

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2022

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL DIRITTO DI SOGGIORNO DEL PARTNER STRANIERO DEL CITTADINO ITALIANO O EUROPEO

di Paolo Morozzo della Rocca

***Abstract:** La convivenza di fatto prevista dalla legge n. 76 del 2016 è una famiglia disciplinata dal diritto nazionale. La sua registrazione non ha valore costitutivo, ma è condizione necessaria per l'applicazione della legge alla famiglia già costituita. All'iscrizione anagrafica del partner straniero di un cittadino italiano o europeo non si applica l'art. 6, d.lgs. 286 del 1998, ma l'art. 3, par. 2, della direttiva 2004/38/CE. È ricevibile dalla Questura la domanda di carta di soggiorno presentata dallo straniero che dimostra di essere membro di una convivenza di fatto stabile. Il contratto di convivenza è mezzo idoneo per dimostrare la stabilità della convivenza.*

***Abstract:** De facto cohabitation regulated by l. n. 76/2016 is a family governed by national law. Its registration has no constitutive value but is a necessary condition for the application of the Law n. 76/2016 to the already constituted family. Article 6, Legislative Decree n. 286 of 1998 does not apply to the A.N.P.R. registration of the foreign partner of an Italian or European citizen, but Article 3, paragraph 2 of the Directive 2004/38/CE. The application for a residence card presented by the foreigner who proves to be a member of a de facto stable cohabitation is admissible by the Police Headquarters. The cohabitation agreement is a suitable means to demonstrate the stability of unmarried couple.*

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL DIRITTO DI SOGGIORNO DEL PARTNER STRANIERO DEL CITTADINO ITALIANO O EUROPEO

di Paolo Morozzo della Rocca*

SOMMARIO: 1. Il perimetro della ricerca. – 2. La convivenza di fatto registrata nella disciplina civilistica e anagrafica della famiglia di fatto. – 3. Sulla rilevanza giuridica assegnata dal legislatore all'iscrizione anagrafica. – 4. Sul requisito della effettiva residenza nella casa familiare. Convivenza vs coabitazione? – 5. I diritti di soggiorno del partner del cittadino europeo (o italiano) nella disciplina sulla libertà di circolazione. – 6. Se letto in combinato disposto con l'art. 6, comma 7, TUI, il comma 37 della legge n. 76 del 2016 sarebbe affetto da illegittimità costituzionale e unionale. – 7. Il comma 37 della legge n. 76 del 2016 non va letto in combinato disposto con l'art. 6, comma 7, TUI. – 8. Il contratto di convivenza è documentazione ufficiale che può giustificare l'autorizzazione al soggiorno e l'iscrizione in anagrafe.

1. Il perimetro della ricerca

L'intreccio tra la disciplina civilistica della convivenza di fatto e il diritto dell'immigrazione pone al ricercatore diversi interrogativi che, per motivi di spazio, non potranno tutti trovare l'accoglienza che pur meriterebbero in questo contributo, nel quale mi occuperò prevalentemente delle condizioni al ricorrere delle quali la convivenza di fatto con un cittadino europeo o italiano può giustificare una richiesta di autorizzazione al soggiorno per motivi familiari da parte dello straniero irregolarmente soggiornante.

Questa limitazione del campo di indagine impedisce di dare risposta ad altri interrogativi essi pure rilevanti. Ad esempio: a quali condizioni la convivenza di fatto, registrata all'anagrafe oppure in altro modo dimostrata dagli interessati, può favorire il mantenimento di un diverso titolo di soggiorno (ad esempio per attesa occupazione o lavoro) dello straniero convivente con un altro straniero¹? A quali condizioni la convivenza della coppia non coniugata, sia essa registrata o meno come tale, può preservare il partner dall'essere allontanato coattivamente dall'Italia²? E infine, a quali condizioni, successivamente allo

* Professore ordinario di Diritto privato presso l'Università per Stranieri di Perugia.

1. Risponde in termini abbastanza incoraggianti a questo interrogativo Cons. St. 31.10.2017, n. 5040.

2. Cfr. in senso restrittivo, specie riguardo alle convivenze «non registrabili», Cass. 21.6.2021, n. 17657; Cass. 7.9.2020, n. 18565. Ma in diversa prospettiva: Cass. pen. 15.3.2019, n. 16385; App. Messina sez. I, 22.10.2021, n. 467. Sin d'ora va anche ricordata Cass. pen. 27.6.2016, n. 44182, la quale si segnala, come meglio vedremo, per la valorizzazione ai fini dell'inespellibilità del contratto di convivenza. Il tema non può a mio parere non essere reinterpretato alla luce dell'attuale testo dell'art. 19, comma 1.1., TUI, come modificato dal d.l. n. 130 del 2020, a termini del quale non può essere allontanato dall'Italia uno straniero «qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare», nel senso in cui il concetto di vita familiare è accolto dalla giurisprudenza sull'art. 8 CEDU.

scioglimento della convivenza di fatto, lo straniero non più convivente che abbia ottenuto un permesso di soggiorno per motivi familiari sulla base di detta convivenza potrà mantenere il diritto di soggiornare legalmente in Italia?

Pur messi da parte tali interrogativi, il limitato ma impegnativo campo di indagine mantiene tuttavia una sua notevole ampiezza e richiede di affrontare in via preliminare alcuni snodi dell'ambigua disciplina italiana della convivenza di fatto i quali riguardano in particolare la correlazione tra il fatto civilisticamente rilevante della convivenza e la sua dichiarazione nei registri anagrafici da parte dei conviventi stessi.

Detta correlazione deve peraltro trovare il suo riferimento normativo anche al di là della legge n. 76 del 2016; e in particolare nel d.lgs. n. 30 del 2007, che costituisce la disciplina di recepimento della direttiva n. 38 del 2004 in materia di libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini europei e dei loro familiari, anche non europei, tra i quali in Italia sono compresi altresì i familiari non europei di cittadini italiani, anche nel caso in cui questi ultimi non abbiano esercitato il loro diritto di circolare nei Paesi membri.

2. La convivenza di fatto registrata nella disciplina civilistica e anagrafica della famiglia di fatto

Si legge al comma 36 dell'articolo unico della legge n. 76 del 2016 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». Si legge poi al comma 37 che, ferma restando la sussistenza di tali presupposti, «per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e alla lettera b) del comma 1 dell'art. 13» del regolamento anagrafico.

Al riguardo deve forse rimproverarsi, non alla legge Cirinnà in sé considerata, ma più in generale al formante legislativo una lacuna, costituita dalla mancata previsione e valorizzazione (che richiederebbe però un intervento attento e molto leggero, in sede diversa da quella del diritto delle coppie) delle convivenze fondate su legami molto stabili di amicizia, tali da costituire dei veri e propri focolari, pur senza intesa sessuale³. Oggi per il diritto

3. Come è stato, da tempo, osservato, occorrerebbe «allargare il raggio delle comunità affettive degne di riconoscimento pubblico, al di là della famiglia così come è oggi istituzionalmente definita e normata», ad esempio comprendendovi le comunità amicali. Così C. Saraceno, *Introduzione* a M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 21 ss. La dottrina in effetti è solita fare cenno alla questione delle convivenze non di coppia come di una realtà astrattamente meritevole di tutela, senza tuttavia oltrepassare la soglia del mero auspicio. Cfr. tra gli altri M. Dogliotti, *Dal concubinato alle unioni civili*, in *Pol. dir.*, 2017, 1, p. 20. Il tema è sollevato, tra gli altri, anche da

positivo – in senso lato familiare – questi focolari sono trattati come mere forme di coabitazione, al pari di un alloggio in comune per i lavoratori di un’impresa-campus o di una caserma⁴.

Occorre poi tenersi sull’avviso riguardo ad un’apparente antinomia – tale da ingannare talvolta il civilista – riferibile alla diversa tecnicizzazione del termine «convivenza» nel diritto anagrafico rispetto al diritto privato.

In effetti per il giusprivatista i conviventi sono indubbiamente persone che vivono insieme sulla base di una relazione affettiva familiare o di coppia. Nel diritto anagrafico, per certi versi in anticipo sul diritto civile e in linea con i suoi attuali punti di arrivo, la convivenza di diritto civile (sia prima che dopo la legge Cirinnà) è invece considerata quale «famiglia anagrafica», a nulla importando, ai fini della qualificazione come «famiglia», la presenza o meno di un atto di matrimonio o di una unione civile. Quanto alla nozione di «convivenza anagrafica», essa individua invece ogni forma di coabitazione collettiva stabile all’interno della quale sono compresenti più famiglie anagrafiche (spesso unipersonali) come nel caso di una caserma, di un carcere, di una casa di riposo, di un Centro di accoglienza per persone o famiglie in difficoltà, ecc.

La convivenza di fatto, ai sensi del d.p.r. n. 223 del 1989, non è dunque una convivenza anagrafica ma una famiglia anagrafica, al pari peraltro della convivenza tra due sorelle o tra un anziano genitore e il nucleo familiare di cui faccia parte la figlia (genero, nipoti, ecc.). Una concettualizzazione, evidentemente, non del tutto coincidente con le categorie del diritto civile.

Tornando alla lettura del comma 36 della legge Cirinnà, è parso a molti che attraverso questa norma la «convivenza di fatto» (lemma che ad alcuni è parso contraddittorio con l’operazione di giuridificazione condotta dal legislatore stesso⁵) riceva formalizzazione giuridica per volontà congiunta dei due conviventi, e ciò attraverso la loro dichiarazione anagrafica congiunta e avente ad oggetto un medesimo indirizzo resa all’ufficiale di anagrafe.

Come cercherò di dimostrare, questa lettura, pur sostanzialmente esatta riguardo alla volontarietà del fatto in sé (denominato convivenza e costituente un «comportamento

F. Parente, *La convivenza di fatto: un nuovo modello legale di organizzazione familiare*, in *Dir. Succ. Fam.*, 2018, p. 801, ove il rinvio ad ampia bibliografia.

4. Diversamente da quanto accade in altri ordinamenti (tra i quali quello della comunità autonoma catalana, su cui V. Zambrano, *Parejas no casadas: l’esperienza spagnola e la lei catalana del 10/1998*, in Aa. Vv., *Matrimonio Matrimonii*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 430). Peraltro, come notato da uno dei revisori di questo contributo, l’art. 4, d.p.r. n. 223 del 1989 inserisce nel concetto di famiglia anagrafica i conviventi legati da rapporto affettivo (legame di coppia) o parentale, ma vi tiene fuori le relazioni solidali solo amicali. Ed è in effetti nella sola cerchia parentale che la convivenza può avere effetti, ad esempio, ai fini del calcolo dell’ISEE.

5. Cfr., per tutti, L. Lenti, *Diritto della famiglia*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 511 ss.

attuoso» secondo la tassonomia dei fatti giuridici formulata da Angelo Falzea⁶) non tiene però del tutto conto della funzione e della disciplina dell'anagrafe nazionale della popolazione residente. Disciplina quest'ultima connessa sia al diritto civile che al diritto amministrativo, ma posta ai margini del primo e alla periferia nel secondo, pertanto tendenzialmente sottovalutata e talvolta fraintesa dai cultori di entrambi questi settori del diritto.

L'iscrizione anagrafica, come è noto, registra l'indirizzo di stabile dimora del dichiarante. Occorre però tenere a mente che la dichiarazione non è affatto opzionale per il cittadino residente a tale indirizzo e dunque non si palesa come un atto di volontà in sé libero, ma come una doverosa dichiarazione di scienza da rendersi entro 20 giorni dalla fissazione di una nuova residenza⁷; la cui omissione è sanzionata con una multa e la cui eventuale falsità costituisce reato⁸.

Ad essere libero, piuttosto, è il fatto in sé della residenza (che è infatti oggetto di un diritto di libertà costituzionalmente garantito); fatto necessariamente in essere al momento della sua doverosa dichiarazione all'ufficiale di anagrafe, a meno di non configurarsi come una falsa dichiarazione, sanzionabile penalmente.

Di tale doverosità è altresì conferma, sul piano dell'attuazione dell'interesse generale, l'attribuzione all'ufficiale di anagrafe del potere/dovere di iscrivere di ufficio il cittadino già di fatto residente che abbia ommesso di presentargli la prescritta dichiarazione. In tal modo, infatti, si intende tutelare il bene pubblico della conoscenza da parte dello Stato della popolazione situata in un determinato territorio e reperibile legalmente a un certo indirizzo⁹.

Ad ogni abitazione corrisponde di solito, ma non necessariamente¹⁰, una sola famiglia anagrafica, a volte costituita da un single; altre volte da una coppia, coniugata oppure no; oppure da parenti.

Come già è stato osservato, l'art. 4 del d.p.r. n. 223 del 1989 (regolamento anagrafico) intende per famiglia, agli effetti anagrafici, «un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, unione civile, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune». Merita però qui di osservare che

6. Cfr. A. Falzea, *Comportamento*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 710 ss., ma già in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1975, XXV, p. 442 ss.

7. Art. 13, co. 2, d.p.r. n. 223 del 1989, su cui I. Riva, *Domicilio e residenza*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, Giuffrè, 2015, spec. p. 112 ss.; B. Boschetti, *Anagrafe, stato civile e servizi elettorali*, in *Enc. Dir., Tematici*, III, Milano, Giuffrè, 2022, spec. p. 116.

8. Art. 5 della legge n. 1228 del 1954 e art. 15, co. 2, d.p.r. n. 223 del 1989, su cui P. Morozzo della Rocca, *I luoghi della persona e le persone senza luogo*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017, p. 4.

9. Vero è – come nota M. Blasi, *La disciplina delle convivenze omo e eteroaffettive*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 194 – che l'esistenza di vincoli affettivi non può essere accertato d'ufficio. Ciò non esclude tuttavia che la dichiarazione anche in tal caso debba corrispondere ad un dovere di verità gravante sul soggetto obbligato alla dichiarazione anagrafica.

