

La non punibilità del convivente *more uxorio* ai sensi dell'art. 384 c.p.: un antico dilemma approda al vaglio delle Sezioni Unite

di SISTO MACCHIARELLI*

SOMMARIO: **1.** Le circostanze di esclusione della pena, tra principi generali e disposizioni di carattere eccezionale; **2.** L'eterogeneo paradigma della famiglia: concezione istituzionale, modello sociale e rinnovate criticità; **3.** L'evanescente statuto penale della famiglia di fatto; **4.** La non punibilità del convivente *more uxorio* per i reati contro l'amministrazione della giustizia

ABSTRACT: *The contribution examines a theme of dating doctrinal and jurisprudential attention, which places itself at the center of an exegetical debate for the doubts of constitutional seal that seems to place the rigorous observance of the canons of criminal legality. Indeed, the question of the applicability of art. 384 c.p. at the cohabiting partner "more uxorio" raises a question put under the scrutiny of the S.U. from the recent ordinance n. 1825/2019 of the Cassation, Section VI. By examining the legal nature of the case and the evolution that the concept of the family has experienced in recent years, the contribution reviews all the main orientations formed on the issue, suggesting a possible doubt of constitutional compatibility of the norm in the renewed system of criminal protection of the de facto family.*

1. Le circostanze di esclusione della pena, tra principi generali e disposizioni di carattere eccezionale.

Il codice penale disciplina la categoria delle circostanze di esclusione della pena agli artt. 59 e 119, mediante regole che presentano "geometrie variabili" a seconda della fattispecie sottoposta all'attenzione dell'interprete.

Invero, il diritto positivo omette di distinguere le tre *species* in cui si scinde il *genus* espressamente menzionato dal legislatore: cause di giustificazione o scriminanti, cause di esclusione della colpevolezza o scusanti e cause di non punibilità in senso stretto.

* Dottore in giurisprudenza presso la Seconda Università degli Studi di Napoli"; consulente di diritto societario e dei mercati finanziari; già tirocinante ex art. 73 D.L. n. 69 del 2013 presso il Tribunale Penale di Napoli.

La tripartizione discende dalla funzione delle singole circostanze, che assurge a criterio ermeneutico per stabilire il relativo regime giuridico, oltre a indicare la posizione che l'istituto occupa nella struttura del reato¹.

Dottrina e giurisprudenza² sono concordi nell'affermare che rispetto alle cause di giustificazione trovi integrale applicazione lo statuto normativo previsto dall'art. 59, co. 1 e 4, c.p.; difatti, l'operatività oggettiva della scriminante e la rilevanza del putativo costituiscono regole conformi alla *ratio* della fattispecie, che elide l'antigiuridicità della condotta conforme al tipo legale di riferimento, in ossequio al principio di non contraddizione ovvero alla teoria del bilanciamento di interessi³.

Le scriminanti esprimono principi di carattere generale valevoli in ogni ramo dell'ordinamento, con la conseguenza che non solo possono essere previste da qualsiasi fonte normativa – *i.e.* non solo dalle disposizioni contenute nel codice penale –, ma anche che la loro efficacia è universale, ossia tale da rendere la condotta non assoggettabile ad alcun tipo di sanzione, nemmeno di natura civile, amministrativa o disciplinare⁴.

¹ La dottrina che accoglie la teoria quadripartita del reato fa rientrare le cause di non punibilità, insieme alle condizioni obiettive di punibilità, nella struttura dell'illecito penale. Per un maggiore approfondimento si rimanda a MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano, Giuffrè Editore, 2018, pag. 202 e ss.

² MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *op. cit.*, pag. 282 e ss., secondo cui le cause di giustificazione esprimono un giudizio di liceità da parte dell'ordinamento giuridico a carattere in tutto e per tutto oggettivo, restando irrilevanti gli stati conoscitivi dell'agente concreto; la regola prevista dall'art. 59, co. 4, c.p. si spiega osservando che anche l'antigiuridicità rientra nel fuoco del dolo, ma in maniera peculiare, nel senso che sebbene non occorra la positiva rappresentazione dell'assenza di cause di giustificazione per la corretta formazione della volontà criminosa, tuttavia, l'erronea supposizione circa l'esistenza di scriminanti che sono contemplate dalla legge è di per sé suscettibile di escludere il dolo, lasciando residuare una responsabilità eventuale a titolo di colpa.

