

**RIFLESSIONI A MARGINE DI UNA RECENTE ESTENSIONE
DELLA CAUSA DI NON PUNIBILITÀ PREVISTA
DALL'ART. 384, CO. 1 C.P. AI CONVIVENTI MORE UXORIO**

[Nota a Cass. pen., Sez. II, 21-30 aprile 2015 \(dep. 4 agosto 2015\), n. 34147](#)

di Lorenzo Prudeniano

Abstract. *Il contributo prende le mosse da una recente sentenza di legittimità che in aperto contrasto con la giurisprudenza dominante nonché con la posizione più volte espressa dalla Corte costituzionale ha esteso ai conviventi more uxorio la causa di non punibilità prevista dall'art. 384, co. 1 c.p. L'Autore illustra il percorso argomentativo seguito dalla decisione e analizza criticamente la coerenza di tale esito interpretativo rispetto alle regole generali sull'interpretazione "correttiva" e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'art. 384 c.p. La controversa natura giuridica e l'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo. – 3. La giurisprudenza costituzionale sull'estensibilità della causa di non punibilità al convivente *more uxorio*. – 4. La sentenza della Cassazione: possibile l'estensione della causa di non punibilità al convivente *more uxorio*. – 5. Critica all'interpretazione evolutiva proposta dalla Suprema Corte. – 6. Rilievi conclusivi.

1. Premessa.

Con la sentenza in commento, che chiude definitivamente la vicenda del noto processo "Infinito"¹, la seconda sezione penale della Corte di Cassazione ritorna sulla controversa questione dell'applicabilità della fattispecie di cui all'art. 384, co. 1 c.p., che prevede la non punibilità di chi commette taluni reati contro l'amministrazione della giustizia per salvare il "prossimo congiunto" dal pericolo per la libertà e l'onore, anche al convivente *more uxorio*.

Alla Corte era stato prospettato un motivo di ricorso con cui si contestava la decisione della Corte di appello di Milano per non aver riconosciuto la causa di non punibilità di cui all'art. 384, co. 1 c.p. a un convivente².

¹ Sulla pronuncia "Infinito" v. [A. ESPOSITO, Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario](#), in *questa Rivista*, 2 ottobre 2015; [C. VISCONTI, I giudici di legittimità ancora alle prese con la "mafia silente" al nord: dicono di pensarla allo stesso modo, ma non è così](#), *ivi*, 5 ottobre 2015.

² La Corte ha riconosciuto la rilevanza di ufficio della causa di non punibilità in parola anche in sede di

Nell'affrontare la questione la Corte prende esplicitamente le distanze dall'orientamento dominante nella giurisprudenza di legittimità e in quella costituzionale, che nega che l'esimente prevista dalla disposizione possa estendersi al di là di quanto indicato espressamente nel testo. Sottoponendo a revisione critica tale orientamento, e ponendosi in un ideale dialogo con la più recente dottrina sul tema, la seconda sezione perviene ad affermare il principio di diritto per il quale "la causa di non punibilità prevista dall'art. 384; comma 1, c.p. in favore del coniuge opera anche in favore del convivente *more uxorio*".

Conseguentemente, rilevata la ricorrenza nel caso di specie di tale causa di non punibilità, la Corte dispone l'annullamento senza rinvio (*in parte qua*) della sentenza oggetto di impugnazione.

La pronuncia costituisce il primo autentico precedente giurisprudenziale della Suprema Corte in cui si riconosce che la protezione accordata dall'art. 384, co. 1 c.p. si applica anche alla famiglia di fatto.

Essa offre un prezioso contributo alla ricostruzione dello statuto penale della famiglia di fatto³, tema che si inserisce nel più ampio dibattito sulla rilevanza giuridica di quelle formazioni sociali, diverse dalla famiglia fondata sul matrimonio, che ormai caratterizzano la realtà contemporanea⁴. Consente inoltre di fare il punto sull'interpretazione dell'art. 384, co. 1 c.p. e sui concetti di prossimo congiunto e di famiglia che la disposizione sottintende.

ricorso per cassazione: Cass. pen., Sez. VI, 18 febbraio 2014, n. 9727, Rv. 259110.

³ Su tale tema, di recente S. RIONDATO, *Cornici di "famiglia" nel diritto penale*, Padova, 2014; ID. (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, in P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, IV, Milano, 2011; R. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1599 ss.; S. BELTRANI, *Ancora sulla (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto: prime aperture giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1029 ss.; ID., *Sulla (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto*, *ivi*, 2008, p. 2860 ss.; M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 572 ss.; F. FIERRO CENDERELLI, voce *Famiglia (rapporti di famiglia nel diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, p. 133 ss.; ID., *Profili penali del nuovo regime dei rapporti familiari*, Milano, 1984; A. ROIATI, *Lo statuto penale del coniuge separato, del divorziato e della persona 'comunque convivente' nell'orizzonte della famiglia 'liquida'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1440 ss.; M. RIVERDITI, *La doppia dimensione della famiglia (quella "legittima" e quella "di fatto") nella prospettiva del diritto penale vigente. Riflessioni*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, 2011, p. 555 ss.; P. GAETA, *La problematica relazione tra famiglia di fatto e diritto penale*, in *Famiglia e minori*, 2010, p. 82 ss.; V. SCORDAMAGLIA, *Prospettive di nuova tutela penale della famiglia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 365 ss.

⁴ Su cui vedi di recente P. GROSSI, *Alcune riflessioni sulla nozione e la problematica attuale della famiglia*, in *Studi in onore di Antonio D'Atena*, II, Milano, 2015, p. 1355 ss.; A. PAPA, *Il "mosaico della famiglia" tra dettato costituzionale, giurisprudenza e realtà sociale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015. Per un'analisi della situazione attuale nel diritto degli stati europei in materia di convivenze civili v. G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Padova 2012.

2. L'art. 384 c.p. La controversa natura giuridica e l'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo.

L'art. 384, co. 1 c.p. preclude la punizione in relazione ad alcune fattispecie criminose⁵ quando il fatto sia stato commesso per essere stato l'autore costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore⁶.

Costituisce tradizionale oggetto di disputa dottrinale la questione della natura giuridica della fattispecie in esame. L'orientamento attualmente prevalente in dottrina considera la disposizione espressione del principio della c.d. inesigibilità: l'art. 384, co. 1 c.p. riguarderebbe una circostanza scusante in cui una persona commetta un delitto fra quelli indicati nella disposizione trovandosi in una situazione di conflitto interiore fra l'obbligo giuridico di collaborare con l'amministrazione della giustizia e il dovere morale di tutelare la propria vita familiare⁷. Ciò comporterebbe l'esclusione in radice della

⁵ Si tratta dei reati previsti dagli artt. 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371-bis, 371-ter, 372, 373, 374 e 378 c.p.

⁶ Sulla disposizione v. A. SPENA, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384 c.p.)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 145 ss.; P. RAMUNDO, *Gli effetti applicativi dell'art. 384 cod. pen., tra funzione di garanzia e rischi di formalismo*, in *Giust. pen.*, 2015, p. 51 ss.; A. MARI, *L'art. 384 c.p. tra vecchi problemi di inquadramento sistematico e interpretazioni costituzionalmente orientate*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 890 ss.; F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007, p. 305 ss.; A. MAZZONE, *Lineamenti della non punibilità ai sensi dell'art. 384 c.p.*, Napoli, 1992; P. SUCHAN, *Stato di necessità e cause di non punibilità previste dall'art. 384 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1977, p. 66 ss.; G. PISAPIA, *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, p. 45 ss.