10. Succede che a volte coabitino nella medesima abitazione diverse famiglie anagrafiche. Ad esempio il domestico residente in casa della famiglia presso cui lavora non figurerà come «familiare» ma come membro unico di una seconda famiglia anagrafica al medesimo indirizzo. Analogamente, due amici o due colleghi di lavoro che decidano di coabitare per ripartire il costo dell'affitto, altrimenti inarrivabile, risulteranno a quell'indirizzo come due famiglie anagrafiche distinte.

la legge n. 76 del 2016 ha aggiunto nel testo vigente di questo articolo solo il riferimento all'unione civile – figura certamente di nuovo conio nelle relazioni di coppia – mentre non è stato ritenuto necessario modificare alcunché con riferimento alla convivenza di fatto, trovandosi quest'ultima già compresa nella più ampia formula dei cosiddetti «vincoli affettivi», con la quale da molto tempo il linguaggio giuridico si riferisce alla stabile intesa sessuale tra due persone.

Naturalmente fa parte dell'obbligo di dichiarazione anagrafica del nuovo residente anche l'indicazione degli altri soggetti che fanno parte della sua famiglia e che effettivamente risiedono o vadano a risiedere con lui nella medesima abitazione, i quali se maggiorenni devono sottoscrivere, condividendone così la consequenziale responsabilità, la dichiarazione che li coinvolge.

Grava dunque sul cittadino l'obbligo di dichiarare se la famiglia anagrafica è costituita, oltre che da sé stesso, anche dal coniuge, dalla parte di un'unione civile, da parenti conviventi (ad esempio una sorella, la nuora o la suocera) o infine dalla persona a lui legata da un vincolo affettivo (vale a dire dal convivente di fatto)¹¹. Lo si evince dal combinato disposto tra gli articoli 6 e 13 del regolamento anagrafico; e del resto è questa l'interpretazione accolta dallo stesso Ministero dell'interno nel predisporre il formato della dichiarazione anagrafica; formato per legge non modificabile né dagli uffici né dal dichiarante, sì da rendere la dichiarazione un atto di scienza a contenuto e forma entrambi vincolati.

Possiamo a questo punto formulare tre constatazioni:

A) che a livello delle iscrizioni anagrafiche con specifico riguardo alle convivenze di fatto nulla è cambiato tra il prima e il dopo la legge Cirinnà. Tant'è che ancora oggi non esiste in A.N.P.R. un modello di certificato che attesti lo stato di conviventi di fatto mentre è stato invece predisposto il certificato di deposito del contratto di convivenza¹², sicché una certificazione di convivenza potrà essere ottenuta solo se l'ufficio anagrafico locale provvede a predisporre un proprio modello, assente a livello nazionale¹³;

11. M. Rizzuti, *Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, in Fondazione Italiana del Notariato, *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, 2017, p. 109, qualifica la dichiarazione anagrafica contenente l'indicazione del vincolo affettivo con il convivente di fatto quale «atto esecutivo con funzione di dichiarazione di scienza».

12. L'intento del legislatore pare quello di dissimulare le implicazioni di stato civile della registrazione della convivenza. Nella medesima linea la Direzione generale dei servizi demografici presso il Ministero dell'interno non ha predisposto alcun certificato di famiglia riferito alla convivenza di fatto. Sul punto acute osservazioni già da M. Blasi, *op. cit.*, p. 193 ss.

13. Un punto già controverso prima della legge Cirinnà è se il residente potesse o meno dichiarare il vincolo affettivo con il convivente benché questi o il dichiarante stesso (o entrambi) fossero ancora privi di stato libero perché ancora coniugati o addirittura separati solo di fatto dal proprio coniuge. Con il sopravvenire della legge Cirinnà la questione

B) che pertanto le coppie di fatto già registrate all'anagrafe come astrette da vincoli affettivi precedentemente alla legge Cirinnà hanno, a mio parere, automaticamente acquisito il nuovo *status* familiare di «convivenza di fatto» senza nemmeno doverlo sapere o volere;

C) che i conviventi legati da vincoli affettivi nel caso in cui non vogliano ricadere nella disciplina della legge Cirinnà oggi devono omettere la dichiarazione anagrafica alla quale sarebbero invece tenuti in quanto residenti (magari dando parallelamente luogo a una dichiarazione falsa al fine di avere comunque una posizione anagrafica aperta presso un diverso indirizzo; e dunque dando luogo a un falso penalmente rilevante). Oppure devono dichiarare la loro effettiva residenza in regime di coabitazione dichiarandosi però estranei l'uno all'altro¹⁴; e dunque formando al medesimo indirizzo due diverse famiglie anagrafiche composte da single, con qualche possibile ricaduta sul piano dell'onere della prova circa la preesistenza di un vincolo di coppia nel caso in cui dovesse sorgere una lite al dissolversi della loro relazione.

Le considerazioni sin qui svolte consentono forse di prendere parte con un supplemento di argomenti al dibattito su alcune questioni inevitabilmente suscitate dall'ambigua lettera della legge, a partire già dall'infelice nome di «convivenza di fatto» di cui è stata sottolineata la contraddittorietà riguardo all'enucleazione di una fattispecie dotata di «requisiti consistenti in qualifiche giuridiche» quali ad esempio la maggiore età, lo stato libero e l'assenza di (alcuni) rapporti parentali, tali da farne piuttosto una figura legale di «convivenza di diritto»¹⁵.

Al riguardo, se per un verso è stato esattamente osservato che «l'espressione “di fatto” connota semplicemente il modo in cui la fattispecie viene in essere (*rebus ipsis et factis*, appunto, e non per effetto di un negozio giuridico)»¹⁶, ferme restando le conseguenze che ne derivano in base alla legge, per altro verso non deve essere ignorata la rilevanza in sé di un *discrimen* tracciato solo oggi dal legislatore tra le famiglie di fatto e le famiglie di fatto registrate¹⁷.

sembra definita in senso negativo, essendo intervenuto un impedimento legale esplicito a tale dichiarazione in mancanza dei requisiti di cui al comma 36 della legge stessa, come lamenta tra gli altri L. Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., p. 517.

14. Come nota giustamente D. Berloco, *La disciplina della convivenza di fatto*, in Aa. Vv., *Lavorare nei servizi demografici. Manuale per il concorso e l'inserimento in servizio*, Minerbio, Sepel Ed., 2021, p. 242, il legame affettivo è dichiarato dai conviventi senza possibilità di verifica della sua effettività, mentre la coabitazione è invece verificabile in quanto fatto materiale che contribuisce a configurare la residenza all'indirizzo.

15. Così, tra gli altri, L. Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., p. 517.

16. Così G. Oberto, *La famiglia di fatto. Introduzione alla “Riforma Cirinnà”*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, p. 711.

17. Secondo S. Parisi, *Famiglia «di diritto»: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili*, in *Quad. cost.*, 2016, 3, p. 567, si sarebbe prodotta una «contrazione semantica, in senso connotativo e denotativo, del concetto di “famiglia” in una col restringimento dell'area del giuridicamente insensibile e la creazione di altre due specie di famiglie “di diritto”, oltre a quella fondata sul matrimonio». L'osservazione, al netto della troppo drastica affermazione di un'area riservata al mero fatto e dunque giuridicamente insensibile, coglie nel segno.

In effetti, al di là dei nominalismi, l'interrogativo più di fondo suscitato dalle convivenze di fatto è se queste costituiscono un negozio familiare opzionale rispetto al matrimonio (una sorta di matrimonio ad effetti variamente e comunque notevolmente attenuati¹⁸) oppure un fatto disciplinato dal legislatore al fine di assicurare ad alcuni interessi dei partner opportuna tutela in ragione del solo fatto della convivenza e dunque prescindendo dalla loro volontà di vedersi imputati tali effetti¹⁹.

Non che i conviventi possano essere tali senza volerlo (sia nel caso più generale delle convivenze di coppia, sia in quelle più specificamente rientranti nello schema legale di cui ai commi 36 e 37 della legge Cirinnà). Ma a rilevare non è qui una volontà negoziale bensì la volontà, esattamente opposta, di escludere la celebrazione di un negozio familiare²⁰; volontà negativa, dunque, destinata a essere revocata nel solo caso, del tutto facoltativo ed eventuale, della successiva stipula del contratto di convivenza, la cui disciplina è stata accostata in dottrina al negozio matrimoniale più che al contratto di diritto comune²¹. Il che secondo alcuni potrebbe giustificare l'approccio minimo del legislatore riguardo alle convivenze registrate ma non «contrattualizzate», in ossequio al principio costituzionale di libertà declinato in materia dalla Consulta²².

Un punto di vista questo non condiviso da chi nutra un'aspettativa di segno opposto, andata decisamente delusa per non avere il legislatore in alcun modo curato i due profili decisivi dei diritti successori e delle provvidenze di sicurezza sociale, dai quali infatti i conviventi, ancorché registrati ed eventualmente contrattualizzati, rimangono a tutt'oggi esclusi²³.

18. È questa una prospettiva ormai tradizionale per gli studiosi (su cui cfr. M.R. Marella e G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Bari, Laterza, 2014, p. 18 ss.) di cui la legge Cirinnà è persa ad alcuni come una conferma, sia pure maldestra. In tal senso cfr. M. Gorgoni, *Le convivenze "di fatto" meritevoli di tutela e gli effetti legali, tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità*, in M. Gorgoni, *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016, spec. p. 188 ss.

19. In tal senso cfr. S. Patti, *Le convivenze "di fatto" tra normativa di tutela e regime opzionale*, in Fondazione Italiana del Notariato, *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, 2017, p. 36; ID, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina della convivenza*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2020, p. 206; M. Paradiso, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1312 suggerisce di ascrivere la convivenza di fatto nella categoria del «fatto giuridico». Il suggerimento non va forse riferito al fatto giuridico in senso stretto quanto piuttosto all'attività umana giuridicamente rilevante e consistente in un comportamento.

20. Rimane dunque esatta l'osservazione svolta in anni ormai risalenti dalla dottrina, secondo cui la coppia di fatto decide semplicemente di non sposarsi, esprimendo una mera volontà negativa, mentre altre coppie (omosessuali) hanno invece atteso a lungo la possibilità di esprimere una volontà matrimoniale o unionale positiva. Così M. Gattuso, *La Costituzione e il matrimonio tra omosessuali*, in *il Mulino*, 2007, 3, p. 452 ss.

21. Cfr., al riguardo, tra gli altri, R. Pacia, *Unioni civili e convivenze*, in *Jus civile*, www.juscivile.it, 2016, n. 6, p. 212; F. Greco, *Il contratto di convivenza*, in M. Gorgoni, *Unioni civili*, cit. p. 271; G. Di Rosa, *I contratti di convivenza (art. 1, commi 50° ss., l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 708 ss. A. Spatafora, *Contratto amoroso e contratto di diritto privato: verso un nuovo "ordine pubblico familiare"?*, in *Dir. fam. pers.*, 2020, 1, p. 258 ss.

22. Il riferimento è a Corte cost., 13.5.1998, n. 166, opportunamente richiamata da E. Quadri, *Matrimonio, unione civile, convivenze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, p. 143.

23. Dà voce a una notevole disillusione, tra gli altri, M. Gorgoni, *op. cit.*, p. 167 ss.

A mio parere nel decidere quale delle due ricostruzioni (fatto – o meglio atto – o negozio familiare) corrisponda alla figura in sé della convivenza di fatto di cui ai commi 36 e 37 della legge Cirinnà l'interprete deve altresì ritornare consapevole della disciplina e soprattutto della funzione riguardante l'anagrafe della popolazione residente, oggi ampiamente smarrita a causa di un diffuso disallineamento tra detta disciplina e l'opposta sua diffusa percezione. Un disallineamento per effetto del quale l'iscrizione all'anagrafe viene sempre più ingiustificatamente vista come l'esito di una domanda del cittadino (che dunque potrebbe anche astenersene) anziché, come invece è, una dichiarazione doverosa riguardante la sua effettiva dimora.

È chiaro al riguardo che se la dichiarazione di convivenza con persona legata da vincoli affettivi non fosse un atto dovuto, per il solo fatto in sé di corrispondere al vero, ma fosse invece una sorta di atto negoziale (costitutivo della convivenza, oppure di accertamento, ma pur sempre libero) allora nessun dubbio potrebbe porsi dal punto di vista procedurale riguardo al formarsi di un atto negoziale, una sorta appunto di «matrimonio ad effetti attenuati» o più genericamente di un regime opzionale rispetto al matrimonio o all'unione civile.

Non è però questa la prospettiva del diritto positivo ed in specie di quello anagrafico, né potrebbe esserlo dato la sua primaria funzione demografica di mera ricognizione della distribuzione della popolazione (e dunque delle famiglie) sul territorio e la sua estraneità alla formazione degli atti di stato civile, spettante invece all'ufficiale dello stato civile.

Ed infatti, come già abbiamo visto, nel modulo ministeriale che il cittadino compila nel formulare la propria dichiarazione anagrafica è presente il quesito a risposta obbligata sulla sussistenza o meno di vincoli familiari (o affettivi) tra i residenti al medesimo indirizzo.

Sembra dunque maggiormente condivisibile l'affermazione secondo cui la convivenza di fatto non costituirebbe un regime opzionale risultando invece, sia essa registrata all'anagrafe oppure no, un mero dato di realtà che però, assumendo tra l'altro la consistenza di una formazione sociale nella quale si svolge la personalità dell'individuo, merita comunque una disciplina di tutela in forza dell'art. 2 della Costituzione, anche a prescindere dalla volontà di tali effetti da parte dei dichiaranti.

Dunque la convivenza smetterebbe di essere un fatto per divenire un regime opzionale rispetto all'istituto matrimoniale o di unione civile solo nel caso in cui i conviventi, una volta registratisi come tali all'anagrafe, stipulino un contratto di convivenza ai sensi e nei modi indicati dalla legge n. 76 del 2016, determinando tra l'altro il regime patrimoniale del loro rapporto di coppia²⁴.

24. Così S. Patti, in *Fondazione Italiana del Notariato*, cit., p. 37 ss.

Accolta così l'ipotesi ricostruttiva che mantiene alla convivenza di fatto una qualche coerenza con il nome attribuitole dal legislatore, l'interprete dovrebbe però prendere ugualmente atto della differenziazione disciplinare creata dalla legge Cirinnà tra la convivenza di fatto registrata ai sensi di tale normativa e le altre convivenze o coppie di fatto pur legittimamente esistenti nel nostro ordinamento giuridico, alle quali pure l'ordinamento nei suoi diversi formanti connette effetti giuridici di vario ordine e spessore, sebbene non in forza della legge Cirinnà ma sulla base di un lungo itinerario sia normativo che giurisprudenziale che la legge n. 76 del 2016 non ha cancellato, limitandosi questa a regolare gli effetti derivanti dalla registrazione anagrafica della convivenza e dalla eventuale stipula del contratto di convivenza conforme ai requisiti indicati.

