

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

5/2021

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresagastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Risicato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andreatza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vighè, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2020, p. 5 ss.

**DOVE IL LEGISLATORE PORTA LE PAROLE
E L'INTERPRETE ADDUCE IL SENSO:
LE SEZIONI UNITE SULL'APPLICABILITÀ DELL'ART. 384 C.P.
AL CONVIVENTE MORE UXORIO (*)**

Nota a [Cass., Sez. un., sent. 26 novembre 2020 \(dep. 16 marzo 2021\), n. 10381,
Pres. Cassano, rel. Fidelbo, ric. Fiavola](#)

di Francesca Pia Bisceglia

Mediante la pronuncia in commento le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno preso posizione in ordine al contrasto interpretativo circa l'applicabilità dell'esimente prevista dall'art. 384 cod. pen. al convivente more uxorio. Il presente lavoro analizza nell'ordine gli argomenti interpretativi di cui il Supremo Collegio si avvale ai fini del superamento dell'impostazione maggioritaria. Si sofferma inoltre su criticità e aspetti positivi della categoria dell'inesigibilità, valorizzata dal Supremo collegio per affermare l'applicabilità in via analogica della scusante in esame.

SOMMARIO: 1. La questione all'attenzione del Supremo Collegio. I termini essenziali del contrasto interpretativo. – 1.1. La tesi che nega l'estensione della "causa di non punibilità". – 1.2. Gli argomenti a sostegno della tesi favorevole. – 2. L'iter argomentativo delle Sezioni Unite. La *pars destruens* degli argomenti possibilisti... – 3. ...per una più salda ricostruzione delle fondamenta. – 3.1. L'argomento adeguativo (interpretazione comunitariamente orientata). – 3.2. Il superamento dell'argomento *a contrario*. – 3.2.1. L'argomento sistematico-evolutivo. – 3.2.2. La negazione della natura di norma *eccezionale* dell'art. 384 c.p. L'argomento apagogico. – 4. Conclusioni e principio di diritto. – 5. Considerazioni personali. In particolare sull'inesigibilità quale impossibilità non "eccezionale".

1. La questione all'attenzione del Supremo Collegio. I termini essenziali del contrasto interpretativo.

Mediante ordinanza 1825/2020¹ la sesta sezione della Corte di Cassazione ha demandato alle Sezioni Unite la risoluzione della seguente *quaestio iuris*: "se l'ipotesi di

(*) Il titolo mutua in parte un paragone di G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, 2017, p.34: "l'interpretazione di un testo è come un pic-nic in cui l'autore porta le parole e i lettori portano il senso".

¹ Cass., Sez. VI., ord. 19 dicembre 2019 (dep. 17 gennaio 2020), n. 1825 disponibile in questa *Rivista*, con nota di E. MEZZA, ["Soccorso di necessità giudiziaria" e convivente more uxorio. Rimessa alle Sezioni Unite la questione dell'ambito applicativo dell'art. 384 comma 1. c.p.](#), cui si rinvia per un'ampia trattazione

cui all'art. 384 co.1. cod. pen. sia applicabile al convivente *more uxorio*". La disposizione in esame, genericamente rubricata "cause di non punibilità", contempla un'esimente che trova applicazione per un elenco tassativo di delitti contro l'amministrazione della giustizia, quando il fatto sia stato commesso "per esservi stato l'autore costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore".

Nello specifico, la vicenda all'attenzione del Supremo Collegio prendeva avvio dalla sentenza del 15 maggio 2019, con la quale la Corte d'Appello di Cagliari confermava la condanna dell'imputata per il delitto di favoreggiamento personale ex art. 378 c.p. Per i giudici, infatti, quest'ultima aveva aiutato il suo compagno ad eludere le investigazioni dell'Autorità in ordine ai reati di cui agli artt. 116 e 189 commi 1 e 7 d.lgs. 285 del 1992 (guida senza patente e mancata assistenza successiva alla collisione tra autoveicoli con feriti). In particolare, l'imputata aveva falsamente dichiarato ai Carabinieri, intervenuti sul luogo dei fatti, di essere ella stessa alla guida dell'autovettura coinvolta nell'incidente.

Per quel che più rileva, i Giudici escludevano l'applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 384, pur invocata dalla difesa. Proprio tale diniego costituiva oggetto di doglianza in sede di legittimità, sull'assunto che l'esimente potesse rilevare anche in presenza di convivenze di fatto, sebbene non regolate sul piano normativo.

Ritenuto naturalmente pregiudiziale, rispetto alla responsabilità dell'imputata, verificare l'applicabilità della "causa scriminante o scusante" in parola al convivente *more uxorio*, la sesta sezione prendeva compiutamente atto del contrasto sussistente sul punto all'interno della giurisprudenza di legittimità.

1.1. La tesi che nega l'estensione della "causa di non punibilità".

Le Sezioni Unite, a loro volta, ripercorrono gli argomenti a sostegno delle contrapposte tesi².

Secondo l'impostazione prevalente, l'esimente non trova applicazione alle situazioni di convivenza *more uxorio*³. Tale soluzione si fonda su variegate ragioni.

Sul piano letterale, l'art. 384 richiama i "prossimi congiunti", la cui definizione è offerta dall'art. 307 cod. pen., "disposizione generale all'interno del codice penale che identifica la categoria dei prossimi congiunti", che ricomprende in tale novero il coniuge, ma non il convivente.

In secondo luogo, tale assetto si giustifica sulla diversità ontologica nonché sulla diversa valenza costituzionale tra il rapporto coniugale, "caratterizzato da stabilità e reciprocità tra diritti e doveri", e la convivenza di fatto, "fondata invece su una *affectio*

dell'ordinanza.

² Il testo della sentenza è disponibile in questa *Rivista*, con commento a caldo di F. PALAZZO, [Convivente more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardità](#).

³ *Motivi della decisione*, Par. 2.1. Si tratta dell'impostazione sposata dalla memoria depositata dalla Procura generale il cui contenuto è riassunto nella pronuncia in commento (*Svolgimento del processo* par. 6).

che può essere revocata in ogni momento”. Infatti, mentre il rapporto di coniugio riceve tutela costituzionale espressa e diretta a mente dell’art. 29, il rapporto *more uxorio* gode unicamente di una tutela indiretta ponendosi nell’alveo dell’art. 2 Cost. come formazione sociale in cui si esercita la libertà individuale.

L’esclusione dell’equiparazione sul piano interpretativo del convivente al coniuge, ai fini dell’applicabilità dell’esimente in esame, è stata fondata, altresì, sulle conseguenze in *malam partem* di una tale operazione, rinvenibili in tutti quei casi in cui il vincolo familiare rileva per la configurabilità di alcuni reati, come ad esempio, quelli previsti dagli artt. 570, 577 co. 2, n. 1, art. 605 c.p. co. 1, n. 1.

