costituitasi parte civile, avuto riguardo all'accertata sua intercorsa relazione personale di convivenza di fatto con l'imputato ██████████ e dalla cui unione è nato il loro figlio minore ██████████];

osservato in diritto quanto, *infra*, illustrato:

La norma in esame - art. 649 c.p.- notoriamente sancisce la non punibilità in tema di delitti contro il patrimonio di cui al titolo XIII del libro II del Codice Penale (con la sola esclusione prevista dal terzo comma, delle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 628-629 e 630 c.p. e di ogni altro delitto contro il patrimonio qualora perpetrato con violenza alla persona) commessi in danno di determinati congiunti, in origine, identificantesi con il coniuge non legalmente separato, l'ascendente, il discendente, l'affine in linea retta, l'adottante, l'adottato ovvero il fratello e/o la sorella conviventi con la persona offesa e, dopo il recentissimo intervento del Legislatore operato in forza del richiamato art.1 comma 1° lett. c) D.L.vo 19.01.2017 n.6, anche in riferimento alla " *parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso*" nell'accezione del termine e secondo la disciplina della Legge 20.05.2016 n.76, mediante l'introduzione del numero 1 bis del comma I dello stesso art. 649 c.p.

L'originaria *ratio legis* della causa di non punibilità in argomento, secondo la dottrina maggioritaria, si rinviene nell'esigenza di evitare turbamenti nelle relazioni familiari sull'assunto che l'applicazione di una sanzione penale renderebbe irreparabilmente compromessi i rapporti intrafamiliari, così vanificando la riconciliazione del nucleo familiare, inteso e concepito nel rispetto di quanto statuito dall'art.29 della nostra Carta fondamentale in guisa di " *società naturale fondata sul matrimonio*".

Ai fini dell'applicabilità dell'esimente in parola e perché si possa dichiarare l'operatività della causa di non punibilità dettata dall'art. 649 c.p. necessita, dunque, in linea generale, ai fini di odierno interesse, che sussista tra il reo ed il soggetto passivo un rapporto matrimoniale aventi effetti civili , connotato da un regime di stabilità.

Il nostro Legislatore, nel rendersi interprete di un diffuso sentimento sociale e nel prendere atto di un crescente fenomeno del vivere del Paese, nel mutare dei costumi e degli stessi assetti strutturali della cosiddetta "famiglia di fatto", ha inteso, irrazionalmente e/o comunque riduttivamente regolamentare le sole unioni civili tra persone dello stesso sesso ed all'indomani dell'avvento della Legge 20.05.2016 n.76 si è proceduto a coordinare le disposizioni della disciplina delle unioni civili mediante le modificazioni e le integrazioni normative in materia penale di cui al citato D.L.vo 19.01.2017 n.6, introducendo il numero 1 bis del comma I dell'art. 649 c.p. innanzi richiamato.

Ne discende che , allo stato, l'art. 649 c.p., nella sua esegesi letterale e nel perimetro rigoroso del precipuo rispetto del principio di legalità , inteso anche quale tassatività della fattispecie penale, non sia, pertanto, applicabile con riguardo ai fatti reato contemplati dalla norma commessi in danno di un convivente more uxorio.

Chiarito detto preliminare profilo di analisi della questione e prima di passare all'esame del merito della verosimile fondatezza della sollevata censura di costituzionalità del medesimo art.649 c.p. nei termini e per le ragioni in appresso descritti, appare indispensabile, *ante omnia*, valutare se , come pure argomentato dalla difesa del prevenuto nel corso della sua discussione, sia invocabile, nella specie, l'estensione al convivente more uxorio della causa personale di non punibilità in predicato poiché integrante un'estensione analogica *in bonam partem*, in quanto tale non preclusa dal divieto di analogia in materia penale sancito in linea di principio dall'art. 12 delle preleggi , quale applicazione e corollario del basilare principio di legalità statuito dall'art.25 della Costituzione: invero, aderendo ad una simile posizione ovvero così opinando si determinerebbe in nuce una potenziale infondatezza della stessa questione di legittimità costituzionale di cui si disquisisce.