Tali effetti, per così dire, differenziali rispetto alle convivenze di fatto non sussumibili nella figura di cui alla legge Cirinnà sono nel loro minimo (ove cioè non si dia luogo al contratto di convivenza ivi previsto come facoltativo) essenzialmente due: la previsione dell'obbligo alimentare commisurato alla durata della convivenza²⁵ e il riconoscimento legale del diritto del convivente, in caso di morte del partner proprietario della casa, di un diritto di abitazione da un minimo di due a un massimo di cinque anni²⁶.

Due novità attraverso le quali per un verso, come è stato osservato, viene introdotta un'assunzione di responsabilità in precedenza estranea al fenomeno delle convivenze²⁷; e per altro verso viene fatto un primo, sia pur timido, passo riguardo alla rilevanza della convivenza sull'assetto patrimoniale successorio dei conviventi.

Gli elementi qualificanti di questa particolare fattispecie denominata equivocamente dalla legge «convivenza di fatto» sono costituiti dalla necessaria maggiore età dei suoi due membri; dalla sussistenza di un legame stabile affettivo di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale; dall'assenza di rapporti di parentela, affinità o adozione (da intendersi a mio parere nei medesimi limiti nei quali tali rapporti impedirebbero la celebrazione di un matrimonio o di un'unione civile ai sensi dell'art. 87 cod. civ.²⁸); nonché dalla libertà di

25. Su cui si rinvia a F.M. Mattucci, *Gli alimenti in favore del convivente di fatto*, in *Tratt. Dir. fam.* diretto da Bonilini, vol. V, *Unioni civili e convivenza di fatto*, Torino, Utet, 2017, p. 866.

26. Sulla cui disciplina e controversa qualificazione, cfr. F. Dell'Anna Misurale, *La casa nelle vicende familiari. Adeguatezza, proporzionalità ed effettività delle tutele*, Napoli, ESI, 2018, p. 161 ss.

27. Come rileva S. Polidori, *Le convivenze di fatto e i loro presupposti di rilevanza*, in *Dir. Succ. Fam.*, 2018, p. 130.

28. Nello stesso senso, tra gli altri, M. Trimarchi, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 865; G. Villa, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1319. Al riguardo la disattenta penna del legislatore è stata subito stigmatizzata dagli interpreti. Cfr., ad esempio F. Romeo e M.C. Venuti, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, n. 5, p. 997. Peraltro, pur nell'unanimità delle critiche, alcuni interpreti propongono una interpretazione letterale del comma 36. In tal senso, tra gli altri, M. Porcelli, *Unioni civili e contratto di convivenza: luci ed ombre della Legge Cirinnà*, in G. Recinto, *"Processo" alla famiglia*, Napoli, ESI, 2018, p. 176.

stato²⁹, cioè l'assenza di un rapporto matrimoniale o di unione civile in essere con terze persone o con lo stesso partner³⁰.

Tralascio qui una più approfondita analisi di questi requisiti, osservando però che la loro enucleazione richiama l'art. 143 cod. civ. Secondo alcuni la differenza rispetto alla coppia matrimoniale è che, mentre in essa le prestazioni di reciproca assistenza si configurano come doveri, nella convivenza di fatto altro non sarebbero se non elementi di riconoscibilità della fattispecie³¹. Tuttavia più cogliente pare essere l'opinione secondo la quale la reciprocità di assistenza morale e materiale andrebbe piuttosto «inquadrate come effetto e non come presupposto della convivenza»³², derivandone anche a mio parere un profilo di doverosità che trova tra l'altro riconoscimento nella possibilità per il giudice di imporre l'obbligazione di prestare gli alimenti qualora l'ex convivente versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento³³.

Il confronto con i doveri matrimoniali è però qui mutilato di due importanti elementi: la fedeltà (esclusa anche dalla disciplina formale del rapporto di unione civile) e la coabitazione. Quest'ultima assenza, più della prima³⁴, ha suscitato interrogativi tra gli interpreti che talvolta vi hanno trovato argomento per affermare che l'ambito di applicazione della

29. Il requisito della libertà di stato è confermato dalla giurisprudenza. Al riguardo, cfr. Trib. Palermo, 14.4.2020, n.1271, in *Dir. Succ. Fam.*, 2021, p. 1089 ss. con l'approfondito commento critico di L. Bardaro, *I conviventi di fatto devono essere necessariamente celibi o nubili?* Diverso è però l'avviso di alcuni commentatori secondo i quali sarebbe solo richiesto che i conviventi non siano coniugati o uniti tra loro. La ragione di questa opinione sta nel fatto che il coniuge separato o divorziato che convive con un partner vede pregiudicato il diritto al mantenimento o all'assegno divorzile e sarebbe dunque opportuno che potesse almeno usufruire del diritto agli alimenti successivamente alla rottura della convivenza nonché degli altri effetti patrimoniali a lui favorevoli ai sensi della legge n. 76 del 2016. In tal senso L. Balestra, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 924 ss., S. Polidori, *op. cit.*, p. 133 ss., nonché il già citato Bardaro, che ritiene possibile anche senza la libertà di stato stipulare il contratto di convivenza.

30. È stata rilevata la curiosa assenza dell'impedimento costituito dallo stato di interdizione del partner (cfr., ad esempio, M. Blasi, *op. cit.*, p. 192). Al riguardo va osservato che l'interdetto non è legittimato a rendere la dichiarazione anagrafica; e che la convivenza con un soggetto interdetto, ove l'interdizione sia precedente alla convivenza stessa, non consente, se non approvata dal rappresentante legale, il rilascio del permesso di soggiorno *ex art. 19*, comma 2 TUI al familiare entro il secondo grado del cittadino italiano (Cass., 23.9.2011, n. 19464; Cass. 3.5.2012, n. 6694). Orientamento interpretativo questo che a maggior ragione potrebbe valere per il convivente nell'ambito dell'art. 10, d.lgs. 30/2007.

31. Così, tra gli altri, A. Torroni, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza: disciplina legislativa e ricorso all'autonomia privata*, in *Riv. not.*, 2020, *op. cit.*, p. 653.

32. Così M.C. Venuti, *La regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia*, in *Pol. dir.*, 2016, 1, p. 115.

33. In tal senso, ancora, M.C. Venuti, *op. cit.*, p. 117.

34. Secondo alcuni, tra cui M. Blasi, *op. cit.*, p. 188, si sarebbe trattato nel caso della fedeltà di una mera rappresentazione tipologica e non dell'imposizione di un dovere, essendo l'idea stessa della doverosità in contraddizione con la figura di una famiglia solo di fatto. Il tema del confine tra libertà e vincolatività è però più articolato nel ragionamento svolto da L. Olivero, *Unioni civili e presunta licenza d'infedeltà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1, p. 212 ss., nonché da C. Cicero, *Non amor sed consensus matrimonium facit? Chiose sull'obbligo di fedeltà nei rapporti di convivenza familiare*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, 4, p. 1095 ss.

disciplina delle convivenze di fatto di cui alla legge n. 76 del 2016 comprende anche le convivenze non caratterizzate da coabitazione, nonché quelle nelle quali manca la registrazione anagrafica, la quale sarebbe solo un elemento privilegiato ma non preclusivo di prova della sussistenza della convivenza di fatto, a tutto vantaggio di chi voglia ugualmente valersi degli effetti giuridici da essa derivanti³⁵.

Entrambe le affermazioni, non sempre congiuntamente difese dai rispettivi sostenitori, devono a mio parere essere respinte per le ragioni che mi accingo a illustrare, per quanto soprattutto la seconda sembri attualmente prevalere sia nella giurisprudenza che in dottrina³⁶.

3. Sulla rilevanza giuridica assegnata dal legislatore all'iscrizione anagrafica

Ai sensi del comma 37, già in precedenza richiamato, «per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e alla lettera b) del comma 1 dell'art. 13» del regolamento anagrafico.

Qui il legislatore conferma l'idea (già espressa sin dal nome attribuito alla fattispecie regolata) secondo cui la convivenza consiste nella condivisione di una casa di comune e stabile dimora tra i conviventi entrambi dotati dei requisiti soggettivi previsti dalla legge. Detta abitazione è dunque il luogo della convivenza presso il quale l'iscrizione anagrafica rappresenta l'atto giuridicamente necessario per il suo accertamento, qui da intendere ai fini dell'attribuzione degli effetti derivanti dalla legge n. 76 del 2016.

È questo un passaggio forse ambiguo nella legge Cirinnà che ha suscitato in dottrina un ampio ventaglio di ipotesi, dalla tesi per cui l'iscrizione anagrafica sarebbe l'atto costitutivo della convivenza (tesi largamente minoritaria in dottrina e nella giurisprudenza³⁷, ma a tutt'oggi sostenuta dall'Amministrazione e di conserva dall'Avvocatura dello Stato³⁸) a

35. Tra molti S. Patti, in *Fondazione Italiana del Notariato*, cit., p. 36; L. Lenti, *Il diritto della famiglia*, cit., p. 520; E. Quadri, *op. cit.*, p. 144; L. Guaglione, *La nuova legge sulle unioni civili e convivenze*, Molfetta, ed. Nel Diritto, 2016, p. 108; A. Torroni, *op. cit.*, p. 651 ss.; G. Rizzi, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in *Notariato*, 2017, p. 11.

36. In tal senso, tra gli autori citati alla nota precedente, S. Patti, in *Fondazione*, cit., p. 36; L. Lenti, *Il diritto della famiglia*, cit., p. 520; E. Quadri, *op. cit.*, p. 144.

37. In tal senso tuttavia cfr. D. Berloco, *La disciplina della convivenza*, cit., p. 241 ss.; N. Corvino, *La convivenza di fatto tra cittadino italiano residente e straniera non iscritta in anagrafe e priva di titolo di soggiorno*, in *Lo stato civile italiano*, 2022, 2, p. 45 ss. e 3, p. 50 ss.; F.P. Luiso, *La convivenza di fatto dopo la L. 76/2016*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 1083 ss.; G. Buffone, *L'elemento costitutivo passa per l'iscrizione agli uffici anagrafici*, in *Guida dir.*, 2016, 26, p. 22 ss.

38. Cfr. Circolare del Ministero dell'interno, DAIT, 21.9.2021, n. 78.

quella, opposta, della sua irrilevanza sul piano sostanziale e della sua non preclusività sul piano stesso della prova³⁹.

A quest'ultimo riguardo, in particolare, dottrina e giurisprudenza sembrano avere introiettato la percezione dell'adempimento della dichiarazione anagrafica da parte dei conviventi come di una formalità scarsamente significativa e sostanzialmente opzionale; sproporzionata dunque all'effetto di escludere la fattispecie già completa dei requisiti richiesti dalla legge dal suo ambito di applicazione⁴⁰.

L'argomento principale presentato per giustificare questa interpretazione è dato dal valore di semplice presunzione attribuito in generale alle dichiarazioni anagrafiche, che consente dunque all'interessato di fornire la prova contraria, inclusa la prova che il terzo conoscesse l'effettiva residenza qualora diversa da quella risultante in anagrafe.

Personalmente ritengo tuttavia che l'opzione del legislatore nel redigere il comma 37 fosse proprio quella di costringere entro una forma di registrazione (già peraltro in precedenza doverosa benché ai soli fini demografici) la convivenza di fatto eventualmente già sussistente ma mai registratasi. In tal modo collegando all'avvenuta registrazione la differenziazione disciplinare con le convivenze non registrate, siano queste ultime identiche in fatto o invece per qualche tratto diverse da quelle qualificate al comma 36.

Ciò vale peraltro anche per le convivenze che al momento della loro registrazione possiedono i requisiti di cui al comma 36 senza tuttavia avere avuto una pregressa consuetudine di vita in comune, la quale viene dunque avviata pure sul piano meramente fattuale quale «stabile convivenza nella comune dimora» in precisa concomitanza con la dichiarazione anagrafica della convivenza stessa.

Quest'ultima affermazione esige un chiarimento riguardo alla nozione di stabilità del legame affettivo e di stabile convivenza, richiesti rispettivamente ai commi 36 e 37 della legge Cirinnà⁴¹. Infatti, come è stato esattamente osservato, i commi 36 e 37 non chiedono

39. Oltre agli autori di cui alle note 35 e 36, cfr. nel medesimo senso, tra gli altri, M. Sesta, *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, Giuffrè, 2017, p.184; F. Azzarri, *Unioni civili e convivenze (diritto civile)* in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1002; M. Bona, *La disciplina delle convivenze nella l. 20 maggio 2016 n. 76*, in *Foro it.*, 2016, I, p. 2095 ss.; L. Bardaro, *op. cit.*, p. 1098.

40. Al riguardo cfr., in particolare, Trib. Milano, 31.5.2016, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1473, su cui adesivamente la dottrina civilistica maggioritaria. Ma in senso contrario Trib. Verona, 2.12.2016, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2883 che pare invece esprimere un orientamento condiviso dall'amministrazione dell'interno e fatto valere a tutt'oggi dagli ufficiali di anagrafe con il rifiuto di ricevere il contratto di convivenza quando i due contraenti non siano entrambi già registrati all'anagrafe.

41. Afferma G. Alpa, *Il linguaggio omissivo del legislatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 2, p. 415 ss., che nella lacunosa definizione delle convivenze nella legge Cirinnà «la stabilità riguarda i rapporti affettivi di coppia e la reciproca assistenza morale e materiale, ma non la convivenza». Presupposto di tale affermazione è l'estraneazione del comma 37 dal perimetro definitorio, confinato al solo comma 36, sicché la stabile convivenza parrebbe essere un requisito in più di cui «non si comprende se sia legittimante l'esercizio dei diritti e corrispondentemente l'adempimento degli obblighi previsti, oppure se sia la conseguenza della stabilità del rapporto affettivo».

che la convivenza sia già durata da un certo tempo ma piuttosto che sia durevole (nel senso di potenzialmente duratura)⁴²; dunque non necessariamente già stabilizzatasi nel tempo, ma vocata a detta stabilità anche sulla base di un progetto di residenzialità in comune, che è poi il significato stesso oggettivamente espresso dalla dichiarazione anagrafica⁴³

Costituisce dunque una «stabile convivenza» tra persone «unite stabilmente da legami affettivi» anche quella avviata con la coabitazione il giorno prima della dichiarazione anagrafica da parte dei conviventi che con zelo abbiano osservato l'art. 13 del d.p.r. 223 del 1989 (obbligo della dichiarazione anagrafica nei primi 20 giorni dall'avvio della stabile dimora all'indirizzo)⁴⁴. A rendere stabile detta convivenza non è infatti la pregressa durata della loro relazione ma la decisione di mettere in comune la dimora abituale.

