

## QUESITI

---

**ANTONIO VECCE**

**L'applicabilità della causa di non punibilità,  
di cui all'art. 384, co. 1, c.p.,  
al convivente *more uxorio*.  
Problemi attuali e prospettive di riforma**

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Il ragionamento svolto dalla Suprema Corte a favore dell'estensione della causa di non punibilità: a) la ricostruzione del complessivo trattamento penale della famiglia di fatto. – 3. b) Il processo di mutamento della società e l'evoluzione del concetto di famiglia. – 4. c) La Convenzione EDU. – 5. La natura giuridica dell'art. 384, co. 1, C.p. nella lettura della dottrina. – 6. Considerazioni sulla pratica estensibilità dell'art. 384, co. 1, C.p. – 7. La giurisprudenza della Corte costituzionale. – 8. La legge sulle unioni civili.

### 1. Premessa

La sentenza della seconda Sezione della Corte di cassazione del 21 aprile 2015, n. 34147, costituisce il primo precedente di estensione – in via interpretativa – della causa di non punibilità di cui all'art. 384, co. 1, C.p.<sup>1</sup> nei confronti del convivente *more uxorio*<sup>2</sup>.

Infatti, soltanto in non recentissimo antecedente la Suprema Corte, quale *obiter dictum*, aveva assunto la praticabilità, senza riconoscerla in concreto per la mancanza dei presupposti del caso, di un'operazione ermeneutica di tale tipo, ritenendola, quanto agli effetti pratici e alla soluzione di principio in sé, non in aperto contrasto con il dettato costituzionale<sup>3</sup>.

Più risalente e costante è, invece, l'indirizzo giurisprudenziale che ha sempre negato tale soluzione interpretativa<sup>4</sup>. Del resto, pochi giorni dopo la sentenza in commento, la Cassazione è ritornata al suo prevalente indirizzo, affermando

---

<sup>1</sup> Per il quale: «Nei casi previsti dagli artt. 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371-*bis*, 371-*ter*, 372, 373, 374 e 378 C.p., non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore».

<sup>2</sup> In particolare, la vicenda riguardava l'attività di favoreggiamento posta in essere da una donna che aveva dato ospitalità al convivente *more uxorio*, a quel tempo latitante.

<sup>3</sup> Si tratta di Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2004, Esposito, in *Mass. Uff.*, n. 229676.

<sup>4</sup> In materia, molteplici sono stati gli interventi della Suprema Corte: Cass., Sez. III, 16 settembre 2015, S.V. e altro, in *www.leggiditalia.it*; Id., Sez. V, 22 ottobre 2010, Migliaccio, in *Mass. Uff.*, n. 248903; Id., Sez. II, 18 novembre 2009, P.G. in proc. Cucca, in *Mass. Uff.*, n. 245626; Id., Sez. II, 17 febbraio 2009, Agate, in *Mass. Uff.*, n. 244725; Id., Sez. VI, 28 settembre 2006, Cantale, in *Famiglia e diritto*, 2007, 275, con nota di PITTARO, *Il convivente more uxorio, a differenza del coniuge, rimane punibile per il reato di favoreggiamento personale*, nonché in *Riv. pen.*, 2007, 674; Cass., Sez. VI, 20 marzo 1991, Izzo, in *Mass. Uff.*, n. 187017; Id., Sez. I, 5 maggio 1989, Creglia, in *Cass. pen.*, 1990, 1734; Id., Sez. VI, 20 febbraio 1988, Melilli, in *Mass. Uff.*, n. 178467; Id., Sez. II, 4 agosto 1982, Turatello, in *Mass. Uff.*, n. 154880.

come la locuzione “prossimo congiunto”, contenuta nell’art. 384, co. 1, C.p. vada interpretata tassativamente con riferimento all’art. 307, co. 4, C.p., il quale non menziona il convivente *more uxorio*<sup>5</sup>.

Ma la sentenza del 21 aprile 2015 rappresenta una decisione che, se sul piano giuridico costituisce un interessante stimolo all’approfondimento della questione relativa all’interpretazione e all’ambito di estensione delle cause di non punibilità, interessa in maniera profonda la concezione stessa di famiglia e riguarda disposizioni che sono esemplificative del suo complessivo trattamento e riconoscimento giuridico da parte del legislatore.

Di fronte a tale delicatezza di scenario, ritengo opportuno effettuare esclusivamente un esame tecnico delle questioni giuridiche sottese alla vicenda, al fine di verificare la mera presenza delle condizioni necessarie ad un’applicazione dell’art. 384, co. 1, C.p., oltre i casi previsti dalla legge.

## **2. Il ragionamento svolto dalla Suprema Corte a favore dell’estensione della causa di non punibilità: a) la ricostruzione del complessivo trattamento penale della famiglia di fatto**

La sentenza *de qua* evidenzia, innanzitutto, le carenze ed incoerenze emergenti nel tentativo di ricondurre ad unità le scelte legislative, nonché le stesse interpretazioni giurisprudenziali, sui diversi aspetti del trattamento penale, anche processuale, inerente al convivente *more uxorio*.

Ad avviso della Cassazione non è soltanto la coerenza dell’ordinamento nel suo complesso a venire meno, potendosi ritenere censurabile *ex art. 3 Cost.* la mancata equiparazione, ai fini della non punibilità, della figura del convivente *more uxorio* a quella del coniuge. A ricevere un trattamento disorganico, e a tratti incoerente, sarebbe la stessa figura del convivente *more uxorio*, la quale non viene fatta destinataria di una visione unitaria ma, al contrario, viene interessata da contraddittori interventi legislativi che, se ne riconoscono la rilevanza giuridica a determinati fini, la escludono per altri.

