

QUESTIONI APERTE

Analogia in *bonam partem*/Scusanti

La decisione

Causa di non punibilità - Natura di causa di esclusione della colpevolezza - Applicabilità analogica al convivente “*more uxorio*” (C.p., art. 384 co. 1)

L'art. 384, comma primo, cod. pen., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, è applicabile analogicamente anche a chi abbia 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 o nell'onore.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 17 marzo 2021 (ud. 26 novembre 2020), n. 10381, CASSANO, *Presidente* - FIDELBO, *Relatore* - GAETA, *P.G.*, Diff.- Fiavola, *ricorrente*.

Non aspettare più Godot.

Il problema dell'applicazione analogica delle scusanti e il nuovo protagonismo delle Sezioni Unite

Il contributo esamina e commenta una innovativa pronuncia delle Sezioni Unite, con la quale è stata affermata la possibilità di applicare analogicamente ai conviventi *more uxorio* la esimente prevista dall'art. 384 co. 1 c.p., risolvendo così il contrasto che periodicamente riemergeva sulla questione. Il particolare interesse della sentenza non riguarda tanto l'inquadramento della esimente tra le scusanti, opinione molto diffusa anche in dottrina, quanto il ricorso all'analogia (*in bonam partem*) per estendere l'ambito applicativo di una scusante a casi da essa non espressamente previsti. Una tale possibilità è generalmente, ma non unanimemente, esclusa dalla dottrina penalistica e il contributo si propone di evidenziare i profili critici della scelta fatta dalle Sezioni Unite.

Don't wait any longer for Godot.

The problem of the analogical application of excuses and the new leadership of the Joint Sections.

The paper examines an innovative ruling of the Joint Sections of the Court of Cassation, which considered applicable analogically to the unmarried partners the cause of non-punishment provided for by art. 384 co. 1 c.p. The particular interest of the judgment does not concern the classification of art. 384 co. 1 c.p. as excuse - a very widespread opinion - as the use of analogy (in bonam partem) to extend the application of an excuse to cases not expressly provided for by the law. This possibility is generally, but not unanimously, excluded and the paper examines the choice's critical profiles made by the Supreme Court.

SOMMARIO: 1. Conviventi *more uxorio* e casi di “necessità giudiziaria”, le Sezioni Unite rompono gli indugi. - 2. (Ancora) Sulla natura dell'esimente di cui all'art. 384 co.1 c.p. - 3. “Lessico familiare”. Il riconoscimento sociale e quello giuridico della convivenza di fatto. - 4. Logica “scusante” e analogia. Le ragioni di una incompatibilità. - 5. *The road not taken*.

1. *Conviventi more uxorio e casi di “necessità giudiziaria”, le Sezioni Unite rompono gli indugi.* Con una decisione forse non del tutto attesa, le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato che «l'art. 384, primo comma, cod.

pen., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, è applicabile analogicamente anche 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 nocimento nella libertà e nell'onore».

L'approdo alle SS.UU. della questione relativa alla ridefinizione dell'ambito applicativo dell'art. 384 co. 1 c.p. ha riportato in primo piano, arricchito da significati aggiuntivi, un tema che, evidentemente, aveva continuato a circolare con una certa regolarità nella realtà giudiziaria, pur senza emergere con altrettanta costanza nella discussione scientifica. Quest'ultima aveva invero assunto negli ultimi anni un atteggiamento prevalentemente attendista, dopo lo stallo provocato dalle reiterate (ma ormai un po' risalenti) pronunce contrarie della Corte costituzionale¹ e la pervicace sordità del legislatore alle istanze di modifica.

La ricostruzione degli itinerari giurisprudenziali, che in parallelo con l'evoluzione legislativa e del sentire sociale, nonché attraverso il dialogo - a volte produttivo, altre meno - con la dottrina, hanno condotto alla decisione delle Sezioni Unite ha richiesto ai Giudici del Supremo Collegio la complessa gestione di un apparato argomentativo assai ricco, governato con grande consapevolezza dall'estensore della sentenza.

Ma più che ripercorrere descrittivamente, riproducendole in sintesi, le tappe che conducono la Corte ad affermare il principio di diritto sopra ricordato, si intende in questa sede indagare sulle implicazioni che discendono e, in prospettiva, possono ulteriormente derivare non solo dalla decisione, ma anche dal metodo che l'ha prodotta.

A fare da sfondo ai nodi più strettamente dogmatici che la Cassazione è chiamata a sciogliere, c'è infatti il tema, quanto mai delicato, del modo di intendere la funzione nomofilattica, che si proietta su quello ancor più in generale (dello stato) dei rapporti tra giudici e legge penale.

Non sono in verità pochi, né poco rilevanti, come accennato, i profili che inducono a considerare con attenzione la decisione assunta in una sede così autorevole e che, per diversi aspetti, sorpassano di molto i confini della esimente alla quale i Giudici delle SS.UU. attribuiscono l'attitudine ad estendere analogicamente i limiti della sua applicazione.

¹ Corte cost., n. 8 del 1996, con note di 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, 90 ss. e di ZANOTTI, *Una questione di costituzionalità mal posta: la facoltà di astensione dal dovere testimoniale del convivente di fatto e l'art. 29 Cost.*, *ivi*, 1996, 99 ss.; Corte cost., n. 140 del 2009; nonché Corte cost., ord. n. 121 del 2004.

La decisione delle SS.UU. coinvolge invero numerosi e impegnativi temi, ciascuno dei quali, anche isolatamente considerato, può vantare alle proprie spalle - e ragionevolmente anche davanti a sé - gli esiti, sempre provvisori, di un vasto confronto di opinioni, animato da sensibilità e punti di vista diversi, a volte opposti.

Partendo dal tema, di per sé già piuttosto complesso e assai controverso, della natura e dei limiti dell'art. 384 co. 1 c.p., sarebbe infatti possibile disegnare cerchi concentrici di portata sempre più ampia che, allargandosi, includono progressivamente, temi di enorme densità non solo teorica, come il principio di inesigibilità, lo statuto penale della famiglia, le prerogative della Corte costituzionale, il modo di intendere la funzione nomofilattica svolta dalla Sezione Unite della Cassazione e ancor più in generale il rapporto tra giudice e legge penale.

Come è facile comprendere non è in nessun caso possibile addentrarsi in questa sede nei vasti (e anche affollati) spazi di discussione che si aprirebbero davanti all'incauto commentatore che decidesse invece di attraversare tutte le numerose soglie tematiche che incontra lungo la lettura della complessa motivazione. Molto più modestamente, lo scopo di questo contributo è quello di aggiungere una voce al confronto di opinioni che la pubblicazione della sentenza ha immediatamente suscitato e che, certamente, è destinato a proseguire.

D'altra parte, in sede di primissimo commento², la sentenza ha ricevuto un avallo che per la sua autorevolezza può senz'altro essere assunto come punto di riferimento della interlocuzione e che, pur mantenendosi ancorato alla pronuncia, non è limitato alla specifica questione dogmatica affrontata. La condivisione espressa in quel commento si allarga infatti alla considerazione di molte delle implicazioni che inevitabilmente derivano dalla scelta di campo che i Giudici del Supremo Collegio fanno rispetto ad un tema sensibile come quello dei limiti entro i quali il formante giurisprudenziale può intervenire sulla definizione, per quanto in *bonam partem*, dei confini del punibile.

Il principio di diritto affermato in sentenza persegue molto chiaramente la finalità di ristabilire una sintonia tra l'art. 384 c.p. e la evoluzione del sentire sociale sul tema della famiglia, esigenza, quest'ultima, che trova ampia e crescente corrispondenza nelle scelte dell'ordinamento interno, oltre che nelle più avanzate istanze di quello sovranazionale. Ed è innanzitutto per questo

² PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che arida*, in www.sistemapenale.it, dove è possibile rinvenire anche la sentenza.

che deve essere preso molto sul serio l'invito che nel citato contributo viene rivolto ai futuri lettori ed eventuali commentatori della sentenza ad evitare equivoci e fraintendimenti sul senso e la portata della stessa. La circostanza poi che l'invito provenga da uno dei più sensibili e rispettati difensori del valore della legalità, impone di tenere il terreno della discussione realmente sgombro da ogni possibile equivoco.