Un terzo argomento è imperniato sulla qualificazione della causa di non punibilità in esame quale norma eccezionale, non suscettibile di applicazione analogica. Come si evince anche dall’ordinanza di rimessione, l’attuale ambito applicativo dell’art. 384 c.p. descrive un ben preciso giudizio di ponderazione tra l’esigenza di repressione di delitti contro l’amministrazione della giustizia, da un lato, e la tutela di beni afferenti la vita familiare, dall’altro. Ogni diversa considerazione implica pertanto necessariamente un nuovo esercizio di discrezionalità del legislatore, senza che sia consentito al giudice ricercare cause ultralegali di esclusione della punibilità.

Da ultimo, ma non certo per importanza, si impone la considerazione da attribuire al recente intervento legislativo che ha disciplinato le unioni civili tra persone dello stesso sesso e regolamentato le convivenze (l. 20 maggio 2016, n. 76, c.d. legge Cirinnà). Quest’ultimo ha infatti espressamente ampliato la cerchia dei “prossimi congiunti” di cui all’art. 307 co. 4 cod. pen, ricomprendendovi i soggetti uniti civilmente ma non anche i conviventi di fatto. Secondo l’ordinanza di rimessione, si sarebbe trattato di una scelta ben precisa del legislatore e non di una semplice “svista”, dal momento che la legge delega non lasciava alcun margine per includere anche i conviventi di fatto nel citato art. 307.

1.2. Gli argomenti a sostegno della tesi favorevole.

L’orientamento opposto⁴ – sviluppatosi più di recente ma fino ad oggi minoritario – pur non mettendo in discussione la natura eccezionale della causa di non punibilità in esame, si basa essenzialmente su un’interpretazione estensiva delle nozioni di famiglia e coniugio⁵. In particolare, termini come “matrimonio” e “famiglia” avrebbero un significato diverso e più ampio rispetto al passato; ciò anche alla luce della considerazione che la stabilità del rapporto, con il venire meno della indissolubilità del matrimonio, non costituisce più una caratteristica assoluta e inderogabile, «ed anzi spesso caratterizza maggiormente unioni non fondate sul matrimonio».

Viene evidenziata inoltre una vistosa contraddizione nella stessa giurisprudenza di legittimità che, da un lato, nega l’equiparazione tra famiglia di fatto e famiglia

⁴ Riportati a Par. 2.2.

⁵ Si tratta in particolare, come riportano le SS.UU, dell’impostazione offerta da Cass., Sez. II, 30 aprile 2015, n. 34147, Agostino.

legittima; dall'altro, invece, attribuisce rilievo alla convivenza. Ciò sia che detta assimilazione sia produttiva di effetti in *malam partem* che all'opposto.

A sostegno dell'esegesi estensiva, si invoca altresì la nozione di famiglia contenuta nell'art. 8 CEDU, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, che vi fa rientrare anche i legami di fatto particolarmente stretti, fondati su una stabile convivenza.

Da ultimo, si esclude che i "silenzii" sulle convivenze di fatto attribuibili alla l. 76 del 2016 e ai provvedimenti successivi possano costituire un insormontabile impedimento per escludere la parificazione delle convivenze di fatto al coniugio ai fini dell'esimente penale. Tanto si evince da un'interpretazione valoriale, volta a superare un'impostazione meramente formale la quale arreca il rischio di implicare, quantomeno con riguardo agli effetti "*in bonam partem*", profili di incerta compatibilità costituzionale in punto di diversificazione delle tutele offerte alla parte dell'unione civile rispetto al convivente di fatto⁶.

2. L'iter argomentativo delle Sezioni Unite. La *pars destruens* degli argomenti possibilisti...

Risolta in senso negativo la questione preliminare dell'applicabilità al caso di specie dell'art. 384 co. 2⁷, le Sezioni Unite chiariscono che «l'esame della questione posta

⁶Si tratta in particolare di Cass., Sez. VI, 19 settembre 2018, n. 11476, Cavassa, Rv. 275206, che per la prima volta ha esaminato la questione relativa alla estensibilità della causa di non punibilità alla luce della nuova normativa introdotta dalla L. 20 maggio 2016, n. 76

⁷ Par. 3.: «Tale norma, che prevede una speciale causa di non punibilità in favore, tra l'altro, di soggetti che per legge avrebbero dovuto essere avvertiti della facoltà di astenersi dal rendere informazioni al pubblico ministero o dichiarazioni nel corso delle indagini difensive ovvero testimonianza al giudice, richiamando i corrispondenti reati di cui agli artt. 371-bis, 371-ter e 372 c.p., (oltre all'art. 373 c.p., che riguarda la falsa perizia), è stata, come noto, dichiarata costituzionalmente illegittima, perché contraria al canone di razionalità delle scelte legislative (art. 3 Cost.), nella parte in cui non prevede l'esclusione della punibilità per false o reticenti informazioni fornite alla polizia giudiziaria da chi avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi a norma dell'art. 199 c.p.p. (Corte Cost. n. 416 del 1996). Con l'aggiunta di questo nuovo caso di non punibilità, per effetto della sentenza costituzionale citata, sono oggi ricomprese nell'art. 384 c.p., comma 2, anche le condotte di favoreggiamento poste in essere attraverso false informazioni rese alla polizia giudiziaria da parte dei soggetti indicati nell'art. 199 c.p.p., tra cui è menzionato espressamente anche il convivente. È evidente che, se si dovesse ritenere applicabile il citato art. 384, comma 2, sarebbe superata la questione oggetto della rimessione» Tuttavia, «un tale esito non può trovare spazio nella fattispecie concreta, in quanto deve escludersi che l'imputata dovesse essere avvertita della facoltà di astenersi. Infatti, nel corso delle indagini preliminari l'avvertimento della facoltà di astenersi di cui all'art. 199 c.p.p., che si riferisce alle c.d. dichiarazioni endo-processuali, non è dovuto ai prossimi congiunti – e ai conviventi – del soggetto che non abbia ancora assunto la qualità di indagato Nella specie, F. ha reso informazioni alla polizia giudiziaria nell'immediatezza dell'incidente stradale, in una fase di primissimo accertamento, in cui non vi era alcun elemento indiziario o di mero sospetto che potesse far ritenere sussistente un reato, tanto è vero che le sue dichiarazioni non risultano formalmente verbalizzate dalla polizia giudiziaria, bensì raccolte come "osservazioni delle parti interessate", cioè come dichiarazioni rese ai fini della responsabilità civile da incidente stradale. Peraltro, in quella fase non era emerso alcun elemento da cui la polizia giudiziaria avrebbe potuto desumere l'esistenza di un rapporto di convivenza tra F. e T., tale da giustificare

dall'ordinanza di rimessione si intreccia necessariamente con il tema della mancata equiparazione, nel nostro ordinamento della convivenza *more uxorio* alla famiglia legittima»⁸.