Secondo la Cassazione, diverse sono le ipotesi esemplificative di tale trattamento.

In primo luogo, l’art. 199 C.p.p., nel prevedere i casi di legittima astensione da parte del testimone, espressamente vi ricomprende colui il quale conviva o ab-

---

<sup>5</sup> Cass., Sez. III, 16 settembre 2015, S.V. e altro, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it).

bia convissuto con l'imputato, limitatamente ai fatti verificatesi o appresi durante la convivenza coniugale<sup>6</sup>.

Pure sotto altro aspetto, quello economico che interessa l'accesso al patrocinio a spese dello Stato, si è compiuto il pieno riconoscimento della famiglia di fatto. Tant'è che ai fini del computo dei redditi familiari, dato il generico riferimento da parte dell'art. 76, co. 2, D.P.R. 115/02 alle "unioni familiari", si terrà conto anche di quelli del convivente *more uxorio*<sup>7</sup>.

Ancora, con l'art. 649 C.p. il legislatore ha ritenuto opportuno escludere la punibilità per fatti che avrebbero determinato tensioni tra il rispetto della legge e la preservazione dell'unità familiare<sup>8</sup>. Quest'ultima è assunta nuovamente quale interesse prevalente perseguito dal legislatore attraverso la non punibilità dei delitti contro il patrimonio ivi elencati, ad esclusione di quelli compiuti con violenza alle persone, commessi in danno dei congiunti, tra cui non rientra il convivente *more uxorio*. In materia non è, però, mancata giurisprudenza della Suprema Corte che ha affermato l'applicabilità di tale causa di non punibilità anche alla famiglia di fatto, pronunciando sentenza di non doversi procedere a seguito dell'estinzione del reato per remissione della querela<sup>9</sup>.

Infine, in tema di maltrattamenti, si segnala un passato orientamento minoritario per il quale il concetto di "famiglia", cui fa riferimento l'art. 572 C.p., veniva pienamente integrato nel caso di "ogni consorzio di persone" all'interno del quale, per la stabile convivenza e le relazioni affettive, fossero sorti rispettivi diritti e doveri in merito alla protezione e all'assistenza dei membri della famiglia<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> È questa la nuova disciplina introdotta con il codice di procedura del 1988. A tal proposito, si può ricordare come le sollecitazioni che erano pervenute negli anni precedenti dalla Corte costituzionale - sentenza 4 gennaio 1977, n. 6, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1222, in tema di legittima astensione dall'ufficio di testimone - avevano spinto il legislatore a tradurre in legge le esigenze sottostanti all'astensione dalla testimonianza per il convivente *more uxorio*. L'art. 199 C.p.p., nel prevedere i casi di legittima astensione da parte del testimone, adesso, espressamente ricomprende colui il quale conviva o abbia convissuto con l'imputato, limitatamente ai fatti verificatisi o appresi durante la convivenza coniugale.

<sup>7</sup> Per prima Cass., Sez. VI, 11 giugno 1998, Scaburri, in *Mass. Uff.*, n. 211722.

<sup>8</sup> Sull'art. 649 C.p. v.: PISAPIA, *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 45 ss.; MARINI, *Famiglia di fatto e disciplina dettata con l'art. 649 C.p.*, in *Giur. cost.*, I, 1988, 1944; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale, III, Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2003, 26 ss.; BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1627; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, II, Delitti contro il patrimonio*, IV ed., Padova, 2012, 61 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, II, I delitti contro il patrimonio*, VI ed., Bologna, 2014, 39 ss.

<sup>9</sup> Cass., Sez. IV, 21 maggio 2009, P.G. in proc. Trasatti, in *Riv. pen.*, 2012, 1398.

<sup>10</sup> Così, per prima, Cass., Sez. II, 26 maggio 1966, Palombo, in *Mass. Uff.*, n. 101563, «agli effetti dell'art.

### 3. b) Il processo di mutamento della società e l'evoluzione del concetto di famiglia

La Cassazione, poi, amplia ulteriormente i confini della propria riflessione. Ciò anche alla luce della considerazione che l'art. 307, co. 4, C.p. indica chi si debba ritenere prossimo congiunto "agli effetti della legge penale". In particolare, a rilevare è qui l'utilizzo del termine "coniuge" e l'assenza di alcun riferimento al convivente *more uxorio*. Il cuore della problematica attiene alla praticabilità giuridica dell'estensione in via interpretativa a quest'ultima figura della causa di non punibilità di cui all'art. 384, co. 1, C.p. e, a monte, alla possibilità di ricomprendere nel concetto di coniuge la figura del convivente *more uxorio*<sup>11</sup>.

La Suprema Corte prende atto dei «profondi mutamenti intervenuti nel costume sociale» e ne sottolinea le dirette incidenza e rilevanza prodotte nel mondo del diritto. Infatti, è compito del diritto «necessariamente tener conto dell'evoluzione della società, ed adattare le sue regole ai mutamenti della realtà sociale».

---

572 C.p., deve considerarsi "famiglia" ogni consorzio di persone tra le quali, per intime relazioni e consuetudini di vita, siano sorti legami di reciproca assistenza e protezione: anche il legame di puro fatto stabilito tra un uomo ed una donna vale pertanto a costituire una famiglia in questo senso, quando risulti da una comunanza di vita e di affetti analoga a quella che si ha nel matrimonio». Più recentemente: Cass., Sez. VI, 29 gennaio 2008, Battiloro, in *Mass. Uff.*, n. 239726, in *Guida dir.*, 2008, 34, 93, con nota di VIOLA, *Discutibile applicare la sanzione a chi non assume impegni formali*. Nonché Cass., Sez. VI, 24 gennaio 2007, Gatto, in *Mass. Uff.*, n. 236757, in *Cass. pen.*, 2008, 855, 2858, con nota di BELTRANI, *La (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto*, *ivi*. L'elemento costante richiesto dalle pronunce più recenti di tale indirizzo era la «presenza di un rapporto tendenzialmente stabile, sia pure naturale e di fatto, instaurato tra le due persone, con legami di reciproca assistenza e protezione».