Mi permetterò, dunque, poiché ritengo di dovere invece esprimere qualche riserva, di arrivare abbastanza direttamente al punto, anzi ai punti sui quali a mio avviso vale la pena stimolare il confronto, volutamente seguendo la traccia che proprio quel primo commento ha – con acribia e incisività – segnato. In questa prospettiva saranno quindi assunte come tendenzialmente “date” alcune premesse sulle quali il consenso si può ritenere diffuso e che comunque appaiono generalmente condivise, privilegiando invece su altri aspetti, forse più controversi, una chiave problematica e non assertiva.

2. *(Ancora) Sulla natura dell'esimente di cui all'art. 384 co.1 c.p. Le SS.UU.* indirizzano il proprio convincimento a partire dalla premessa, posta senza incertezze, della natura scusante dell'esimente prevista dall'art. 384 co. 1 c.p., in conformità non solo con un indirizzo oggi comunque prevalente in giurisprudenza, ma anche con una opinione invero assai diffusa in dottrina³.

Nella letteratura penalistica sul tema, in realtà, mentre sono recessive ricostruzioni radicalmente alternative (in particolare la sua classificazione tra le cause di giustificazione), sono ricorrenti invece i distinguo sulla omogeneità del fondamento “interno” della scusante. Per quanto essa venga tendenzialmente iscritta nella cornice della inesigibilità, quel che viene a volte posto in dubbio è la possibilità di accedere ad una ricostruzione realmente unitaria del fondamento della esimente, che nella sua versione attuale, sembra invero mettere insieme, rispetto alle diverse ipotesi che essa contiene, *rationes* e funzioni non sempre o non del tutto coincidenti⁴.

³ FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 355 e in seguito anche ID., *Nemo tenetur se detegere sostanziale: qualche riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, *Dir. pen. proc.*, 2008, 907 ss.; ZANOTTI, “Nemo tenetur se detegere”: *profili sostanziali*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 174 ss.; BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007, 305 ss.; PERINI, *Ai margini dell'esigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 538 ss. e in particolare 557 ss.

⁴ Particolarmente interessante da questo punto di vista l'articolata e giustamente assai citata disamina di SPENA, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384 c.p.)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 145

Bisogna però ricordare che proprio la difficoltà di costruire un fondamento unitario pienamente convincente con riguardo a tutte le ipotesi astrattamente riconducibili all'area applicativa dell'art. 384 co. 1 c.p., induce alcuni Autori a ritenere preferibile un suo inquadramento nella categoria delle cause di non punibilità⁵, che comporta minori vincoli di omogeneità riguardo al fondamento.

Secondo un ulteriore e diverso approccio, infine, l'art. 384 co.1 c.p., che pure viene ricondotto ad una logica di inesigibilità, non svolge tuttavia la sua rilevanza esimente sul piano della colpevolezza individuale, in quanto la valutazione che l'ordinamento esprime attraverso la scelta di non punire è generalizzabile, riguardando chiunque si trovi nella situazione descritta dalla norma e non implica dunque un giudizio individualizzante⁶.

Al giudice non è invero richiesta alcuna indagine sulla "condizione spirituale" di chi commette uno dei fatti contemplati dall'art. 384 c.p. per salvare sé stesso o un prossimo congiunto da un grave danno alla libertà o all'onore, ma solo di verificare la effettiva sussistenza del tipo di relazione familiare rilevante in funzione esimente. Del profilo soggettivo dell'autore interessa cioè solo l'appartenenza ad una delle categorie che la norma prende in considerazione. La decisione di rendere una falsa testimonianza in favore del congiunto potrebbe essere presa dall'autore del fatto senza alcuna convinzione e anzi con atteggiamento intimamente contrario, in ragione ad esempio delle fortissime pressioni provenienti, non dalla propria coscienza, ma da parte dell'ambiente familiare. Tutto ciò non dovrebbe però in alcun modo essere "indagato" se oggettivamente sussiste il tipo di relazione familiare considerato.

Se fosse davvero una questione di colpevolezza individuale, la "dinamica interiore", per così dire, avrebbe o comunque dovrebbe avere invece decisiva rilevanza. Altro discorso è ovviamente quello della concreta indagabilità di questa dimensione emotiva in sede di accertamento processuale, ma si tratta di un rilievo che riguarda tutta l'area della colpevolezza individuale e che tra l'altro contribuisce a spiegare l'inevitabile ricorso, per le scusanti, a norme che "oggettivizzano" il giudizio collegandolo a situazioni generalmente riconducibili alla *ratio* tipica di queste esimenti. La questione assume un peculiare rilievo nel nostro caso, come vedremo più avanti.

⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, V ed., Bologna 2012, 422. Ritiene preferibile la qualificazione come causa di non punibilità, anche MEZZA, *Unioni civili e convivenze di fatto nelle cause di non punibilità: l'ambito applicativo dell'art. 384, comma 1, c.p.*, in *Cass. pen.* 9, 2018, 2738 ss. e in particolare 2758.

⁶ C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino 2020, 340; per un analogo rilievo, SPENA, *op. cit.*, 150

L'adesione a quest'ultimo punto di vista sposta l'asse della discussione, perché ovviamente diminuisce il peso dell'argomento che affida la legittimazione del meccanismo analogico alla necessità di dare piena attuazione nel caso concreto al principio, cioè la colpevolezza individuale, sul quale nella sentenza si afferma trovi fondamento l'esimente.

La dimestichezza che, nel leggere la motivazione, si avverte con le questioni dogmatiche sottese alla decisione, deve far ritenere che, oltre alle alternative considerate e scartate circa la natura della esimente, fossero senz'altro noti all'estensore della sentenza anche i non marginali dubbi che riguardano l'art. 384 c.p., la cui analisi ravvicinata ha consentito di individuare più di una "falla" nella tenuta del modello ricostruttivo che classifica l'esimente *tout court* (e in tutte le sue declinazioni attuali) come una scusante basata sul fondamento unitario della inesigibilità individuale della pretesa normativa⁷, declinata con riferimento ai «principi generali *nemo tenetur se detegere e ad impossibilia nemo tenetur* riconducibili al principio di colpevolezza di cui all'art. 27, comma 1 Cost.»⁸.

Possiamo tuttavia senz'altro convenire che la sentenza delle SS.UU. nel caso di specie fa riferimento, ritagliandola dal composito tessuto normativo vigente, ad una "classe" di fatti - tra quelli considerati dall'art. 384 c.p. - che chiama in causa la esigibilità della pretesa normativa nei confronti di soggetti sui quali l'ordinamento ritiene operi - e in linea di principio si può ritenere che effettivamente operi - un rilevante condizionamento motivazionale⁹.

Anche là dove tale fondamento risultasse più incerto o diverso in altri casi, il *cluster* al quale appartiene - o almeno quello al quale viene assegnata - la si-

⁷ La disomogeneità che caratterizza la norma induce SPENA, *op. cit.*, 178, alla drastica conclusione che "la figura di cui all'art. 384, primo comma, vista nel suo insieme, è una sorta di chimera giuridica, un "mostro" irriducibile ad una medesima natura, e dal fondamento politico-criminale complessivamente piuttosto dubbio ed ambiguo".

⁸ Dalla lettura del citato passaggio emerge tra l'altro il ricorrente equivoco di iscrivere in maniera tratteggiata anche il principio *ad impossibilia nemo tenetur* nell'area della inesigibilità, che invece, a rigore, contempla l'esistenza di una condotta alternativa (quella lecita) "possibile" per l'agente, ma, appunto, da lui non esigibile.