Orbene, lo scrivente magistrato ,a giustificazione della mancata condivisione di un simile orientamento, rileva sul tema che il presupposto del procedimento analogico risieda nell'esistenza di una lacuna ovvero di un caso non disciplinato da una norma di diritto sostanziale, considerando ancora che il ricorso all'analogia in materia penale necessiti trattarsi di norme non aventi carattere eccezionale nonché, soprattutto, registrarsi una lacuna , nel senso del termine innanzi precisato, " involontaria".

In ragione della tecnica di redazione della norma dettata dall'art. 649 c.p. ed in generale di quelle integranti delle cause di non punibilità, l'applicazione del procedimento analogico, anche se *in bonam partem*, strictu sensu, è preclusa ed

ardua dovendosi reputare ogni lacuna come voluta dal Legislatore, laddove esse siano e sono operanti unicamente in riferimento alle fattispecie penali espressamente contemplate da ciascuna norma di tal natura ed in presenza dei tassativi presupposti ivi fissati. [n.d.e. sull'argomento vedasi : Cassazione penale , sez.II 13 ottobre 2009 n.44047, ancora Cassazione penale, sez. V, 21 settembre 2015 n.28638].

Questo giudice non ignora che la Corte Costituzionale, in passato, già più volte investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p. in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione ne abbia dichiarato la non fondatezza , richiamando una propria costante giurisprudenza (sentenza n.352/2000, sentenza n.8/96, sentenza n.423/88, ordinanza n.1122 /1988) imperniata sul principale assunto che la convivenza more uxorio non fosse sempre e comunque meccanicamente assimilabile al rapporto di coniugio, difettando in essa i caratteri di certezza e di tendenziale stabilità propri di un vincolo matrimoniale, reggendosi, piuttosto, sull'affectio quotidiana, liberamente ed in ogni istante revocabile, osservando che l'accertamento in punto di fatto di una convivenza more uxorio fosse, di prassi, rimessa alla dichiarazione degli stessi interessati a differenza del riscontro oggettivo promanante in modo incontrovertibile dalle risultanze anagrafiche con riguardo ai distinti rapporti di parentela, affinità , adozione e coniugio claris verbis contemplati dal citato art. 649 c.p.

La valutazione della disposizione codicistica in argomento deve, ad ogni buon conto, essere attuata alla stregua dell'attuale realtà sociale , senza alcun dubbio profondamente mutata rispetto a quella esistente ed esaminata dal Legislatore storico, nell'ottica di un'esegesi in sintonia ed al passo con i tempi dello stesso concetto costituzionale di famiglia concepita in guisa di un luogo di sviluppo armonico della persona , fondato ed ispirato da uno stretto e stabile rapporto di solidarietà reciproca.

Una simile rinnovata valutazione della questione , ai fini del qui promuovendo incidente di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p. si impone, ad avviso dello scrivente magistrato, viepiù all'indomani dell'entrata in vigore della Legge 20.05.2016 n.76 sulle unioni civili, costituente il complesso portato ed agognato punto di approdo della presa d'atto di un mutato costume sociale e dell'esistenza di nuclei familiari ontologicamente differenti dalla classica famiglia fondata sul vincolo matrimoniale con effetti civili ma nondimeno connotati , in punto di fatto, da un'affectio e da una comunanza di vita e di intenti tra i propri componenti, meritevole,

nel rispetto del principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione, di pari dignità e riconoscimento nonché di adeguata e consona, proporzionale tutela sul piano legislativo ed ordinamentale.

La norma *de qua* - art. 649 c.p.-, atteso il tempo ormai remoto in cui è stata concepita ed emanata non poteva contemplare istituti o situazioni di fatto aventi indubbio rilievo sociale, emersi solo in epoca posteriore, quali la convivenza od unioni civili anche tra persone del medesimo sesso, apparendo allo scrivente giudice irragionevole e discriminatorio non ricomprendere in siffatto assetto e novero di soggetti nei cui confronti operi la stessa causa di non punibilità in disamina anche i partecipi di una convivenza *more uxorio*, ovvero persone di sesso diverso.