Diversamente opinando sarebbe ben difficile stabilire l'inizio della convivenza (e delle connesse pretese patrimoniali da parte dell'ormai ex convivente)⁴⁵. Parrebbe inoltre poco coerente con la logica di sistema che solo una convivenza avviata tempo addietro la sua iscrizione all'anagrafe (e dunque illegittimamente non dichiarata sino ad allora) possa essere considerata stabile e dunque sussumibile nella fattispecie regolata dalla legge n. 76 del 2016 al momento della dichiarazione anagrafica. Se dunque il legislatore avesse voluto temperare l'esigenza di dare pubblicità legale al rapporto con quella di riconoscere rilievo solo alle convivenze già rivelatesi stabili avrebbe dovuto prevedere una soglia temporale di coabitazione, probabilmente stabilendo come termine iniziale la data dell'iscrizione anagrafica all'indirizzo di comune residenza oppure, riconoscendo efficacia al dato di realtà dell'avvio di fatto della coabitazione amorosa, dando così luogo a un ben maggiore contenzioso riguardo al suo accertamento.

Va dunque mantenuto distinto il piano dell'esistenza di mero fatto della convivenza da quello della sua idoneità a svolgere quegli specifici effetti che le sono attribuiti dalla legge Cirinnà.

42. Negli anni precedenti alla legificazione della convivenza di fatto era abbastanza diffusa l'idea che la convivenza stessa potesse trovare un riconoscimento di effetti solo dopo due o tre anni almeno di coabitazione. In tal senso ad esempio M. Cocuccio, *Convivenza e famiglia di fatto: problematiche e prospettive*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 915 ss.

43. Ineccepibili in tal senso le considerazioni di M. Gorgoni, *op. cit.*, p. 191.

44. In senso diverso però L. Balestra, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, p. 927, secondo cui tale interpretazione sarebbe eccessivamente sbilanciata a favore di un principio di libertà invece di sostenere un più opportuno principio di responsabilità, con l'effetto di consentire la registrazione di convivenze di fatto anche se costituite nella realtà da appena un giorno. Simile anche la posizione espressa da R. Mazzariol, *Convivenza di fatto, coabitazione e registrazione anagrafica: due requisiti non essenziali per la configurabilità di una convivenza di fatto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1242.

45. E infatti alcuni autori, pur affermando l'applicabilità della legge Cirinnà anche alle convivenze prive di iscrizione anagrafica ritengono che la data di iscrizione costituisca almeno presunzione legale semplice del *dies a quo* della convivenza stessa. Al riguardo, M. Blasi, *op. cit.*, p. 189; nonché A. Torroni, *op. cit.*, il quale parrebbe configurare una presunzione legale assoluta riguardo agli effetti di cui ai commi 42 e 65 della legge Cirinnà.

A questo riguardo non sembra potere rimanere priva di implicazioni ricostruttive la scelta del legislatore di richiedere l'iscrizione delle convivenze all'anagrafe (anziché, come molti si aspettavano, in un registro delle convivenze appositamente istituito) cioè in un registro riguardante fatti necessariamente ma anche immediatamente preesistenti all'iscrizione stessa (la residenza abituale delle famiglie sul territorio comunale)⁴⁶. E difatti, come è stato poc'anzi ricordato, l'eventuale omissione della dichiarazione anagrafica a più di venti giorni dall'avvio della residenza con il convivente configura un illecito amministrativo sanzionato con una pur modesta sanzione pecuniaria.

Non si può comunque ignorare l'affermazione di cui al comma 37 che pretende l'iscrizione anagrafica quale unico mezzo di accertamento della convivenza (presupponendo però la sua verace corrispondenza al fatto) senza la quale non è data alla fattispecie l'effettività giuridica disposta dalla legge Cirinnà⁴⁷, identificando così detto accertamento nell'adempimento di un obbligo successivo alla convivenza stessa e di per sé gravante individualmente su tutti i residenti maggiorenni, tenuti a dichiarare entro venti giorni dal loro inizio all'ufficiale di anagrafe la propria residenza (solitaria o in comune con altri)⁴⁸.

Vero è che l'aver definito la dichiarazione anagrafica dei conviventi come atto necessario di accertamento non è stata una decisione del tutto felice da parte del legislatore, la quale però resta, ciò malgrado, abbastanza chiara nel suo intento. Al riguardo non può che osservarsi, come da altri rilevato, che l'iscrizione anagrafica in sé non vale ad accertare una convivenza di fatto ove essa in realtà non sussista e ove, quindi, manchino gli elementi necessari alla sua qualificazione ai sensi del comma 36 della legge⁴⁹. L'iscrizione anagrafica è quindi un elemento di ulteriore qualificazione della fattispecie, restando però sul piano probatorio la possibilità di dimostrare che la fattispecie stessa non sussisteva, non avendo

46. È stato infatti osservato che per aversi una situazione di residenza dovrà darsi un comportamento già esternatosi in concreto abitando un luogo, ma che allo stesso tempo indichi un'intenzione volta al futuro: e cioè che «la persona si sia fermata in un luogo per restarvi abitualmente», benché tale abitudine sia ancora, dal punto di vista storico, solo una prospettiva futura. Così G. Mirabelli, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, Jovene, 1955, con ristampa anastatica in Milano, Kluwer-Ipsa, 1998, p. 174 ss.

47. Recita il comma 37: «per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica» e non già «può farsi riferimento alla». Il tono asseverativo della norma è evidente.

48. Opinione questa condivisa con diverse sfumature da U. Perfetti, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1746; F. Tassinari, *Il contratto di convivenza nella l. 20.05.2016 n. 76*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1738. Altri giunge a conclusioni di effetto pratico equivalente configurando l'iscrizione anagrafica come mezzo esclusivo di prova. Così S. Pellegatta, *Convivenza di fatto e dichiarazione anagrafica: natura costitutiva o probatoria?*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 894.

49. Sotto questo profilo sono dunque condivisibili le osservazioni svolte da G. Amadio, *La crisi della convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1769, ove si sottolinea tra l'altro che la nozione di accertamento mal si confà a un elemento costitutivo della fattispecie.

in realtà avuto luogo l'effettiva convivenza o non avendo questa posseduto i caratteri previsti dalla legge⁵⁰.

Taluni al riguardo hanno ricondotto l'onere (tale ai fini della qualificazione del rapporto di coppia, ma costituente in realtà un obbligo sotto il profilo anagrafico) dell'iscrizione anagrafica della convivenza alla figura della condizione legale di efficacia⁵¹, figura come è noto ambigua e polisensa nella teoria generale del diritto e forse accettabile in questo particolare contesto solo se intesa come presupposto necessario esclusivamente ai fini dell'efficacia, o almeno di determinati effetti (in questo caso quelli previsti dalla legge Cirinnà) riferibile a una fattispecie già completa e in sé già costituitasi come fatto (*rectius*: atto) giuridico genericamente rilevante.

Esito delle considerazioni sin qui svolte è che in mancanza dell'iscrizione anagrafica – forse non a torto definita in questo ambito come una sorta di “rito di passaggio”⁵² – la convivenza di fatto costituisce comunque una realtà giuridicamente rilevante e anche, sul piano probatorio, accertabile, alla quale rimangono riferibili tutti gli effetti che le sono o le saranno riconosciuti da altre leggi e dal diritto vivente, con preclusione però dell'applicazione diretta (salva invece l'eventuale analogia *legis*) della legge Cirinnà la quale, nell'applicarsi alle convivenze anagraficamente registrate, non interviene sfavorevolmente nei riguardi di quelle non registrate.

L'iscrizione anagrafica non dà dunque vita alla convivenza di fatto – come accade invece al matrimonio con la sua celebrazione davanti al Sindaco – né d'altra parte l'essere stata registrata consente alla convivenza di sopravvivere all'interruzione sia pure non dichiarata della convivenza, non potendosi ammettere una «separazione solo di fatto» della convivenza di fatto⁵³.

50. Pone in questi giusti termini la questione, nel ricostruire le diverse posizioni della dottrina, S. Polidori, *op. cit.*, p. 1098 ss.

51. Come è noto, l'espressione «condizione legale di efficacia» non ha una fisionomia univoca. Spesso tuttavia essa viene utilizzata per indicare un fatto esterno alla fattispecie condizionata che influisce solo sugli effetti o, piuttosto, su alcuni effetti di essa. Al riguardo cfr., per tutti, P. Rescigno, *Condizione nel negozio giuridico (diritto vivente)*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, Giuffrè, 1961, p. 762.

52. Così M. Gorgoni, *Le convivenze di fatto*, cit., p. 195: «il legislatore non ha dato alla dichiarazione anagrafica di cui all'art. 4 del regolamento il valore di prova dell'inizio della convivenza al fine di misurarne la successiva stabilità, ma l'ha utilizzata come rito di passaggio dal fatto della convivenza alla sua giuridificazione agli effetti della legge n. 76». P. Femia, *Dichiarazioni d'amore. Fattispecie e convivenza tra matrimonio e unioni civili*, in A. Busacca, *La famiglia all'imperfetto?*, ESI, Napoli, 2016, p. 269 ss., ritiene esile ma pur sussistente il rituale che caratterizza la fattispecie della convivenza dichiarata rispetto alla coppia di fatto che rimanga al riguardo del tutto silente.

53. In molti si sono soffermati sugli inconvenienti dell'omessa dichiarazione anagrafica di rottura della convivenza, specie in presenza di un contratto di convivenza registrato. Tra questi M. Leo, *Forma e pubblicità dei contratti di convivenza*, in Fondazione Italiana del Notariato, cit., p. 69 ss.; G. Oberto, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali e il contratto di convivenza*, in Fondazione, cit., p. 71 ss. La diversa opinione (per la quale cfr. F. Mecenate, *Unioni civili e convivenze. Successioni, forma e pubblicità, diritto internazionale privato*, in Aa. Vv., *La nuova regolamentazione*, cit., p. 151 ss.) cui inizialmente avevo io stesso aderito, pare sopravvalutare in senso costitutivo e dunque simmetricamente estintivo la funzione dell'iscrizione anagrafica rispetto al fatto in essa registrato, obliterando la rilevanza del fatto in sé della convivenza (e del suo venire meno).

L'obbligo di dichiarare l'interruzione della convivenza quando questa si verifichi, sebbene non espressamente previsto dalla legge n. 76 (assai più concentrata, non a caso, sulla risoluzione del contratto di convivenza che non sulla fine in sé della convivenza stessa) è però esso pure sancito dall'art. 13 del regolamento anagrafico; ma qualora non sia stato adempiuto dall'ex partner, né segnalato dall'ex compagno, l'abbandono della convivenza potrà comunque essere dimostrato fornendo la prova contraria alle risultanze anagrafiche (sia pure con salvezza, almeno sul piano delle regole di responsabilità, dei diritti dei terzi di buona fede).

4. Sul requisito della effettiva residenza nella casa familiare. Convivenza vs coabitazione?

Sia consentito l'uso del termine di casa familiare, pur avendo il legislatore evitato, forse per motivi ideologici, sia di utilizzare il sostantivo «famiglia» sia l'aggettivo «familiare» riguardo alla fattispecie in esame, che pure segna oggettivamente un primo accoglimento nella legislazione stessa, dopo lunga resistenza, di un processo di «istituzionalizzazione del pluralismo dei modelli familiari»⁵⁴.

Pare logico in effetti che il lemma «convivenza di fatto» richieda l'esistenza di una casa familiare. Conclusione questa a cui si può sfuggire solo nel caso, possibile ma molto particolare, della coppia di fatto composta da persone entrambe senza fissa dimora o senza tetto⁵⁵.

Tuttavia una parte degli interpreti sostiene la diversa opinione secondo cui la legge n. 76 del 2016 si applicherebbe anche a coppie di fatto «non coabitanti», bastando a tal fine la connotazione affettivo-sessuale di una relazione duratura nel tempo⁵⁶.

L'impressione è che a monte di questo orientamento interpretativo vi siano istanze culturali che precedono il dato normativo⁵⁷; e che anzi si rapportano ad esso con un approccio ortopedico-correttivo, tale da ricondurre forzatamente il legislatore ad una postura più corretta di quella erroneamente assunta nonostante gli auspici della dottrina stessa⁵⁸.

54. Il virgolettato è tratto da E. Quadri, *Matrimonio*, cit., p. 139.

55. In tali casi il fatto della convivenza insisterà sui medesimi, molteplici e precari alloggi, oltre che sulla comunanza del domicilio territoriale di cui all'art. 2 della legge anagrafica. Per quanto la lettera della legge Cirinnà vada presa con cautela, il comma 52 nel richiamare l'art. 7 del regolamento anagrafico parrebbe avallare l'ipotesi di convivenze senza fissa dimora. Il riferimento a tale norma probabilmente è però frutto di un mero *lapsus calami* del legislatore, come suppone, tra gli altri, A. Zaccaria, *L'opponibilità del contratto di convivenza*, in *Studium Iuris*, 2019, p. 713. Pare invece difficile comprendere perché, secondo il Ministero dell'interno (DAIT, nota del 6 febbraio 2017) non possano darsi coppie di fatto italiane residenti all'estero con iscrizione all'A.I.R.E.

56. Tra questi L. Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., p. 520 ss.; F. Parente, *op. cit.*, p. 802; A. Torroni, *op. cit.*, p. 657.

57. Istanze ben rappresentate da S. Navas Navarro, *Les couples non-cohabitants (living apart together) en Europe*, in *Rev. int. dr. comparé*, 2016, p. 425 ss.

58. Se ne avvede T. Auletta, *Diritto di famiglia*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 17, osservando come detto orientamento risulti incoerente con l'istituto così come in concreto normato dal legislatore.