⁷ Per tale impostazione dottrinale v. M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 61 ss.; A. CRESPI, *Falsa testimonianza e possibilità di astensione dalla deposizione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 675 ss.; G. MAGLIO, F. GIANNELLI, *Problematiche inerenti alla struttura ed alla portata dell'art. 384 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1997, p. 673 ss.; G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, p. 353 ss.; ID., "Nemo tenetur se detegere" sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 907 ss.; P. SUCHAN, *Sui rapporti tra l'art. 54 e l'art. 384 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1976, p. 67 ss.; ID., *Stato di necessità e cause di non punibilità previste dall'art. 384 c.p.*, cit., p. 68; G.M. FLICK, *L'esimente speciale dell'art. 384 comma 1 c.p. e l'aggravante generale dell'art. 61 n. 2 c.p. nel delitto di falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 218 ss.; G. CONSO, *L'alibi dei parenti*, in *Arch. pen.*, 1971, p. 176 ss.; V. GREVI, *Il segreto familiare: la testimonianza dei prossimi congiunti*, in AA.VV., *La testimonianza nel processo penale*, Milano, 1974, p. 105 ss.; A. MANNA, *L'art. 384 c.p. e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniego di giustizia" da parte della Corte costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 90 ss.; A. PERINI, *Ai margini dell'esigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 538 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed. a cura di P. NUVOLONE, V, Torino, 1982, p. 749 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Milano, 1993, p. 134 ss.; D. ZOTTA, *Casi di non punibilità*, in F. COPPI (a cura), *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 1996, p. 539 ss.; B. ROMANO, *Sub art. 384*, in M. RONCO, B. ROMANO (a cura di), *Codice penale commentato*, IV ed., Torino, 2012, p. 1933 ss.; F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007, p. 305 ss.; R. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, cit., p. 1621; G. PETRAGNANI GELOSI, *L'esimente dell'art. 384 c.p. e la disciplina della punibilità prevista dall'art. 384 bis c.p.*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale*, III, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2008, p. 599 ss. In giurisprudenza, nello stesso senso, Cass. pen., Sez. VI, 20 novembre 2003, n. 44743, Rv. 227332; Sez. Un., 29 novembre 2007, n. 7208, Rv. 238384; Corte cost., 16 maggio 1994, n. 179, in *Giur. cost.*, 1994, p. 1589.

rimproverabilità soggettiva dell'individuo, al quale l'ordinamento non potrebbe chiedere ("esigere") condotta diversa da quella in concreto tenuta⁸.

Per un differente indirizzo interpretativo, più risalente in dottrina e per vero recepito in alcuni arresti giurisprudenziali⁹ e in qualche modo "suggerito" dalla Relazione al codice penale del 1930¹⁰, la non punibilità per i prossimi congiunti troverebbe suo fondamento nello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p., del quale costituirebbe una *species*¹¹. Coerentemente a tale premessa dogmatica, una parte della giurisprudenza subordina l'applicabilità dell'art. 384, co. 1 c.p. alla non volontaria causazione del pericolo¹².

La disposizione in parola elenca in maniera tassativa le fattispecie criminose cui si applica¹³. In punto di individuazione dei destinatari della protezione si riferisce esclusivamente ai prossimi congiunti. Va sottolineato come il comma secondo dell'art. 384 c.p. conferisca rilievo, sia pur indirettamente, ai conviventi. Garantendo l'impunità per taluni delitti contro l'amministrazione della giustizia a coloro i quali non possono essere obbligati a deporre o comunque a rispondere o devono essere avvertiti della facoltà di astenersi dal rendere informazioni, testimonianza, perizia, consulenza o interpretazione, la disposizione si rivolge infatti anche a essi. L'ordinamento processuale, infatti, riconosce la facoltà di astensione dalla deposizione ai prossimi congiunti nonché ai conviventi (art. 199 c.p.p.). Convive pertanto nello stesso articolo 384 c.p. la mancata considerazione dei conviventi per alcuni fini (non punibilità prevista dal comma 1) e la loro considerazione per altri (non punibilità prevista dal comma 2), ciò che da taluno è stato definito la punta dell'*iceberg* dell'incoerenza dello statuto penale della famiglia di fatto¹⁴.

⁸ Sull'inesigibilità come categoria generale nel diritto penale v. per tutti G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit.

⁹ Ad esempio Cass. pen., Sez. I, 11 febbraio 1991, n. 3503, Rv. 187227.

¹⁰ V. in proposito i *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, II, *Relazione sui libri II e II del Progetto*, Roma, 1929, p. 179.

¹¹ Per tale impostazione dottrinale G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 635; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, XV ed. a cura di C.F. GROSSO, II, Milano, 2008, p. 238; P. SUCHAN, *Stato di necessità e cause di non punibilità previste dall'art. 384 c.p.*, cit., p. 69; G. RUGGIERO, *Profilo sistematico della falsità in giudizio*, Napoli, 1974, p. 275; E. MEZZETTI, "*Necessitas non habet legem*"? *Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000, p. 99.

¹² Per tale orientamento v. di recente Cass. pen., Sez. VI, 14 maggio 2013, n. 42818, Rv. 257147.

¹³ E infatti la Corte di cassazione esclude che possa avere applicazione anche al di fuori delle ipotesi criminose contemplate dalla disposizione: è stata ritenuta inapplicabile al delitto di falso giuramento della parte (Cass. pen., Sez. VI, 13 dicembre 1989, n. 2117, Rv. 183347) e a quello di calunnia (Cass. pen., Sez. III, 24 ottobre 1966, n. 2397, Rv. 104528). La Corte costituzionale si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale concernente la violazione da parte dell'art. 384 c.p. degli articoli 3, 24, 111 della Costituzione per la mancata previsione del delitto di cui all'art. 374-bis, ritenendo la questione infondata in quanto la scelta di non includere tale reato sarebbe "frutto di una scelta discrezionale esercitata in modo non manifestamente irragionevole" dal Legislatore. V. Corte cost., 28 giugno 2004, n. 2000, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2052.

¹⁴ S. RIONDATO, *Famiglia, unione civile e convivenza nel diritto penale italiano*. Relazione tenuta presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca, V Convegno di Facoltà, "Dal diritto di famiglia alla famiglia dei diritti. Tutele civili, penali e processuali", 15-16 marzo 2007, manoscritto, in

La norma di riferimento per l'individuazione di chi deve considerarsi, "agli effetti penali", prossimo congiunto, è contenuta nell'art. 307, co. 4 c.p., il quale prevede che "s'intendono per i prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione di prossimi congiunti, non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole". La giurisprudenza ritiene che in presenza di norme penali che si riferiscano genericamente ai prossimi congiunti, non può che farsi riferimento, fatta salva l'espressa indicazione della legge, a quanto previsto dall'art. 307¹⁵.

L'art. 307 c.p., nel riconoscere a taluni soggetti agli "effetti penali" lo *status* di prossimo congiunto, non contempla in alcun modo le persone legate da un rapporto di convivenza.

Con l'emersione della famiglia di fatto come fenomeno sociale meritevole di apprezzamento e tutela da parte dell'ordinamento giuridico, si è posta la questione dell'estensione della speciale protezione prevista dall'art. 384, co. 1 c.p. ai conviventi *more uxorio*, intendendosi con tale espressione coloro i quali sono legati da vincoli affettivi e da un progetto di vita comune tendenzialmente stabile.

La giurisprudenza di legittimità, nel quadro dell'incertezza sulla natura della "causa di non punibilità" in discorso, da sempre esclude tale estensione¹⁶. L'argomento maggiormente utilizzato muove dalla premessa del carattere eccezionale della norma prevista dall'art. 384 c.p., per sostenere l'impossibilità di estenderla a fattispecie non espressamente richiamate dal Legislatore, pena la violazione del divieto di analogia previsto per le norme penali e comunque per le norme eccezionali (art. 14 Preleggi). In un solo caso, rimasto isolato, e in sede di *obiter dictum*, la seconda sezione aveva prospettato la possibilità astratta di estendere analogicamente l'art. 384, co. 1 c.p. al convivente *more uxorio*¹⁷, senza per la verità enunciare la giustificazione razionale.

www.riondato.com, p. 9.