⁹ L'imputata, ricorrente in Cassazione, era stata condannata per il delitto di favoreggiamento personale, per avere falsamente dichiarato di essere alla guida del veicolo invece condotto dal compagno, aiutandolo così a eludere le investigazioni in relazione ai reati di guida senza patente (contravvenzione poi depenalizzata) e di omissione di assistenza alle persone ferite, previsto dall'art. 189, co. 7 del codice della strada. Le Corti di merito avevano escluso che nella specie potesse trovare applicazione l'esimente di cui all'art. 384 c.p., invocata dalla difesa dell'imputata sulla base dell'esistenza di un rapporto di convivenza *more uxorio*, non essendo questa situazione di fatto compresa tra quelle che, attraverso il rinvio all'art. 307 comma 4 c.p., assumono rilevanza ai fini della non punibilità. Il contrasto giurisprudenziale sul punto ha però indotto la Sesta sezione, alla quale era stato assegnato il ricorso, a rimettere la questione alle Sezioni Unite.

tuazione esaminata in sentenza è ragionevole che individui come criterio di aggregazione il giudizio di rimprovero o meglio la possibilità di esprimerlo nei confronti dell'autore del fatto; possibilità che si ritiene inibita dalla prevalenza del senso di protezione reciproca che d'ordinario caratterizza le relazioni affettive a carattere familiare.

Come è ovvio, la scelta di campo dogmatico non è certo irrilevante rispetto alla possibilità di seguire o meno la strada tracciata nella sentenza. In questo senso si può dire che i Giudici del Supremo Collegio hanno oculatamente privilegiato non solo la configurazione dogmatica (scusante) che meglio di altre si prestava a fare da premessa rispetto all'obiettivo che si erano posti, ma hanno ulteriormente declinato la questione con riferimento al giudizio *individuale* di rimprovero, vale a dire quello che offriva la minore resistenza ai limiti imposti dalla legalità formale, proprio in ragione della necessità di esprimere una valutazione in grado di adattarsi alle caratteristiche dell'autore.

Una volta fatta questa scelta, per giungere ad affermare il principio di diritto che apre all'applicazione analogica dell'art. 384 co. 1 c.p., la Corte deve comunque confrontarsi - e non si sottrae all'impegno - non solo con la specifica problematicità della premessa dogmatica, ma anche con una serie di obiezioni preliminari e "collaterali", in qualche modo concatenate. Tra queste vi è anche quella, pure emersa nella giurisprudenza - e particolarmente sottolineata nella ordinanza di remissione - secondo la quale il procedimento analogico risulterebbe in questo caso comunque precluso a causa della pretesa natura eccezionale della norma.

Si tratta di un argomento utilizzato in passato anche dalla giurisprudenza costituzionale e sviluppato in verità con prevalente riferimento alla collocazione dell'art. 384 c.p. tra le cause di non punibilità in senso stretto, ritenuto decisivo, in senso contrario a quello poi seguito dalle SS.UU., anche dalla ordinanza di rimessione¹⁰. È chiaro che solo la rimozione di questa obiezione consente di proseguire il cammino verso il principio di diritto affermato, che a dispetto di ogni altra buona ragione spendibile sul piano della giustizia sostanziale, non potrebbe essere costruito "contro" la regola di cui all'art 14 delle preleggi.

È infatti, secondo le SS.UU., proprio la classificazione dell'art. 384 co. 1 c.p. come scusante consente di ritenere la norma espressione di un principio ge-

¹⁰ Per l'analisi dell'ordinanza di remissione e un quadro ricostruttivo dello 'stato dell'arte' prima della sentenza delle SS.UU., cfr. 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.*, in www.sistemapenale.it.

nerale, quello della inesigibilità della condotta lecita in presenza di anomale pressioni motivazionali. L'esimente, sempre secondo la Corte, non introduce dunque una deroga a regole generalmente valide, ma, al contrario, attraverso di essa viene assicurata la coerente attuazione del principio della responsabilità colpevole, che nel nostro sistema ha un valore "fondante" la punibilità.

Si potrebbe anche discutere se sia corretto definire l'art. 384 c.p. una norma "di eccezione", considerata la sua portata astrattamente generalizzabile (applicabile letteralmente a chiunque); così come, d'altro canto, si potrebbe in parte dubitare della sua indiscriminata e indistinta riconducibilità al principio di inesigibilità.

Che sia o meno qualificabile in termini di "eccezionalità", il meccanismo scusante deve però sempre operare all'interno dei limiti fissati attraverso il "riconoscimento" legislativo del significato che assume la particolare pressione motivazionale condizionante la decisione dell'autore di tenere una condotta illecita, lesiva di un interesse penalmente significativo¹¹.

E non può essere diversamente da così perché, nel momento in cui attribuisce significato scusante ad una determinata situazione, l'ordinamento rinuncia ad assicurare la piena tutela dei beni giuridici che vengono in questione nella vicenda, rispetto ad aggressioni antiggiuridiche. Non può dunque in nessun caso essere il giudice a decidere, sostituendosi al legislatore, quando ciò può avvenire, perché l'ampliamento (per via analogica) delle ipotesi scusanti si riflette sugli assetti di tutela legislativamente definiti (giusti o sbagliati che siano). Questa essenziale implicazione del funzionamento delle scusanti, che sembra essere stata trascurata dalle SS.UU., si può, volendo, compendiare nell'attribuzione a questa categoria di esimenti di un carattere eccezionale, attivando così il divieto dell'art. 14 delle preleggi. Ma anche a prescindere da una tale qualificazione, la cui esattezza, come accennato, potrebbe anche essere discussa, ogni esercizio "creativo" sulle scusanti si traduce necessariamente in un'alterazione della misura di tutela assicurata ai beni giuridici e dovrebbe dunque rimanere di esclusiva competenza del legislatore.

Certamente va dato atto ai Giudici del Supremo Collegio di non essersi sottratti al dovere di misurarsi con la conclamata inadeguatezza della norma vigente proprio con riguardo alla funzione che dovrebbe svolgere, vale a dire trasferire sul piano applicativo valutazioni che recepiscono un punto di vista

¹¹ La possibilità dell'applicazione analogica delle scusanti è categoricamente esclusa, tra gli altri, da MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2020, 438. Con specifico riferimento all'art. 384 c.p. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, tomo I, in DOLCINI-MARINUCCI, *Trattato di diritto penale parte speciale*, vol. IV, Padova 2005, 871.

diffuso nel sentire sociale, traducendosi in una regola sulla (non)punibilità. E lo hanno fatto rivolgendo lo sguardo alla evoluzione e non alla conservazione del sistema, ma ciò è avvenuto oltrepassando le prerogative che nel nostro sistema possono essere riconosciute all'esercizio della giurisdizione.

È da molto tempo che viene auspicata una ristrutturazione per via legislativa dell'art. 384 c.p., allo scopo di aggiornare la casistica considerata e ricalibrare la tipologia dei casi considerati, ancorando saldamente e con maggiore coerenza la esimente ad una *ratio* scusante, oggi invero cedevole in alcuni punti e mancante in altri. La pronuncia in commento offre diverse conferme di questa esigenza e rappresenta una importante e ulteriore occasione di riflessione in prospettiva *de iure condendo*, ma la scelta delle SS.UU. di intervenire per via giudiziaria sulla norma richiede di svolgere la nostra riflessione *de iure condito*.

3. “*Lessico familiare*”¹². *Il riconoscimento sociale e quello giuridico della convivenza di fatto*. Dopo la necessaria scelta di campo sulla natura dell'art. 384 c.p. e dunque sul fondamento della non punibilità (e ritenendo superata l'obiezione relativa alla eccezionalità), l'altro polo attorno al quale si sviluppa la elaborata motivazione della sentenza è quello della evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale, allargato alla considerazione delle fonti sovranazionali, entro cui collocare il significato che assumono i rapporti di convivenza *more uxorio*¹³.