³ Sul punto SALERNO, 2. *La struttura del reato*, in *Il sistema del diritto penale*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2017, pag. 94 e ss., secondo il quale "proprio il carattere parziale e non esaustivo delle teorie moniste ha indotto parte della dottrina a rinunciare a una ricostruzione unitaria del fondamento e della ratio delle cause di giustificazione, ricercandoli in maniera puntuale per ciascuna di essa". Pertanto, si è sostenuto che la funzione di prevenire contraddizioni all'interno dell'ordinamento giuridico sia propria delle scriminanti disciplinate dagli artt. 51 e 53 c.p., mentre quelle di cui agli artt. 52 e 54 rispondono alla teoria del bilanciamento tra contrapposti interessi.

⁴ In materia, *amplius*, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *op. cit.*, pag. 218 e ss.; si veda anche SALERNO, *op. cit.*, in merito al dibattito sulla natura giuridica dello stato di necessità di cui ai primi due commi dell'art. 54 c.p. Parte della dottrina sostiene che l'obbligazione indennitaria prevista dall'art. 2045 c.c. per il soggetto che compie l'azione necessitata rappresenti l'argomento di carattere normativo per escludere che lo stato di necessità sia una causa di giustificazione, dovendo più correttamente essere qualificato come causa di esclusione della colpevolezza. Difatti, il carattere dell'universalità proprio delle scriminanti osterebbe alla

Di talché, già sul piano logico, nulla osta alla comunicabilità delle cause di giustificazione ai correi nelle ipotesi di realizzazione del reato in forma plurisoggettiva eventuale, come sancisce espressamente l'art. 119, co. 2, c.p. Diversamente è a dirsi per le altre due categorie, che soggiacciono a un'applicazione "rovesciata" dell'art. 59 c.p.

In particolare, per le cause di esclusione della colpevolezza vale la regola prevista dall'art. 59, co. 4, c.p., mentre non può operare il criterio della rilevanza oggettiva di cui al primo comma.

Le scusanti, infatti, rispondono al principio dell'inesigibilità del comportamento lecito da parte del soggetto che versa in una situazione di turbamento emotivo tale da non permettergli l'osservanza della norma penale.

L'incidenza sul piano della rimproverabilità postula che il fattore condizionante sia effettivamente percepito dall'agente concreto, anche a prescindere dalla sua oggettiva sussistenza.

Il fondamento teleologico della categoria permette di classificare le scusanti come circostanze di esclusione della pena di tipo soggettivo, con la conseguente inapplicabilità ai compartecipi nel medesimo reato ai sensi dell'art. 119, co.1, c.p.

In ordine alla natura delle norme che le contemplano alcun dubbio si pone circa il riconoscimento del relativo carattere eccezionale, in ragione della deroga alla generale potestà punitiva dello Stato che osta all'applicazione analogica della disposizione *ex artt. 25, co 2, Cost. e 14 Preleggi*.

Manifestano, invece, valutazioni discrezionali di opportunità politico-criminale la cause di non punibilità in senso stretto, che nell'ottica dell'art. 59 c.p. rispondono soltanto alla regola prevista dal primo comma.

Invero, l'obbligo di esercizio dell'azione penale è derogabile esclusivamente dal legislatore, con la conseguente irrilevanza degli stati conoscitivi dell'agente concreto.

Peraltro, la ragione di opportunità politico-criminale che orienta la scelta può avere sia di carattere soggettivo, sia natura oggettiva, così da influenzare anche il regime della circostanza nell'ambito della disciplina del concorso di persone⁵.

possibilità che la condotta giustificata in base ai principi generali possa essere assoggettata a qualsiasi forma di sanzione negli altri rami dell'ordinamento giuridico.