¹⁵ In tale ordine di idee è Corte cost., 18 novembre 1986, n. 237, in *Cass. pen.*, 1987, p. 174, con nota di G. LUCCIOLI, *La famiglia di fatto di fronte alla Corte costituzionale: ancora un rifiuto di tutela*, ivi, p. 681, in cui si afferma che "(l')art. 307, comma quarto racchiude la nozione positiva di prossimo congiunto con una portata di integrazione generale nel sistema legislativo penale"; si veda pure, a proposito del rapporto fra il concetto di prossimi congiunti di cui all'art. 307 e le norme legislative che fanno riferimento al rapporto di affinità *Cass. pen.*, Sez. II, 8 aprile 2010, n. 19668, Rv. 247119.

¹⁶ *Cass. pen.*, Sez. II, 4 agosto 1982, n. 7684, Rv. 154880; Sez. VI, 20 febbraio 1988, n. 6365, Rv. 178467; Sez. I, 5 maggio 1989, n. 9475, Rv. 181759; Sez. VI, 20 marzo 1991, n. 132, Rv. 187017. Più di recente Sez. VI, 28 settembre 2006, n. 35967, Rv. 234862; Sez. II, 17 febbraio 2009, n. 20827, Rv. 244725; Sez. II, 13 ottobre 2009, n. 44047, Rv. 245626; Sez. V, 22 ottobre 2010, n. 41139, Rv. 248903; Sez. VI, 25 febbraio 2014, n. 16121, in *www.leggiditalia.it*.

¹⁷ Si tratta di *Cass. pen.*, sez., VI, 22 gennaio 2004 n. 22398, Rv. 229676. Su tale pronuncia v. G. LEO, *Convivenza "more uxorio" e casi di non punibilità dei reati contro l'amministrazione della giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 421 ss.

3. La giurisprudenza costituzionale sull'estensibilità della causa di non punibilità al convivente *more uxorio*.

Non di rado i giudici comuni hanno avvertito la necessità di sottoporre la questione della mancata previsione del convivente fra i destinatari della causa di non punibilità di cui all'art. 384, co. 1 c.p. al Giudice delle leggi.

La Corte costituzionale ha sempre risposto negativamente a tali sollecitazioni, dichiarando la manifesta infondatezza o comunque rigettando la questione in ordine ai parametri costituzionali invocati dai giudici remittenti. Pur riconoscendo da tempo la famiglia di fatto come fenomeno giuridicamente rilevante e tutelato dalla Costituzione quale formazione sociale entro la quale si spiega la personalità degli individui (art. 2 Cost.), ritiene che il *favor* riconosciuto dall'art. 29 della Costituzione alla famiglia fondata sul matrimonio giustifichi trattamenti differenziati fra le due tipologie di formazioni sociali¹⁸.

Nella prima occasione in cui si è occupata della vicenda, la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 307, co. 4, e 384, co. 1 c. p., con riferimento all'art. 3 Cost. Si è affermata la rilevanza costituzionale della famiglia di fatto, formalizzando l'art. 2, che protegge le formazioni sociali, quale suo fondamento costituzionale¹⁹. Tuttavia, il riconoscimento della rilevanza nell'ordinamento della famiglia di fatto quale formazione sociale non è sufficiente a far superare l'obiezione, secondo la Corte, che la parificazione del convivente al coniuge comporterebbe la revisione di varie altre previsioni sostanziali e processuali, con scelte di natura discrezionale che appartengono necessariamente al legislatore²⁰.

In una pronuncia successiva, la Corte ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità degli artt. 384, 378, 307 c.p., sollevata con riferimento all'art. 29 Cost. In tale occasione, si è fatto leva soprattutto sul peculiare carattere libero e volontario della *affectio* generata dalla convivenza, in ogni momento revocabile dalle parti, sostenendo che è proprio la stabilità e certezza della reciprocità e corrispettività di diritti e doveri che nascono dal rapporto instaurato con il matrimonio a giustificare la speciale protezione impartita dall'art. 29 Cost²¹. Si è inoltre posto in rilievo che “un'eventuale

¹⁸ Critica la dicotomia famiglia di fatto (art. 2 Cost.) - famiglia di diritto (art. 29 Cost.) delineato dalla giurisprudenza costituzionale A. CARIOLA, *Famiglie e convivenze: il rilievo costituzionale comporta la giuridicizzazione dei rapporti interni*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 1048 ss.

¹⁹ V. Punto 3b dei *Considerato in diritto* della sentenza, in cui si legge che “In effetti, un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare - anche a sommaria indagine - costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.). Tanto più - in ciò concordando con i giudici remittenti - allorché la presenza di prole comporta il coinvolgimento attuativo d'altri principi, pur costituzionalmente apprezzati: mantenimento, istruzione, educazione. In altre parole, si è in presenza di interessi suscettibili di tutela, in parte positivamente definiti (si vedano ad es. gli artt. 250 e 252 del codice civile nel testo novellato con la legge 19 maggio 1975 n. 151), in parte da definire nei possibili contenuti. Comunque, per le basi di fondata affezione che li saldano e gli aspetti di solidarietà che ne conseguono, siffatti interessi appaiono meritevoli indubbiamente, nel tessuto delle realtà sociali odierne, di compiuta obiettiva valutazione”.

²⁰ Corte cost., 18 novembre 1986, n. 237, cit.

²¹ Corte cost., 18 gennaio 1996, n. 8, in *Giur. cost.*, 1996, p. 81, con nota di A. MANNA, *L'art. 384 c.p. e la “famiglia*

dichiarazione di incostituzionalità, oltre a rappresentare la premessa di una totale equiparazione delle due situazioni in contrasto con la visione fatta propria dalla Costituzione, determinerebbe ricadute normative conseguenziali di portata generale che trascendono l'ambito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale²².

Ancora di recente, un'ordinanza della Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni sollevate dai giudici *a quo* in relazione agli artt. 307 e 384 c.p. con riferimento agli artt. 2 e 3 Cost. Ai precedenti rilievi si è aggiunto che l'equiparazione di disciplina ai fini della non punibilità non costituisce soluzione costituzionalmente necessaria, e ciò proprio tenuto conto del diverso parametro costituzionale di riferimento (art. 2 per la convivenza - art. 29 per il matrimonio) che legittima pienamente un trattamento diversificato²³.

Nell'ultima pronuncia che si è occupata del tema, la Corte ha ribadito lo stesso orientamento, precisando inoltre che nessun argomento può essere tratto dall'art. 199 c.p.p. per “desumerne una sorta di *favor* evolutivo del legislatore verso la parità di trattamento dei due rapporti”. La disposizione, per la Corte, dimostrerebbe semmai che quando il legislatore ha inteso attribuire rilevanza giuridica al rapporto di convivenza, anziché intervenire sulla definizione generale della nozione di “prossimi congiunti” contenuta nell'art. 307, co. 4 c.p. includendovi anche il convivente, ha ritenuto di operare scelte selettive e mirate a casi determinati²⁴.

Le pronunce costituzionali richiamate sono state criticate da una parte della dottrina²⁵. L'approccio del giudice costituzionale è apparso ancorato a una concezione del paradigma familiare non più in linea con l'epoca contemporanea, caratterizzata da una rilevanza sociale della famiglia di fatto indiscutibile²⁶. Da altro angolo prospettico,

di fatto”: ancora un ingiustificato “diniego di giustizia” da parte della Corte costituzionale?, cit., e M. ZANOTTI, *Una questione di costituzionalità mal posta: la facoltà di astensione del dovere testimoniale del convivente di fatto*; in *Fam. dir.*, 1996, p. 107, con nota di G. FERRANDO, *Famiglia legittima, famiglia di fatto e reato di favoreggiamento*; in *Leg. pen.*, 1996, p. 681, con nota di A. GARGANI, *La corte costituzionale conferma: la famiglia legittima non è un genus proximum della convivenza more uxorio*.