La dettagliata ricostruzione, ricca di riferimenti pertinenti e condotta con grande coerenza, conferma ad avviso della Corte «la rilevanza assunta dal riconoscimento del carattere “familiare” delle relazioni che si sviluppano all'interno della convivenza di fatto e delle connesse esigenze di protezione che, in quanto “relazioni di famiglia” ad essa competono».

Nel ragionamento sviluppato dalle Sezioni unite, la questione è funzionale ad offrire una solida sponda normativa all'assimilazione della convivenza di fatto alle ipotesi espressamente previste dall'art. 384 c.p., dallo specifico punto di

¹² Omaggio personale al romanzo di Natalia Ginzburg, lettura di formazione assai lontana nel tempo, ma non dimenticata.

¹³ BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1599; nonché, in un quadro ricostruttivo più ampio e aggiornato, ID., *La famiglia nel diritto penale: evoluzione sociale, riforme legislative, costituzionalismo*, in *La legislazione penale* - 23 marzo 2021. Sul tema cfr. anche, BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 572 ss.

vista del suo fondamento esimente, come premessa necessaria a far scattare, legittimandolo, il meccanismo analogico¹⁴.

Consapevole delle obiezioni che hanno sin qui sbarrato la strada al riconoscimento del significato che il rapporto di convivenza può assumere, sia pure al limitato fine di attivare il meccanismo scusante di cui all'art. 384 co. 1 c.p., la Corte, in parte ne contrasta la validità, in parte - e soprattutto - ne disattiva il valore ostativo, spostandosi di piano.

Quel che interessa è infatti la possibilità di iscrivere il rapporto di convivenza *more uxorio* in un orizzonte che, a prescindere dalla misura della sua "generale" assimilazione ad altri modelli familiari, consenta di riconoscere la sua attitudine a generare tra gli individui "relazioni di famiglia" e dunque a condizionare i meccanismi motivazionali rilevanti per il giudizio di rimprovero individuale (dove, secondo la Corte, deve essere collocata la questione).

Su questo versante vengono spesi argomenti consistenti e la serrata argomentazione porta le SS.UU. a ritenere che la tendenziale e crescente parificazione che l'ordinamento opera su diversi e sempre più numerosi livelli tra convivenza *more uxorio* e relazione coniugale¹⁵ - nell'accezione oggi comprensiva anche delle unioni civili - consente già *de iure condito*, ma solo grazie al necessario ricorso all'analogia, di superare i limiti che derivano dall'utilizzo da parte del legislatore di formule, invero, linguisticamente univoche, non suscettibili di forzature ed anzi per certi versi "blindate" anche da recenti scelte novellistiche.

Non vi è alcun dubbio infatti - e va ribadito con convinzione - che il nostro ordinamento sconta ancora un ritardo culturale che ha rallentato e limitato il riconoscimento del significato sociale che la realtà già da tempo attribuisce alle relazioni familiari che si svolgono al di fuori del matrimonio. Riconoscimento che trova invece a livello sovranazionale, una solida piattaforma, molto

¹⁴ Argomentazioni molto simili erano state utilizzate già diversi anni fa da MANNA, *L'art. 384*, cit., 92, che in sede di commento critico alle posizioni espresse dalla Corte costituzionale, aveva esplicitamente sostenuto la praticabilità di un'applicazione analogica dell'art. 384 co. 1 c.p. proprio sulla base di una identità di *ratio* tra le ipotesi tipizzate e la convivenza *more uxorio*, nella prospettiva della attuazione del principio di colpevolezza, valorizzando già allora il riferimento "comparativo" all'art. 199 c.p.p.

¹⁵ Oltre all'argomento della estensione anche ai conviventi del diritto di astenersi dal rendere dichiarazioni nel processo penale ex art. 199 c.p.p., ritenuto espressivo della medesima *ratio* che fonda la non punibilità nell'art. 384 co.1 c.p., sul versante normativo si citano per esempio: la nuova disciplina della filiazione ex art. 315-bis c.c. e seguenti; l'ammissione della coppia non coniugata ad avvalersi della procreazione assistita ex art. 5 l. 40/2004; la rilevanza del periodo di convivenza ai fini della possibilità di adottare, ex art. 6 l. 49/2001. Assai cospicui sono poi i riferimenti alla giurisprudenza, sia civile che penale, dove appare chiara la tendenza a garantire alla convivenza di fatto diritti analoghi o corrispondenti a quelli riconosciuti al coniugio.

valorizzata nella motivazione della sentenza e utilizzabile già *de iure condito* in molti casi per realizzare un adeguamento meno approssimativo e frammentario del sistema dei diritti alla molteplicità tipologica delle relazioni familiari.

In ogni caso, mantenendo il focus sulla decisione delle SS.UU., anche su questo punto va raccolto e condiviso l'invito a rimuovere dal tavolo della discussione «l'equivoco che l'eventuale estensione dell'art. 384 c.p. ai conviventi di fatto si muova nella logica della parificazione della famiglia matrimoniale a quella di fatto sul piano del loro riconoscimento giuridico e della conseguente tutela»¹⁶.

È cioè senz'altro vero che la inclusione dei conviventi nel novero dei soggetti considerati ai fini dell'applicazione della esimente non si rifletterebbe sulla portata delle norme penali poste a tutela della famiglia (altro capitolo delle riforme sempre attese e mai arrivate) e ciò neppure se fosse il legislatore a integrare in tal senso l'art. 384 c.p. La norma potrebbe certamente essere modificata, assumendo una estensione diversa da quella attuale e non necessariamente coincidente con quella che definisce l'area (attuale o futura) della tutela penale della famiglia, in ragione della diversa *ratio* che fonda le due direttrici di intervento.

Un ostacolo apparentemente più consistente sulla strada intrapresa dalle Sezioni unite e molto valorizzato dalla opinione che la sentenza intende contrastare, sembra essere invece quello legato all'art. 307 comma 4 c.p., sotto un duplice profilo.

L'art. 307 c.p. è stato infatti di recente modificato ad opera dall'articolo 1, comma 1, lettera a), del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 6, che ha integrato la nozione di «*prossimi congiunti*» rilevante «*agli effetti della legge penale*», aggiungendo ai soggetti già previsti anche la «*parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso*», ma continuando invece a non considerare i rapporti di (stabile) convivenza¹⁷.

¹⁶ Così PALAZZO, *op. cit.* Sul punto cfr. anche BENATO, *L'applicabilità dell'art. 384 co.1 c.p. al convivente more uxorio. Analogia in bonam partem di una scusante, ma nessuna parificazione della convivenza di fatto al matrimonio*, in *DisCrimen* del 27.04.2021, che sottolinea «come la questione oggetto della sentenza non attenga alla parificabilità dei due istituti, mediante l'estensione dell'art. 384, co. 1, c.p. al convivente di fatto, bensì alla qualificazione della natura giuridica di questa disposizione» esprimendo peraltro piena condivisione per la scelta delle Sezioni unite di applicare analogicamente l'esimente al convivente *more uxorio*.

¹⁷ Sui riflessi penalistici della c.d. legge Cirinnà, GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze di fatto: i profili penalistici della Legge Cirinnà*, in *Dir. Pen. Cont.*, 31 gennaio 2017; MERLI, *Note introduttive al tema: "la rilevanza penalistica della convivenza more uxorio" (dopo la legge Cirinnà e il decreto legislativo di attuazione in materia penale)*, in *Dir.Pen. Cont.*, 5, 2017, 89 ss.

Il problema era già stato affrontato in una precedente sentenza della Cassazione¹⁸, che, nel ritenere applicabile per via interpretativa l'art. 384 co. 1 c.p. ai conviventi di fatto, con una pronuncia decisamente innovativa, aveva affermato che «l'equiparazione ai coniugi dei soli componenti di un'unione civile, prevista dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 6, non esclude l'estensione della causa di non punibilità ai conviventi “more uxorio”, trattandosi di soluzione già consentita dal preesistente quadro normativo, oltre che dalla nozione di famiglia desumibile dall'art. 8 CEDU, ricomprensivo anche i rapporti di fatto». Le argomentazioni di quella sentenza, oggetto di critica nella ordinanza di rimessione, vengono invece diffusamente riprese e condivise dalle SS.UU., che tuttavia non ritengono percorribile la strada della interpretazione estensiva, imboccando con decisione, come detto, quella dell'applicazione analogica.