È stato sostenuto al riguardo che la reciproca assistenza, l'affetto e la comunanza di vita non richiederebbero la coabitazione, la quale talvolta costringerebbe uno o entrambi i soggetti ad abbandonare inopportuno la casa familiare (intesa come la casa dei figli e dei nipoti, o semplicemente il proprio domicilio personale) cui si è legati per intraprendere altrove una coabitazione inessenziale per la realizzazione di un progetto di vita in comune.

È questa una prospettiva che valorizza l'autonomia della persona nei riguardi del partner, attenuando lo spessore quotidiano della relazione, la quale spesso si costituisce a seguito di precedenti e più assorbenti vissuti familiari ormai conclusi.

Costituisce indubbiamente una questione di sensibilità culturale ritenere soddisfacente o meno il grado di recepimento legislativo di tali istanze, a fronte anche di opzioni diverse in altri Paesi a noi vicini. Al riguardo infatti altra parte della dottrina esprime posizioni del tutto adesive alla scelta del nostro legislatore, ricordando come, a fronte di un riconoscimento legale di diritti che implicano simmetricamente corrispondenti doveri, si sia opportunamente evitato di giuridificare, cioè di sottoporre a vincoli ed obblighi, «ogni relazione affettiva, lasciando invece tutta la fascia dei rapporti che non raggiungano un certo grado di intensità, denotato dalla stabile coabitazione risultante in sede anagrafica, nell'ambito della mera libertà, senza diritti e senza doveri»⁵⁹. Affermazione quest'ultima in buona sostanza condivisibile, benché da relativizzare alla luce del diritto vivente sviluppatosi negli ultimi decenni riguardo alla effettività giuridica delle relazioni affettive, con o senza convivenza, le quali possiedono dunque un loro registro di rilevanza, sia pure esterno alla legge Cirinnà⁶⁰.

Qualunque sia il grado di apprezzamento della legge Cirinnà resta tuttavia difficile ipotizzare che questa possa trovare applicazione alle coppie strutturate senza coabitazione. Ostano infatti a tale esito la chiara volontà legislativa (almeno su tale punto), l'utilizzo stesso dell'espressione «convivenza di fatto» e la pur ambigua clausola relativa all'iscrizione anagrafica ad un indirizzo di comune abitazione.

È stata già richiamata la disciplina anagrafica, ricordando come le dichiarazioni in essa previste non siano atti di mera volontà ma dichiarazioni di scienza attraverso le quali il dichiarante per un verso partecipa all'Amministrazione un suo progetto di residenzialità ma per altro verso comunica un dato oggettivo (quello dell'effettiva dimora necessariamente già in essere) sottoposto alle verifiche dell'ufficio e sanzionabile in caso di falsità (falso che sarà accertabile, presumibilmente, solo riguardo al fatto della stabile dimora e non certo riguardo alla natura del rapporto affettivo tra i conviventi).

59. Così M. Rizzuti, *Prospettive di una disciplina*, cit., p. 116.

60. Assistiamo in realtà al riproporsi riguardo alle convivenze della legge Cirinnà di acquisizioni dottrinarie e giurisprudenziali afferenti in realtà al più vasto arcipelago delle relazioni affettive. Ricorrente ad esempio, il richiamo decontestualizzato all'acuto ma risalente contributo di G. Ferrando, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, 1998, p. 185.

Un cenno deve ora essere rivolto alla distinzione, non sempre limpida, tra il concetto di convivenza e quello di coabitazione, posto che uno degli argomenti utilizzati per sostenere l'applicabilità diretta della legge Cirinnà alle coppie non coabitanti si serve proprio di tale distinzione per sostenere che può aversi convivenza senza coabitazione e dunque identificando la convivenza all'interno di categorie concettuali non normate e tuttavia rilevanti, come quella di comunanza di vita, di «progetto in comune», di solidarietà di coppia, ecc.

La stessa giurisprudenza del resto è più volte intervenuta affermando una nozione di convivenza composta da più elementi di relazione e di stabilità fungibili tra loro, tra i quali alla coabitazione è assegnato un ruolo centrale ma non sempre indispensabile.

Questo orientamento giurisprudenziale però si concentra soprattutto sul tema del risarcimento del danno non patrimoniale causato dall'uccisione o dal ferimento del partner non coabitante con l'attore ma a questi legato stabilmente, pertanto il registro interpretativo coinvolto non riguarda la fattispecie in sé della convivenza di fatto ai sensi della legge Cirinnà bensì la più ampia e frastagliata realtà delle relazioni di coppia. Prima e dopo la legge n. 76 del 2016, ma anche dentro e fuori di essa⁶¹.

Ebbene, non v'è dubbio che la coabitazione indichi di per sé solo il fatto di abitare sotto lo stesso tetto senza necessariamente significare un «vivere insieme» come famiglia, per darsi il quale la coabitazione è necessaria ma non basta, implicando altresì, ai sensi dell'art. 4, d.p.r. n. 223/1989, un legame interpersonale affettivo o parentale. Coabitano dunque gli studenti di uno studentato o i militari all'interno di una caserma. Convivono invece i coniugi, le parti dell'unione civile e le coppie di fatto, dando così vita a una famiglia.

Vero è che anche all'interno della vita di coppia una interruzione o sospensione della coabitazione è possibile e senz'altro ragionevole al ricorrere di particolari circostanze, senza le quali tuttavia la mancanza di coabitazione potrà di volta in volta fare emergere una situazione di inadempimento di obblighi (nel matrimonio o nell'unione civile), di possibile simulazione del rapporto, o anche di inidoneità all'imputazione di determinati effetti giuridici

61. Secondo Cass. 13.4. 2018, n. 9178, «se la coabitazione è stata finora indicata come un indice rilevante e ricorrente dell'esistenza di una famiglia di fatto, individuando l'esistenza di una casa comune all'interno della quale si svolge il programma di vita comune, non è stato peraltro ritenuto un elemento imprescindibile, la cui mancanza, di per sé, fosse determinante al fine di escludere la configurabilità della convivenza». In tal senso, in effetti, anche la giurisprudenza precedente alla legge Cirinnà e dunque non centrata sulla figura della «convivenza di fatto». Si veda in particolare Cass. 21.3.2013, n. 7128, secondo cui va riconosciuto il danno non patrimoniale «recato al rapporto di convivenza, da intendere quale stabile legame tra due persone connotato da durata e significativa comunanza di vita e di affetti, anche quando non sia contraddistinto da coabitazione».

che altrimenti ne discenderebbero, o infine di inconfigurabilità giuridica della fattispecie legale, come a mio avviso accade con le convivenze di fatto di cui alla legge Cirinnà⁶².

Vero è che la coppia, diversamente dagli studenti di un internato, non si limita a coabitare, data l'intesa affettiva la quale eleva il fatto della coabitazione trasformandolo in convivenza (per cui, di contro, i separati in casa non convivono ma caso mai coabitano).

Non smettono d'altra parte di convivere (né ciò dovrebbe portare a una scissione delle rispettive residenze, anche in senso anagrafico⁶³) quei coniugi o partner che interrompano la coabitazione per ragioni di lavoro, studio, cura, detenzione o altro motivo di necessità⁶⁴.

È questa una conclusione di rilievo specie per il caso delle convivenze di fatto di cui alla legge Cirinnà, dato che altrimenti opinando si costringerebbe il partner a dovere scegliere tra l'abbandono in senso giuridico della convivenza di fatto (per effetto del mutamento di residenza anagrafica) oppure la rinuncia alla propria libertà di circolazione, di ricerca del lavoro o di studio.

Ciò trova conferma, all'interno del codice civile, nei diversi riferimenti normativi alla nozione di «residenza familiare» (si vedano gli articoli 146, 244, 330, 333 e 540 cod. civ.), la cui particolarità rispetto alla nozione comune di residenza sta nel suo riferirsi alla comunità familiare anziché all'individuo⁶⁵. Quest'ultimo trova dunque nella residenza familiare la propria residenza personale, fungendo la prima da luogo di attrazione della seconda, anche a fronte di lunghe assenze dovute, ad esempio, a motivi di lavoro o di studio⁶⁶.

A decidere quale sia il luogo di residenza della persona non è dunque la quantità dei giorni dell'anno vissuti a un numero civico piuttosto che in un altro, ma il fatto che uno, a differenza degli altri, funge da casa familiare ed è quindi il luogo della propria intimità, per

62. Al riguardo M. Blasi, *op. cit.*, p. 190, configura la mancanza programmata e dunque voluta della coabitazione come «il vero limite all'autonomia dei conviventi, che mina i profili di rilevanza esterna della convivenza».

63. In diverso senso dal testo M.V. De Giorgi, *La casa nella geografia familiare*, in *Europa e diritto privato*, 2013, p. 766, secondo cui «non vi è peraltro alcun obbligo espresso di fissare un'unica residenza anagrafica, anzi residenze diverse sono frequenti» tra le coppie matrimoniali.

64. Cfr., tra molte conformi, Cass. 15.2.2021, n. 3841.

65. Su punto, M. Costanza, *Domicilio, residenza e dimora - Dir. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, p. 1 ss.

66. In tal senso, per tutti, L. Olivero, *La separazione di fatto dei coniugi*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 144 ss. Ciò vale anche per le parti dell'unione civile le quali, ai sensi dell'art. 1, co. 12 della legge n.76 del 2016, «concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune». Non credo che la sostituzione dell'espressione «residenza familiare» con quella di «residenza comune» ponga la persona unita civilmente in una relazione con l'abitazione comune diversa da quella che il coniuge ha con la casa familiare. Con particolare riguardo all'applicazione dell'art. 146 c.c. alle unioni civili, cfr. M. Gattuso, *Altre disposizioni del codice civile*, in G. Buffone, M. Gattuso e M.M. Winkler, *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 216 ss.

G. De Cristofaro, *Le unioni civili fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della legge 20 gennaio 2017, n.76, integrata dal D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2017, 1, p. 129 secondo il quale la legge n. 76 avrebbe obbligato inderogabilmente e immotivatamente i conviventi alla coabitazione.

usare l'espressione cara a una nota dottrina⁶⁷. Sicché non integra un indirizzo di residenza l'abitazione dove il lavoratore rimane a dormire perché gli è impossibile o troppo faticoso il pendolarismo, rientrando presso la famiglia (cioè all'indirizzo di residenza) solo nel fine settimana od anche ad intervalli più lunghi⁶⁸.

Volgendoci ad una prima conclusione, osserviamo dunque che nella figura legale della convivenza di fatto ai sensi della legge Cirinnà non è possibile sostituire idiosincraticamente la coabitazione con un diverso modo di pensarsi in comunione. La coabitazione può quindi essere interrotta, magari anche per lunghi periodi, ma solo perché questo è reso necessario da oggettive esigenze della coppia e dei suoi singoli componenti.

Potrà di conseguenza mancare (per un tempo dato, anche lungo) la coabitazione ma non la residenza in comune. In presenza di date circostanze infatti l'esistenza di due diverse dimore presso le quali si trovano ad abitare i due conviventi non è in contraddizione con il mantenimento di un'unica e comune residenza, intesa come focolare domestico individuato di comune accordo e come tale mantenuto anche nei periodi di mancata coabitazione quale luogo di riferimento più intimo ed esistenzialmente significativo della persona⁶⁹.

Delle considerazioni sin qui svolte sarà necessario avvalersi nell'esaminare la questione cui in via principale questo saggio intende rispondere: ovvero la possibilità per lo straniero residente legalmente o illegalmente in Italia di divenire partner di una convivenza di fatto regolata dalla legge Cirinnà; nonché le possibili implicazioni che questa sua condizione familiare può comportare rispetto alla sua posizione amministrativa di soggiorno.

Il tema è incastonato nella più ampia disciplina del diritto dell'immigrazione per motivi familiari, a riguardo del quale due ordini di considerazioni paiono in effetti da contemperare individuando ragionevoli punti di equilibrio nella disciplina della libertà di circolazione ed in quella dell'immigrazione.

Penso in primo luogo all'affermazione (in passato controversa ma ormai pressoché unanime in dottrina) secondo cui sarebbe costituzionalmente incompatibile una regolazione (o non regolazione) degli effetti giuridici dei vincoli familiari non matrimoniali che implicasse la loro riprovazione⁷⁰.

67. C.M. Bianca, *Diritto civile*, I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 277.

68. Così una nota decisione del Tar Piemonte, 24.8.1991, n. 320, riguardante un doganiere di servizio a Modane, ma residente con la famiglia a Bardonecchia. La decisione è opportunamente valorizzata per esemplificare la differenza tra dimora per motivi di lavoro e residenza da M. Tortora, *L'anagrafe e le leggi Bassanini*, in V. Italia, E. De Marco e P. Bilancia, *Riforme e regolamenti degli enti locali*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 152 ss. Particolarmente netto, al riguardo, L. Montuschi, *Delle persone e della famiglia*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1970, p. 9.

69. Particolarmente netto, al riguardo, L. Montuschi, *Delle persone*, cit., p. 9.

70. Il superamento di un atteggiamento di riprovazione costituisce un passaggio proprio della letteratura degli anni '80 e '90 del secolo scorso, anche di quella non lontana da istanze cattoliche. Al riguardo, tra molti: P. Perlingieri, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *Rass. dir. civ.*, 1988,

La rispondenza alla realtà di tale affermazione va ovviamente verificata nelle diverse discipline “non civilistiche” in materia di ricongiungimento e di coesione familiare, dalle quali dipende la possibilità o viceversa l’impedimento dello svolgersi della vita familiare sul territorio italiano. Se questo di certo non implica *tout court* la necessità di una disciplina paritaria tra realtà familiari così diverse come le famiglie matrimoniali e le famiglie di fatto, tuttavia richiede di non chiudere *sic et simpliciter* le porte del diritto amministrativo alla vita familiare delle coppie di fatto con elementi di internazionalità.

Occorre tuttavia evitare pure che, per il tramite di forme familiari particolarmente leggere, trovi spazio un utilizzo abusivo delle relazioni di coppia, sia creando situazioni di mera apparenza, sia riconoscendo effetti sproporzionati rispetto a rapporti dotati di non chiara consistenza.