²² Corte cost., 18 gennaio 1996, n. 8, cit., punto 3 dei *Considerato in diritto*.

²³ Corte cost. 20 aprile 2004, n. 121, in *Giur. cost.*, 2004, p. 1242, con nota di F. SACCO.

²⁴ Corte cost., 11 marzo 2009, n. 140, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1513, con nota di A. PASTORELLI, *La convivenza more uxorio non esclude la punibilità del favoreggiamento personale*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1525 ss.

²⁵ R. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, cit., p. 1617 ss.; A. MANNA, *L'art. 384 c.p. e la “famiglia di fatto”*: ancora un ingiustificato “diniego di giustizia” da parte della Corte costituzionale?, cit., p. 93; A. PASTORELLI, *La convivenza more uxorio non esclude la punibilità del favoreggiamento personale*, cit.; G. LUCCIOLI, *La famiglia di fatto di fronte alla Corte costituzionale: ancora un rifiuto di tutela*, cit, p. 682 ss.; M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, cit., p. 577 ss.; P. PITTARO, *Il convivente more uxorio, a differenza del coniuge, rimane punibile per il reato di favoreggiamento personale*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 329; G. FERRANDO, *Famiglia legittima, famiglia di fatto e reato di favoreggiamento*, cit., p. 109 ss. Critico anche M. DOGLIOTTI, voce *Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. civ.*, Agg. II, Torino, 2003, p. 707 ss., che definisce la Corte costituzionale “un baluardo tenace ad ogni tentativo di avvicinamento tra famiglia di fatto e legittima” e ritiene che “non si avvede la Corte di quanto è mutato intorno ad essa, anche ad opera di una giurisprudenza di merito, ma pure di legittimità, attraverso gli interventi della Suprema Corte, particolarmente attiva al riguardo”.

²⁶ R. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, cit., p. 1619, il quale rileva peraltro come la stessa logica della famiglia istituzionale non sembri del tutto in linea nemmeno con l'art. 384 c.p. stesso, dal momento che “la disposizione in esame infatti non è posta a tutela dell'unità familiare a scapito del singolo, bensì a tutela del

si è contestata l'affermazione secondo la quale un intervento additivo sarebbe precluso alla Corte siccome espressione di un'inammissibile ingerenza nelle scelte politico-legislative, rilevandosi che ciò porterebbe a privare di contenuti effettivi il sindacato sulla ragionevolezza²⁷.

Un'opinione dottrinale, per vero minoritaria, muovendo dal presupposto che le cause di inesigibilità codificherebbero il principio di carattere non eccezionale del *nemo tenetur se detegere*, ritiene che già allo stato della legislazione sia consentito pervenire ad un'interpretazione analogica della norma di cui all'art. 384, co. 1 c.p., facendo leva sul carattere non eccezionale di tale norma, in quanto riconducibile a un principio generale²⁸. Altri ancora ritengono che il medesimo risultato interpretativo sia raggiungibile attraverso una lettura evolutiva del concetto di famiglia, che trascenda la concezione istituzionale, siccome non più aderente alla realtà e non in linea con le molteplici manifestazioni di apertura verso la famiglia di fatto ricavabili dalla legislazione più recente e dalla giurisprudenza di legittimità²⁹. Vi è anche chi continua a ritenere necessario un intervento additivo della Corte costituzionale in grado di integrare il dato normativo, il quale appare difficilmente superabile in via esclusivamente ermeneutica³⁰, ovvero un intervento espresso del Legislatore³¹.

4. La sentenza della Cassazione: possibile l'estensione della causa di non punibilità al convivente *more uxorio*.

La Corte di cassazione, nella pronuncia in commento, si afferma consapevole di muoversi in uno scenario interpretativo di legittimità assolutamente contrario all'estensione *ratione personae* dell'art. 384 c.p.

La stessa evoca l'unico isolato precedente giurisprudenziale che è pervenuto all'affermazione, sia pure in sede di *obiter dictum*, della possibilità di estensione della causa di non punibilità al convivente *more uxorio*, evidenziando le critiche mosse a tale pronuncia dalla dottrina che ritiene che le cause di non punibilità siano insuscettibili di

singolo familiare sull'interesse della collettività alla punizione. In sostanza, essa salvaguarda il membro della famiglia che si trova davanti all'alternativa di commettere un reato o nuocere a un prossimo congiunto”.

²⁷ Per tale critica v. di recente A. CARIOLA, *Famiglie e convivenze: il rilievo costituzionale comporta la giuridicizzazione dei rapporti interni*, cit., p. 1043.

²⁸ Per tale opinione A. MANNA, *L'art. 384 c.p. e la “famiglia di fatto”: ancora un ingiustificato “diniego di giustizia” da parte della Corte costituzionale?*, cit., pp. 93-94. Ritiene possibile un'interpretazione adeguatrice M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, cit., p. 580.

²⁹ S. BELTRANI, *Ancora sulla (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto: prime aperture giurisprudenziali*, cit., p. 1031 ss.

³⁰ Per tale opinione G. PESTELLI, *L'art. 384 c.p. ed il convivente more uxorio: i termini di un rapporto negato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 489.

³¹ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed. a cura di E. DOLCINI, G.L. GATTA, Milano, 2015, p. 375.

interpretazione analogica in quanto norme penali eccezionali per antonomasia, riflettendo sul piano normativo scelte di politica criminale³².

Dopo aver preso le distanze implicitamente anche da questo indirizzo interpretativo, senza tuttavia “impegnarsi” sul piano della qualificazione giuridica della fattispecie prevista dall'art. 384, co. 1 c.p., la Corte si confronta con la giurisprudenza costituzionale che ha invece decisamente escluso la possibilità di pronunciare una sentenza additiva in grado di includere la convivenza *more uxorio* nelle fattispecie “tutelate” dall'articolo.

La motivazione a questo punto si concentra sulla confutazione dell'attualità dell'opinione espressa autorevolmente dal Giudice delle leggi in ordine alla concezione di famiglia cui fare riferimento. Per la Corte, l'insegnamento mantenuto fermo dalla Consulta non appare più in linea con la sensibilità sociale, in quanto “oggi famiglia e matrimonio hanno un significato diverso e più ampio rispetto a quello che veniva loro attribuito all'epoca dell'entrata in vigore del codice penale ancora vigente e la stabilità del rapporto, con il venir meno l'indissolubilità del matrimonio, non costituisce più caratteristica assoluta e inderogabile ed anzi spesso caratterizza maggiormente unioni non fondate sul matrimonio”³³.

La Corte condivide invece quell'interpretazione evolutiva che la giurisprudenza di legittimità ha intrapreso nel corso degli ultimi anni, valorizzando le incongruenze derivanti dalle varie disposizioni normative che si trovano all'interno dell'ordinamento, e che conducono a conclusioni difficilmente giustificabili sul piano razionale. E in effetti, la Cassazione da tempo ha conferito rilevanza alla convivenza *more uxorio* in determinati settori. Ad esempio, può considerarsi ormai pacifico l'orientamento che ritiene che possa essere soggetto passivo del reato di cui all'art. 572 c.p. anche il convivente *more uxorio*, “atteso che il richiamo contenuto nell'art. 572 cod. pen. alla “famiglia” deve intendersi riferito ad ogni consorzio di persone tra le quali, per strette relazioni e consuetudini di vita, siano sorti rapporti di assistenza e solidarietà per un apprezzabile periodo di tempo”³⁴. Ancora, si è ritenuto che ai fini della determinazione dei limiti di reddito per l'accesso al patrocinio a spese dello Stato rilevi anche il reddito del convivente *more uxorio*, nonostante la legge si riferisca al “coniuge” e agli altri “familiari conviventi”³⁵. La pronuncia poi richiama diffusamente, e per amplissimi stralci, una recente sentenza che in aperto contrasto con quanto affermato in precedenza dalla giurisprudenza ha ritenuto, superando il contrario avviso della Corte costituzionale³⁶, che la causa di non

³² G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 77, per i quali le norme che escludono la punibilità costituiscono norme eccezionali: “la regola dell'intero sistema penale è che l'autore di un fatto penalmente rilevante, antiggiuridico e colpevole debba essere punito con le sanzioni previste dalla legge ed è solo un'eccezione che egli resti in tutto o in parte impunito” (corsivi originali).