Al termine della parte ricognitiva del contrasto, i Giudici procedono ad una capillare critica degli argomenti a sostegno della tesi favorevole, così parendo allinearsi all'ordinanza di rimessione.

Rammentano come l'indirizzo che nega l'estensione della causa di non punibilità alle convivenze di fatto trovi linfa proprio nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha sempre escluso l'irragionevolezza della mancata inclusione nell'art. 384 dei conviventi *more uxorio*. In sostanza, la giustificazione circa la diversa regolamentazione è da rintracciarsi nella maggiore stabilità di quest'ultima⁹.

E ciò, si badi, anche dopo che è venuta meno l'indissolubilità del vincolo coniugale, posto che «il differente regime della famiglia *more uxorio* si basa sulla volontà delle parti che liberamente decidono di non contrarre matrimonio optando per una tipologia di unione con minori vincoli giuridici»¹⁰.

Inoltre, il legislatore ha inteso attribuire rilevanza giuridica al rapporto di convivenza mediante scelte selettive e mirate a casi determinati e non invece intervenendo sulla nozione di prossimi congiunti di cui all'art. 307 co. 4 cod. pen. Con ciò i Giudici sottintendono, *a contrario*, il diverso discorso valevole per le unioni civili (sul quale si soffermano ampiamente nel prosieguo).

Infine, dirimente ai fini di un *reivirement* non appare neppure l'invocato art. 8 CEDU. Infatti, anche la Corte EDU, così come la Corte costituzionale, riconosce la discrezionalità del legislatore nel prevedere diverse soglie di tutela dei vincoli discendenti dal matrimonio e dalla convivenza di fatto in relazione alla necessità di proteggere i contro interessi in gioco.

Vero è infatti che la vita dei conviventi di fatto rientra nella concezione di vita familiare ormai da tempo elaborata dalla Corte EDU in sede di interpretazione dell'art. 8 par. 1 CEDU. Tuttavia, la prospettiva convenzionale non presenta, in relazione alla materia esaminata, sostanziali punti di divergenza rispetto al modello normativo tracciato dalla Costituzione italiana (Art. 2 e 29). Invero, sia nel sistema convenzionale sia in quello interno è fatta salva la possibilità di un trattamento non omogeneo correlato alla diversità dei modelli di relazioni familiari, alla luce di un giusto bilanciamento operato, a livello nazionale, fra le legittime istanze di tutela di interessi generali (ad es., sicurezza nazionale, protezione della salute o della morale, difesa dell'ordine e

l'avvertimento di cui all'art. 199 c.p.p.».

⁸ Par.4

⁹ Corte Cost., n. 237 del 1986; n. 352 del 1989; n. 8 del 1996; n. 121 del 2004, n. 140 del 2009. Ancora, sempre a par. 4 le SS.UU. affermano: «le due situazioni non differiscono soltanto in ragione del dato estrinseco della sanzione formale del vincolo, poichè, fermi in ogni caso i diritti e i doveri che ne derivano verso i figli e i terzi, nella dimensione della convivenza di fatto si tende a riconoscere spazio alla soggettività individuale, mentre in quella del rapporto di coniugio si attribuisce maggior rilievo alle esigenze obiettive della famiglia come tale, intesa cioè come stabile comunità di persone legate da vincoli di solidarietà, di fedeltà e di condivisione su base paritaria».

¹⁰ Par. 4.1.

prevenzione dei reati, ecc.) e le esigenze di protezione dei diritti fondamentali della persona. A riguardo, può dunque concludersi per la mancanza di alcun contrasto tra la regolamentazione interna e il sistema EDU¹¹.

3. ...per una più salda ricostruzione delle fondamenta.

Sembra a questo punto che l'adesione alla tesi maggioritaria sia scontata. Invece, la dichiarazione di infondatezza degli argomenti a sostegno dell'orientamento favorevole costituisce solo il guanto di sfida a trovarne di più forti e, probabilmente, inattaccabili (o quantomeno più difficilmente controvertibili).

La tesi favorevole all'estensibilità dell'esimente di cui all'art. 384 al convivente *more uxorio* è imperniata su una pluralità di argomenti interpretativi. Si procede di seguito ad analizzarli e commentarli partitamente, osservando sin d'ora come gli stessi paiano tra loro porsi in rapporto di *climax ascendente*.

3.1. L'argomento adeguativo (interpretazione comunitariamente orientata).

Come da ultimo esaminato, l'interpretazione fondata sull'art. 8 CEDU non appare dirimente ai fini della tesi favorevole all'estensibilità della causa di non punibilità. Per contro, secondo le SS.UU.¹², un significativo avanzamento nelle possibilità di tutela della molteplicità delle relazioni familiari si registra nel più recente art. 9 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*.

Quest'ultima disposizione, rispetto ad altre norme internazionali che enunciano in forma unitaria il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, presenta infatti una formulazione letterale più ampia poiché riconosce e garantisce separatamente i due diritti.

In tal modo, il diritto di sposarsi viene riconosciuto tra le libertà fondamentali in modo disgiunto rispetto al diritto di al "*diritto di fondare una famiglia*", così realizzando una significativa apertura nei confronti delle famiglie di fatto in quanto la meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso la scelta, del tutto legittima, di convivere senza matrimonio viene riconosciuta e tutelata anche al di fuori della presenza di vincoli formali nei rapporti familiari. Pertanto, al tradizionale *favor* per il matrimonio, per la Corte, si sostituisce la pari dignità di ogni forma di convivenza alla quale una legislazione nazionale decida di offrire una regolamentazione¹³.

¹¹ Par. 4.2

¹² Par. 5

¹³Per incompetenza "*ratione materiae*", si ritiene opportuno non prendere posizione sulla questione di una maggiore autorevolezza dell'interpretazione comunitariamente orientata rispetto a quella convenzionale basata sull'art. 8 CEDU (o viceversa). Sia però consentito menzionare l'orientamento per cui «al piano delle esperienze dell'interpretazione (e della teoria che ne dà la spiegazione e sistemazione), il "peso" specifico posseduto, rispettivamente, dalla CEDU e dalla Carta di Nizza parrebbe essere esattamente rovesciato rispetto a quello che esse hanno al piano delle vicende della normazione (e della relativa teoria), ove si

3.2. Il superamento dell'argomento a contrario.

Nel ragionamento dell'ordinanza di rimessione, richiamato dalle Sezioni Unite¹⁴, uno degli argomenti più forti contro l'estensione dell'art. 384 alle coppie di fatto riguarda la summenzionata circostanza che il legislatore, con la c.d. legge Cirinnà, abbia interpolato l'art. 307 inserendo, tra i prossimi congiunti, anche la parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, per contro omettendo ogni riferimento alle coppie di fatto e senza toccare l'art. 384.