L'art. 572 co. 1 C.p. è stato, poi, modificato dalla L. n. 172 del 2012, la quale ha espressamente inserito l'inciso "una persona della famiglia o comunque convivente".

<sup>11</sup> In argomento v. BELTRANI, *Rilevanza giuridica delle unioni di fatto nel diritto penale: fattispecie, disciplina e orientamenti*, in *Dir. giust.*, 2007, 2860; ID., *La (mutevole) rilevanza penale*, *cit.*, 2860 ss.; ID., *Ancora sulla (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto: prime aperture giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2011, 1029 ss.; PROSDOCIMI, *Prospettive etiche e tutela dei beni giuridici in materia di coppie di fatto: osservazioni di un penalista*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, 31; BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, *ivi*, 2008, 572 ss.; PEZZELLA, *Convivente more uxorio e coniuge: per il Codice Penale non è la stessa cosa*, in *Giur. mer.*, 2009, 3093; BARTOLI, *Unioni di fatto*, *cit.*, 1599 ss.; NASCIBENE, *Unioni di fatto e matrimonio fra omosessuali. Orientamenti del giudice nazionale e della Corte di giustizia*, in *Corr. giur.*, 2010, 101; PESTELLI, *L'art 384 C.p. ed il convivente more uxorio: i termini di un rapporto negato*, in *Dir. pen. proc.* 2010, 486 ss.; PITTARO, *Il (controverso) rilievo giuridico della famiglia di fatto nel diritto penale*, in *Fam. dir.*, 2010, 933; 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, 1440 ss.

L'esigenza pressante che viene evidenziata nella pronuncia è quella di ricondurre il sistema a coerenza al fine non soltanto di adottare soluzioni in linea con una visione unitaria del tema, ma prima ancora di non andare contro il senso comune.

Viene evidenziata anche la distanza intercorrente tra la previsione di legge e la realtà sociale, così come si è andata definendo nel corso del tempo. Complice di questo rinnovato scenario sociale è stata l'introduzione, e la successiva conferma tramite *referendum*, dell'istituto del divorzio. Il venire meno dell'indissolubilità del matrimonio ha rimosso, secondo la Corte, quello che appariva essere l'unico effettivo elemento di differenziazione dei due modelli di vita familiare.

La Corte di cassazione afferma che il concetto di famiglia è stato sottoposto ad un processo di mutamento e rivalutazione, in quanto tale concetto non presuppone necessariamente la presenza di un vincolo coniugale, prediligendo un profilo prettamente sostanziale anziché formale. In questo modo, esso attribuisce rilevanza alla presenza di profondi legami di tipo affettivo e assistenziale di medesima natura rispetto a quelli di una famiglia con coniugi sposati. Ne deriva che concetti come quelli di famiglia e di coniuge, i quali possiedono un'intrinseca dimensione sociale, non sono statici, bensì mutevoli e dipendenti dai cambiamenti sociali.

La Suprema Corte afferma, inoltre, che non può più ritenersi attuale l'opinione secondo la quale la totale equiparazione dei due modelli di famiglia non corrisponda alla visione fatta propria dalla Costituzione.

La conclusione cui perviene la Cassazione, al termine di tale indagine diretta alla ricostruzione storico-culturale dei concetti di famiglia e di coniuge, è quella di ritenere tali concetti, ai fini interpretativi che qui interessano, comprensivi delle figure rispettivamente di famiglia di fatto e di convivente *more uxorio*.

Pertanto, nonostante il convivente *more uxorio* non sia espressamente ricompreso tra i soggetti che si debba ritenere prossimi congiunti agli effetti della legge penale ai sensi dell'art. 307, co. 4, C.p., la causa di non punibilità di cui all'art. 384, co. 1, C.p. potrà essere fatta valere anche nei suoi confronti.

L'opinione della Suprema Corte è che tale soluzione non risulterebbe preclusa dal divieto in materia di leggi eccezionali previsto dall'art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale<sup>12</sup>, in quanto non si estenderebbe illegittimamente il concetto di coniuge oltre i casi che già ne sono ricompresi. Infatti, l'operazione

---

<sup>12</sup> L'articolo dispone che le leggi penali e le leggi speciali "non si applicano oltre i casi e i tempi in esse

ermeneutica che consentirebbe di ritenere, agli effetti della legge penale, il convivente *more uxorio* in tutto e per tutto un prossimo congiunto consisterebbe in un'opzione interpretativa pienamente ammissibile.

Tale conclusione sarebbe giustificata proprio dal processo di mutamento sociale di cui dà conto la Suprema Corte. Al contrario, per il diverso scenario sociale, negli anni passati l'operazione ermeneutica si sarebbe risolta in una vera e propria analogia, data l'irriducibile contrapposizione tra le figure di familiare di fatto e coniuge.

#### 4. c) La Convenzione EDU

Infine, la Corte di cassazione prende in esame anche la Convenzione EDU - la quale, all'art. 8, § 1, sancisce che «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza» - e afferma come la Convenzione accolga un concetto sostanziale e onnicomprensivo di famiglia, risultando irrilevante a tal proposito che intervenga una formalizzazione di tipo legale del rapporto instaurato, il che implica l'equiparazione della famiglia di fatto alla famiglia legittima.