³³ La Corte richiama in questo passaggio espressamente quanto affermato a proposito della nozione di prossimo congiunto ai fini di quanto previsto dall'art. 649 c.p.

³⁴ Così testualmente Cass. pen., Sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 20647, Rv. 239726. Critica questo orientamento giurisprudenziale, ritenendolo espressione di analogia *in malam partem* M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, cit., p. 584.

³⁵ Cass. pen., Sez. IV, 13 novembre 2012, n. 44121, Rv. 253643.

³⁶ Corte cost., 25 luglio 2000, n. 352, in *Cass. pen.*, 2001, p. 28. Si veda anche la sentenza Corte cost., 20 dicembre

punibilità prevista dall'art. 649 c.p. sia applicabile anche ai conviventi *more uxorio*³⁷. Tale interpretazione va condivisa, per la Corte, in quanto maggiormente in linea con il significato che la famiglia di fatto ha assunto nell'attuale contesto sociale.

La Corte infine rievoca, a ulteriore sostegno della bontà della propria tesi ermeneutica, il concetto di famiglia fatto proprio dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale considera la famiglia in senso dinamico, come una formazione sociale in perenne divenire, e non come un istituto statico e immutabile. Per la Corte europea, ai fini dell'applicazione dell'art. 8, Par. 1 CEDU, che riconosce e tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare, è irrilevante che il rapporto familiare sia sanzionato dall'accordo matrimoniale.

Siffatto approccio sostanzialistica viene ritenuto in contrasto “di solare evidenza” con il concetto “istituzionale” di famiglia, che va pertanto riadattato alla luce delle suggestioni sovranazionali, ricomprendendo anche coloro che non hanno scelto di consacrare il proprio rapporto attraverso il matrimonio, ma abbiano liberamente scelto di creare un rapporto di tipo familiare in via di fatto.

5. Aspetti critici dell'interpretazione evolutiva proposta dalla Suprema Corte.

L'orientamento sostenuto dalla Corte nella sentenza in commento sembra iscrivibile in un filone giurisprudenziale di legittimità che di recente sta ampliando gli spazi di libertà dei conviventi di fatto nell'ambito della disciplina di favore prevista a tutela del coniuge, superando il dato letterale delle norme penali. Espressione di siffatto orientamento è una recente sentenza di legittimità che ha esteso il divieto di espulsione previsto dall'art. 19 D.Lgs. n. 286/1998 per la madre di figlio minore di sei mesi anche al padre dello stesso ancorché non sposato con la madre né con lei convivente³⁸. Altrettanto esemplificativa di questa tendenza in atto è la recente giurisprudenza, come si è visto richiamata diffusamente nelle motivazioni dell'arresto in commento, che ha esteso la

1988, n. 1122, in *Giur. cost.*, 1988, p. 5450.

³⁷ Il riferimento è alla pronuncia Cass. pen., Sez. IV, 21 maggio 2009, n. 32190, Rv. 244692. La tesi è stata sostenuta anche nella giurisprudenza di merito da Trib. Terni, 26 marzo 2009, in *Giur. mer.*, 2009, p. 3089. Critico sulla possibilità di interpretare l'art. 649 c.p. estendendone l'applicazione al convivente è G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, II ed., I, Torino, 2012, p. 289, il quale ritiene che per sostenere la inapplicabilità analogica della disposizione ai conviventi, piuttosto che sulla pretesa natura di norma eccezionale siccome causa di esclusione della punibilità, dovrebbe farsi leva sul carattere intrinsecamente tassativo della norma. Si domanda in proposito l'Autore, “è mai possibile che il legislatore, essendosi preoccupato di distinguere ai fini della punibilità addirittura il coniuge separato legalmente da quello separato in via di fatto, consenta poi all'interprete di utilizzare l'argomento a *simili* rispetto a chi è per definizione “coniuge non è?” (corsivo originale).

³⁸ Cass. pen., Sez. IV, 25 novembre 2014, n. 50379, Rv. 261378, sulla quale sia consentito il rinvio a L. PRUDENZANO, *Estensione per interpretazione conforme a Costituzione del divieto di espulsione al padre non coniuge né convivente*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1584 ss. Va notato che anche questa pronuncia si spinge fino al superamento della giurisprudenza costituzionale che si è occupata del tema dell'estensione ai conviventi del divieto di espulsione previsto dal D.Lgs. n. 286/1998.

causa di non punibilità prevista dall'art. 649 c.p. in tema di reati commessi in danno di familiari anche a colui che ha commesso il fatto in danno di un convivente³⁹.

La Corte, come si è visto, afferma di voler ricondurre a sistema l'interpretazione attuale dell'art. 384, co. 1 c.p., sulla scia proprio di quell'orientamento diffuso nella giurisprudenza di legittimità che, per taluni istituti, supera il dato letterale e ricomprende nel concetto di familiare anche il convivente *more uxorio*, con effetti sia *in malam* che *in bonam partem*.

Ci troviamo in un contesto in cui il formante giurisprudenziale costituisce l'unico o il prevalente motore del cambiamento del paradigma familiare in materia penale, vi è una perdurante inerzia del Legislatore nella valorizzazione delle convivenze civili e a fronte di tale inerzia la Corte costituzionale mantiene fermo un approccio di vero e proprio *self-restraint* nella valorizzazione delle "famiglie" diverse da quella "istituzionale", approccio invero ribadito ancora di recente in tema di unioni omosessuali⁴⁰ al fine più o meno dichiarato di non interferire con le scelte di politica legislativa riservate al Legislatore.

In un simile scenario, la proposta interpretativa, per essere condivisa dalla "comunità degli interpreti", deve necessariamente possedere solide basi ermeneutiche, in mancanza delle quali rischia di apparire, piuttosto che un precedente dotato di autorevolezza e plausibilità sostanziale⁴¹, un tentativo di (ri)scrittura giurisprudenziale del dato normativo⁴².

Per valutare la sostenibilità della tesi della seconda sezione, occorre ripercorrere l'iter argomentativo e verificare se esso sia compatibile con le regole che governano l'interpretazione individuate dalla legge e dalla giurisprudenza.

La motivazione muove dal ripudio (sia pur implicito) della possibilità di dare una lettura analogica all'art. 384, co. 1 c.p.: sono infatti evocate le perplessità suscitate in

³⁹ Su tale pronuncia v. in senso adesivo S. BELTRANI, *Ancora sulla (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto: prime aperture giurisprudenziali*, cit., p. 1030 ss.

⁴⁰ Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1604, con nota di R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*.

⁴¹ V. L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Bari, 2013, p. 135, richiamato da D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 36, per il quale l'efficacia dei precedenti giurisprudenziali "ha il suo fondamento solamente nella loro autorevolezza o plausibilità sostanziale, e non già in una qualche loro autorità formale quale è quella che compete al potere legislativo". Sul valore del precedente giudiziario v. di recente A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, Torino, 2014; M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, p. 37 ss.