In questo modo, si assume che il legislatore "avrebbe manifestato la sua volontà di non operare alcuna equiparazione delle convivenze di fatto, escludendo definitivamente ogni possibile interpretazione estensiva della nozione di "coniuge" che ricomprenda anche il "convivente"¹⁵. In sostanza, *ubi lex noluit tacuit*, e nessuna lacuna da colmare; il tacere della norma implicherebbe così l'assenza dell'effetto previsto dalla disposizione (c.d. preclusione tacita)¹⁶.

Per contro, le Sezioni Unite dimostrano di concorrere alla definizione dei contenuti della norma unitamente al testo legislativo, secondo le seguenti scansioni argomentative.

3.2.1. L'argomento sistematico-evolutivo.

Dalla lettura della sentenza emerge ben presto come il fatto che il legislatore nulla abbia previsto per le convivenze non equivale ad «implicita contrarietà alla possibilità

consideri che la stessa Carta suddetta, con riguardo ai casi di sostanziale corrispondenza di diritti, richiede di essere intesa e fatta valere alla luce della Convenzione, salvo il caso che la tutela offerta da quest'ultima sia meno "intensa" di quella apprestata dalla Carta dell'Unione. Insomma, l'"ordine" risultante dalla teoria delle fonti, che vede il diritto eurounitario stare più in alto del diritto convenzionale, nelle sue espressioni rilevanti in ambito interno, parrebbe rovesciarsi su se stesso al momento della sua conversione al piano della teoria dell'interpretazione. È pur vero che tutto ciò si ha unicamente sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali, non pure laddove questi ultimi non siano in gioco; solo che proprio questo è il terreno sul quale vengono a svolgersi le più salienti esperienze delle relazioni intersistemiche, per il modo con cui acquistano rilievo nel corso delle vicende processuali». A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema dei sistemi" come problema*, in *Rivista AIC*, 2/2014, 30.5.2014, p. 12.

¹⁴ Par. 6.

¹⁵ Par. 6: «Come dire che non si è in presenza di una "lacuna" dell'ordinamento dal momento che il legislatore non vuole alcuna equiparazione, tanto meno ai fini dell'applicazione della scusante ex art. 384 c.p., si riteneva che, con la legge c.d. Cirinnà, il legislatore ha inteso offrire una tutela legale a situazioni affettive mai regolamentate prima offrendo una disciplina, di fatto, analoga a quella prevista per le famiglie legittime e prevedendo anche le necessarie ricadute penalistiche con il successivo D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 6 trattandosi, quindi, di un intervento volto ad occuparsi di situazioni del tutto diverse dalle convivenze di fatto, che basano la loro unione sulla spontaneità di una scelta liberamente revocabile dalle parti mentre la disciplina delle "unioni civili" si è basata, invece, proprio sulla richiesta di stabilità del rapporto, sul modello della famiglia legittima».

¹⁶ Per un approfondimento R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, 2011, pp. 128 ss.

di riconoscere una serie di diritti in favore delle convivenze more uxorio, né tantomeno all'estensibilità della *scusante* di cui all'art. 384 al convivente»¹⁷.

“Semplicemente”, il legislatore si è occupato di disciplinare le situazioni riguardanti le unioni tra persone dello stesso sesso «avendo ben presente» – affermano le SS.UU. invero un po' apoditticamente – «il percorso legislativo e giurisprudenziale che ha condotto verso una tendenziale equiparazione tra la convivenza coniugale e quella more uxorio».

Nello specifico, ad avviso degli Ermellini, l'assenza di una legge organica sulle convivenze di fatto non significa che tale modello di relazione e i suoi effetti giuridici siano sforniti di tutela nel diritto positivo¹⁸.

Tanto affermano sulla scorta di un argomento sistematico, volto a rifuggire soluzioni interpretative che mettano la disposizione in urto con altre leggi dello stesso ordinamento. Infatti, traspare la consapevolezza che soltanto inserendo una disposizione nella “*sedes materiae*” si finisce per vincere aporie, asimmetrie e incongruenze¹⁹.

Invero, numerosi interventi normativi e la stessa evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali hanno consentito, sia pur frammentariamente, di riconoscere ai componenti la famiglia di fatto di singole posizioni soggettive meritevoli di tutela analogamente a quelle proprie dei membri della famiglia legittima. Sul piano normativo, si richiamano, tra le altre, la disciplina della filiazione, della procreazione assistita nonché la possibilità di astenersi dal rendere dichiarazioni nel processo penale.²⁰

«È però soprattutto nella giurisprudenza sia penale che civile» – proseguono i Giudici – che si assiste ad una «progressiva e continua tendenza a garantire analoghi diritti alle convivenze di fatto»²¹. Segue quindi una minuziosa ricostruzione dello stato dell'arte nel quale viene in rilievo, «in via esemplificativa»: il riconoscimento al

¹⁷ Par. 6 ultimo capoverso

¹⁸ Par. 7

¹⁹ V., ad esempio M. BARBERIS, *Pluralismo argomentativo. Sull'argomentazione dell'interpretazione*, in *Etica e politica*, 1/2006, p. 8 ss.

²⁰ Par. 7.1: «Si pensi, sul piano normativo, al tema della filiazione. In questo delicatissimo settore si è stabilito nell'ordinamento una completa identità tra la famiglia matrimoniale e quella non matrimoniale con riguardo al rapporto genitori-figli, che oggi risulta unitariamente disciplinato dall'art. 315-*bis* c.c. e ss., uniche essendo le regole in materia di diritti e doveri del figlio e di responsabilità genitoriale. Fra le disposizioni normative espressamente riferite ai conviventi devono poi menzionarsi, per la loro oggettiva rilevanza, quelle che consentono: a) di richiedere l'interdizione o la nomina di un amministratore di sostegno per il partner (art. 417 c.c.); b) di ammettere la coppia non coniugata ad avvalersi della procreazione assistita (L. 15 febbraio 2004, n. 40, art. 5); c) di astenersi dal rendere dichiarazioni nel processo penale (art. 199 c.p.p., comma 3, per il convivente dell'imputato); d) di presentare domanda di grazia al Presidente della Repubblica in favore del condannato (art. 681 c.p.p.). Nella medesima linea vanno altresì richiamate, a mero titolo esemplificativo, le disposizioni normative che riguardano la possibilità di adottare ordini di protezione contro gli abusi familiari, pur se commessi da conviventi o in danno di conviventi (L. 4 aprile 2001, n. 154); quella che prevede la rilevanza del periodo di mera convivenza ai fini della verifica della stabilità della coppia in vista dell'adozione (L. n. 149 del 2001, art. 6); quelle, infine, dettate dal legislatore in tema di disciplina dei congedi parentali (L. n. 53 del 2000; D.Lgs. n. 151 del 2001) e di assicurazione sulla responsabilità civile (L. n. 209 del 2005, ex art. 129, comma 2, lett. b))».