Sul punto si è espressa la stessa Corte EDU, la quale ha più volte affermato come oltre al vincolo del matrimonio siano rilevanti anche «ulteriori legami di fatto particolarmente stretti e fondati su una stabile convivenza. La durata della convivenza e l'eventuale nascita di figli sono elementi ulteriormente valutabili»<sup>13</sup>.

Dunque, dovendo interpretare l'art. 307, co. 4, C.p. secondo le indicazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo, si dovrà necessariamente ricomprendere nel concetto di famiglia, oltreché quella legittima, anche la famiglia di fatto.

La Corte di cassazione condivisibilmente ricorda la collocazione gerarchica delle norme CEDU che si qualificano quali norme interposte tra la Carta costituzionale e le fonti primarie del diritto e, come tali, fungono nei giudizi di legittimità da norme integratrici del parametro costituzionale.

La sentenza afferma espressamente di ricorrere all'applicabilità immediata nel nostro ordinamento del principio CEDU, così come esso vive nell'interpreta-

---

considerati". Viene posto un duplice divieto che ricade in materia penale sia direttamente per effetto del primo richiamo, sia indirettamente con la previsione generale relativa a qualunque caso di legge eccezionale, ossia di disposizioni che "fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi".

<sup>13</sup> Corte eur. dir uomo, 13 dicembre 2007, Emonet e altri contro Svizzera, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Allo stesso modo il precedente Id., 13 giugno 1973, Marekx contro Belgio, *ivi*.

zione della Corte di Strasburgo, in quanto «le fonti internazionali aventi efficacia penale *in bonam partem* sono immediatamente cogenti per l'interprete, a meno che non si pongano in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, e non è questo il caso».

Subito dopo viene richiamata la giurisprudenza costituzionale in tema di presupposti per il ricorso alla Consulta. La questione di legittimità costituzionale andrà posta allorché lo strumento interpretativo sia inutilizzabile perché impossibile da utilizzare nel rispetto delle regole ermeneutiche in materia oppure per l'assenza di un costante diritto vivente conforme a Costituzione<sup>14</sup>.

La Suprema Corte conclude che il contrasto possa essere risolto in via interpretativa adeguando la normativa interna a quella internazionale, non sussistendo alcuna preclusione a tal fine.

#### 5. La natura giuridica dell'art. 384, co. 1, C.p. nella lettura della dottrina

Per comprendere sino in fondo la motivazione della sentenza n. 34147 della Corte di cassazione e per valutare se condividerne - o meno - le conclusioni, occorre anche chiarire quale sia la posizione della dottrina in materia.

In particolare, attraverso un'indagine dalle importanti implicazioni ai fini della sua concreta applicabilità, la dottrina ha cercato di definire la natura giuridica dell'art. 384, co. 1, C.p.<sup>15</sup>.

Nel delineare la portata di tale causa di non punibilità il legislatore ha compiuto

<sup>14</sup> Corte cost., n. 239 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, 3004 ss., con nota di SCARCELLA, *Confisca dei terreni e delle aree abusivamente lottizzate e potere-dovere interpretativo del giudice: considerazioni a margine della sentenza 239/2009 della Corte costituzionale*, *ivi*, 3015.

<sup>15</sup> PISAPIA, *I rapporti di famiglia*, cit., 45 ss.; GROSSO, *Di un preteso limite alla applicabilità dell'art. 384 comma 1° C.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 215; LUCCIOLI, *La famiglia di fatto dinanzi alla Corte costituzionale: ancora un rifiuto di tutela*, in *Cass. pen.*, 1987, 681; MAZZONE, *Lineamenti della non punibilità ai sensi dell'art. 384 C.p.*, Jovene, Napoli, 1992; ICHINO, *La facoltà di astensione dei prossimi congiunti*, in *Cass. pen.*, 1993, 1587; 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; ZOYTA, *Casi di non punibilità*, in *I delitti contro l'amministrazione della Giustizia*, a cura di Coppi, Torino, 1996, 525; MAGLIO-GIANNELLI, *Problematiche inerenti alla struttura e alla portata dell'art. 384 C.p.*, in *Riv. pen.*, 1997, 673; NUNZIATA, *Inesigibilità della condotta conforme e non punibilità a titolo di non favoreggiamento personale dei prossimi congiunti per le false dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria*, ne *Il nuovo diritto*, 1997, 197; BARBIERI, *Il tema di applicabilità dell'esimente di cui all'art. 384, 1° comma, C.p. ai testimoni prossimi congiunti dell'imputato*, in *Giur. it.*, 2004, 134; SPENA, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (Art. 384 1° co., C.p.)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 145; MARI, *L'art. 384 C.p. tra vecchi problemi di inquadramento sistematico e interpretazioni costituzionalmente orientate*, in *Cass. pen.*, 2012, 890; ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, V ed., Padova, 2013, 265 ss.

un bilanciamento tra due contrapposte istanze, il cui fondamento è parimenti rinvenibile nella Carta costituzionale. Da un lato, vi è l'amministrazione della giustizia e la conseguente punizione dei reati commessi; dall'altro, la preservazione dell'unità familiare, con una preferenza assoluta in favore di quest'ultima in presenza delle condizioni stabilite dalla legge.

La natura giuridica dell'art. 384, co. 1, C.p. viene ricondotta da alcuni alla categoria dello stato di necessità, in ragione del comune elemento della costrizione alla commissione del fatto, derivante dalla finalità ultima di tutela dell'integrità propria o altrui, seppur nei diversi profili rispettivamente presi in considerazione<sup>16</sup>.