⁵ In materia risulta controversa la natura dell'esimente prevista dall'art. 131 bis c.p. Sul punto, si rimanda a SANTINI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato*, su www.penalecontemporaneo.it, 30 giugno 2017, secondo cui "l'art. 131-bis c.p. non configura

2. L'eterogeneo paradigma della famiglia: concezione istituzionale, modello funzionale e rinnovate criticità

L'art. 29 della Carta costituzionale definisce la famiglia come una società naturale fondata sul matrimonio.

La disposizione ha il valore enunciativo di una realtà sociale preesistente all'ordinamento, ma, al contempo, attraverso la fattispecie del matrimonio, pone le basi per una qualificazione giuridico-formale della famiglia dall'importanza decisiva, dovendosi negare natura di famiglia in senso istituzionale alle altre ipotesi di convivenza disciplinate dalla legge, ovvero riconosciute dalla giurisprudenza⁶.

La Consulta, infatti, già a partire dal 1986⁷ ha valutato le due situazioni in modo completamente diverso, esaltando le coordinate costituzionali e le precipue caratteristiche definitorie.

Invero, la convivenza trova tutela e riconoscimento alla stregua di una formazione sociale nel cui ambito si svolge la personalità dell'individuo ai sensi dell'art. 2 Cost., essendo che il rapporto coniugale nascente dal matrimonio riflette la maggiore stabilità dell'istituzione familiare, mentre la c.d. famiglia di

una causa di esclusione della punibilità puramente oggettiva, ma al contrario esige il compimento di valutazioni che investono la figura del singolo individuo con riferimento al quale ne venga vagliata l'applicabilità. In altri termini, posto che il 131-bis c.p. richiede che, tra gli altri elementi, siano considerati: le modalità della condotta; l'intensità del dolo e il grado della colpa – per effetto del rinvio operato dalla norma in parola ai criteri di cui all'art. 133, co. I c.p. – e l'abitudine del comportamento; si ritiene che nelle ipotesi di concorso di persone nel reato il giudice debba valutare la sussistenza di tutti i presupposti applicativi con riferimento a ciascuno dei concorrenti nel reato, poiché in ultima analisi la conformazione di tale istituto pare rispecchiare «considerazioni inerenti all'opportunità di non punire la singola persona, che ha posto in essere con determinate modalità e con un certo coefficiente psicologico il fatto che costituisce reato». E dunque, nelle ipotesi di concorso di persone nel reato tale causa di esclusione della punibilità deve essere considerata, ai sensi dell'art. 119, co. I c.p., quale 'circostanza soggettiva' che può applicarsi solo a coloro tra i concorrenti cui essa, in concreto, si riferisce”.

⁶ In materia, *amplius*, GAZZONI, *La Famiglia*, in *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, secondo il quale “la qualificazione di famiglia in termini di società naturale non sta a significare adesione alla concezione cattolica che ritiene la famiglia regolata dal diritto naturale, espressione a sua volta di una volontà superiore e trascendente. Con tale espressione si è voluto solamente sottolineare l'esistenza dell'istituto familiare a prescindere dalla previsione legislativa. La famiglia è dunque un'entità di carattere sociale prima ancora che giuridica e il diritto può solo regolarne taluni aspetti, soprattutto per quanto riguarda i profili direttamente o indirettamente patrimoniali che ad essa si ricollegano”.

⁷ Corte Cost., 18 novembre 1986, n. 237; *ex multis* Corte Cost., 18 gennaio 1996, n. 8 e Corte Cost., 20 aprile 2004, n. 121.

fatto – un tempo identificata con il termine di concubinato o con l’espressione, ancora diffusa, di convivenza *more uxorio* – si basa sull’*affectio* personale, che è per sua intrinseca natura mutevole e liberamente revocabile.

In questo modo, il Giudice delle leggi ha posto le basi per il mutamento della percezione socio-giuridica della famiglia di fatto, progressivamente emancipatasi dal tradizionale stereotipo negativo grazie all’affermazione di un nuovo modello funzionale imperniato sul valore della persona.

La direttrice ermeneutica scolpita nella Carta Fondamentale illumina il terreno nel quale affonda le radici la L. n. 76/2016, c.d. “legge Cirinnà”, che ha regolamentato le unioni civili tra persone dello stesso, introducendo anche una parziale e frammentaria disciplina delle convivenze.