Nel suggerito contesto di analisi e di approccio ermeneutico della questione, chi scrive ritiene che vada, *re melius perpensa*, nuovamente considerato anche il segnalato parallelismo della *ratio legis* posta a base dell'art.649 c.p. e dell'art.199 comma 3°lett. a) c.p.p., evincibile nel comune denominatore della salvaguardia della prevalenza dell'unità della famiglia sulle esigenze di giustizia della collettività, tanto da essersi equiparata al coniuge, ai fini della facoltà di astensione dal deporre, la posizione di " *chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso*".

E' irragionevole, irrazionale e gravemente discriminatorio, anche alla stregua degli effetti giuridici attribuiti dal Legislatore alla convivenza di fatto, da ultimo con la più volte cennata Legge 20.05.2016 n.76, l'attuale, obsoleto assetto di disciplina tra il trattamento dei reati commessi in danno del coniuge non legalmente separato o di una parte di un'unione di persone dello stesso sesso, non punibili ai sensi dell'art. 649, comma 1° c.p. e quelli, invece, commessi in danno del convivente *more uxorio*, il tutto in evidente contrasto con il principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione ed in violazione del diritto di difesa statuito dall'art. 24 della Costituzione essendo preclusa al reo la fruizione, nelle ipotesi di cui alla medesima norma di diritto penale sostanziale, della speciale causa di non punibilità ivi contemplata apparendo irrazionale il disallineamento della sfera soggettiva e di operatività della norma *de qua*, non derivando, di converso, dall'accoglimento del sollevato incidente di costituzionalità alcun vulnus alla protezione della " *istituzione familiare*" tutelata in via primaria dall'art. 29 della Carta Costituzionale e basata, in linea generale, su un'asserita stabilità di rapporti anagraficamente risultanti *erga omnes*.

12.3.2017
[Firma]

Nel caso concreto portato alla cognizione di questo magistrato, è emerso, del resto, incontestato il dato fattuale di una convivenza *more uxorio* tra l'imputato e la persona offesa, dalla cui unione è nato, persino, un figlio, a comprova di una pregressa stabilità di rapporti e di una comunanza di vita ed interessi, non suscettibile di affievolimento od inesistenza di tutela, neppure parziale, anche a preservazione di una possibile riconciliazione delle parti, nel solco e nell'applicazione esegetica evolutiva della cennata *ratio legis* posta a fondamento dell'inserimento dell'art.649 c.p. nel Codice Penale del nostro Paese: su simili premesse e sul piano umano prima ancora che su quello giuridico e del diritto vivente si impone, nella specie, il promuovimento *ex officio* della questione di legittimità costituzionale della medesima norma, perché viziata da arbitrarietà ed illogicità nella mancata estensione del regime di cui alla norma medesima alla situazione di fatto determinata da una convivenza *more uxorio*. Si noti che nell'ambito del *casus* concreto in esame l'applicazione della norma dettata dall'art. 649 c.p. nei confronti dell'odierno giudicabile e, dunque, l'operatività della stessa speciale causa di non punibilità sarebbe consentita, in modo del tutto contraddittorio ed irragionevole oltre che discriminatorio, limitatamente al segmento di condotta criminosa di appropriazione indebita contestata in libello accusatorio soltanto in danno ed in riferimento alla posizione del discendente (il figlio minore della coppia XXXXXXXXXX ma non anche, per le ragioni innanzi diffusamente esplicate, in riferimento alla posizione della convivente di esso imputato e madre del loro figlio riconosciuto dal padre, con indiscussa compromissione del diritto di difesa dell'interessato, alias il prevenuto, costituzionalmente tutelato dall'art. 24 della nostra Carta fondamentale.

Si delineano, consequenzialmente, i presupposti per promuovere, *ex officio*, un doveroso incidente di costituzionalità dell'art.649 comma 1° c.p. in relazione agli artt.3 comma 1° e 24 della Costituzione laddove la norma della cui costituzionalità si dubita, non stabilisca la non punibilità anche dei fatti criminosi previsti dal titolo XIII del libro II del Codice Penale commessi in danno di un convivente *more uxorio*.