In realtà, nonostante le apparenze, l'argomento, pur non privo di rilevanza, non è di per sé particolarmente decisivo e anzi si può senz'altro dire che le modifiche apportate e quelle “mancate” all'art. 307 c.p., non cambiano nulla rispetto alla questione qui affrontata. L'avvenuto riconoscimento, attraverso l'istituto delle unioni civili, dei diritti e delle tutele derivanti dalle relazioni affettive tra persone dello stesso sesso non ha invero molto a che vedere con la questione delle convivenze di fatto, perché si propone di offrire una tutela assimilabile a quella derivante dal matrimonio a relazioni di coppia che mai prima d'ora l'ordinamento aveva preso in considerazione. Questa scelta ha avuto una coerente ricaduta penalistica nella predetta integrazione dell'elencazione contenuta nell'art. 307 comma 4 c.p., ma non tocca, né quindi modifica i termini della questione relativa alla estensibilità dell'art. 384 c.p. ai conviventi *more uxorio*: questi ultimi, ai sensi dell'art. 307 comma 4 c.p., agli effetti della legge penale, non erano *prossimi congiunti* prima e non lo sono neppure adesso, lasciando invariati i termini della questione affrontata nella sentenza in commento.

La vicenda modificativa dell'art. 307 c.p. conferma soltanto che la strada della interpretazione non è praticabile per giungere ad un ampliamento del novero dei soggetti che possono beneficiare della scusante di cui all'art. 384 c.p.

Un'altra obiezione, collegata alla precedente, che ci si preoccupa di prevenire a sostegno della decisione delle Sezioni unite, riguarda poi il carattere tassativo della elencazione contenuta nell'art. 307 comma 4 c.p.. Si potrebbe cioè obiettare che ad inibire l'utilizzo del procedimento analogico ci sia l'esigenza logica di non forzare il dato normativo nei casi in cui il legislatore, adottando

¹⁸ Cass., Sez. VI, 14 marzo 2019, Cavassa, in *Mass. Uff.*, n. 275206.

una tecnica definitoria di tipo elencativo, manifesta con ciò l'intenzione di limitare il significato di una certa formula alle sole ipotesi tassativamente indicate¹⁹.

Anche in questo caso credo che, per quanto l'argomento non possa essere trascurato, neppure risulti decisivo ai nostri fini e anzi si potrebbe arrivare a sostenere che le disposizioni a struttura elencativa (purché di natura non eccezionale) sono in realtà le candidate naturali all'applicazione analogica, là dove questa sia consentita. Utilizzando questa tecnica infatti è più forte il rischio di tenere fuori ipotesi che presentano un valore omogeneo a quello che caratterizza i casi espressamente previsti (si tratta di uno dei difetti più evidenti della normazione casistica). Peraltro la casistica nella quale si articola la previsione tassativa offre un punto di riferimento molto più solido per la costruzione del ragionamento analogico di quanto non sia possibile utilizzando elementi "generalizzanti" con un minore tasso di definizione. Il problema, ancora una volta, è stabilire se l'analogia in *bonam partem* sia consentita e, come si sta provando a dimostrare, ad impedirlo è innanzitutto la considerazione del modo in cui le scusanti funzionano in rapporto alle scelte di (rinuncia alla) tutela operate dal legislatore.

4. *Logica "scusante" e analogia. Le ragioni di una incompatibilità.* Come si può vedere - e come è forse già chiaro - la suggerita opera di opportuna sfrondata che consente di sgombrare il campo da equivoci, fraintendimenti, falsi problemi, non consente invece di rimuovere il dubbio di fondo sulla praticabilità del ricorso al procedimento analogico come strumento per assicurare un riallineamento - pur auspicabile - della esimente alla evoluzione dell'ordinamento.

Al di sotto della "giustizia sostanziale" che si avverte negli esiti della decisione e nonostante la rassicurazione derivante da una decisione *in favor*, rimangono sostanzialmente intatte le non lievi perplessità che accompagnano un metodo che asseconda la pulsione para-legislativa che il supremo organo della nomofilachia manifesta in questa sentenza.

La dimostrazione della forzatura operata risulta, ad avviso di chi scrive, ancora più chiara se si analizza nel dettaglio la tenuta specifica del ragionamento seguito dalla Corte sul rapporto tra l'art. 384 co. 1 c.p. e il principio di inesi-

¹⁹ Della ricorrente obiezione tiene conto PALAZZO, *op. cit.*, che la ritiene comunque superabile in base all'argomento che «L'impossibilità di applicazione analogica di norme tassative, insonnia, sussiste nel presupposto che la *ratio* della norma sia "esaurita" nel perimetro, tassativo appunto, delineato dal legislatore», cosa che invece non accadrebbe nel caso dell'art. 384 co.1 c.p.

gibilità del comportamento conforme alla pretesa normativa, proiettandolo però sullo schermo dell'analogia che ne costituisce l'esito.

A sostegno della convinzione, qui revocata in dubbio, che l'opera delle SS.UU. «s'inscriva pienamente nelle prerogative della Corte», nel più volte citato commento adesivo alla sentenza si sottolinea come essa «non dà ingresso a situazioni eterogenee rispetto alle quali si ponga una possibile inesigibilità, né tantomeno rende l'inesigibilità un giudizio in concreto rimesso alla discrezionalità giudiziale»²⁰.

La prima affermazione è senz'altro vera, ma d'altra parte se la situazione considerata ai fini della sua inclusione per via analogica fosse eterogenea rispetto a quelle previste sarebbe difficile sostenere che si tratta di un'applicazione analogica.

La seconda affermazione, dalla quale dipende in misura rilevante la tenuta del ragionamento sviluppato dalla Corte, invece, andrebbe forse approfondita.

Nella sentenza non si sostiene certo e anzi si respinge un uso diretto della inesigibilità come categoria generale in grado di imporre al giudice una verifica caso per caso della possibilità per il soggetto di agire diversamente; prospettiva, quest'ultima, che aprirebbe spazi discrezionali certamente non praticabili e tanto meno auspicabili. Il meccanismo analogico viene cioè presentato non certo come una *analogia juris*, ma come una *analogia legis*, tra l'altro molto stringente («a rime obbligate» la definisce Palazzo), resa possibile dalla presenza nella norma di una classe di casi da ritenere pienamente omogenea, alla stregua dell'ordinamento giuridico vigente, a quella che invece risulta esclusa.

Per valutare la sostenibilità di questo fondamentale passaggio non si può tuttavia prescindere dalla considerazione del modo in cui il principio che offre il (comune) fondamento scusante, vale a dire l'esigibilità, si manifesta e opera nell'ordinamento. L'effetto scusante di situazioni riconducibili alla considerazione della possibilità per il soggetto di agire altrimenti opera infatti solo in corrispondenza di una tipizzazione normativa, che cristallizza un giudizio in qualche modo generalizzabile, proprio perché si vuole evitare che la esigenza possa fondare decisioni che declinano il principio con riferimento alle caratteristiche del caso (e dell'agente) concreto²¹.

²⁰ Così, ancora, PALAZZO, *op cit.*

²¹ PULITANO, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1271 ss., condivisibilmente osserva che «l'esigibilità è, certo, un punto di vista rilevante in sede di produzione legislativa, e filtra nell'ordinamento attraverso le norme che vi si siano ispirate; non può essere invece un grimaldello utilizzabile in sede interpretativa, per arrivare ad esiti di deresponsabilizzazione, al di fuori dell'ambito che il legislatore abbia specificamente riconosciuto».