Altro indirizzo proponeva, invece, di configurare la disposizione in esame quale causa scusante<sup>17</sup>. Similmente, la causa di non punibilità di cui all'art. 384, co. 1, C.p. è stata ricondotta al principio di colpevolezza<sup>18</sup>. Infatti, le circostanze anormali che rendono la persona combattuta da spinte contrapposte comprimono notevolmente la sua autodeterminazione, principio corollario a quello di colpevolezza, il cui fondamento si rinviene negli artt. 25, co. 2, e 27, co. 1 e 3, Cost. La conseguenza è che la causa di non punibilità di cui all'art. 384, co. 1, C.p., in quanto espressione del generale principio di inesigibilità, non rientrerebbe all'interno del divieto previsto dall'art. 14 Prel., non potendosi più configurare quale disposizione eccezionale.

Molti autori, in effetti, collegano la disposizione al principio di inesigibilità<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano, 1959, 240; VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, 635; RUGGIERO, *Profilo sistematico della falsità in giudizio*, Napoli, 1974, 289; MEZZETTI, "Necessitas non habet legem"? Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità, Torino, 2000, 99; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, XV ed., a cura di C.F. Grosso, Milano, 2008, 568. Cfr. SPENA, *Sul fondamento della non punibilità*, cit., 2010, 145.

In giurisprudenza: Cass., Sez. I, 28 aprile 1976, Castella, in *Mass. Uff.*, n. 134494; Id., Sez. I, 30 giugno 1975, Miciché, in *Cass. pen.*, 1977, 66, con nota critica di SUCHAN, *Stato di necessità e cause di non punibilità previste dall'art. 384 C.p.* Altra pronuncia ha sostenuto che l'esimente dell'art. 384 C.p. rimuova il carattere di penale anti-giuridicità dal fatto Cass., Sez. I, 11 febbraio 1991, Oggianu, in *Mass. Uff.*, n. 187227.

<sup>17</sup> ZANOTTI, *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 183; ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, ivi, 1990, 61.

<sup>18</sup> Tale opinione è espressa da VIGANÒ nel suo commento critico alla nota a Cass. 34147/15 di 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*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 30 novembre 2015.

<sup>19</sup> Così, pur con sfumature diverse: CRESPI, *Falsa testimonianza e possibilità di astensione dalla deposizione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, 675 ss.; SUCHAN, *Sui rapporti tra l'art. 54 e l'art. 384 C.p.*, in *Cass. pen.*, 1976, 675; ID., *Stato di necessità e cause di non punibilità*, cit., 66 ss.; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di NUVOLONE, V ed., Torino, 1982, 749 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte*

Sarebbe l'impossibilità di esigere dal soggetto un comportamento diverso, quello lecito, il fondamento della causa di non punibilità. Infatti, la persona, combattuta tra la spinta, spontanea o indotta per timore di pena, di rispettare la legge e quella di salvare sé o un prossimo congiunto, non potrebbe essere richiesta di andare spontaneamente incontro a quel nocimento paventato dalla legge quale punizione per il reato commesso. Pertanto, è lo stesso legislatore che di fronte a tale stallo morale cui viene posta la persona riconoscerebbe l'impossibilità della pretesa di un comportamento lecito, il quale non appare esigibile da parte della persona.

È tuttavia possibile anche ricondurre l'art. 384, co. 1, C.p. alla categoria degli elementi negativi del reato. La presenza eventuale di un elemento negativo del reato all'interno della fattispecie determina la mancata coincidenza tra il fatto compiuto e quello pienamente integrante il reato, così da determinare l'assenza della tipicità richiesta dalla legge e, quanto agli effetti, la non punibilità del fatto<sup>20</sup>.

#### 6. Considerazioni sulla pratica estensibilità dell'art. 384, co. 1, C.p.

La praticabilità dell'estensione della causa di non punibilità di cui all'art. 384, co. 1, C.p. al convivente *more uxorio* va esaminata anche alla luce della distinzione intercorrente tra le diverse tecniche ermeneutiche dell'interpretazione estensiva e dell'analogia<sup>21</sup>.

Seppure una demarcazione netta di tali attività esegetiche non sia possibile nei casi limite, nei quali sussiste un'intrinseca componente ambivalente, un criterio direttivo è purtuttavia individuabile.

---

*generale*, IV ed., Milano, 1993, 134 ss.; FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 353 ss.; MAGLIO-GIANNELLI, *Problematiche*, cit., in *Riv. pen.*, 1997, 673 ss.; PERINI, *Ai margini dell'esigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 538 ss.; PULITANO, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, *ivi*, 1999, 1972; FORNASARI, "Nemo tenetur se detegere" sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 907 ss.

In giurisprudenza Cass., Sez. VI, 25 ottobre 1989, Milioto, in *Mass. Uff.*, n. 184367; Id., Sez. I, 3 luglio 1980, Mastini, in *Mass. Uff.*, n. 146627.

<sup>20</sup> ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 268, e *amplius* ROMANO, *La subornazione. Tra istigazione, corruzione e processo*, Milano, 1993, 212 ss.

<sup>21</sup> Sul tema di veda BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto della R. Università, Torino, 1938; ID., *L'analogia e il diritto penale*, in *Riv. pen.*, 1938, 526; BOScareLLI, *Analogia e interpretazione estensiva del diritto penale*, Palermo, 1955; CONTENUTO, *Interpretazione estensiva e analogia*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di Stile, Napoli, 1991; DI GIOVANE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; MARINUCCI, *L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 1254.