Considerata la sussistenza ai fini della sollevata questione di legittimità costituzionale della citata norma, della rilevanza della questione medesima perché l'art.649 comma 1° c.p. costituisce disposizione di applicazione necessaria nel caso in esame almeno in ordine alla posizione del discendente (figlio) dell'imputato, influenzando, altresì, sulla sua definizione atteso che l'eventuale sentenza della Consulta di accoglimento della domanda inciderebbe sulle formule di proscioglimento o quanto meno sulla formula

del dispositivo della pronuncianda sentenza penale definitiva del primo grado del presente giudizio qualora il libero convincimento del decidente, senza anticipare in questa sede alcun giudizio, in ipotesi si determinasse in direzione dell'affermazione della colpevolezza dell'imputato [REDACTED] in ordine alla condotta criminosa, sussunta dal P.M. inquirente nel paradigma del delitto previsto e punito dall'art. 646 c.p. come a lui contestata in editto accusatorio, così da ravvisarsi il relativo presupposto processuale ai fini del sindacato di legittimità della Consulta;

Considerato, altresì, nello specifico, apparire, *in nuce*, anche in riferimento al disposto dell'art.3 della Carta costituzionale, la disciplina censurata illogica ed irragionevole nonché in stridente antitesi e contrasto con il principio dell'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge, diversificando in senso ingiustificatamente sfavorevole il trattamento degli autori delle condotte offensive per il patrimonio in disamina perpetrate in danno di soggetti conviventi di fatto e non legati al reo da vincolo matrimoniale o da un'unione civile se trattasi di persone del medesimo sesso, rispetto agli autori delle medesime condotte consumate in danno dei soggetti nominatim tassativamente indicati dal comma I dell'attuale formulazione letterale dello stesso art. 649 c.p., individuandosi *il tertium comparationis* nella situazione fattuale nella quale verasi chi commetta un reato contro il patrimonio ma non intrattenga rapporti di parentela con il soggetto passivo di detti reati e ciò sebbene la fisionomia dell'originaria istituzione familiare fondata sul matrimonio tutelata in via primaria dall'art. 29 della Costituzione sia mutata sul piano sociale e culturale e dei costumi al punto da essersi dovuta disciplinare, persino, l'unione civile di persone del medesimo sesso e tanto da sembrare *a fortiori* meritevole di pari dignità e tutela la posizione di un convivente di fatto *more uxorio*, anche di sesso diverso dal proprio partner.

Considerato e ribadito, ancora, che la norma della cui costituzionalità questo giudice fortemente dubita è, altresì, in contrasto con l'art.24 della Carta Costituzionale sotto il profilo dell'esercizio del diritto di difesa sostanziale a cagione della preclusione derivante al reo dall'attuale formulazione del citato art. 649 comma 1° c.p., dell'applicabilità della speciale causa di non punibilità ivi contemplata apparendo irrazionale il disallineamento della sfera soggettiva e di operatività della norma de qua, con evidente disparità di trattamento tra coloro che commettano delitti contro il patrimonio in danno di uno dei soggetti tassativamente indicati dalla norma de qua e

coloro che perpetrino le stesse condotte criminose in danno di un convivente more uxorio.

Ritenute, alla luce dei profili giuridico- fattuali innanzi espressi, conclusivamente, *la rilevanza* ai fini della decisione e **la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 comma 1° c.p. in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione** nella parte in cui la norma non stabilisca la non punibilità anche dei fatti criminosi previsti dal titolo XIII del libro II del Codice Penale commessi in danno di un convivente more uxorio.

Letti ed applicati gli artt. 134 della Costituzione e 23, comma 2° Legge 11.03.1953 n.87;

P.Q.M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la sollevata , ex officio, questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 comma 1° c.p. per contrasto con gli artt. 3 e 24 della Costituzione nella parte in cui la norma de qua non stabilisca la non punibilità anche dei fatti criminosi previsti dal titolo XIII del libro II del Codice Penale commessi in danno di un convivente more uxorio.

Sospende, consequenzialmente, il giudizio in corso e dispone l'immediata trasmissione della presente ordinanza, in uno agli atti del fascicolo dibattimentale ed alla prova delle prescritte comunicazioni, alla Corte Costituzionale.

Manda alla cancelleria per la notificazione della presente ordinanza, di cui si é data lettura alle parti all'odierna udienza, al Presidente del Consiglio dei Ministri e per la sua comunicazione ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Così deciso in Matera il 21 aprile 2017.

Il Giudice

dott. Giuseppe Di Giuseppe