A quest’ultimo riguardo l’elemento della coabitazione (cui si accompagna ovviamente la possibilità della sua sospensione per giustificati motivi) può, assieme ad eventuali altri, costituire uno strumento di selezione nel riconoscimento di effetti non privatistici.

5. I diritti di soggiorno del partner del cittadino europeo (o italiano) nella disciplina sulla libertà di circolazione

Il diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini dell’Unione poggia direttamente sull’art. 21 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (TFUE): «ogni cittadino dell’Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal presente trattato e dalle disposizioni adottate in applicazione dello stesso». Questa è la base giuridica della legislazione europea derivata la quale nei casi dubbi deve essere interpretata nel modo più favorevole all’attuazione della libertà di circolazione, a maggiore tutela del cittadino europeo e dei suoi familiari, eventualmente cittadini di Paesi terzi.

Il diritto di libera circolazione e soggiorno trova oggi attuazione nei Paesi membri mediante il recepimento della direttiva 2004/38/CE che disciplina la condizione del cittadino dell’Unione e dei suoi familiari; recepimento che in Italia è stato realizzato con il d.lgs. n. 30 del 2007.

Si noti che l’art. 23 del d.lgs. n. 30 prevede l’applicazione delle disposizioni in esso contenute riguardo ai cittadini europei ed ai loro familiari europei o cittadini di Paesi terzi anche ai cittadini italiani e ai loro familiari stranieri «se più favorevoli»⁷¹.

p. 601 ss.; A. Falzea, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in Aa. Vv., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, ESI, 1988, p. 51 ss.

71. Rendendo così possibile la giurisdizione della Corte di Giustizia riguardo al corretto recepimento sia della direttiva n. 2004/38/CE che della direttiva 2004/86/CE riguardo ai familiari stranieri di cittadini italiani. Al riguardo, cfr. Corte di Giustizia dell’Unione europea, 12.12.2019, C-381/18 e C-382/18.

In questo modo il nostro Paese – non perché vi fosse tenuto, ma esercitando una sua facoltà – estende l’ambito della disciplina sul diritto alla vita familiare del cittadino europeo esercitante la libertà di circolazione anche ai suoi cittadini che non abbiano esercitato la propria libertà di circolazione nello spazio europeo, i quali dunque, sebbene siano rimasti residenti all’interno dei confini nazionali, vengono così ugualmente avvantaggiati sia in ordine alla regolarizzazione dei familiari stranieri soggiornanti irregolarmente nel Paese sia in ordine all’ingresso dei familiari stranieri provenienti dall’estero.

All’art. 23 del d.lgs. n. 30 fa poi eco l’art. 28, comma 2, del Testo unico sull’immigrazione (d’ora in poi TUI) il quale dispone anch’esso che «ai familiari stranieri di cittadini italiani o di uno Stato membro dell’Unione europea continuano ad applicarsi le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 30 dicembre 1965, n. 1656 (oggi sostituito dal d.lgs. n. 30 del 2007), fatte salve quelle più favorevoli del presente Testo unico o del regolamento di attuazione»⁷².

Le due citate disposizioni consentono dunque al cittadino italiano o europeo e ai suoi familiari stranieri di utilizzare, secondo la sua migliore convenienza, i diversi strumenti di accesso al ricongiungimento familiare e di mantenimento dell’unità familiare offerti di volta in volta sia dal diritto dell’immigrazione che dalla disciplina di recepimento del diritto europeo in materia di coesione familiare.

In concreto, l’applicabilità del diritto eurounionale sulla libertà di circolazione risulta particolarmente vantaggiosa per le coppie di fatto, il cui ricongiungimento non è in alcun modo contemplato dal diritto italiano dell’immigrazione ma è invece ammesso dall’art. 3 della direttiva 2004/38/CE e di conseguenza dagli artt. 3 e 9 del d.lgs. n. 30/2007.

Va preliminarmente osservato che, ai sensi dell’art. 3, par. 2, della direttiva, il diritto di ingresso e di soggiorno spetta al «partner con cui il cittadino dell’Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata».

L’espressione «debitamente attestata» è stata sottoposta dal legislatore italiano a due diverse manipolazioni di intensità decrescente. In un primo tempo, infatti (sino alla modifica introdotta con l. n. 97 del 2013) l’art. 3 del d.lgs. 30/2007 richiedeva, a giustificazione di una qualche pretesa di coesione familiare, che l’unione non coniugale fosse «attestata dallo Stato del cittadino dell’Unione» mentre oggi la norma interna prevede che sia debitamente attestata «con documentazione ufficiale».

È dunque diminuito lo iato tra il diritto derivato europeo e la norma italiana di recepimento, la quale inizialmente, pretendendo che la coppia di fatto fosse attestata

72. Il rinvio che l’art. 28 fa al d.p.r. n. 1656 del 1965 è infatti da intendersi quale rinvio al diritto comunitario sulla libertà di circolazione e non come rinvio al testo di diritto derivato in sé considerato ed in effetti non più vigente. In tal senso L. Olivetti, *Lo status dei coniugi non comunitari di cittadini italiani fra diritto al soggiorno e obbligo di convivenza*, in questa *Rivista*, n. 3.2005, p. 154 ss.

dall'autorità statale di un Paese membro, escludeva tutte le coppie «riconosciute» presso altri ordinamenti statali (come nel caso del partner di un cittadino italiano il cui *ménage* fosse sorto e attestato in Argentina o negli Stati Uniti).

Oggi – che è in effetti venuta meno questa limitazione geografica – permane però un disallineamento rispetto alla direttiva, consistente nel requisito aggiuntivo del carattere ufficiale della documentazione il quale forse, nell'intenzione del legislatore domestico, avrebbe dovuto declinare con minore vaghezza l'espressione «debitamente attestata» figurante come requisito della relazione di coppia di cui all'art. 3 della direttiva.

Anche questa seconda e minore manipolazione testuale suscita tuttavia perplessità. Infatti, come è stato sottolineato dalla Cassazione, essa contrasta con le linee interpretative fatte proprie dalla Commissione europea al punto 2.2.2.1. della Comunicazione COM 2009 (313) del 2 settembre 2009, ove è scritto che «le persone cui la direttiva riconosce diritti in quanto partner stabili possono essere tenute a presentare prove documentali che dimostrino la loro qualità di partner di cittadini UE e la stabilità della relazione. La prova può essere fornita con ogni mezzo idoneo». Da ciò il Supremo Collegio ha tratto motivo per riconoscere il diritto al rilascio della carta di soggiorno per familiare di cittadino europeo/italiano al partner straniero di una convivenza di fatto costituitasi in Italia prima della legge n. 76 del 2016⁷³.

La rilevanza operativa della discutibile variazione lessicale (e di conseguenza anche disciplinare) operata dal legislatore italiano non si verifica tanto rispetto alle coppie provenienti dall'estero, la cui debita attestazione coincide di solito (anche se non necessariamente) con l'iscrizione in un pubblico registro.

Decisivo ne è invece l'impatto sulle coppie formatesi in Italia e coinvolgenti un cittadino italiano oppure europeo e un cittadino straniero irregolarmente soggiornante. Occorre infatti rammentare che, nella sua opera di interpretazione autentica del diritto eurounionale sulla libertà di circolazione, la Corte di Giustizia ha ben chiarito che l'eventuale ingresso o soggiorno irregolari del familiare del cittadino europeo sul territorio dell'Unione non pregiudicano il diritto all'unità familiare così come sancito agli articoli 2 e 3 della direttiva n. 38 del 2004⁷⁴.

Questo *acquis* eurounionale collide però con la lettera del comma 37 della legge n. 76 del 2016 letta in combinato disposto con l'art. 6, comma 7, TUI, ove si dispone che le iscrizioni e variazioni anagrafiche possano riguardare solo gli stranieri regolarmente soggiornanti.

73. Cass. 17.2.2020, n. 3876.

74. Corte giust. Cee, 25.7.2008, C-127/08, *Baheten Metock et al.*, c. Irlanda; Corte giust. Cee, 19.12.2008, *D.S. c. Austria*.

Effetto almeno apparente di tale combinato disposto è infatti quello di escludere dalla possibilità di attestare la convivenza di fatto mediante la corrispondente dichiarazione anagrafica quelle coppie amorose, pur stabili, nelle quali uno dei partner sia un cittadino non europeo privo del permesso di soggiornare in Italia.

Pare a chi scrive che se questo fosse l'unico esito interpretativo cui giungere, il comma 37 della legge n. 76 del 2016 ne risulterebbe sia costituzionalmente illegittimo, sia incompatibile con il diritto europeo, inteso tanto come diritto dell'Unione che come diritto CEDU.

6. Se letto in combinato disposto con l'art. 6, comma 7, TUI, il comma 37 della legge n. 76 del 2016 sarebbe affetto da illegittimità costituzionale e unionale

Nella prospettiva del diritto CEDU a risultare violati sarebbero gli articoli 8 («Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare ...») e 12 («l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto»). Nella prospettiva in parte sovrapponibile del diritto dell'Unione l'ipotizzato conflitto sarebbe invece con gli articoli 7 e 9 della Carta dei diritti fondamentali del cittadino dell'Unione europea.

Non v'è dubbio ormai che tali disposizioni – e in particolare i gemellari articoli 12 CEDU e 9 della Carta dei diritti fondamentali – riguardino anche la famiglia la cui fondazione non dipenda dall'atto di matrimonio⁷⁵. Le due fattispecie ripartite in duplice forma nei quattro articoli richiamati sanciscono però diritti non incondizionati in quanto sottoposti a limiti di esercizio da parte del legislatore nazionale, chiamato a un ragionevole bilanciamento con altri interessi, specie di natura pubblicistica⁷⁶.

Non può tuttavia essere consentito al legislatore di porre limitazioni che risultino in contrasto con il divieto di discriminazione, oppure che svuotino il contenuto essenziale del diritto alla vita familiare o di fondare una famiglia, anche se ciò non riguardi tutti i soggetti sottoposti alla norma ma solo alcuni di essi, differenziati sulla base di criteri ultranei rispetto ai principi del diritto di famiglia⁷⁷.

Nell'adottare misure di limitazione di tali diritti i Paesi membri sono quindi comunque tenuti al rispetto dei principi di necessità e proporzionalità; e nel caso dei provvedimenti amministrativi o giudiziari anche al rispetto del principio di legalità.

75. Cfr. Corte EDU, 13.6.1979 *Marckx c. Belgio*; 27.10.1994, *Kroon e altri c. Paesi Bassi*, ric. n. 18535/91; 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, ric. n. 16969/90.

76. Sul punto L. Tomasi, *La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu*, in *Questione Giustizia*, 2019, 2, p. 36 ss.

77. Corte EDU, 17.10.1986, *Rees c. Regno Unito*, ric. n. 9532/81.

È agevole osservare, al riguardo, che nel caso di specie avremmo una regola statale di accesso all'unico atto possibile di accertamento della «convivenza di fatto» che esclude i partner non regolarmente soggiornanti; e detta esclusione non sarebbe fondata su un criterio interno al diritto di famiglia (come la mancanza dello stato libero, la minore età ecc.) ma su una qualità del soggetto di rilevanza meramente amministrativa o al limite penale (il reato di irregolare soggiorno)⁷⁸.

Detta esclusione inoltre, impedendo la formalizzazione della relazione giuridicamente qualificata di convivenza di fatto, costituirebbe una misura di effetto equivalente all'impedimento diretto alla libera circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari, dato che in base all'art. 3 della direttiva n. 38 del 2004 la famiglia di fatto debitamente attestata dà luogo al diritto di soggiorno al traino del cittadino europeo del partner non europeo, anche nel caso in cui il suo ingresso o soggiorno sul territorio dell'Unione non siano regolari.

Riguardo invece all'ipotizzata incostituzionalità del combinato disposto in esame, ove fosse letto nel senso sin qui ipotizzato, le norme costituzionali violate sarebbero, in particolare, l'art. 2 della Costituzione (ove si concordi con l'ormai consolidata riconduzione a tale norma della copertura costituzionale della famiglia non fondata sul matrimonio e dunque non ascrivibile all'art. 29) e l'art. 3, a presidio del principio di eguaglianza e del divieto di discriminazione⁷⁹.

Appare preziosa, anche riguardo al caso che ora ci occupa, la trascorsa vicenda relativa alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 116 cod. civ., nella parte in cui – in un breve periodo tra il 2009 e il 2011 – esso impediva l'accesso alla celebrazione del matrimonio allo straniero privo del permesso di soggiorno⁸⁰.

Pochi, prima della pronuncia della Consulta, avevano fatto caso al contrasto di tale divieto con la risoluzione n. 1509 del 27 giugno 2006, del Consiglio d'Europa, ove, al paragrafo 12.15 è affermato che «*les migrants en situation irrégulière ont le droit de se marier et il ne faudrait pas ériger d'obstacles absolus les en empêchant*»⁸¹, sottovalutando così la prevedibile attenzione che invece le sarebbe venuta da parte della Corte europea dei

78. Limite estrinseco perché fondato su ragioni diverse da quelle poste a fondamento dell'istituto matrimoniale in sé e riconducibili ad una varietà di interessi pubblici diversamente finalizzati. Sul punto, cfr. L. Lenti, *Il matrimonio dello straniero e la regolarità del soggiorno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 196; G. Ferrando, *Il matrimonio degli stranieri "irregolari" tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, in *Gli stranieri*, 2011, 1, p. 60.

79. Sul punto, per tutti: E. Roppo, voce *Famiglia. III) Famiglia di fatto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 2 ss. e V. Franceschelli, *Famiglia di fatto*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2002, p. 365 ss.

80. Corte costituzionale, 25.7.2011, n. 245: «È costituzionalmente illegittimo – per contrasto con gli art. 2, 3, 10, 29, 31, 117 comma 1 Cost. – l'art. 116, comma 1 c.c., come modificato dall'art. 1, comma 15 l. 15 luglio 2009 n. 94, limitatamente alle parole "nonché un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano dello straniero"».

81. Sulla condizione giuridica dei migranti irregolari nel Consiglio d'Europa e nell'Unione europea, cfr. A. Zanobetti, *Diritto internazionale del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2011, spec.p. 94 ss., 182 ss. e 285 ss.

diritti dell'uomo, intervenuta nel medesimo senso con la sentenza del 14 dicembre 2010, resa sul caso *O'Donoghue and Others c. il Regno Unito*⁸².