La distinzione va rintracciata in base all'estensione lessicale di ciascun enunciato e, dunque, in base alla sua latitudine concettuale. Visto l'enunciato quale contenitore potenziale di una molteplicità di significati già *in nuce*, la scelta di uno di questi costituirà un'interpretazione estensiva. Non creazione, bensì ampliamento del significato attuale che viene assunto dalla disposizione nel caso di specie. La dottrina maggioritaria ammette il ricorso all'interpretazione estensiva negli stretti ambiti di utilizzabilità che, per sua natura, competono a tale figura ermeneutica; altre posizioni, invece, ne escludono l'utilizzo laddove produca un ampliamento del penalmente rilevante<sup>22</sup>.

Diversa, per tecnica interpretativa, oltreché per gli effetti ai quali conduce, è l'analogia. Essa consiste nell'applicazione della disposizione di legge aldilà dei possibili casi desumibili dal significato delle parole. Mentre con l'interpretazione estensiva si ottiene un simile per significato, diverso sì, ma parificabile a quello per così dire tipico, con l'analogia si perviene ad un simile per *ratio*<sup>23</sup>.

Pertanto, la differenza tra interpretazione estensiva e analogia non è puramente nominale e si basa sul diverso tenore linguistico delle disposizioni. Il ricorso ad una delle due soluzioni dipende, oltreché dal significato che le singole parole assumono nella frase in relazione alle altre, anche dall'eventuale utilizzo da parte del legislatore di termini univoci.

Nel caso di specie, il termine "coniuge", impiegato dall'art. 307, co. 4, C.p. costituisce un esempio di termine univoco. Come tale, esso non si presta a modifiche interpretative del suo significato tipico in quanto, affinché si possa parlare di coniuge, e di conseguenza di coniuge, si presuppone un requisito giuridico di tipo formale, quello del matrimonio civile.

Sarebbe stato diverso se, invece, si fosse utilizzato il termine "familiare", riferibile anche al convivente *more uxorio*. Infatti, gli ambiti di estensione delle figure di colui che viene generalmente considerato familiare e di prossimo congiunto non sono pienamente sovrapponibili. Il termine "familiare" attiene ad un piano di tipo socio-culturale, come tale slegato dalla tipica rigidità che caratterizza le figure legislative e, dunque, più incline ad adeguamenti anche rapidi intervenuti all'interno della società. La locuzione "prossimo congiunto", invece, poggia su un piano concettuale differente, proprio delle considerazioni giuridiche, le quali per loro natura mutano al mutare dei presupposti legislativi

---

<sup>22</sup> Sul punto, cfr. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, V ed., Torino, 2013, 149, e FIANDACAMUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Milano, 2014, 137.

<sup>23</sup> ROMANO, *Diritto penale*, II ed., Padova, 2013, 138.

che le hanno determinate.

Per tali ragioni, la soluzione prescelta dalla Cassazione non appare attenersi pienamente alle condizioni poste dalla giurisprudenza costituzionale in materia di interpretazione conforme a Costituzione. Sebbene la Suprema Corte evidenzi il contrasto formatosi in materia nella giurisprudenza di legittimità, il che impedisce la formazione di un diritto vivente costante e conforme a Costituzione, la scelta del significato che più di tutti è conforme a Costituzione non deve risultare “impossibile”<sup>24</sup>.

Un secondo passaggio, di importanza fondamentale, nell’approccio alla problematica va compiuto in riferimento alla disciplina contenuta nell’art. 14 Prel. e alla portata effettiva dei divieti da esso posti in materia penale.

In merito al primo divieto, inerente all’applicazione della legge penale nello specifico, si è correttamente ritenuto che esso è riferibile alla sola analogia con effetti pregiudizievoli al reo, mentre risulta ammissibile l’analogia in *bonam partem*. Infatti, la *ratio* del divieto è da individuare nel *favor rei*, pura espressione di preferenza della libertà della persona rispetto alla formalità della legge, non nell’esigenza di intangibile certezza nell’applicazione della disposizione legislativa<sup>25</sup>.

A proposito del secondo divieto, che attiene all’applicazione della legge eccezionale, quest’ultima è emanata con il precipuo scopo di disciplinare un insieme di casi in maniera sì peculiare, ma unitaria. L’interpretazione estensiva e, a maggior ragione, l’estensione in via analogica di tale legge determinerebbero una sostanziale abolizione dei confini suoi propri, con un inevitabile distacco dai presupposti che avevano giustificato l’adozione della disciplina *sui generis*.

Sebbene non sia possibile ricondurre ad unità le ragioni che di volta in volta giustificano un intervento derogatorio di principi generali da parte del legislatore, è sempre nella discrezionalità politica che si rinviene il filtro di ingresso delle molteplici istanze provenienti dalla società.

Sia per la natura che per la finalità perseguita, l’art. 384, co. 1, C.p. si può ritenere una disposizione eccezionale. Essa rappresenta un’importante deroga, in materia di delitti contro l’amministrazione della giustizia, alla stessa configura-

---

<sup>24</sup> La già citata Corte cost., n. 239 del 2009.

<sup>25</sup> PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, 2003, 95; ROMANO, *Diritto penale*, cit., 135; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 121; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Padova, 2015, 110 ss.

bilità del reato e, di conseguenza, alla risposta sanzionatoria apprestata dall'ordinamento. Pur essendo tale causa di non punibilità una norma di favore per il reo, in quanto eccezionale, una sua applicazione oltre i casi espressamente previsti risulterà violare una regola ermeneutica valevole per l'intero ordinamento giuridico. La giurisprudenza di legittimità ha più volte stabilito come la disposizione non possa essere interpretata oltre i casi in essa previsti<sup>26</sup>.