Compulsata soprattutto dalla richiesta di introdurre uno strumento che consentisse alle coppie omosessuali di regolare il proprio rapporto⁸, la riforma ha istituito una nuova formazione sociale – l’unione civile per l’appunto – che è espressamente tutelata dagli artt. 2 e 3 Cost. e risponde a una disciplina sostanzialmente analoga a quella del matrimonio, fatte salve alcune eccezioni, come la materia delle adozioni di minorenni ai sensi della L. n. 184/1983⁹.

Quanto alle convivenze di fatto, la L. n. 76/2016 omette di specificare la rilevanza costituzionale della fattispecie nel fornire una definizione che si basa sul legame affettivo di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale tra due persone maggiorenni, purché non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'altra unione civile.

La circostanza paradossale che deriva da questa innovazione è che non tutte le situazioni qualificate dalla prassi come convivenza di fatto o *more uxorio* rientrano nella definizione introdotta dalla novella, con il conseguente rischio, particolarmente sentito in materia penale, di una disparità di trattamento irragionevole tra le differenti forme di convivenza¹⁰.

Basti pensare, infatti, che l’art. 1, co. 37, L. n. 76/2016 prevede l’onere di presentare la dichiarazione anagrafica di cui all’articolo 4 e alla lettera b) del

⁸ Determinante, in tal senso, è stata la sentenza *Oliari c. Italia* della Corte EDU del 21 luglio 2015, che ha messo in evidenza la primaria importanza svolta dall’art. 8 CEDU sul diritto al rispetto alla vita privata, nel cui ambito si iscrive ogni rapporto affettivo, anche se non fondato sul matrimonio, del quale condivide alcuni aspetti essenziali.

⁹ La L. n. 76/2016 non riconosce alle coppie *same sex* neanche la possibilità di richiedere la *stepchild adoption*. Tuttavia, la giurisprudenza più recente perviene alla soluzione positiva facendo leva su un’interpretazione letterale, sistematica e storica dell’art. 44, co. 1, lett. d) L. n. 683/1984. Vedasi, sul punto, Cass. Civ., Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962.

¹⁰ Per un maggiore approfondimento critico si rimanda a PACIA, *Unioni civili e Convivenze*, su www.juscivile.it, 3, 2016

comma 1 dell'articolo 13 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223 affinché la relazione affettiva possa essere ufficialmente qualificata come convivenza; il che appare in contrasto con la libertà delle forme alla base dell'istituto.

Peraltro, il nutrito numero di incompatibilità – che si estende anche alle coppie *same sex* – preclude in radice l'inclusione nella fattispecie legale di molteplici famiglie di fatto storicamente sorte proprio in ragione di impedimenti oggettivi legati all'impossibilità di formalizzare il rapporto affettivo¹¹.

3. L'evanescente statuto penale della famiglia di fatto

Tra i diversi settori dell'ordinamento giuridico quello penale mostra una particolare forza di resistenza passiva al riconoscimento di una seppur minima forma di tutela alla convivenza di fatto.

Invero, sin dalla sua introduzione, il codice ha solo episodicamente attribuito rilevanza a questa peculiare formazione sociale, acuendo gli strali critici della dottrina maggiormente garantista per i diritti e le libertà fondamentali dell'individuo¹².

Emblematico è il caso del delitto di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p., solo nel 2012 trasformato in "*maltrattamenti contro familiari e conviventi*" per identità di *ratio* rispetto a tutte le forme di rapporti affettivi para-familiari.

Il colpevole atteggiamento omissivo del legislatore determina vuoti di tutela incolumabili, atteso che al giudice è preclusa la possibilità di adeguare la norma penale alla mutata realtà sociale dei rapporti di coppia, trovando un ostacolo insuperabile sia nel divieto di analogia rispetto alle norme in *malam partem*, sia nel carattere eccezionale delle disposizioni in *bonam partem*¹³.