²¹ Par. 7.2.

convivente separato dell'assegnazione della casa familiare²²; l'affermazione del risarcimento del danno da uccisione di un prossimo congiunto anche a favore dei membri della famiglia naturale²³; l'esplicita equiparazione tra la convivenza coniugale e quella *more uxorio* a proposito della valutazione della sussistenza dei requisiti per l'ammissione al gratuito patrocinio nonché in tema di costituzione di parte civile²⁴. Ancora, il riconoscimento anche al convivente del diritto di esclusione con riferimento al diritto all'inviolabilità del domicilio e, soprattutto, l'evoluzione degli orientamenti di legittimità in merito ai presupposti di configurabilità del reato di maltrattamenti in famiglia, statuendo che sono da considerare persone della famiglia anche i componenti della famiglia di fatto²⁵.

A fronte di ciò, le SS.UU. non nutrono alcun dubbio che il legislatore del 2016 sia intervenuto in presenza di un quadro complessivo – per quanto «sicuramente disorganico» – in cui appare «evidente l'interesse di salvaguardare la famiglia, sia legittima sia di fatto». Ne deriva che il silenzio sulle coppie di fatto acquista un significato “neutro”, spiegabile con l'obiettivo precipuo della legge di occuparsi delle c.d. unioni civili e con la consapevolezza che le convivenze di fatto non sono certo prive di tutela, anzi sono oggetto di una regolamentazione dovuta, soprattutto, ma non solo agli interventi della giurisprudenza²⁶.

²² «Analogamente a quanto si prevede per il coniuge separato o divorziato, in presenza di prole (Sez. civ. 1, n. 10102 del 26/05/2004, Rv. 573134). L'assegnazione della casa familiare in favore del convivente separato è stata poi normativamente regolata *ex art. 337 sexies c.c.*».

²³ «come il convivente "more uxorio" ed il figlio naturale non riconosciuto, a condizione che gli interessati dimostrino la sussistenza di un saldo e duraturo legame affettivo tra essi e la vittima assimilabile al rapporto coniugale (Sez. civ. 3, n. 12278 del 07/06/2011, Rv. 618134); Sez. civ. 3, n. 23725 del 16/09/2008, Rv. 604690; v., inoltre, Sez. civ. 3, n. 7128 del 21/03/2013, Rv. 625496)».

²⁴ A tal ultimo riguardo «si è precisato che la lesione di qualsiasi forma di convivenza, purchè dotata di un minimo di stabilità tale da fondare una ragionevole aspettativa di un futuro apporto economico, rappresenta legittima causa petendi di un'azione risarcitoria proposta dinanzi al giudice penale competente per l'illecito che ha causato detta lesione (Sez. 4, n. 33305 del 08/07/2002, dep. 04/10/2002, Rv. 222366; Sez. 4, n. 19487 del 05/11/2013, dep. 2014, Rv. 262350)».

²⁵ «Particolarmente rilevante deve poi ritenersi l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità formatasi in merito ai presupposti di configurabilità del reato di cui all'art. 572 c.p., che nel perseguire la condotta di colui che "maltratta una persona della famiglia" considera famiglia – sulla base di una pacifica linea interpretativa – non soltanto quella legittima fondata sul matrimonio, ma anche quella di fatto, connotata da un rapporto tendenzialmente stabile, fondato su legami di reciproca assistenza e protezione. Si è così affermato che sono da considerare persone della famiglia anche i componenti della famiglia di fatto, fondata sulla reciproca volontà di vivere insieme, di generare figli, di avere beni in comune e di dare vita ad un nucleo stabile e duraturo (v., *ex plurimis*, Sez. 6, n. 21239 del 24/01/2007, Gatto Rv. 236757; Sez. 6, n. 20647 del 29/01/2008, B., Rv. 239726; Sez. 5, n. 24688 del 17/03/2010, B., Rv. 248312; Sez. 6, n. 31121 del 18/03/2014, C., Rv. 261472). Si tratta di una giurisprudenza risalente già agli anni settanta, che questa volta, nell'equiparare la convivenza al rapporto coniugale vero e proprio, di fatto ha operato una estensione in *malam partem*, seppur finalizzata alla tutela della vittima del reato, fino a quando il legislatore con la novella del 1 ottobre 2012, n. 172, ha parzialmente riformato la previsione della norma incriminatrice in esame, cambiando la rubrica da "maltrattamenti in famiglia" in "maltrattamenti contro familiari e conviventi", così precisando che soggetto passivo del reato non è soltanto "una persona della famiglia", ma "una persona della famiglia o comunque convivente"».

²⁶ Par. 8.

3.2.2. La negazione della natura di norma *eccezionale* dell'art. 384 c.p. L'argomento apagogico.

È noto che l'interprete debba ricorrere al canone esegetico dell'argomento *a contrario* ogni qualvolta sia sancito il divieto di interpretazione analogica. Ed, invero, entrambi gli orientamenti contrapposti cui si era fatto riferimento davano per scontato il carattere eccezionale della norma contenuta nell'art. 384. «Se si dovesse convenire che siamo in presenza di una disposizione avente natura di norma eccezionale» – prosegue la sentenza – “occorrerebbe riconoscere l'estrema difficoltà di operare un'estensione dell'“*esimente*” al di là del suo tenore letterale, perché si violerebbe il disposto dell'art. 14 preleggi»²⁷.

Tuttavia i giudici aggirano quest'ultimo ostacolo (addirittura più consistente del precedente) affrontando la questione della natura dell'art. 384 c.p., comma 1, “attraverso una lettura costituzionalmente orientata che valorizzi l'elemento della colpevolezza e, soprattutto, inserita nell'ambito delle disposizioni penali che regolamentano istituti analoghi”.

Sembra così definitivamente superato, secondo gli Ermellini, l'orientamento per cui l'art. 384 c.p., comma 1, contiene una causa di non punibilità in senso stretto, in cui la rinuncia alla pena ubbidisce a ragioni di opportunità politica, come pure l'altro, meno recente, che qualifica la disposizione come una causa di giustificazione, in cui vengono bilanciati contrapposti interessi²⁸.