A mio parere, il divieto posto dall'art. 14 Prel. in materia di leggi eccezionali vale anche nel caso in cui dalla modifica in via interpretativa di una disposizione non eccezionale, come tale non direttamente interessata dal divieto, si produrrebbe una modifica indiretta della disposizione eccezionale. Il caso che qui è ad oggetto rappresenta un esempio di analogia mediata, in quanto l'estensione del concetto di coniuge, di cui all'art. 307, co. 4, C.p., produrrebbe un'estensione in via analogica della disciplina eccezionale contenuta nell'art. 384, co. 1, C.p.

Pertanto, di fronte all'impossibilità di ricorrere ad un'analogia nel tentativo di estendere al convivente *more uxorio* la causa di non punibilità di cui all'art. 384, co. 1, C.p., la via da percorrere appare essere quella della modifica legislativa che estenda l'ambito di applicazione della disposizione e, auspicabilmente, rimuova le ulteriori perplessità che interessano la figura del convivente *more uxorio*, oppure quella dell'intervento della Corte costituzionale.

## 7. La giurisprudenza della Corte costituzionale

In effetti, più volte la questione di legittimità costituzionale dell'art. 384, co. 1, C.p. è stata sollevata dinanzi alla Consulta.

In particolare, le pronunce emanate sono state finora tutte di rigetto per manifesta infondatezza della censura mossa con riferimento all'art. 3 Cost.<sup>27</sup>. Seppur

<sup>26</sup> Cass., sez. VI, 13 dicembre 1989, Russo, in *Cass. pen.*, 1991, 1222; Cass., sez. III, 24 ottobre 1966, Moneta, in *Mass. Uff.*, n. 104528.

<sup>27</sup> Si fa riferimento alle pronunce: Corte cost., 8 maggio 2009, n. 140, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 829, ed in *Foro it.*, 2010, 1, 796, nonché in *Giur. cost.*, 2009, 1525, con nota di PASTORELLI, *La convivenza more uxorio non esclude la punibilità del favoreggiamento personale*; Corte cost., 7 aprile 2004, n. 121, in *Diritto e giustizia*, 2004, n. 20 ss., con commento di LIGUORO, *Codice penale e convivenza more uxorio*, nonché in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 676, e in *Giur. cost.*, 2004, 1242, con nota di SACCO; Corte cost., 18 gennaio 1996, n. 8, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 166, in *Giur. cost.*, 1996, 81, con note di MANNA, *L'art. 384 C.p. e la "famiglia di fatto*, cit., 90 ss., e ZANOTTI, *Una questione di costituzionalità mal posta: la facoltà di astensione del dovere testimoniale del convivente di fatto e l'art. 29 Cost.*, cfr. BACCARI, *La testimonianza del prossimo congiunto dell'imputato*, Padova, 2003, in *Fam. dir.*, 1996, 107, con nota di FERRANDO, *Famiglia legittima, famiglia di fatto e reato di favoreggiamento*, in *Leg. pen.*, 1996, 681, con nota di GARGANI, *La Corte costituzionale conferma: la famiglia legittima non è un genus proximum della*

sviluppatasi nell'arco di decenni, le argomentazioni della Corte costituzionale condividono la stessa impostazione di fondo nella trattazione della materia.

La prima delle argomentazioni svolte, e in più occasioni ribadita dalla Consulta<sup>28</sup>, segnala come in presenza di una soluzione diversa dal rigetto della questione di legittimità la stessa Corte avrebbe esercitato poteri discrezionali, come tali riservati in via esclusiva al legislatore. Infatti, da una pronuncia interpretativa di accoglimento, come tale additiva, ne sarebbe derivato un effetto dirompente che non si sarebbe arrestato alla sola disposizione in esame ma avrebbe interessato tutte le disposizioni che celano le medesime frizioni, compiendo una scelta di natura politica.

Non sarebbe stato, di certo, il primo caso in cui da una pronuncia di illegittimità si sarebbero prodotte considerevoli conseguenze su aspetti di rilevante interesse politico<sup>29</sup>; ma si comprende la prudenza della Corte costituzionale.

La seconda motivazione attiene al differente fondamento costituzionale della famiglia di fatto rispetto a quella legittima. Mentre il fondamento del rapporto coniugale è costituito dall'art. 29 Cost. che si pone a tutela la famiglia legittima, il fondamento del rapporto di fatto è rappresentato dall'art. 2 Cost. che attiene,

---

*convivenza more uxorio*; Corte cost., 26 febbraio 1981 n. 39, in *Giur. cost.*, 1981, 220 ss.; Corte cost., n. 352 del 1989, in *Cass. pen.*, 1989, 2135; Corte cost., n. 124 del 1980, in *Giust. civ.*, I, 1980, 1099.

<sup>28</sup> Si fa riferimento alle già citate sentenze n. 121 del 2004, n. 8 del 1996, n. 352 del 1989.