⁴² A tal proposito v. di recente M. SCOLETTA, *La legalità 'corrotta': la punibilità della subornazione del consulente tecnico del pubblico ministero tra analogia e manipolazione delle norme incriminatrici*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 2621, per il quale "Le interpretazioni correttive attraverso le quali la giurisprudenza penale mira a sanare vere o presunte incoerenze o lacune del sistema punitivo producono spesso soluzioni normative posticce, destinate a rivelare la propria fragilità nella prassi giudiziaria e a creare nuove disarmonie e più forti contraddizioni. Ciò non può che ripercuotersi negativamente non solo sul piano del rispetto dei principi che informano la materia penale ma anche, soprattutto, sui destinatari concreti dei precetti e delle sanzioni normative, che finiscono con il percepire come profondamente *ingiusta* anche l'applicazione di una pena sostanzialmente *giusta*" (corsivi originali).

dottrina in ordine alla praticabilità dell'analogia rispetto a una norma che va considerata come il frutto di scelte di politica criminale eccezionali. Sembrerebbe pertanto da escludersi che l'oggetto (almeno diretto) dell'interpretazione vada rintracciato nell'art. 384, co. 1 c.p. La Corte sembra invece concentrarsi direttamente sulla nozione di "coniuge" e "famiglia" rilevanti ai fini della causa non punibilità⁴³.

Infatti, si sottolinea a più riprese l'inattualità della concezione della famiglia, e dunque di coniuge, patrocinata dall'orientamento tradizionale di legittimità e autorevolmente avallato dalla Consulta. Questo iato fra la realtà sociale e il diritto vivente imporrebbe all'interprete, secondo la Corte, di adeguare il dato giuridico al dato fattuale.

Oltre a questa premessa "sociologica", la decisione impiega ulteriori argomenti di carattere logico-sistematico, concentrandosi sul "diritto vivente": le molteplici prese di posizione dei giudici di legittimità in ordine all'applicabilità dei vari istituti del diritto penale della famiglia in danno dei conviventi (si veda la vicenda dei maltrattamenti in famiglia e del reddito rilevante ai fini dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato), ma anche a loro vantaggio (estensione al convivente della causa di non punibilità nei delitti contro il patrimonio di cui all'art. 649 c.p.), insieme alle disposizioni normative frammentarie e disorganiche che in più parti parificano il coniuge al convivente, sono tali per la Corte da rendere l'interpretazione tradizionale del concetto di coniuge e familiare ai fini dell'art. 384 c.p. non più sostenibile sul piano razionale, in quanto foriera di contraddizioni inaccettabili. L'unica strada possibile per ricondurre il sistema a razionalità consisterebbe dunque nella parificazione della condizione del coniuge e di convivente *more uxorio*.

Questo risultato interpretativo va incontro a svariate critiche. Vi è innanzitutto il rischio che lo stesso si ponga in contrasto con le regole che governano l'interpretazione estensiva e il ricorso all'analogia. Ove si ritenga che l'operazione compiuta sia consistita nell'interpretazione estensiva del termine "coniuge" cui si riferisce l'art. 307 c.p., va osservato che tale esito interpretativo non appare perfettamente in linea con la latitudine semantica dello stesso termine, che costituisce il perimetro dell'interpretazione estensiva⁴⁴. Ove si ritenga che la Corte abbia effettuato un'interpretazione analogica della norma che individua i prossimi congiunti agli effetti penali (art. 307 c.p.), non sfugge come sembrino difettare i presupposti logico-giuridici del ricorso all'analogia.

Prescindendo dal rilievo che si tratterebbe di interpretazione analogica di una disposizione penale, vietata dall'art. 14 delle Preleggi (ma da taluno in dottrina ritenuta

⁴³ Così sembra suggerire la stessa motivazione della pronuncia (punto 35.6.3.15), in cui si propone di accogliere una nozione in linea con i mutamenti sociali di "famiglia" e di "coniugio".

⁴⁴ Sul discrimine fra interpretazione estensiva e analogica v. già Cass. pen., Sez. V, 3 luglio 1991, n. 9392, in *Foro it.*, 1992, p. 146, che coglie il discrimine fra interpretazione estensiva e analogia nel fatto che "la prima mantiene il campo di validità della norma entro l'area di significanza dei segni linguistici coi quali essa si esprime, mentre l'analogia estende tale validità all'area di similarità della fattispecie considerata dalla norma. L'interpretazione estensiva è perciò pur sempre legata al testo della norma esistente; il procedimento analogico è invece creativo di una norma nuova che prima non esisteva".

possibile nei casi in cui produca effetti *in bonam partem*)⁴⁵, la norma che individua i prossimi congiunti, per la natura casistica dell'elencazione, appare di carattere eccezionale, e come tale appare *comunque* insuscettibile di essere applicata analogica, in virtù di quanto disposto dallo stesso art. 14 delle Preleggi. Peraltro, sembrerebbe qui difettare anche un ulteriore presupposto dell'analogia, ovvero la lacuna normativa.

Potrebbe ritenersi anche che l'interpretazione fornita dalla Corte di cassazione sia consistita in un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 307 c.p., volta a valorizzare le norme costituzionali che tutelano le formazioni sociali (quale indubbiamente è la convivenza *more uxorio*) - art. 2 Cost. e il principio di eguaglianza-ragionevolezza - art. 3 Cost. Tuttavia, anche in tale ipotesi ricostruttiva il limite dell'interpretazione conforme scaturente dalla lettera della disposizione dell'art. 307 c.p., nella parte in cui si riferisce espressamente al "coniuge", sembra porre un ulteriore freno allo slancio evolutivo. Come è stato ampiamente chiarito dalla Corte costituzionale, la lettera della legge è il presupposto e insieme il limite dell'interpretazione costituzionalmente orientata⁴⁶. L'impossibilità di superare il dato letterale, che nel caso dell'art. 307 c.p. appare un ostacolo difficilmente superabile, costituisce allora il viatico per invocare ancora una volta l'intervento della Corte costituzionale, la quale può superarlo attraverso una pronuncia additiva.

Non pare in grado di superare le critiche appena prospettate il riferimento a quella giurisprudenza "espansiva" che nel corso degli anni più recenti ha teso ad ampliare e diminuire la tutela penale in danno e a favore dei conviventi *more uxorio*, ciò che imporrebbe secondo la Corte un'opera di riconduzione a sistema. La giurisprudenza che produce effetti ampliativi della punibilità, in particolare quella inerente al delitto di maltrattamenti, è stata dal canto suo additata dalla dottrina che ne ha rilevato la violazione del divieto di analogia in materia penale, ed è stata seguita da un recente intervento legislativo che espressamente ha ricompreso i conviventi fra i soggetti passivi del reato⁴⁷; d'altra parte l'estensione ai conviventi della garanzia prevista dall'art. 649 c.p. è stata posta in discussione da una parte della dottrina⁴⁸ e dalla stessa giurisprudenza

⁴⁵ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 75.

⁴⁶ La dottrina più recente è orientata in tal senso. V. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006, p. 124 ss.; M. RUOTOLO, *La Cassazione penale e l'interpretazione delle norme sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minor sacrificio della libertà personale*, in L. CAPPUCCIO, E. LAMARQUE (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, Napoli, 2013, p. 8 ss. La stessa Corte costituzionale ha sottolineato in più occasioni che l'interpretazione conforme è possibile solamente laddove non contrasti esplicitamente con il testo della disposizione. V. in tal senso, a proposito dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea Corte cost., 28 gennaio 2010, n. 28, in *Giur. cost.*, 2010, p. 358.

⁴⁷ Il riferimento è all'art. 4 Legge 1 ottobre 2012, n. 172, il quale ha inserito il riferimento nell'art. 572 c.p., fra i soggetti passivi, a "una persona della famiglia o comunque convivente". Pone in luce il problematico coordinamento fra la nozione "giurisprudenziale" dell'istituto familiare nell'ambito della disciplina dei maltrattamenti e la riforma del 2012. A. ROIATI, *Lo statuto penale del coniuge separato, del divorziato e della persona 'comunque convivente' nell'orizzonte della famiglia 'liquida'*, cit., p. 1460.