A leggere la sentenza sembra invece di cogliere un ruolo abbastanza diretto del “principio” di inesigibilità nell’innescare il meccanismo analogico. La possibilità di una «lettura “analogica” della norma che le consente di esplicitare tutta la sua portata con coerenza e razionalità» - per usare le parole della Corte - appare in verità affidata, innanzitutto, al suo essere espressione del principio generale della responsabilità colpevole.

Si potrebbe, con una punta di (mal indirizzata) polemica, osservare che il principio di colpevolezza attende, da tempo - e finora abbastanza invano - di vedersi assegnato un “corpo processuale” che lo renda oggetto tangibile dell’accertamento in contraddittorio e protagonista del giudizio di responsabilità al pari degli altri elementi costitutivi del reato. Ma sarebbe ingeneroso utilizzare questo argomento commentando una sentenza - peraltro di legittimità - che mostra invero una sollecitudine reale verso l’attuazione del principio.

Proprio questo però appare essere il punto più delicato perché conduce il ragionamento pericolosamente vicino all’avvio di una china potenzialmente ripida, in grado di condurre senza controllo (e senza freni) verso una gestione giudiziale di tipo ultralegale della esigibilità non come componente strutturale del giudizio di colpevolezza individuale, ma come leva per spostare i confini della tutela che il legislatore assicura ai beni giuridici. Quei confini sono infatti determinati anche dalle “rinunce” alla tutela che il legislatore (e solo lui) può fare quando il bilanciamento tra interessi non consentirebbe soluzioni non-punitive.

È questo l’aspetto maggiormente delicato, perché, astraendo per un attimo dalla specifica decisione, non possono essere ignorate le implicazioni derivanti dal riconoscimento della possibilità che il giudice, usando come leva (l’attuazione di) un principio generale sposti i confini della (non)punibilità là dove rilevi la (ritenuta) irragionevole esclusione di determinate classi di casi omogenee a quelle previste.

Nel vigente sistema - come accennato e per le ragioni già ricordate e da sole sufficienti a motivare il dissenso rispetto alla decisione delle SS.UU. - è il legislatore a selezionare le tipologie di conflitto interiore o di doveri oppure i casi meritevoli di “compassione” ai quali viene attribuito - in ragione del “grado” della loro incidenza sulla motivazione dell’agente, presumibile sulla base di un giudizio generalizzante del loro significato - l’attitudine a disattivare (in generale) la pretesa normativa.

Al di fuori delle ipotesi normativamente previste e al netto della opinabilità delle scelte effettuate o non effettuate dal legislatore, dunque, solo una inam-

missibile applicazione diretta del principio di inesigibilità potrebbe fondare il prodursi di un effetto scusante in classi di situazioni non previste e ritenute omogenee, in quanto la previsione legislativa di una classe di casi serve proprio a selezionare la loro rilevanza.

La possibilità di far operare il principio di inesigibilità senza la mediazione selettiva delle scelte di “scusa” normativizzate viene esclusa con decisione e in maniera unanime per l’evidente rischio di aprire incontrollati spazi di discrezionalità, rendendo imprevedibile la reazione dell’ordinamento.

A ben guardare, invece, il discorso della Corte sembra reggersi proprio (e necessariamente) sulla capacità diretta dei principi generali dell’ordinamento di produrre, attraverso il formante giurisprudenziale, un adattamento evolutivo dei criteri che presiedono alla scelta sulla punibilità, quando il sistema positivo si mostra refrattario o anche solo “lento” (il che accade quasi sempre) nel rimuovere gli ostacoli alla piena attuazione dei principi stessi, integrando per via giurisprudenziale le norme là dove ritenuto necessario.

E che nella sentenza in commento venga fatto un uso diretto del principio di inesigibilità e non invece di un meccanismo di *analogia legis* lo conferma, ad uno sguardo più ravvicinato, il differente modo in cui la classe di casi “inserita” analogicamente reagisce a contatto con l’art. 384 c.p. rispetto a quelle già presenti.

La circostanza che vede la esimente di cui all’art. 384 c.p. operare a prescindere da ogni indagine individualizzante affidandosi al valore “standard” che l’ordinamento assegna al vincolo familiare nei limiti in cui esso trova riconoscimento (attraverso l’art. 307 c.p.), pone invero un serio problema rispetto all’utilizzo dell’analogia nei termini in cui lo fanno le SS.UU.

L’ampliamento analogico della esimente ai conviventi di fatto crea infatti un’asimmetria che apre un ulteriore, eventuale spazio creativo “di secondo livello”, per così dire.

Le SS.UU. infatti, in ragione del basso e comunque variabile livello di “formalizzazione” che caratterizza il rapporto di convivenza, richiedono che la stessa «risulti in base ad elementi di prova rigorosi». La Corte, dopo avere richiamato la definizione di stabile convivenza presente nel comma 36 dell’art. 1 della l. 76 del 2016²², ricorda come la stessa legge preveda che tale condizione possa essere accertata attraverso la dichiarazione anagrafica di cui all’articolo 4 e alla lettera b) del comma 1 dell’articolo 13 del regolamento di

²² Ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 3 a 67 si intendono per «conviventi di fatto» due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un’unione civile.

cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223. La Corte riconosce la controversa valenza costitutiva di questa dichiarazione rispetto alla possibilità di identificare un ulteriore genere di coppia “registrato”, ma ritiene senz’altro che a fini penali tale dichiarazione può costituire un forte elemento di prova, precisando tuttavia che «la convivenza potrà comunque essere dimostrata attraverso qualsiasi mezzo di prova».

La possibilità di invocare la *ratio* esimente per l’attivazione dell’analogia dipende dalla effettiva omogeneità della situazione concreta considerata rispetto a quelle espressamente previste dalla legge, il cui accertamento, che può avvalersi di qualsiasi mezzo di prova nel contraddittorio delle parti, attiene in definitiva al libero convincimento del giudice, tanto che persino la dichiarazione anagrafica, pur essendo un “forte elemento” di prova, potrebbe non essere ritenuta sufficiente.

Nella coerente logica della Corte è proprio la ricorrenza dei connotati “familiari” nel vincolo tra i conviventi che consente di dare loro ingresso nell’area di non punibilità segnata dall’art. 384 c.p., perché iscrive quelle ipotesi all’interno della medesima *ratio* esimente e quei caratteri devono dunque essere accertati nel caso concreto. Sarebbe allora del tutto legittimo e anzi doveroso indagare sulla effettiva stabilità del legame; analogamente potrebbe dubitarsi, sulla base delle prove disponibili, che il rapporto affettivo, per quanto esistente, possa ritenersi davvero caratterizzato da un vincolo di *reciproca assistenza morale o materiale* e così indebolire o negare il giudizio di inesigibilità, che torna così ad essere “in concreto” e non più riferibile ad una “classe”.

Se la categoria dei conviventi di fatto fosse espressamente contemplata oppure una sentenza additiva della Corte costituzionale ne imponesse la considerazione ai fini dell’esimente di cui all’art. 384 c.p., quella sopra descritta coinciderebbe con l’attività interpretativa richiesta al giudice in sede di concretizzazione, per stabilire, dal punto di vista della fattispecie esimente, quali sono i confini di rilevanza di una nozione suscettibile di assumere significati diversi.

L’asimmetria che si crea sul piano applicativo con le ipotesi contemplate dall’art. 384 c.p. è evidente. Come abbiamo visto, infatti, nulla di tutto questo è necessario nel caso in cui i soggetti siano legati da un vincolo matrimoniale o siano le parti di una unione civile. Il vigente modello di funzionamento dell’esimente ne consente infatti l’applicazione a prescindere ad esempio dall’attuale convivenza tra i coniugi o dalla circostanza che i loro rapporti siano caratterizzati da conclamata indifferenza riguardo alle reciproche esigenze morali o materiali. E ciò accade perché l’art. 384 c.p., al netto della recente integrazione “indiretta” a seguito della modifica dell’art. 307 c.p., è figlio del

suo tempo (il 1930!) e la sua lettura evolutiva, che ne lega il destino all'attuazione del principio di colpevolezza individuale, fatica un po' a ritrovarsi in una norma che andrebbe senza dubbio ripensata. Si potrebbe quasi dire che la sentenza delle SS.UU. prefigura un differente e forse più convincente modello di esimente, ma ciò conferma la forzatura operata.