In questa direzione un autorevole monito si deve anche alla Corte costituzionale, che in una pronuncia di inammissibilità del 2015 relativa all'art. 649 c.p. ha ricordato che "*spetta al ponderato intervento del legislatore....l'indispensabile aggiornamento della disciplina dei reati contro il*

¹¹ Sul punto, *amplius*, ANNUNZIATA-IANNONE, *Dal concubinato alla famiglia di fatto: evoluzione del fenomeno*, su *Famiglia, Persone e Successioni*, 2, Febbraio, 2010.

¹² In materia, si rinvia alle riflessioni critiche di GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici*, *Note a margine del D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 6*, su *www.penalecontemporaneo.it*, 31 gennaio 2017, p. 4 e ss.

¹³ GATTA, *op.cit.*; del medesimo avviso 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)*, su *www.penalecontemporaneo.it*, 10 maggio 2017, p. 80 e ss.

*patrimonio commessi in ambito familiare, che realizzi, pur nella perdurante valorizzazione dell'istituzione familiare e della relativa norma costituzionale di presidio (art. 29 Cost.), un nuovo bilanciamento, in questo settore, tra diritti dei singoli ed esigenze di tutela del nucleo familiare*¹⁴.

Rispetto al tradizionale ostracismo le novità introdotte dalla c.d. "Legge Cirinnà" appaiono modeste; anzi, gli effetti innescati dal decreto attuativo n. 6/2017 fanno emergere una deriva verso la differenziazione dello statuto penale della convivenza di fatto e dell'unione civile che è sospetta d'incostituzionalità, essendo entrambi i rapporti di coppia tutelati alla stregua di formazioni sociali rilevanti ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost.

In particolare, l'unica disposizione della l. n. 76/2016 in qualche modo relativa al diritto penale è contenuta nell'art. 1, co. 38, a mente del quale "*i conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario*"¹⁵.

Peraltro, è controversa la possibilità di affermare che la legge Cirinnà, nel definire le convivenze di fatto, abbia riconosciuto, in capo ai conviventi, un reciproco obbligo di assistenza materiale e morale, analogo a quello che grava sui coniugi, con il conseguente dubbio in ordine alla configurabilità di una posizione di garanzia rilevante ai sensi dell'art. 40, co. 2, c.p.¹⁶

Inoltre, il D.lgs. n. 6/2017 con l'introduzione l'art. 574 *ter* c.p. ha equiparato agli effetti della legge penale i termini matrimonio e unione civile, estendendo tutte le norme che considerano la qualità di coniuge come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato anche alla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.

È opportuno precisare che la delega di cui all'art. 1, co. 28, lett. c) L. n. 76/2016 imponeva al Governo di valutare e tener conto della pertinenza di ciascun precetto rispetto alla finalità indicata nella clausola generale di cui all'art. 1, co. 20, della medesima legge, ossia che l'equiparazione tra la parte dell'unione civile e il coniuge e tra l'unione civile e il matrimonio avvenisse con

¹⁴ Corte Cost., 5 novembre 2015, n. 223.

¹⁵ Il riferimento è alla L. n. 354/1975 (o.p.) e al relativo regolamento di esecuzione (D.P.R. 230/2000: reg. o.p.). Si tratta di un'affermazione importante, che però non è sostanzialmente innovativa. L'ordinamento penitenziario, infatti, parificava già a diversi effetti i diritti del convivente a quelli del coniuge. Basti pensare alla disciplina dei colloqui (art. 37 o.p.), ovvero a quella della corrispondenza telefonica (art. 39 o.p.).

¹⁶ Prevale in dottrina la soluzione negativa, sul rilievo che l'art. 1, co. 36, L. n. 76/2016 si è limitato a fotografare una situazione di fatto senza introdurre una nuova posizione di garanzia. V. *amplius*, Gatta, *op. cit.*, pag. 5.

riguardo alle sole disposizioni penali "*indirizzate allo scopo di tutelare i diritti e rafforzare gli obblighi nascenti dall'unione civile*".

L'esito dell'intervento appare potenzialmente in grado di integrare un *procedural injustice* per eccesso di delega, sollevando dubbi di compatibilità costituzionale con l'art. 76 Cost.