Già in precedenza, del resto, lo stesso *Conseil constitutionnel* era intervenuto nel 2003 per dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 175-2, *code civil*, in materia, appunto, di matrimonio dello straniero irregolarmente soggiornante⁸³.

Le ragioni dell'incostituzionalità della norma erano ben chiare, già prima della sentenza del Giudice delle leggi, a una parte della dottrina civilistica, ampiamente pronunciata in senso critico⁸⁴, la quale aveva in particolare osservato come ogni limite, specie se estrinseco, alla libertà matrimoniale, incidendo su un diritto fondamentale della persona, dovesse poggiare su ragioni molto gravi, attinenti a interessi di rango non inferiore al diritto che si viene a limitare, e dovesse inoltre risultare proporzionato rispetto allo scopo perseguito, riducendo però al minimo necessario il sacrificio imposto al soggetto titolare del diritto fondamentale⁸⁵.

L'inemendabile vizio di incostituzionalità della novella realizzata dal legislatore del 2009 nel corpo dell'art. 116 cod. civ. consisteva pertanto nell'aver impedito l'esercizio della libertà matrimoniale sul territorio nazionale a coppie autentiche (oltre che a qualche coppia di comodo⁸⁶).

A suo tempo avevo già ipotizzato una mia spiegazione dell'incostituzionale moto legislativo che aveva condotto a quel provvisorio imbrattamento dell'art. 116 cod. civ., individuandola nell'avventata reazione del legislatore italiano (in un tempo caratterizzato da orientamenti molto polemici verso tutte le istituzioni europee da parte della maggioranza di governo) alla sentenza *Metock*, intervenuta l'anno precedente, con la quale la Corte di Giustizia aveva affermato (ma a condizione dell'autenticità del legame familiare) il diritto di

82. Corte europea dei diritti dell'uomo, 14.12.2010, C-34848/07, *O'Donoghue and Others v. UK*, su cui G. Ferrando, *Il matrimonio*, cit., p. 64 ss. La sentenza CEDU censurava la disposizione interna subordinante la possibilità di celebrazione del matrimonio dello straniero sul territorio britannico al possesso di un valido permesso di ingresso, tranne nel caso in cui il matrimonio fosse stato celebrato con rito anglicano. La forte analogia tra la disciplina inglese e quella italiana è stata giustamente rilevata anche da B. Nascimbene, *La capacità dello straniero: diritti fondamentali e condizione di reciprocità*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 323.

83. Cons. const, 20.11.2003, in *Rec. Dalloz, Jur. comm.*, 2004, 20, c. 1405 ss.

84. In tal senso, difatti, si era subito espressa unanime dottrina. Cfr., P. Morozzo della Rocca, *I limiti alla libertà matrimoniale secondo il nuovo testo dell'art. 116 cod. civ.*, in *Fam e dir.* 2009, p. 946 ss.; L. Lenti, *Il matrimonio dello straniero e la regolarità del soggiorno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 196 ss.; A. Renda, *Matrimonio dello straniero nella Repubblica*, in *Commentario Gabrielli, Della famiglia*, artt. 74-116, Torino, Giappichelli, 2010, p. 228 ss.; G. Ferrando, *Il matrimonio*, cit., p. 55 ss.; L. Panella, *Il matrimonio del cittadino all'estero e dello straniero nello Stato*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, *Famiglia e matrimonio*, Milano, Giuffrè, p. 748 ss., E. Giacobbe, in R. Sacco (diretto da) *Trattato di diritto civile, Il Matrimonio*, I, Torino, Utet, 2011, p. 174 ss.

85. L. Lenti, *Il matrimonio*, cit., p. 196.

86. Il punto è affrontato, con un approccio critico nei confronti dell'opinione sin qui dominante, da E. Giacobbe, *op. cit.* p. 174. Cfr., altresì, per una ricognizione sul tema, A. Renda, *Del matrimonio dei cittadini in paese straniero e degli stranieri nella repubblica*, in E. Gabrielli, *Commentario del codice civile*, I, Torino, 2010, p. 235.

soggiorno «al traino» del familiare europeo del coniuge non europeo, anche nel caso in cui il matrimonio avesse dato origine allo *status* familiare successivamente ad un precedente soggiorno o ad un ingresso nello spazio comunitario entrambi non regolari⁸⁷. Era dunque possibile scorgere nel successivo divieto legislativo di celebrazione del matrimonio dello straniero irregolarmente soggiornante una norma elusiva del diritto unionale, così come questo si era ormai consolidato presso il suo organo giurisdizionale.

Non è quindi da sottovalutare l'insistenza con cui la Consulta, dopo avere stigmatizzato il contrasto della norma presentata al suo scrutinio con gli articoli 2 e 29 Cost., si soffermò sulla lesione *par ricochet* del diritto di libertà matrimoniale dei cittadini italiani o europei intenzionati a coniugarsi con un cittadino non europeo privo del permesso di soggiorno.

Considerazioni queste ultime che sarebbero a mio parere facilmente traslabili al caso della convivenza di fatto non registrabile, con pregiudizio alla libertà del cittadino italiano o europeo di fondare una famiglia (o comunque di vivere una relazione familiare legalmente riconosciuta e normata) a causa di una qualità amministrativa del partner che la Corte di Giustizia ha ritenuto dovere essere irrilevante ai fini dell'applicazione della direttiva n. 38 del 2004 e che di conseguenza non può pregiudicarne il diritto all'ingresso in Italia e al rilascio della carta di soggiorno per familiare dell'Unione europea.

7. Il comma 37 della legge n. 76 del 2016 non va letto in combinato disposto con l'art. 6, comma 7, TUI

Come già è stato osservato, si è andata creando una sorta di divaricazione corporativa nelle proposte di messa a sistema del comma 37 della legge n. 76 del 2016 con le norme anagrafiche⁸⁸.

Da una parte, infatti, gli ufficiali di anagrafe e la direzione dei servizi demografici del Ministero dell'interno hanno rilevato l'impossibilità giuridica di iscrivere all'anagrafe il partner privo di permesso di soggiorno e conseguentemente di dichiarare la convivenza di fatto, in quanto questa potrebbe riguardare solo due soggetti iscritti al medesimo indirizzo in A.N.P.R. e dunque, se stranieri, già provvisti del permesso di soggiorno. Di conserva

87. Corte giust. CE, 25.7.2008, causa C-127/08, *Metock et al.*, c. *Irlanda*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, p. 137 ss., con nota di M. Gnes, *Il diritto comunitario ed i limiti nazionali al ricongiungimento familiare*, nonché in *Corr. giur.*, 2008, p. 1375, con nota di P. Morozzo della Rocca, *L'esercizio della libertà di circolazione non tollera ostacoli alla coesione familiare*; R. Palladino, *L'interpretazione della Direttiva n. 2004/38/CE sulla libertà di circolazione dei cittadini nell'Unione europea ad opera della Corte di giustizia ed i riflessi nell'ordinamento italiano: commento alla sentenza Metock*, in *Dir. com. e scambi int.*, 2009, 3, p. 471 ss.

88. Il carattere corporativo di tale divaricazione è implicitamente confermato da N. Corvino, *La convivenza di fatto tra cittadino italiano residente e straniera non iscritta in anagrafe e priva di titolo di soggiorno. Prima parte*, in *Lo stato civile italiano*, 2022, 2, p. 47 ss., quando afferma che, mentre il giudice deve interpretare le leggi sulla base dei principi generali, con effetto solo tra le parti in causa, l'ufficiale di anagrafe è invece tenuto ad applicare la legge ed attenersi alle direttive ministeriali.

nemmeno sarebbe ammissibile il deposito del contratto di convivenza presso l'anagrafe dove è iscritto uno solo dei partner, costituendo detto contratto un atto di autonomia privata esercitabile solo dai conviventi di fatto già iscritti come tali all'anagrafe.

La premessa fondamentale da cui muove l'Amministrazione è che lo straniero prima della costituzione della convivenza di fatto (che avverrebbe solo con l'iscrizione anagrafica) non è un familiare del cittadino italiano o europeo e dunque non potrebbe beneficiare del quadro disciplinare derivante dal recepimento della direttiva n. 38 del 2004.

In senso opposto, invece, la giurisprudenza di merito ad oggi prevalente ha di volta in volta sostenuto vuoi il diritto al rilascio dell'autorizzazione del soggiorno anche in assenza dell'iscrizione anagrafica, sulla base del rapporto di convivenza con un cittadino italiano o europeo, provato mediante la stipula del contratto di convivenza non ancora registrato all'anagrafe⁸⁹; vuoi la possibilità di depositare il contratto di convivenza (o *tout court* di rendere la dichiarazione anagrafica⁹⁰) presso l'ufficio di anagrafe dove risulti iscritto il partner italiano o europeo dello straniero privo del permesso di soggiorno, al fine di ottenere l'autorizzazione al soggiorno dal questore⁹¹.

La segnalata divaricazione corporativa trova in realtà le sue fondamentali ragioni nel diseguale potere/dovere di interpretazione delle norme da parte delle due corporazioni. Quella dei giudici (e con essi della dottrina) può e deve preoccuparsi innanzitutto di interpretare la disciplina domestica preservando l'effetto utile della direttiva n. 38 del 2004 riguardo al diritto all'unità familiare delle convivenze di fatto; e deve farlo nel perimetro dell'interpretazione autentica fornita dalla Corte di Giustizia, senza possibilità di differenziarne gli esiti a seconda che la questione in esame coinvolga cittadini europei esercitanti la libertà di circolazione o cittadini italiani cui il diritto europeo si applica sulla base della clausola di estensione di cui all'art. 23 d.lgs. n. 30 del 2007⁹².

La corporazione degli ufficiali di anagrafe, ben comprensibilmente, si attiene invece alle linee interpretative impartite dal Ministero dell'interno. E seppure un leale dissenso talvolta non manchi di manifestarsi, questo difficilmente può esprimersi in una difformità dell'azione amministrativa dalle direttive provenienti dal Viminale, salva la possibilità per il

89. Così Trib. Bologna, 3.2.2020, r.g. n. 21280/2019, in questa *Rivista*, 2020, p. 1. Rassegna di giurisprudenza.

90. È questo ad esempio il caso di Trib. Catania, 3.1.2021, in www.meltingpot.org.

91. In tal senso, tra gli altri, Trib. Benevento, 19.1.2022, r.g. 4387/2021, in www.meltingpot.org; Trib. Milano, 25.4.2021, r.g. 11914/2021, in www.meltingpot.org; Trib. Modena, 7.2.2020, r.g. 370.

92. Come rileva esattamente la giurisprudenza resa riguardo alla questione in esame, la quale richiama anche l'ulteriore riferimento normativo di cui all'art. 53 della legge n. 234 del 2012 recante più in generale un divieto di discriminazione a rovescio a danno dei cittadini italiani rispetto ai cittadini degli altri Paesi membri. In tal senso: Trib. Benevento, cit.; Trib. Milano, 25.4.2021, cit.

Sindaco/Ufficiale di anagrafe di assumersene la responsabilità richiamandosi agli arresti della giurisprudenza e alla necessità di evitare all'Amministrazione ulteriori condanne⁹³.

Abbiamo già visto come il riferimento normativo che parrebbe opporsi all'iscrizione anagrafica del convivente straniero privo del permesso di soggiorno sia costituito dall'art. 6, comma 7, TUI, norma che si applicherebbe però al convivente straniero solo nel caso in cui la sua qualità di convivente fosse giuridicamente irrilevante, cosa che invece a mio parere non è.

Infatti, benché la convivenza di fatto non abbia ancora ottenuto la sua certazione amministrativa in sede di dichiarazione anagrafica, la qualità di convivente preesiste a tale certazione, recando con sé il diritto procedimentale alla certazione stessa, coerentemente del resto con la più generale configurabilità dell'iscrizione anagrafica come un diritto soggettivo corrispondente alla situazione di fatto ad essa logicamente preesistente e perciò doverosamente dichiarata dall'interessato.

Ciò è evidentemente diverso dal sostenere, in senso più generale, che le convivenze di fatto acquisiscano i diritti della legge n. 76 del 2016 per il fatto in sé di sussistere nella sola dimensione relazionale, ancorché per loro scelta non si siano dichiarate all'anagrafe.

Si vuole invece affermare che la mancanza dell'iscrizione anagrafica non può costituire la ragione che impedisca ai conviventi desiderosi di ottenere tale iscrizione di assumere già in precedenza la qualifica di «altri familiari» di cui all'art. 3 della direttiva 38/2004 e del d.lgs. 30/2007, la quale è necessaria, ma anche sufficiente, ad ottenere l'iscrizione stessa.

Vero è che per la legge italiana l'attribuzione di tale qualifica dipende da un presupposto essenziale: e cioè che i conviventi dispongano di una documentazione ufficiale che attesti la loro relazione. Ciò pone su di loro oneri che variano da Paese a Paese in base alle discipline locali. Ma nell'imposizione di tale onere ai conviventi v'è implicitamente anche l'introduzione di un obbligo per ciascuno degli ordinamenti coinvolti di rendere possibile l'assolvimento di tale onere senza operare discriminazioni fondate su qualità irrilevanti ai fini della riconoscibilità in sé della convivenza.

Ebbene, una volta individuata come disciplina applicabile al convivente straniero privo di permesso di soggiorno quella di cui al d.lgs. 30 del 2007, anziché quella del Testo unico sull'immigrazione, la mancanza del permesso di soggiorno non sembra più rappresentare un problema insormontabile, dando invece luogo all'onere del tutto ragionevole di richiedere l'autorizzazione al soggiorno prima della richiesta dell'iscrizione anagrafica, senza che la pendenza del procedimento di rilascio dell'autorizzazione da parte della questura pregiudichi il diritto di iscrizione anagrafica dello straniero nella qualità di convivente con il cittadino italiano o europeo.

93. Come in effetti accaduto a Bologna, con ordinanza del Sindaco 246358/2020 a seguito delle citate pronunce dei Tribunali di Bologna e di Modena.

L'atto presupposto è dunque quello della semplice richiesta del permesso di soggiorno (nella specie denominato «carta di soggiorno per familiare di cittadino italiano o europeo») e non invece quello, indipendente dalla sola volontà del richiedente, del suo ottenimento da parte della questura.