Per contro, sono condivise le riflessioni della dottrina “più avvertita”, che ravvisa nella previsione in esame una causa di esclusione della colpevolezza, meglio una “scusante” soggettiva, che investe la colpevolezza. Come è noto, vengono ricomprese in questa definizione le ipotesi in cui l'agente pone in essere un fatto antigiuridico, agendo anche con dolo, nella consapevolezza di violare la legge, e in cui l'ordinamento si astiene dal muovergli un rimprovero, “prendendo atto che la sua condotta è stata determinata dalla presenza di circostanze peculiari, che hanno influito sulla sua volontà, sicché non si può esigere un comportamento alternativo”.

Con riferimento all'art. 384, allineandosi a precedenti arresti di legittimità, anche a Sezioni Unite²⁹, i Giudici affermano che la ragione della non punibilità vada ricercata

²⁷ Par. 9

²⁸ «[...] Istituto somigliante allo stato di necessità in cui pure viene esclusa la responsabilità di colui che pone in essere una condotta costretto dalla necessità di evitare un grave nocimento» (par. 10).

²⁹ «[...]fermo restando che a queste conclusioni è pervenuta anche la giurisprudenza di legittimità più recente che, in alcune decisioni, ha stabilito che l'art. 384 c.p., comma 1, esclude la colpevolezza, non l'antigiuridicità della condotta, trattandosi di una esimente “connessa alla particolare situazione soggettiva in cui viene a trovarsi l'agente, che rende inesigibile un comportamento conforme alle norme indicate dallo stesso art. 384, comma 1” (Sez. 5, n. 18110 del 12/03/2018, in un caso in cui si è negato che l'esimente in questione potesse essere applicata anche al concorrente nel reato commesso dal soggetto non punibile; nello stesso senso, Sez. 6, n. 34543 del 23/05/2019; Sez. 6, n. 15327 del 14/02/2019; Sez. 6, n. 51910 del 29/11/2019; Sez. 6, n. 34777 del 23/09/2020, che, proprio in tema di favoreggiamento personale, ha precisato che l'art. 384 c.p., quale causa

nella “particolare situazione emotiva vissuta dal soggetto”, tale da rendere “inesigibile” l’osservanza del comando penale.

Esclusa la natura di causa di non punibilità in senso stretto della disposizione, è spianata la strada di una sua applicazione analogica in *bonam partem* ai conviventi di fatto³⁰.

Infatti, può oggi ritenersi pacifico che il divieto di analogia, ricondotto all’art. 25 co. 2. Cost. non abbia carattere assoluto, in quanto finalizzato ad assicurare, più che la certezza del diritto, le libertà del cittadino. Pertanto, non si riferisce all’intera materia penale ma alle sole disposizioni punitive³¹.

di esclusione della colpevolezza e non di esclusione della antiggiuridicità della condotta, opera solo nel caso in cui, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, valutate secondo il parametro della massima diligenza esigibile, si presenti all’agente come l’unica in grado di evitare un grave pregiudizio per la libertà o per l’onore proprio o altrui; inoltre, v., Sez. 6, n. 11476 del 19/09/2018) trattandosi di sentenze che, seppure con motivazioni non sempre dedicate specificamente alla questione, prendono una posizione decisa sulla natura dell’esimente dando luogo ad un vero indirizzo giurisprudenziale fermo restando che un analogo orientamento lo si rintraccia anche in decisioni meno recenti che, nel considerare l’art. 384, comma 1, oltre a negarne la natura di causa oggettiva di esclusione dell’antigiuridicità, lo qualificano come un’esimente “basata sul principio dell’inesigibilità di un comportamento diverso, come tale da escludere la colpevolezza” (così, Sez. 1, n. 11855 del 03/07/1980; nonché Sez. 6, 25/10/1989; Sez. 6, 10/02/1997). Infine, su questa stessa linea interpretativa si sono poste le Sezioni Unite (Sez. U, n. 7208 del 29/11/2007, dep. 2008, omissis, non massimata sul punto) le quali hanno asserito che “coglie certamente nel segno” quell’orientamento della giurisprudenza di legittimità (ad es., Sez. 6, n. 44761 del 04/10/2001) che afferma, concordemente con la dottrina, che l’art. 384 c.p. trova la sua giustificazione nell’istinto alla conservazione della propria libertà e del proprio onore (*nemo tenetur se detegere*) e nell’esigenza di tener conto, agli stessi fini, dei vincoli di solidarietà “familiare” in senso lato essendo l’intenzione del legislatore quella di riconoscere prevalenti e quindi tutelare i motivi di ordine affettivo. In questa decisione, le Sezioni Unite avevano affermato che “deve darsi atto della sussistenza di una strettissima connessione tra l’istituto, di natura sostanziale, dell’art. 384 c.p., e la prescrizione processuale contenuta nell’art. 199 c.p.p.”, dal momento che a fondamento di tali disposizioni vi è la medesima giustificazione e perché la ratio dell’astensione dal rendere testimonianza in capo ai prossimi congiunti dell’imputato, riconosciuta dalla citata norma del codice di rito, va “unanimente ravvisata proprio nella tutela del sentimento familiare (latamente inteso) e nel riconoscimento del conflitto che può determinare, in colui che è chiamato a rendere testimonianza, tra il dovere di deporre e dire la verità, e il desiderio o la volontà di non danneggiare il prossimo congiunto”.

³⁰ Par. 11. Come rilevato da F. PALAZZO, *Convivente more uxorio e analogia in bonam partem*, cit., resta tuttavia fermo il fatto che la parificazione tra famiglia matrimoniale e famiglia di fatto non è totale ovvero «l’operazione effettuata dalla Cassazione non concerne l’art. 307, quarto comma, c.p. in sé e per sé: cioè non opera una dilatazione della nozione di famiglia a tutti i possibili effetti penali. Più limitatamente e semplicemente, l’applicazione analogica riguarda il primo comma dell’art. 384 c.p., certamente come integrato dalla definizione di prossimi congiunti di cui all’art. 307 c.p. Ma la portata espansiva dell’operazione si limita all’art. 384 c.p., senza coinvolgere nessun’altra norma a tutela della famiglia e, pertanto, senza produrre nessun effetto indiretto in *malam partem*».

³¹ «[...] Si esclude, in sostanza, che vi siano impedimenti di carattere costituzionale che consentano operazioni di interpretazione analogica che operino nel senso di un restringimento di confini di ciò che è penalmente rilevante, ammettendo l’esperibilità di un intervento analogico in *bonam partem*. In sostanza, l’art. 25 co.2 proibisce solo l’analogia in *malam partem*».