⁴⁸ Escludono che sia possibile utilizzare lo strumento analogico con riferimento all'art. 649 c.p., in quanto norma eccezionale G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Bologna, 2005, p. 110, nonché G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 77. Particolarmente severa a proposito dell'orientamento manifestato in tale sentenza l'opinione espressa da G. COCCO, *I rapporti familiari*

immediatamente successiva⁴⁹, ciò che dimostra la mancanza di un vero e proprio diritto vivente da assumere come premessa metodologica del discorso sullo statuto penale del convivente *more uxorio*.

Desta inoltre qualche perplessità l'ulteriore argomento, discusso forse in modo eccessivamente sbrigativo dalla Corte, della piena legittimazione dell'approdo interpretativo rispetto alle elaborazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo. È lecito domandarsi infatti se davvero sia di "solare evidenza" il contrasto dell'orientamento che esclude i conviventi con l'art. 8 CEDU che afferma il diritto al rispetto della vita privata e familiare. E infatti, pur dimostrandosi consapevole della giurisprudenza in tema di vita privata e familiare, la pronuncia non si è tuttavia confrontata con la pur rilevante pronuncia della Corte EDU nel caso *Van der Heijden v. Netherlands* (2012)⁵⁰, con cui si è esclusa la violazione dell'art. 8 CEDU laddove una legislazione interna costringa una persona a testimoniare nell'ambito di procedimenti penali a carico del convivente senza conferirle la facoltà di astensione riconosciuta invece al coniuge e al convivente registrato⁵¹. Tale pronuncia ha ritenuto che pur potendosi qualificare come ingerenza dello Stato nella vita privata e familiare, l'obbligo di deposizione non risulta sproporzionato rispetto al fine di perseguire l'interesse alla efficace repressione dei reati⁵². E infatti la *ratio* della facoltà di non deporre riconosciuta nell'ordinamento olandese ai coniugi e alle coppie di fatto registrate, individuata proprio nel dilemma

come causa di non punibilità o di perseguibilità a querela, in ID., *Trattato breve di diritto penale. Parte speciale, II, I delitti contro i beni economici*, Padova, 2015, p. 332 per il quale è "retorica nello stile (ricca di interrogativi retorici, ben quattro, la cui scontata risposta positiva ha il valore tecnico-giuridico di un pugno sul tavolo) e ideologica nell'assunto fondamento". L'Autore ritiene "inconferenti i riferimenti alle diverse recenti leggi che, nelle più varie ma specifiche materie, equiparano il convivente o figure di fatto al coniuge, giacché in quei casi è per l'appunto la legge a disporre in tal senso e non il giudice che non deve sostituirsi al legislatore, cosicché ben vale il principio *ubi lex voluit dixit*". V. dello stesso A., e nel medesimo senso, anche di recente *Il fondamento e i limiti dei rapporti familiari come causa di non punibilità o di perseguibilità a querela di parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1048 ss. Sullo stesso tema v. R. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, cit., p. 1627, che muovendo da una lettura dell'art. 384, co. 1 c.p. quale scusante e dell'art. 649 quale causa di non punibilità, ritiene opportuno distinguere ai fini dell'interpretazione estensiva di dette figure in quanto l'art. 649 "si muove in una logica di mera opportunità "politica" e quindi pur sempre valoriale, al contrario l'art. 384 ha una struttura soggettivistica, dove l'alternativa tra commettere il reato e nuocere alla persona a cui si è affettivamente legati non può essere diversa a seconda che sussista o meno un vincolo di tipo matrimoniale".

⁴⁹ Il riferimento è alla sentenza Cass. pen., Sez. II, 13 ottobre 2009, n. 44047, Rv. 245626.

⁵⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 3 aprile 2012, ricorso n. 42857/05, *Van der Heijden v Netherlands*, in *www.echr.coe.int*. Su tale pronuncia v. in senso critico A. TIMMER, *Testimonial privilege for life-partners? The formalism of van der Heijden v Netherlands*, in *Strasbourg Observers*, 11 aprile 2012; in senso adesivo S. FITZPATRICK, *Cohabiting with the Accused: The Formal Limits of Spousal Privilege Affirmed in Van der Heijden v. Netherlands*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, 2014, p. 1 ss.

⁵¹ Merita ricordare come tale pronuncia sia stata adottata dalla Corte a maggioranza, ed è accompagnata da una *concurring opinion* e da due *dissenting opinion* piuttosto articolate in cui i giudici estensori ritengono che l'ingerenza pubblica nella vita familiare rappresentata dall'obbligo di testimonianza sotto la minaccia di sanzioni penali sia eccessiva e sproporzionata rispetto ai fini da raggiungere, oltre a costituire una discriminazione in contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Su tali *dissenting opinion* si veda [M. PELAZZA, Obbligo di testimonianza del convivente more uxorio: la Corte EDU non apre alle coppie di fatto](#), in *questa Rivista*, 15 maggio 2012.

⁵² Sentenza *Van der Heijden v. Netherlands*, cit., paragrafo 65.

morale in cui si troverebbero le persone esentate se dovessero scegliere tra una testimonianza veritiera, e così potenzialmente compromettere la propria relazione con l'imputato, o dare una testimonianza inaffidabile o falsa⁵³, è recessiva rispetto a quella dell'amministrazione della giustizia. In questo modo la Corte di Strasburgo, seguendo la dottrina del margine di apprezzamento riservato agli Stati⁵⁴, ha in qualche misura fornito argomenti per sostenere la non irragionevolezza di trattamenti differenziati fra coniugi e conviventi, quantomeno nel settore processuale⁵⁵.

Indubbiamente la vita dei conviventi di fatto rientra nella concezione di vita "familiare" elaborata ormai da tempo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in sede di interpretazione dell'art. 8, Par. 1 CEDU⁵⁶. Sembra tuttavia che il margine di apprezzamento rimesso agli Stati parte della Convenzione, e richiamato dalla giurisprudenza più recente che si è occupata dello *spousal privilege*, fondi un argomento per negare la possibilità di superare in via di interpretazione "correttiva" il paradigma derivante dalla lettera degli articoli 307 e 384, co. 1 c.p.

6. Rilievi conclusivi.

La sentenza in esame, che si distingue per la innovatività dei *dicta* e per l'articolato e complesso apparato motivazionale a sostegno, e per il confronto con il parametro normativo interno e convenzionale, arricchisce lo scenario giurisprudenziale sul tema e il dibattito più generale sulla rilevanza della famiglia di fatto nel diritto e nel processo penale. Difficile stabilire se questo precedente prefiguri un definitivo superamento dell'orientamento giurisprudenziale finora mantenuto fermo dalla Suprema Corte, oppure sia destinato a rimanere un'estemporanea presa di posizione della seconda sezione⁵⁷.

Un merito innegabile che le va riconosciuto è quello di aver posto in evidenza con vigore argomentativo le contraddizioni che si intravedono nel combinato disposto

⁵³ Sentenza *Van der Heijden v. Netherlands*, cit., paragrafo 65.

⁵⁴ Legge l'orientamento della Corte EDU alla luce allo scopo di lasciare impregiudicato il margine di apprezzamento del Legislatore B. PEZZINI, *La sentenza n. 4184/2012 della corte di cassazione in una prospettiva costituzionale: il paradigma eterosessuale incrinato e la faticosa rielaborazione di categorie concettuali*, in R. TORINO (a cura di), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, 2013, p. 83.

⁵⁵ Cfr. D. FALCINELLI, *Il dilemma del diritto penale davanti al falso testimone. L'offesa alla "libertà" del convincimento giudiziale, tra regole processuali e criteri impliciti di accertamento del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 816, che afferma che la sentenza della Corte europea nel caso *Van der Heijden v. Netherlands* "non stride affatto con le conclusioni già fatte proprie dalla Corte costituzionale italiana" in relazione all'art. 384, co. 1 c.p.