La medesima scelta di un'estensione generalizzata ha riguardato anche l'art. 307, co. 4, c.p., avendo il legislatore delegato incluso nella definizione generale di prossimi congiunti esclusivamente "*la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso*"; a questa significativa innovazione si è accompagnata la modifica dell'art. 649 c.p., mediante l'inclusione delle parti dell'unione civile nel novero dei soggetti a cui si applica la causa di non punibilità prevista dal primo e dal secondo comma.

Queste ultime innovazioni forniscono una chiara indicazione della posizione assunta dal legislatore rispetto allo statuto penale della convivenza *more uxorio*: sembrerebbe, infatti, che l'applicabilità di disposizioni ad effetti favorevoli – come l'art. 384 c.p. – nei confronti del convivente sia definitivamente preclusa, non potendo l'interprete valicare i confini della legalità segnati dal divieto di applicazione analogica delle disposizioni a carattere eccezionale ai sensi degli artt. 25, co. 2, Cost. e 14 preleggi¹⁷.

4. La non punibilità del convivente *more uxorio* per i reati contro l'amministrazione della giustizia

L'art. 384 c.p. disciplina una speciale circostanza di esclusione della pena che risponde a una duplice considerazione di politica criminale: da un lato, l'ordinamento tiene conto dell'istinto di conservazione che spinge ciascun individuo a non contribuire alla propria incolpazione, in ossequio al brocardo *nemo tenetur se detegere*; dall'altro, viene salvaguardata l'incoercibilità dei sentimenti familiari, anche nel caso in cui sia stato commesso un reato da un prossimo congiunto¹⁸.

¹⁷ Di questo avviso SCHIRÒ, *Unioni civili e convivenze di fatto (profili penali e sostanziali)*, su *Digesto delle Discipline Penalistiche, Aggiornamento*, X, Torino, UTET, 2018; analogamente NATALINI, *Soluzione "coraggiosa" ma oltre i limiti della legalità penale*, su *Guida al Diritto, Il sole 24 Ore*, 27 aprile 2019, 19, in commento alla sentenza Cass. Pen., Sez VI, 14 marzo 2019, n. 11476, che ha esteso la causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. al convivente *more uxorio*.

¹⁸ In materia FIANDACA-MUSCO, *La necessità di salvamento come causa di non punibilità*, in *Diritto Penale, Parte Speciale*, Bologna, Zanichelli, 2013, pag. 422 e ss., secondo i quali la forza difficilmente coercibile dei sentimenti familiari "fa sì che si rifugga dall'espone a processo i

Particolarmente dibattuta risulta, soprattutto in dottrina¹⁹, la natura giuridica della fattispecie.

Un primo orientamento, condiviso anche della giurisprudenza²⁰, sostiene che la disposizione introdurrebbe una causa di giustificazione speciale rispetto allo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p., in forza dell'assimilazione tra il presupposto del "nocumento nella libertà o nell'onore" previsto dall'art. 384 c.p. e quello del grave danno alla persona contemplato dalla scriminante generale.

Da questa tesi deriva un'importante conseguenza sul piano applicativo, ossia che, pur nel silenzio della norma sul punto, requisiti impliciti della causa di non punibilità per i reati contro l'amministrazione della giustizia sarebbero anche quelli generali della non volontaria causazione del pericolo e della proporzione. Così interpretata, tuttavia, la disposizione rischia di restare lettera morta, dal momento che, sul versante del diritto processuale, gli artt. 198 e 199 c.p.p., escludono sia l'obbligo per il testimone di deporre sui fatti dai quali possa emergere una responsabilità penale a suo carico, sia l'obbligo di deporre per i prossimi congiunti dell'imputato, ivi incluso il convivente di fatto.

Per queste ragioni tende a prevalere la tesi che qualifica l'art. 384 c.p. come una causa di esclusione della colpevolezza, in quanto imperniata sul conflitto morale che si manifesta in capo al reo allorché la lesione al buon andamento dell'amministrazione giudiziaria sia motivata dalla necessità di salvare sé stesso o un prossimo congiunto dalle conseguenze pregiudizievoli della verità processuale sulla libertà e l'onore²¹.