Per le scusanti in particolare, i Giudici – pur dando atto della sussistenza di un orientamento opposto – aderiscono alla tesi che ne nega la natura di norme eccezionali ogni qualvolta siano espressione di un principio generale dell'ordinamento³².

Orbene, nel nostro ordinamento è ben presente il principio generale volto ad escludere che possa esservi una condotta colpevole in presenza di un precetto penale che non risulti esigibile. In particolare, la causa di esclusione della colpevolezza di cui all'art. 384 è espressione del principio generale contenuto nell'art. 27 Cost (nella lettura offertane dalla sentenza della Corte costituzionale 364/1988).

A corroborare siffatta tesi, i Giudici non risparmiano una *reductio ad absurdum*³³. Invero, in presenza di una scusante basata su una situazione soggettiva della persona chiamata a rendere una dichiarazione all'autorità giudiziaria contro un proprio parente, che si trovi dinanzi alla alternativa, anche drammatica, tra l'adempimento di un dovere sanzionato penalmente e la protezione dei propri affetti, risulta del tutto incoerente negare che non ricorra la medesima condizione soggettiva sia che si tratti di persone coniugate sia che si tratti di persone conviventi, in entrambi i casi essendo identico il conflitto interiore.

Un forte appiglio in questo ragionamento è offerto dall'art. 199 del codice di procedura penale, relativo alla facoltà di astensione dei prossimi congiunti dell'imputato dal rendere testimonianza; facoltà espressamente riconosciuta anche al convivente di fatto.

Orbene, il mancato riconoscimento dell'estensione della scusante di cui all'art. 384 c.p., comma 1, anche al convivente determinerebbe un problematico rapporto con il comma 2 dello stesso articolo³⁴, dal momento che il convivente *more uxorio*, sebbene gli sia riconosciuto, come per il coniuge, il diritto di essere avvertito per astenersi ai sensi dell'art. 199 c.p.p. (con conseguente non punibilità in caso di omissione), non sarebbe invece tutelato nell'ipotesi prevista dal comma 1 in cui abbia posto in essere un comportamento che sia ritenuto inesigibile³⁵.

³²«In particolare, per le scusanti si ritiene che possa negarsi la natura di norme eccezionali ogni qualvolta siano espressione di un principio generale dell'ordinamento, sebbene non manchino opinioni contrarie, secondo cui le "eventuali lacune in materia di scusanti possono essere colmate solo dal legislatore e non dal giudice in via analogica", opinioni che, d'altra parte, non sono condivise da chi sottolinea come la stessa "inesigibilità" sia una causa generale di esclusione della colpevolezza».

³³ Par. 12

³⁴ V. a riguardo nt. 7

³⁵ «Insomma, l'art. 384, comma 1, così come l'art. 199 c.p.p., è volto a tutelare la libertà del singolo componente della "famiglia". Ciò avviene valorizzando il coinvolgimento psicologico dell'agente, dando rilievo alla situazione di conflitto che altera "il procedimento di motivabilità", che coinvolge la sfera della "colpevolezza"».

4. Conclusioni e principio di diritto.

La struttura e la funzione della scusante in esame consente dunque di concludere, ai fini dell'applicazione dell'art. 384 co. 1 cod. pen., per un'assoluta parità delle situazioni in cui possono venirsi a trovare il coniuge e il convivente.

Tuttavia, dall'affermazione della possibilità di un'estensione in via analogica della scusante deriva, per il Supremo Collegio, la necessità che la convivenza risulti in base ad elementi di prova rigorosi³⁶.

Ulteriore nota di merito della pronuncia è proprio aver fatto chiarezza su questo aspetto: si esplicita che la situazione di convivenza potrà essere dimostrata anche dall'imputato attraverso allegazioni da cui risultino elementi specifici che pongano il giudice in condizione di accertarne l'esistenza fermo restando che, per quanto attiene la stabilità della convivenza, la prova di essa può avvenire producendo la dichiarazione anagrafica di cui all'art. 4, e all'art. 13, comma 1, lett. b), del regolamento di cui al D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223.

A questo punto, non resta che la formulazione del principio di diritto nei termini che seguono³⁷: «l'art. 384, comma 1, c.p., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, è applicabile analogicamente a chi ha commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato costretto dalla necessità di salvare il convivente *more uxorio* da un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore».

5. Considerazioni personali. In particolare sull'inesigibilità quale impossibilità non "eccezionale".

L'autorevole pronuncia in commento è sicuramente da salutare con favore, nella misura in cui offre un chiaro esempio di come il diritto vivente sia oggi chiamato ad adeguare il diritto vigente alle sopravvenute esigenze di un mondo irrequieto e instabile, tenendo debitamente conto del mutamento della sensibilità sociale e della coscienza etica.

Così, virando rispetto all'orientamento maggioritario, il Supremo Collegio ha manifestato una chiara presa di coscienza circa la storicità e relatività del concetto di famiglia³⁸. Se dunque qualsiasi famiglia rientra (quantomeno) tra le formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo, riconosciute e garantite dall'art. 2, ai fini dell'applicazione di una disciplina di favore deve adottarsene un concetto elastico e dinamico. In altri termini, occorre prendere in considerazione la famiglia rilevante nel caso concreto.

All'autorevole sentenza in oggetto si potrebbe forse obiettare che "prova troppo" l'inferenza per cui il silenzio del legislatore del 2016 sulle coppie di fatto sia unicamente

³⁶ Par. 13

³⁷ Par. 14.

³⁸ V., sull'evoluzione di tale concetto, A. SCHILLACI, *Famiglie e dignità nelle relazioni: una lettura costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 2/2019, p. 17 ss.

attribuibile alla consapevolezza di una pregressa considerazione ordinamentale del fenomeno. Pare infatti arduo presumere la volontà legislativa di astenersi da una regolamentazione *funditus* sul rilievo di una supposta adeguatezza della tutela esistente. Tanto più che sono le stesse Sezioni Unite a precisare come l'assenza di una disciplina organica della materia lascia trasparire evidenti incoerenze del sistema, se non veri e propri "effetti paradossali", soltanto riducibili in via interpretativa. Si tratta tuttavia di un'interpretazione nel complesso giustificabile alla luce dell'invocato quadro valoriale di riferimento.

Il punto focale dell'arresto sembra però un altro. Riprendendo il discorso delle Sezioni Unite, infatti, «l'art. 384 co.1, più che funzionale alla tutela dell'unità familiare appare volto a garantire il singolo componente che si trovi nell'alternativa di porre in essere un reato ovvero di non nuocere a un prossimo congiunto».