5. *The road not taken.* Per completezza bisogna ricordare che oltre alla soluzione dell'analogia *in bonam partem*, tanto nella giurisprudenza²³, quanto nella dottrina²⁴ si è affacciata anche l'idea che, sulla base di premesse non dissimili da quelle utilizzate nella sentenza, già *de iure condito* sia possibile applicare la esimente ai conviventi *more uxorio*, grazie a una interpretazione costituzionalmente (e convenzionalmente) orientata dell'art. 384 co.1 c.p.

Sintetizzando un ragionamento ovviamente più articolato, la proposta prende le mosse dal condiviso rilievo che non esistono diritti in assoluto prevalenti sugli altri, perché questo potrebbe impedire il godimento effettivo dei diritti eventualmente confliggenti quando le traiettorie del loro rispettivo esercizio si incrociano. Il posizionamento dei beni nelle operazioni di bilanciamento non è dunque "dato" una volta per tutte e - per venire al nostro campo di interesse specifico - anche a voler dare per assodata l'esistenza di un fondamento costituzionale alla persistente differenza di statuto tra la convivenza di fatto e altri modelli familiari, ciò non può comunque precludere l'effettivo accesso ad altri diritti, individuali e non, che trovano riconoscimento da parte dell'ordinamento e che peraltro si muovono su piani di considerazione distinti da quello della tutela della famiglia fondata sul matrimonio.

Su queste basi sarebbe quindi non solo possibile ma doveroso accedere ad una interpretazione dell'art. 384 c.p. che porta a separarne le sorti applicative da quelle del 307 comma 4 c.p., destinato, secondo questa opinione, a circoscrivere l'ambito delle soggettività rilevanti per le sole finalità di incriminazione. La nozione di prossimo congiunto da utilizzare per definire l'ambito applicativo dell'art. 384 co. 1 c.p. dovrebbe invece assecondare la *ratio* della norma e garantire in quella sede il diritto individuale a vedere riconosciuto, a prescindere dall'esistenza di un vincolo matrimoniale, il significato del conflit-

²³ Cass., Sez. II, 04 agosto 2015, Agostino, in *Mass. Uff.*, n. 264626; nonché la già citata Id., Sez. VI, 14 marzo 2019, Cavassa, cit. secondo la quale, «La causa di non punibilità prevista dall'art. 384 cod. pen. è applicabile anche nei confronti dei componenti di una famiglia di fatto e dei loro prossimi congiunti, dovendosi recepire un'interpretazione "*in bonam partem*" che consenta la parificazione, sul piano penale, della convivenza "*more uxorio*" alla famiglia fondata sul matrimonio».

²⁴ PERDONÒ, *Casi di non punibilità*, in *Delitti contro l'amministrazione della giustizia, Trattato di Diritto penale. Parte speciale*, diretto da MOCCIA, Napoli, 2015, 928 ss.

to tra i doveri di solidarietà e assistenza che caratterizzano il legame affettivo e la pretesa dell'ordinamento all'osservanza della regola di condotta posta a tutela di interessi generali.

La opzione della interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, che, come accennato, anche la Cassazione aveva provato a percorrere, era stata comunque fatta oggetto di critiche non marginali. Nonostante il suo esplicito orientamento alla espansione dei diritti, da più parti si avanzava il dubbio che queste operazioni interpretative costituissero una indebita ingerenza del giudice ordinario nelle competenze della Corte costituzionale²⁵.

Può allora sembrare un po' strano che, abbandonata la strada della interpretazione conforme anche per il rischio che potesse farsi veicolo di forzature riguardo ai poteri del giudice ordinario, per conseguire lo stesso risultato, si ritenga invece praticabile l'utilizzo di uno strumento che svolge una funzione dichiaratamente paralegislativa, sviluppando peraltro il proprio ragionamento lungo binari che sembrano largamente surrogatori del mancato intervento della Corte costituzionale.

E arriviamo così all'ultima questione, quella che attiene alla scelta di non investire, nuovamente della questione, dopo i deludenti precedenti, la Corte costituzionale.

Per farlo partiamo dalla considerazione di un'altra tra le sollecitazioni presenti nel più volte citato commento, con il quale prosegue l'ideale dialogo a distanza. L'invito esplicito è quello di abbandonare ogni eventuale diffidenza, ritenuta ingiustificata, verso l'analogia in *bonam partem*.

Tale diffidenza appare all'autorevole commentatore tanto più ingiustificata se si tiene conto della tendenza all'assuefazione verso l'uso dell'analogia in *malam partem* spacciata per interpretazione estensiva (e a volte accettata come tale).

È senz'altro vero che non sono per niente rare forzature della legalità attuate sotto le mentite spoglie della interpretazione estensiva, anche se si potrebbe osservare che artefice di queste forzature è ovviamente la stessa giurisprudenza alla quale si ritiene comunque necessario affidare un compito conformativo.

²⁵ PRUDENZANO, *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, in *Dir. Pen. Cont.* 30 novembre 2015; NATALINI, *Soluzione "coraggiosa" ma oltre i limiti della legalità penale*, in *Guida al Diritto*, 2019, n. 19, 66.

L'intraprendenza creativa della giurisprudenza (esercitata quasi esclusivamente in funzione di ampliamento dell'incriminazione) si attiva più facilmente, come ovvio, quando il materiale legislativo da maneggiare interpretativamente in vista della sua applicazione è caratterizzato da una bassa qualità descrittiva o da una bassa qualità *tout court*.

Non c'è dubbio, in altri termini, che il tradimento della legalità perpetrato attraverso una legislazione penale fatta di norme imprecise, oscure, farraginose e che non di rado ignora o sottovaluta la necessità di colmare gli evidenti *gap* tra disciplina penale ed evoluzione sociale ha inevitabilmente elevato la soglia di tolleranza verso l'ineluttabilità di un ruolo "conformativo" affidato alla interpretazione giurisprudenziale, che spesso si trova oggettivamente a maneggiare un materiale abbastanza informe. Ma soprattutto, ancor più che indurre assuefazione, sembra aver favorito nella giurisprudenza meccanismi di autolegittimazione (perché in qualche modo si deve pur fare).

La dottrina sembra invero ancora piuttosto reattiva rispetto alle operazioni creative, pur senza riuscire a incidere più di tanto sugli orientamenti applicativi, mentre è forse proprio la giurisprudenza ad avere un atteggiamento a volte (auto)indulgente verso quelle forzature²⁶.

Anche su questo punto devono però essere evitati fraintendimenti. L'insostituibile ruolo con-formativo del diritto svolto non solo dai precedenti giudiziari - in particolare quelli prodotti a livello delle SS.UU. - ma dall'opera collettiva della giurisprudenza come istanza concretizzatrice del diritto astratto è questione semplicemente fuori discussione, anche all'interno di settori dell'ordinamento dove la subordinazione alla legge assume i connotati stringenti che le sono assegnati dai corollari del principio di legalità.

Questa consapevolezza deve alimentare il confronto, non la diffidenza. Il "ri-fiuto" sarebbe infantile, ma anche le mere prese d'atto sono tendenzialmente sterili, in quanto finiscono per sollevare paratie dietro le quali ciascuno svolge il proprio limitato compito, "al riparo" da quel che accade altrove. Privo delle necessarie interconnessioni organiche, il sistema a lungo (ma neanche tanto) andare si necrotizza.

Sentenze come quella in commento, a prescindere dalla loro piena o solo parziale condivisibilità, si rivelano particolarmente utili a riattivare le connessioni, costringendo ad abbassare tutte le paratie e guardare cosa accade oltre le cortine artificiali della diffidenza o della noncuranza.