<sup>29</sup> Per limitare l'indagine al diritto di famiglia si possono menzionare le seguenti sentenze additive: Corte cost., 1 aprile 2003, n. 104, in *Massimario della giurisprudenza del lavoro*, 2003, 448, che ha dichiarato la "illegittimità costituzionale dell'art. 45, comma 1, del decreto legislativo 26 marzo 2001 n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), nella parte in cui prevede che i riposi di cui agli artt. 39, 40 e 41 si applichino, anche in caso di adozione e di affidamento, "entro il primo anno di vita del bambino" anziché "entro il primo anno dall'ingresso del minore nella famiglia"; Corte cost., 31 gennaio 2005, n. 238, in *www.cortecostituzionale.it*, che ha dichiarato la "illegittimità costituzionale degli artt. 70 e 72 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), nella parte in cui non prevedono il principio che al padre spetti di percepire in alternativa alla madre l'indennità di maternità, attribuita solo a quest'ultima"; Corte cost., n. 170 del 2014, in *Foro it.*, 2014, 10, 2680, che ha dichiarato la "illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore".

più in generale, alle formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'individuo<sup>30</sup>. Tale collegamento è compiuto dalla stessa Consulta che, comunque, riconosce come la convivenza non sia certamente un aspetto privo di rilevanza costituzionale, in quanto la famiglia di fatto rappresenta una delle formazioni sociali più importanti nelle quali l'individuo esprime la propria personalità.

Diversamente, laddove si ritenga che la *ratio* sottesa alla causa di non punibilità qui esaminata persegua l'obiettivo di salvaguardare la pacifica convivenza del nucleo familiare in quanto tale, e non quello di riconoscere una preferenza alla sola unione che si fonda sul formale vincolo del matrimonio, si potrebbe pervenire ad una diversa soluzione. Infatti, ritendendo che ciò che viene tutelato non sia l'istituzione giuridica in quanto tale, bensì la stabile e duratura unione di persone che scelgono di fondare su di essa la propria vita, ai fini di un'eventuale pronuncia di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 384, co. 1, C.p. per violazione del principio di uguaglianza *ex* art. 3 Cost., non si potrebbe più fare riferimento al diverso trattamento previsto dagli artt. 2 e 29 Cost.

Così argomentando, si potrebbe ritenere che la *ratio legis* non sia coerentemente sviluppata dalla disposizione, che in violazione dell'art. 3 Cost. compierebbe una discriminazione tra la famiglia legittima e la famiglia di fatto nella scelta dei nuclei familiari la cui istanza di stabile unità e serena convivenza rilevi ai fini della non punibilità del fatto commesso in favore del familiare.

In tale ottica, la Corte costituzionale potrebbe condivisibilmente intervenire in materia dichiarando la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 384, co. 1, C.p. nella parte in cui non prevede che la causa di non punibilità si applichi al convivente *more uxorio*.

## 8. La legge sulle unioni civili

Per completezza d'indagine, occorre infine valutare se, e come, l'approvazione della legge<sup>31</sup>, riassuntivamente detta, sulle "unioni civili" – disciplinante un settore di importante rilievo nel panorama delle formazioni sociali, quale quello

<sup>30</sup> La stessa distinzione si rinviene in Corte cost., 25 luglio 2000, n. 352, in *Cass. pen.*, 2001, 28, in tema di estensione della causa di non punibilità di cui all'art. 649 C.p. al convivente *more uxorio*.

<sup>31</sup> All'approvazione finale della legge avvenuta l'11 maggio 2016, non ancora pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, si è giunti dopo lo stralcio della disciplina sulle adozioni del figlio naturale del *partner* (la c.d. *stepchild adoption*, letteralmente: adozione del figliastro), che aveva catalizzato su di sé le resistenze di parte significativa di vari partiti politici.

Brevemente, si possono tracciare le linee di massima nella distinzione delle varie figure di unione introdotte.

Al matrimonio, unico istituto giuridico finora presente, si aggiungeranno quello delle unioni civili e quello

delle famiglie di fatto – possa incidere sull'applicazione dell'art. 384, co. 1, C.p. Richiamando le considerazioni svolte in precedenza, in merito alla portata del concetto di coniugo, sembra che, da un punto di vista prettamente giuridico, il rapporto di coniugo posseda una specialità tale da non potersi ritenere ad esso equiparate altre formazioni sociali diversamente disciplinate e, dunque, da esso diverse.

A cambiare, probabilmente, sarebbe la prospettiva di approccio al tema, almeno per tutte quelle formazioni sociali i cui membri si siano uniti tramite un modello familiare, unione civile o contratto di convivenza, che, sebbene diverso dal rapporto di coniugo, sarebbe pur sempre previsto dalla legge. In questi casi, ferma restando comunque l'impossibilità di un ricorso ad una soluzione interpretativa di natura analogica, il legislatore non sembra potrebbe disconoscere a tali formazioni sociali stabilità e durevolezza ai fini della loro ricomprendimento nell'ambito di applicazione dell'art. 384, co. 1, C.p.

Negli altri casi, nei quali non sarebbe presente alcun modello familiare legislativamente riconosciuto, rimarrebbero ferme le considerazioni generali svolte in precedenza circa la non estensibilità della causa di non punibilità al convivente *more uxorio*.

---

del contratto di convivenza. Il matrimonio rimarrà un istituto accessibile alle sole coppie di sesso diverso. Il legislatore ha mostrato la volontà di mantenere nella sua posizione di esclusività e primato il rapporto di coniugo, differenziando rispetto a quest'ultimo i caratteri degli altri istituti.

L'unione civile potrà avere luogo tra due persone dello stesso sesso ed estenderà alle parti, ma con talune differenze, diritti e doveri propri del matrimonio. Inoltre, ad essa si applicheranno le disposizioni concernenti il matrimonio in quanto compatibili.

Il contratto di convivenza, invece, riguarderà quella coppia che, non volendo ricorrere ad uno dei due istituti precedenti, voglia però attribuire significato giuridico alla propria stabile convivenza attraverso il riconoscimento dell'unione, ad alcuni limitati aspetti, da parte della legge.