Acclarato, nel caso di specie, che il conflitto interiore è identico sia che si tratti di persone coniugate che di conviventi, è giocoforza considerare in entrambi casi *inesigibile* la condotta oggetto della norma penale violata. Ed il Supremo Collegio tenta proprio di restituire dignità al concetto di inesigibilità ritenendolo non soltanto "manifestazione di un principio immanente al sistema penale" ma finanche "principio generale dell'ordinamento", pertanto suscettibile di costituire il fondamento di applicazioni analogiche.

Ora, quella offerta dalle Sezioni Unite, come si evince in un punto della stessa sentenza, non è una ricostruzione pacifica.

È appena il caso di ricordare che la dottrina è invero quasi sempre cauta quando si tratta di argomentare in favore di cause di esclusione della colpevolezza fondate sull'applicazione analogica *in bonam partem* di scusanti legislativamente contemplate. Infatti, anche a voler ammettere che le stesse condividano la medesima *ratio*, per l'analogia sarebbe nondimeno richiesta "una qualche garanzia di certezza", talché la stessa non sia totalmente rimessa all'arbitrio dell'interprete. Per contro, l'inesigibilità sconta l'inconsistenza derivante dalla propria estrema genericità³⁹ e ancor più, probabilmente, la difficile ponderabilità di un'analisi del "foro interiore" in ordine ad un conflitto motivazionale dell'agente. Ne è fatta spesso discendere l'opportunità che le scusanti costituiscano il precipitato di una puntuale *voluntas legis*, posto che le circostanze che suggeriscono "l'opportunità" di scusare l'autore del reato non possono che risultare da precise opzioni di politica criminale, rilevanti in via di eccezione espressa rispetto alle ordinarie regole di imputazione della responsabilità penale⁴⁰.

³⁹ Valga soltanto richiamare alcuni insegnamenti tradizionali e qualificati. B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, Cedam, 1951, p. 144. Cauti a riguardo anche G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità del diritto penale*, Cedam, 1990, spec. pp. 353 ss.

⁴⁰ In questo senso G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2012, p. 374 ss. e G. FORNASARI, *op.cit.*, 352.

Ed è noto pure che tale indirizzo era condiviso dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, da ultimo sul tema della nuova ipotesi di eccesso colposo di legittima difesa⁴¹.

Eppure, le Sezioni Unite, nella pronuncia in esame, trovano proprio nella dimensione costituzionale della colpevolezza la chiave di volta per il superamento della tesi restrittiva, ed è questo un arresto da salutare con sicuro favore.

Ad impossibilia nemo tenetur, si chiarisce in ordine al fondamento della scusante in esame. A ben vedere, l'art. 384 attribuisce rilievo ad un'impossibilità peculiare: quella del soggetto che si trovi a dover scegliere tra la leale collaborazione con l'autorità giudiziaria e il legame affettivo verso il prossimo congiunto. In nessun caso potrà dirsi che l'agente non fosse materialmente in grado, per esempio, di fornire una testimonianza veritiera in danno del familiare; la potestà punitiva subisce una battuta di arresto, invece, a fronte del timore di richiedere al cittadino un sacrificio che trascende le sue forze morali.

Si tratta di una lettura coraggiosa, che trova un appiglio in quell'indirizzo dottrinale che discorre apertamente di "costituzionalizzazione" del principio di inesigibilità, le cui radici si rinvergono nel "principio di umanità" di cui all'art. 27 co. 3. Tale disposizione imporrebbe infatti al legislatore di *valutare attentamente l'eventuale presenza di situazioni in cui il comportamento conforme alla norma, pur non sottraendosi (in misura maggiore o minore) ai poteri naturalistici dell'agente, sia umanamente inesigibile*», vietando l'inflizione di una sanzione ogniqualvolta essa appaia *immeritata e, dunque, ingiusta*⁴².

Non si tratta, in definitiva, di imporre valutazioni soggettivistiche bensì di affermare compiutamente il principio di personalità della responsabilità penale. Pur senza troppo indulgere in letture etiche della colpevolezza, lo stesso, come ha evidenziato la giurisprudenza costituzionale, "esige" appunto che il fatto sia anche *rimproverabile* al suo autore⁴³.

Un'ultima nota. Le Sezioni unite insistono sul fatto che la situazione cui applicare in via analogica la scusante nel caso di specie debba risultare da un rigoroso quadro probatorio.

Non si sarebbe potuto forse pervenire ad una soluzione così attenta alle peculiarità del fatto concreto laddove la questione fosse stata rimessa e poi giudicata dalla Corte costituzionale. Laddove la Consulta avesse infatti, come possibile, accolto la questione, si sarebbe pronunciata con forza di legge, è vero, ma i limiti del suo giudizio

⁴¹ Cass. pen., Sez. III, 19 dicembre 2019, n. 49883 in cui, richiamandosi a diversi precedenti, si è espressamente ritenuta eccezionale ogni ipotesi di non punibilità fondata sull'inesigibilità.

⁴² A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Giuffrè, 1988, p. 1327.

⁴³ Nella famosa pronuncia 1085/1988 si legge infatti che «perché la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile [non soltanto] che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa)», ma anche – quale elemento distinto e ulteriore – «che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati».

difficilmente le avrebbero consentito di tipizzare tutte le circostanze suscettibili di rilevare sul piano effettuale⁴⁴.

⁴⁴ Si tratta di un argomento accuratamente trattato da F. PALAZZO, *Convivente more uxorio e analogia in bonam partem*, cit., per il quale anche se la via della dichiarazione di incostituzionalità avrebbe avuto senz'altro «il vantaggio di mirare ad un risultato dotato di efficacia *erga omnes* [...] nessun contributo di certezza avrebbe comunque potuto recare nella precisazione della nozione e dei requisiti della convivenza *more uxorio* rilevanti ai fini dell'esimente». Inoltre, la Consulta «avrebbe potuto trovarsi un po' impigliata in quei suoi precedenti negativi molto condizionati dall'equivoco di aver considerato l'art. 384 espressione della disciplina e della tutela (penale) della famiglia anziché del principio di colpevolezza». Infine, negando che si sia al cospetto di un'opzione interpretativa che esorbits dalle competenze del giudice comune, l'Autore ritiene l'operazione ermeneutica delle Sezioni Unite «quasi un caso prototipico di esercizio della funzione nomofilattica» posto che «la "fattispecie non prevista" su cui si è esercitata la legittima analogia delle Sezioni Unite non è costituita da un caso particolare, difficilmente ripetibile nella sua identità. Ma, al contrario, è una *species facti* caratterizzata da una sua evidente generalità tipologica destinata a ripetersi sostanzialmente invariata nel suo significato "valoriale" al di là delle possibili forme di manifestazione in concreto».