⁵⁶ V. in tal senso Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 giugno 1979, ricorso n. 683/74, *Marckx v. Belgium*; 26 maggio 1994, ricorso n. 16969/90, *Keegan v. Ireland*, 5 gennaio 2010, ricorso n. 24023/03, *Jaremowicz v. Poland*; 27 aprile 2010, ricorso n. 16318/07, *Moretti and Benedetti v. Italy*; 24 giugno 2010, ricorso n. 30141/04, *Schalk and Kopf v. Austria*; da ultimo 21 luglio 2015, ricorsi n. 18766/11 e 36030/11, *Oliari and others v. Italy*, in *www.echr.coe.int*.

⁵⁷ E in effetti parrebbe che la giurisprudenza successiva abbia preso le distanze sia pur implicitamente da quanto sostenuto nella sentenza che si commenta. V. in proposito Cass. pen., Sez. III, 14 maggio 2015, n. 37354, in *www.leggiditalia.it*, la quale sembra dare seguito all'orientamento tradizionale.

delle disposizioni penalistiche che conferiscono rilievo alla famiglia di fatto e di quelle che invece lo escludono. Tali contraddizioni, allo stato del diritto positivo e vivente, sembrano effettivamente porre una serie di questioni di razionalità intrinseca ed estrinseca delle norme codicistiche esaminate.

Come si è cercato di dimostrare, l'interpretazione patrocinata dalla sentenza qui annotata appare porsi in forte tensione rispetto alle regole che presidono l'interpretazione "correttiva", nonché in aperto dissenso con quanto sostenuto dalla Corte costituzionale nei suoi plurimi interventi sul tema.

Il superamento dei limiti all'attività ermeneutica, pur motivato da esigenze di razionalizzazione del sistema invero largamente condivisibili, rende allo stato difficilmente eludibile la proposizione di una nuova questione di legittimità costituzionale.

Solo la Corte costituzionale può superare i limiti che il giudice comune incontra nella "correzione" delle norme che regolano lo statuto penale della famiglia di fatto, in quanto istituzionalmente affidataria del ruolo di giudice della ragionevolezza delle leggi.

Appare dunque auspicabile un suo nuovo interpello, tenuto anche conto che le recenti riforme legislative che hanno inteso conferire maggiore rilevanza alla convivenza *more uxorio* (come ad esempio la riforma dell'art. 572 c.p.) possono contribuire a determinare un mutamento della posizione finora tenuta ferma. Un intervento della Corte costituzionale in senso correttivo consentirebbe peraltro di ovviare ad un certo massimalismo della sentenza qui commentata, che sembra affermare una totale equiparazione della famiglia di fatto alla famiglia di diritto anche al di là dell'alveo di quanto previsto dall'art. 384, co. 1 c.p., che pure costituiva il parametro posto all'attenzione della Cassazione nel motivo di ricorso. Da questo punto di vista, una sentenza additiva della Corte costituzionale avrebbe il merito di circoscrivere la portata dei *dicta* affermati dalla Suprema Corte all'esclusiva materia dell'art. 384, co. 1 c.p., lasciando al contempo impregiudicata (ma limitata funzionalmente dalla generale regola di razionalità) la discrezionalità legislativa in materia penale. L'intervento autorevole della Corte avrebbe l'ulteriore merito di scongiurare il rischio che un uso eccessivamente disinvolto del canone dell'interpretazione conforme (a Costituzione come alla Convenzione europea) si traduca in un'ingerenza abusiva della giurisdizione comune in quello che rimane dominio della Corte costituzionale, la quale è posta a presidio della legalità costituzionale ogni qualvolta la legalità "legale" sia in contrasto insanabile con quella "costituzionale" e "convenzionale"⁵⁸.

⁵⁸ Si riprende qui l'efficace distinzione tracciata da M. LUCIANI, *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino, 2005, p. 501 ss. Sui rischi che derivano da un uso scorretto del metodo interpretativo dell'interpretazione conforme v. ID., *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Studi in memoria di Giuseppe P. Floridia*, Napoli, 2009, p. 416 ss., il quale sottolinea "è evidente che non solo la funzionalità, ma la stessa ragion d'essere del controllo accentrato di costituzionalità può essere messa in discussione da un'utilizzazione anomala del principio dell'interpretazione conforme a Costituzione, sicché la questione merita la massima attenzione e la massima sorveglianza".

Un contributo al superamento della concezione istituzionale fin qui patrocinata dalla Corte costituzionale potrebbe derivare anche dalla giurisprudenza della Corte europea, presso la quale non si registra una unanimità di vedute quanto al rapporto fra tutela del sentimento familiare *lato sensu* inteso e necessità di perseguire efficacemente le finalità di giustizia, come dimostrano le *dissenting opinion* rese nel richiamato caso *Van der Heijden v. Netherlands*, espressioni di una sensibilità differente rispetto a quella (fino ad ora) maggioritaria fra i giudici di Strasburgo⁵⁹.

Ancor più auspicabile appare l'intervento del Legislatore, il quale potrebbe operare una modifica dell'art. 384 c.p., nel senso della definitiva estensione ai conviventi della causa di non punibilità, riconducendo, quantomeno in parte, a sistema una legislazione che appare oggi uno dei settori del diritto penale più contraddittori e disorganici⁶⁰.

Gli interventi finora realizzati al fine di salvaguardare gli interessi di cui costituisce espressione la famiglia di fatto appaiono per lo più frutto di esigenze contingenti (come ad esempio apprestare una maggiore risposta penale all'aggravarsi del fenomeno dei maltrattamenti dentro le mura domestiche, ciò che costituisce il *leitmotiv* della riforma dell'art. 572 c.p.) e privi di un autentico disegno riformatore, ciò che da un lato elude il problema dell'ammodernamento dell'assetto penalistico della famiglia di fatto, dall'altro rischia di disorientare l'interprete, stretto fra una legislazione a volte particolarmente sensibile alle ragioni del convivente, a volte semplicemente ad essa indifferente.

⁵⁹ A tal proposito occorre convenire con quanto sostenuto da A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in *Consulta online*, 2014, 30 maggio 2015, p. 1: "Pochi altri ambiti materiali di esperienza possono, forse, competere alla pari col "diritto di famiglia", qui fatto oggetto di una rapida riflessione, nell'offrire numerose e particolarmente istruttive indicazioni a riguardo delle più salienti tendenze delle relazioni tra Corti europee e Corti costituzionali e, allo stesso tempo (e ancora più a fondo), del modo di essere, in struttura e funzioni, tanto della Carta costituzionale quanto delle altre Carte dei diritti (per ciò che qui più da presso rileva, la Carta dell'Unione europea e la CEDU)".

⁶⁰ Invoca l'intervento manipolativo del Legislatore per la riscrittura dell'art. 384 c.p., o addirittura la sua soppressione, stante la complessità di ricondurre a sistema tale disposizione nel quadro della teoria generale A. SPENA, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384 c.p.)*, cit., p. 180, il quale peraltro ritiene opportuna l'estensione della tutela anche ai conviventi *more uxorio*. In generale sulla necessità di maggior considerazione da parte del Legislatore in relazione alle esigenze di equiparazione della condizione dei familiari di fatto, almeno in taluni settori, v. già V. SCORDAMAGLIA, *Prospettive di nuova tutela penale della famiglia*, cit., p. 391. Sulla necessità che il Legislatore si adoperi per rendere maggiormente in linea con la realtà sociale contemporanea la normativa penale a tutela dell'istituzione familiare, con particolare riferimento alla norma penale contenuta nell'art. 649, c.p. v. da ultimo Corte cost., 5 novembre 2015, n. 223 in *Consulta online*. A proposito della pronuncia v. [G. LEO, Per la Corte costituzionale è anacronistica la disciplina di favore per i reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare](#), in *questa Rivista*, 9 novembre 2015.