²⁶ Per chi volesse approfondire il tema, qui solo sfiorato, del rapporto tra legge e giudice, anche con specifico riferimento al ruolo della funzione nomofilattica, spunti di grande interesse sono offerti da MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020.

Non so dunque dire se esista e nel caso quanto sia giustificata la diffidenza verso l'analogia in *bonam partem*, certamente però sono tra coloro che preferiscono adottare un atteggiamento di cautela di fronte alla possibilità che i confini astratti della punibilità possano essere spostati mediante un procedimento di tipo analogico, anche quando l'esito si presenti in sé ragionevole e anzi corrisponda ad una soluzione auspicabile.

Nonostante le ottime ragioni "sostanziali" spese a sostegno della sentenza, i dubbi non solo non risultano fugati, ma sono anzi alimentati dalla considerazione delle alternative praticabili. Il riferimento non è alla più scontata, ma al tempo stesso anche più latitante tra le soluzioni, vale a dire un intervento da parte del legislatore, che consegnerebbe agli archivi delle discussioni chiuse quella sulla estensione applicativa dell'art. 384 co. 1 c.p. (ma non quella sull'analogia in *bonam partem* e sul ruolo della giurisprudenza), quanto invece ad un ulteriore (ultimo?) appello alla Consulta.

Non appare infatti giustificata la radicale sfiducia implicitamente manifestata dalla Cassazione rispetto a un possibile ripensamento della Corte costituzionale, che finora, come ricordato e noto, ha avuto un atteggiamento di chiusura attendista (delle scelte del legislatore).

In tal senso si è rivelata profetica la previsione di chi, dopo l'ennesimo rigetto, nel commentare le reiterate e criticabili chiusure della Consulta sul fronte dell'art. 384 c.p., paventava il rischio che la Corte costituzionale finisse «per essere scavalcata dai giudici comuni»²⁷.

Sono però passati undici anni da quell'ultima, deludente pronuncia e oggi la Corte è diversa non solo, ovviamente, per composizione. Nel quadro di una mai abbandonata cautela (a volte eccessiva) volta a evitare invasioni di campo, soprattutto quando ad essere in gioco sono scelte connotate da un forte o comunque sentito valore "politico" o ideologico, la Consulta più di recente non si è affatto mostrata restia ad assumere un atteggiamento più interventista, riappropriandosi con maggiore pienezza del proprio ruolo. Questo è avvenuto persino attraverso l'adozione di strategie, a volte *sui generis*, di stringente messa in mora del legislatore, ma anche in questi casi la Corte ha manifestato una spiccata sensibilità verso la necessità di uscire dalla stagnazione alla quale il legislatore costringe determinati, sensibili temi.

E allora, quella della "strada non presa" è questione alla quale non si può sfuggire, nonostante essa in passato si sia rivelata non percorribile. Le cadenze argomentative adottate nella motivazione della sentenza sono infatti largamen-

²⁷ BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, cit., 1627

te sovrapponibili a quelle che potrebbero portare ad una pronuncia fondata sulla irragionevolezza della esclusione della ipotesi di convivenza *more uxorio* dall'ambito di operatività della scusante. C'è dunque da ritenere che sarebbe stato possibile sollevare la questione davanti alla Consulta indirizzandola sugli stessi binari che le SS.UU. percorrono per arrivare alla soluzione che hanno invece affidato all'analogia *in bonam partem*, evitando questa volta il binario morto sul quale la questione in passato era stata indirizzata.

È infatti abbastanza evidente benché implicito - ma il rilievo diventa esplicito nel commento del Prof. Palazzo - che la rinuncia a sollevare una emmesima questione di legittimità costituzionale sconta la previsione che la «Corte costituzionale avrebbe potuto trovarsi un po' impigliata in quei suoi precedenti negativi molto condizionati dall'equivoco di aver considerato l'art. 384 c.p. espressione della disciplina e della tutela (penale) della famiglia anziché del principio di colpevolezza».

Naturalmente non è possibile in assoluto escludere che nel caso fosse stata sollevata una questione di legittimità costituzionale potesse riproporsi ancora una volta lo scenario già noto, ma non è così improbabile, invece, che solleccitando le giuste corde costituzionali - per così dire - forse anche la Consulta avrebbe proceduto, finalmente, a "rime obbligate".

Molto meno probabile, invece, che si potesse verificare la eventualità, anch'essa paventata e anzi considerata «inevitabile», che la Corte Costituzionale si determinasse a «rispedire al mittente la questione dichiarandola inammissibile in quanto risolvibile dal giudice comune attraverso il ricorso, appunto, all'analogia».

Per arrivare a ritenere praticabile il ricorso all'analogia, infatti, la Corte Costituzionale avrebbe dovuto compiere - immagino - grosso modo lo stesso percorso della sentenza, il cui approdo naturale, data la sede, sarebbe stato quello di una sentenza di accoglimento basata sulla irragionevolezza della esclusione dell'ipotesi della convivenza *more uxorio*.

Ma ci sarebbero anche altre ragioni che, sempre secondo la lettura offerta nel commento che per primo ne ha accompagnato la pubblicazione, rendono preferibile il pronunciamento delle SS.UU. rispetto ad un intervento della Consulta: «Si osservi, peraltro, che la dichiarazione di incostituzionalità "nella parte in cui non prevede..." nessun contributo di certezza avrebbe potuto comunque recare nella precisazione della nozione e dei requisiti della convivenza *more uxorio* rilevanti ai fini dell'esimente: al contrario, forse la sentenza d'incostituzionalità avrebbe potuto essere meno prodiga di indicazioni al riguardo di quanto ha fatto la sentenza delle SS.UU. quando si è opportuna-

mente dilungata sugli indici e criteri di accertamento della convivenza *more uxorio*».

Orbene, la parte in cui le SS.UU. opportunamente si dilungano su indici e criteri di accertamento è appunto quel che si intende per *attività interpretativa*, esercitata al fine di definire una nozione normativa nella prospettiva della sua corretta applicazione. Forse creare la nozione e definirla pure è un po' troppo per una giurisprudenza che non opera (ancora) in un sistema di *common-law*.

Dopo una eventuale dichiarazione incostituzionalità, così come dopo una ipotetica riforma, alla giurisprudenza (di merito e di legittimità) sarebbe comunque spettato il fondamentale compito di interpretare la norma, riempiendo con le opportune indicazioni concretizzatrici la nozione di convivenza da utilizzare all'interno dell'art. 384 c.p. o di altra norma esimente che l'avesse sostituita.

Oltre ad essere certamente più rassicurante dal punto di vista delle dinamiche ordinamentali, una (certo solo ipotetica) sentenza della Corte costituzionale avrebbe infine presentato due ulteriori e non trascurabili vantaggi. In primo luogo e in una prospettiva limitata all'applicazione dell'art. 384 c.p., trattandosi dell'ampliamento di una norma di favore, a differenza della sentenza della Sezioni Unite, si sarebbero prodotti effetti davvero *erga omnes*, in un senso comprensivo della sua applicazione retroattiva, anche nei casi in cui sia già intervenuta condanna.

Ma, soprattutto, un intervento "additivo" della Consulta, fondato sul rilievo della irragionevolezza della esclusione della convivenza *more uxorio* dal novero delle relazioni familiari rilevanti ex art. 384 co. 1 c.p. avrebbe presentato l'ulteriore e decisivo vantaggio di non innescare un pericoloso meccanismo di apertura alla possibilità di applicare analogicamente altre scusanti (o anche lo stesso art. 384 c.p.) nelle direzioni più diverse.

La inquietante prospettiva, per fare un solo esempio, di un ampliamento per via analogica dei presupposti applicativi della scusante prevista dal secondo comma dell'art. 55 c.p., dovrebbe essere sufficiente a far comprendere le ragioni che devono indurre ad assumere una posizione critica nei confronti della decisione delle Sezioni Unite.

STEFANO FIORE