Infatti, ai sensi dell'art. 10, d.lgs. n. 30/2007, a recepimento di quanto già previsto dall'art. 25, par. 1, della direttiva n. 38 del 2004⁹⁴, ai fini dell'iscrizione anagrafica di un familiare straniero del cittadino europeo «il possesso della carta di soggiorno non può in nessun caso essere ritenuto un prerequisito necessario per il completamento di un procedimento amministrativo (iscrizione anagrafica compresa) quando il diritto all'iscrizione può essere dimostrato anche in altro modo» e in tal senso del resto è anche la circolare applicativa del Ministero dell'interno n. 19 del 6 aprile 2007.

Occorre allora stabilire in quale «altro modo» il convivente possa dimostrare la sua qualità di «familiare» cioè di convivente e a mio parere una possibile risposta può consistere nell'esibizione della documentazione ufficiale costituita dalla stipula del contratto di convivenza autenticato dal notaio o dall'avvocato presso i quali l'atto è stato stipulato.

8. Il contratto di convivenza è documentazione ufficiale che può giustificare l'autorizzazione al soggiorno e l'iscrizione in anagrafe

Come già osservato si tratta di una tesi che una parte almeno della giurisprudenza ha avallato nel misurarsi con la scarsa chiarezza e la notevole approssimazione del dettato legislativo, dovute di certo anche all'annebbiamento notturno durante i convulsi lavori parlamentari che posero fine, non molto prima dell'alba, al difficile parto della legge.

Basti osservare al riguardo che, secondo il comma 52, il contratto di convivenza dovrebbe essere trasmesso al Comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi dell'art. 5 del regolamento anagrafico, benché l'art. 5 non riguardi affatto le convivenze di fatto ma le convivenze istituzionali (caserme, carceri, case di riposo, ecc.)⁹⁵.

A fronte di un articolato di legge così approssimativo anche il riferimento lessicale al Comune di residenza dei conviventi potrebbe forse essere interpretato nel senso del municipio dove si trova l'indirizzo della convivenza (la casa familiare in senso civilistico) e

94. Merita riportarne il testo: «Il possesso di un attestato d'iscrizione di cui all'articolo 8, di un documento che certifichi il soggiorno permanente, della ricevuta della domanda di una carta di soggiorno di familiare di una carta di soggiorno o di una carta di soggiorno permanente, non può in nessun caso essere un prerequisito per l'esercizio di un diritto o il completamento di una formalità amministrativa, in quanto la qualità di beneficiario dei diritti può essere attestata con qualsiasi altro mezzo di prova».

95. Ha certamente ragione A. Zaccaria, *L'opponibilità del contratto di convivenza*, in *Studium Iuris*, 2019, p. 712 nell'osservare che l'inganno è stato provocato dalla lettura della rubrica dell'art. 5, cioè dal fatto che è stata valorizzata una norma senza averla ben letta.

dove non necessariamente entrambi i conviventi ma almeno uno dei due dovrà risultare già anagraficamente residente, di modo da consentire l'iscrizione del contratto ai sensi dell'art. 7 del regolamento anagrafico, esso pure citato dal comma 52 della legge Cirinnà.

Tuttavia, volendo attenersi a una più rigorosa interpretazione letterale e sistematica dei commi 36, 37 e 52 della legge Cirinnà, è certamente possibile ipotizzare una concatenazione di adempimenti che, pur riconoscendo nella stipula del contratto di convivenza una modalità di formazione della documentazione ufficiale relativa alla convivenza (così qualificabile anche per via del ruolo in detta stipula ricoperto dal notaio o dall'avvocato⁹⁶), consentano tuttavia all'ufficiale di anagrafe di vedere rispettata la sequenza logica suggerita dalla legge n. 76/2016, che vede l'iscrizione anagrafica del convivente straniero quale atto logicamente presupposto rispetto al ricevimento e all'annotazione del contratto di convivenza.

Al riguardo occorre leggere con attenzione l'art. 10 d.lgs. 30/2004, ove è disposto che i familiari di cui al precedente art. 2, non aventi la cittadinanza di uno Stato membro, richiedono alla questura competente per territorio di residenza la carta di soggiorno; si recano poi, con la ricevuta di tale richiesta a rendere la prescritta dichiarazione anagrafica e infine si presentano nuovamente alla questura per ottenere il rilascio di detta carta di soggiorno esibendo, oltre agli altri documenti richiesti, l'attestato della richiesta d'iscrizione anagrafica.

Va peraltro notato che l'art. 10, ora in esame, non richiede allo straniero di esibire la documentazione attestante la sua qualità di familiare di cittadino europeo/italiano al momento della richiesta della carta di soggiorno bensì al momento del suo rilascio. L'evidente inavvedutezza della norma è stata però superata nella prassi delle questure richiedendo anticipatamente al richiedente detta documentazione.

Soprattutto va però osservato che la legge 6 agosto 2013, n. 97 ha modificato il testo dell'art. 10, originariamente riservato ai familiari di cui all'art. 2 del d.lgs. 30/2007, e cioè ai figli infra-ventunenni o a carico, agli ascendenti sino al secondo grado e al coniuge del cittadino europeo, prevedendovi espressamente anche la figura del partner alla lettera *d-bis*) del suo terzo comma; e senza tuttavia armonizzare testualmente detta aggiunta con il comma 1 del medesimo art. 10.

Pare dunque del tutto coerente con l'art. 10, d.lgs. 30/2007 che il partner richieda la carta di soggiorno alla questura esibendo il contratto di soggiorno autentificato e asseverato da uno dei due pubblici ufficiali indicati all'art. 50 della legge n. 76/2016; si rechi poi dall'ufficiale di anagrafe per esibirgli la ricevuta della richiesta della carta di soggiorno e per dichiarare la propria residenza in Comune con il partner, rendendo così pacifica la possibilità di depositarvi, a cura del notaio o dell'avvocato a ciò tenuti, il contratto di

96. Chiamati ai sensi del comma 50 ad autenticare le firme e ad attestare la conformità dell'atto alle norme imperative e all'ordine pubblico.

convivenza. A quel punto l'interessato potrà nuovamente presentarsi presso la questura per ottenere la carta di soggiorno.

La dichiarazione anagrafica sarebbe in tal modo coeva o immediatamente precedente alla trasmissione all'anagrafe stessa del contratto di convivenza, la quale dovrebbe avvenire nei dieci giorni dalla stipula, senza però che l'eventuale ritardo trovi nella legge sanzione, dovendosi semplicemente ritenere che, finché non sarà stato trasmesso, quel contratto sarà inopponibile ai terzi riguardo agli effetti che dovessero coinvolgere loro interessi⁹⁷.

La tesi ora sostenuta prevede dunque che un contratto di convivenza possa essere concluso ancor prima (e di solito immediatamente prima) che la convivenza stessa sia stata accertata ai sensi del comma 37 della legge Cirinnà, purché già costituita in fatto.

Il comma 57 infatti richiede per la validità del contratto che questo non sia in contrasto con quanto previsto dal comma 36, senza in alcun modo dare rilievo al successivo comma 37, proprio perché riguardante un momento logicamente successivo al costituirsi della convivenza⁹⁸.

Questo non significa tuttavia che nel momento della sua stipula il contratto possa già essere efficace – almeno in quanto contratto di convivenza ai sensi e per gli effetti di cui ai commi 50 e ss. – in quanto la convivenza in sé non è stata ancora registrata⁹⁹.

Una cosa infatti è il momento della conclusione del contratto, altra cosa è invece il termine iniziale di efficacia dello stesso, il quale resterà sospeso sino all'avverarsi della condizione solo parzialmente potestativa dell'iscrizione anagrafica della convivenza (vale a dire di entrambi i conviventi al medesimo indirizzo, con dichiarazione del legame affettivo che li lega e che il contratto stesso documenta).

Giunti a questo punto la questura avrà certamente modo e tempo di verificare sia l'effettività della convivenza, sia l'eventuale rilevanza di altri elementi da valutare ai fini del rilascio o meno della carta di soggiorno, mentre l'ufficiale di anagrafe dovrà esclusivamente verificare l'effettività della residenza dichiarata al medesimo indirizzo del partner.

Le due attività di controllo, simili ma diverse, potrebbero rispettivamente condurre, ove ne emerga l'inconsistenza della convivenza di fatto, alla revoca della carta di soggiorno e all'annullamento o alla cancellazione dell'iscrizione anagrafica; il che consente forse di assicurare l'interprete riguardo al pericolo che possa rimanere indifeso l'interesse d'ordine pubblico alla verità delle dichiarazioni di stato civile (tale è infatti, sostanzialmente, la

97. Sul punto, tra gli altri, cfr. F. Greco, *Il contratto di convivenza*, in M. Gorgoni, *Unioni civili*, cit., p. 276.

98. Sulla nullità del contratto per violazione del comma 36, cfr. tra gli altri, L. Balestra, *Contratto di convivenza*, in *Enc. Dir., Annali*, X, Milano, Giuffrè, 2017, p. 295.

99. L'iscrizione anagrafica della convivenza quale presupposto di efficacia e nel contempo condizione per la pubblicità del contratto non è stata messa in dubbio dalla dottrina. Cfr., da ultimo, M. Cavallaro, *Ratio e 'tipo' nelle convenzioni matrimoniali e nelle altre fattispecie di recente introduzione*, in *Giust. civ.*, 2020, 1, p. 49 ss.

dichiarazione avente ad oggetto la convivenza di fatto, benché il legislatore l'abbia incoerentemente incanalata in una procedura anagrafica, al solo e immeritevole fine di sminuirne l'impatto sul piano simbolico).

Ma ad essere tutelata da questo iter procedimentale è anche la legalità dei flussi migratori¹⁰⁰, data la coesistenza nel caso di specie di un doppia attività di controllo: da parte dell'ufficiale di anagrafe, sull'effettività della residenza in comune e da parte della questura in merito alla effettiva consistenza della convivenza secondo le indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia, la quale non consente all'Amministrazione di pretendere la sussistenza di requisiti non corrispondenti al normale atteggiarsi del rapporto di convivenza, privando di effetto utile l'art. 3 della direttiva¹⁰¹.

Va ricordato altresì, a questo riguardo, che la Commissione europea consente l'imposizione di oneri documentali, purché ragionevoli e comunque salvaguardando la possibilità di prova, da parte dell'interessato, con «qualsiasi idoneo mezzo»¹⁰².

A questi fini risulta quindi decisiva, o per così dire privilegiata, ma non esclusiva, la prova della stabilità della convivenza mediante l'esibizione alla questura competente del contratto di convivenza, atta in effetti a dimostrare la stabilità del progetto di vita comune, specie quando non vi sia una pregressa anzianità di convivenza.

È quanto ha confermato la stessa Cassazione, con una sentenza rocambolescamente motivata ma esatta almeno nel porre il seguente principio di diritto: «la convivenza dello straniero con una cittadina italiana riconosciuta con “contratto di convivenza” disciplinato dalla legge 20 maggio 2016, n. 76 è ostativa alla espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione di cui al d.lgs. n. 286 del 1998, art. 19, comma 2, lett. c), e tale causa ostativa deve essere valutata se sussistente o meno al momento in cui l'espulsione viene messa in esecuzione»¹⁰³. Parrebbe al riguardo quasi superfluo osservare che una volta

100. Preoccupazioni queste poste in evidenza da Trib. Roma, 22.6.2021, r.g. 8240/2021 nel rigettare la richiesta di iscrizione anagrafica e di registrazione del contratto di convivenza, dato che non era stato previamente richiesto alcun permesso di soggiorno alla questura. Su tale decisione il commento di P. Richter Mapelli Mozzi, *Ancora sull'iscrizione anagrafica del convivente di fatto, cittadino straniero privo del permesso di soggiorno*, in *Lo stato civile italiano*, 2021, 11, p. 48 ss.

101. Cfr., in tal senso, Corte giust. UE, 5.9.2012, C-83/11.

102. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio del 2 luglio 2009 COM (2009)313/4.

103. Così Cass. 27.6.2016, n. 44182, ove però l'estensore (evidentemente del tutto privo del supporto della collegialità) è caduto nell'errore di confondere, sovrapponendoli, la parte dell'unione civile e il convivente di fatto. Viene infatti osservato, riguardo alla legge Cirinnà, che la finalità perseguita dal legislatore con tale nuova regolamentazione è quella di parificare, pur distinguendo le relative discipline positive e specifiche, la nozione di coniuge con quella di persona unita civilmente, e questo attraverso l'introduzione, a fianco del matrimonio regolamentato dall'art. 82 c.c. e segg., del c.d. «contratto di convivenza». La legge inoltre, per quanto di interesse, ha cura di stabilire il principio generale che, ove nelle leggi dello Stato compaia il termine «coniuge», questo deve intendersi riferito anche alla persona civilmente unita ad un'altra con il contratto di convivenza.

affermata l'inespellibilità dello straniero viene di conseguenza affermato anche il suo diritto a ricevere un titolo di soggiorno per familiare di cittadino italiano o europeo.

È questa, forse, la migliore conferma di quanto più in generale osservato dalla dottrina civilistica riguardo alla funzione del contratto di convivenza nel quadro della legge Cirinnà: quella di affermare con nettezza una diversa intensità di protezione che viene offerta alle coppie di conviventi le quali decidano di dare maggiore certezza, visibilità e contenuto al rapporto di convivenza tramite la conclusione di un contratto che assume in effetti i caratteri di un patto a forma solenne di solidarietà familiare, analogamente – come è stato notato – «a quanto avviene, ad esempio, in Francia con il *«pacte civil de solidarité»* di cui agli artt. 515-1 e ss. del *«Code civil»*, volto cioè a disciplinare in senso ampio e generale la vita in comune della coppia»¹⁰⁴.

104. Così ancora M.C. Venuti, *La regolamentazione*, cit., p. 121, la quale sottolinea altresì l'eccentricità del contratto di convivenza rispetto alla figura del contratto di diritto privato costituita dall'espressa previsione di legge della clausola (facoltativa) riguardante l'indicazione della residenza. Clausola riferibile, secondo l'A., «all'esigenza di determinare, anche rispetto ai terzi, quel requisito della “stabile convivenza” individuato nell'ipotesi “basica” tramite la dichiarazione anagrafica».