In questa cornice ermeneutica la circostanza di esclusione della pena in esame assume natura soggettiva, perché sorretta dal principio di inesigibilità del comportamento lecito da parte del soggetto che versa nelle condizioni psicologiche descritte, con la conseguente inapplicabilità ai compartecipi nel medesimo reato ai sensi dell'art. 119, co. 1, c.p.

Occorre precisare che anche tale orientamento non viene unanimemente condiviso, in particolare da quella scuola di pensiero che considera la

prossimi congiunti: sicché, di fronte al dilemma in cui taluno può trovarsi tra osservanza della legge penale e nocumento proprio o di un prossimo congiunto, l'art. 384 c.p. rende lecita la scelta a favore dell'istinto di conservazione e della solidarietà familiare".

¹⁹ In argomento FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, pag. 423 e ss.; SALERNO, *op. cit.*, pag. 104 e ss.

²⁰ Cass. Pen., Sez. V, 24 novembre 2006, n. 38952; del medesimo avviso VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, De Jure, VI, 1960, pag. 631.

²¹ Anche questa tesi non viene condivisa dalla dottrina che, valorizzando i principi espressi dalle S.U. con la pronuncia n. 7208/2008, qualifica l'art. 384. c.p. qualifica

fattispecie una causa di non punibilità in senso stretto derivante da una esclusiva valutazione di opportunità politico-criminale compiuta dal legislatore²².

Si valorizzano i principi espressi dalle S.U. con la pronuncia n. 7208/2008, in forza dei quali la facoltà di non testimoniare riconosciuta dalle norme processuali preclude la formazione del conflitto morale che dovrebbe giustificare la non punibilità per i reati contro l'amministrazione della giustizia²³. Tra le diverse questioni esegetiche che la norma pone, il tema dell'applicabilità dell'esimente al convivente *more uxorio* ha da sempre animato la riflessione degli interpreti, essendo che elemento costitutivo dell'art. 384 c.p. è la nozione di prossimo congiunto fornita dall'art. 307, co. 4, c.p., nel cui ambito letterale non rientra espressamente il convivente, a differenza della parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso dopo la modifica del 2017.

La recente ordinanza n. 1825/2020 della Cassazione²⁴, rilevando l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto, ha richiesto l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite, il cui esito si preannuncia non scontato.

Una prima tesi, prevalente²⁵, accoglie la soluzione negativa, facendo leva sul combinato disposto degli artt. 307 e 384 c.p., che non includono nella nozione di prossimo congiunto anche il convivente *more uxorio*.

Al giudice penale, si osserva, è preclusa ogni attività interpretativa che si traduce nell'ampliamento dell'ambito operativo delle norme a carattere eccezionale che non presentato vuoti di disciplina, come accadrebbe per l'art. 384 c.p., a ciò ostando il principio di legalità.

Peraltro, l'assetto normativo non risulterebbe neppure in contrasto con la Carta Fondamentale – e, segnatamente, con l'art. 3 Cost. – in quanto esistono nell'ordinamento ragioni costituzionali che giustificano un differente trattamento penale tra la famiglia fondata sul matrimonio e la c.d. famiglia di fatto.

²² SALERNO, *op. cit.*, pag. 105.

²³ Cass. Pen., Sez. Un., 14 febbraio 2008, n. 7208, che hanno affermato "in tema di falsa testimonianza, la causa di esclusione della punibilità prevista per chi ha commesso il fatto per essere stato costretto dalla necessità di salvare sé o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore non opera nell'ipotesi in cui il testimone abbia deposto il falso pur essendo stato avvertito della facoltà di astenersi".

²⁴ Cass. Pen., Sez. VI, 19 dicembre 2019, n.1825

²⁵ *Ex multiis* Cass. Pen., Sez. V, 22 ottobre 2010, n. 41139; Cass. Pen., Sez. II, 18 maggio 2009, n. 20827; Cass. Pen., Sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 35967.

La Consulta²⁶, infatti, ha precisato in più occasioni che la diversa copertura costituzionale delle due forme di famiglia (artt. 29 e 2 Cost) risponde alle differenti caratteristiche del legame affettivo da cui il nucleo familiare trae origine, che solo nel caso del matrimonio risulta improntato a effettiva stabilità e non puramente all'*affectio* personale; ad ogni modo, essendo l'art. 384 c.p. una circostanza di esclusione della pena che deroga alla generale potestà punitiva dello Stato, solo il legislatore, intervenendo espressamente, potrebbe stabilire l'applicazione della norma anche alla convivenza *more uxorio*.

La tesi avversa accoglie la soluzione positiva ritenendo invece non decisivo l'omesso riferimento da parte degli artt. 307 e 384 c.p. al convivente *more uxorio*, soprattutto all'indomani del D.lgs. n. 6/2017.

Le sentenze che sostengono questo orientamento²⁷ valorizzano un'interpretazione valoriale della norma, che producendo effetti in *bonam partem*, dovrebbe estendersi anche alla convivenza *more uxorio*, formazione sociale di pari dignità costituzionale rispetto all'unione civile.

Tale soluzione, peraltro, sarebbe stata già consentita dal quadro normativo preesistente alla riforma del 2017, anche in forza della nozione di famiglia desumibile dall'art. 8 CEDU, che non tollera limitazioni tipologiche onde prevenire intollerabili effetti discriminatori.

L'ordinanza che ha rimesso la questione alle Sezioni Unite ha analiticamente rilevato le criticità sistematiche derivanti dalla tesi affermativa, fornendo un'indicazione significativa al Supremo Consesso.

Si osserva che, a prescindere dalla qualificazione giuridica della fattispecie, è fuor di dubbio che l'art. 384 c.p. sia una disposizione a carattere eccezionale che può trovare spazio operativo solo nelle ipotesi espressamente previste dalla legge.

Avendo la riforma del 2017 incluso nel novero dei prossimi congiunti soltanto la parte dell'unione civile tra persone dello stesso, dal tenore letterale degli artt. 307 e 384 c.p. sembrerebbe trasparire il chiaro intento del legislatore di precludere l'applicabilità dell'esimente al convivente *more uxorio*, senza che possa ravvisarsi in ciò una svista involontaria colmabile in via interpretativa.

²⁶ Da ultimo Corte Cost., 4 maggio 2009, n. 140.

²⁷ Cass. Pen., Sez. II, 30 aprile 2015, n. 34147 e, più di recente, Cass. Pen., Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 11476.

In questa prospettiva esegetica, allora, l'orientamento affermativo risulterebbe in contrasto con il principio di legalità di cui all'art. 25, co. 2, Cost., come ha più volte sostenuto anche la dottrina²⁸.

L'ordinanza ha osservato, peraltro, che la Corte di Strasburgo, nel caso *Van der Heijden c. Netherlands* del 2012²⁹, ha escluso la violazione dell'art. 8 CEDU qualora l'ordinamento interno costringa una persona a testimoniare nell'ambito dei procedimenti penali a carico del convivente di fatto, senza riconoscerle la facoltà riconosciuta invece al coniuge o al convivente registrato.

In tal modo, diversamente da quanto sembrerebbe prospettare la tesi positiva, la CEDU offre argomenti per ritenere giustificabile la disparità di trattamento, quantomeno sul piano processuale, tra il convivente e il coniuge; disparità che, peraltro, l'ordinamento italiano non ammette, a mente di quanto prevede l'art. 199, co. 3, c.p.p.

Orbene, in questo contesto esegetico la scelta delle Sezioni Unite sembrerebbe essere orientata verso la soluzione negativa, a meno di considerare che, per effetto della riforma posta in essere dal D.lgs. n. 6/2017, sul versante del diritto sostanziale si realizza una disparità di trattamento fra la parte dell'unione civile e il convivente *more uxorio* in contrasto con l'art. 3 Cost.

Il Supremo Consesso, infatti, potrebbe essere orientato a sollevare la questione di legittimità costituzionale degli artt. 307, co. 4, c.p. e 384 c.p. per la parte in cui non includono anche il convivente *more uxorio* nella nozione di prossimo congiunto, essendo che, se indubbiamente valide ragioni costituzionali sussistono per differenziare il trattamento penale della famiglia fondata sul matrimonio e la famiglia di fatto, meno ragionevole appare la diversità di disciplina tra l'unione civile e la convivenza *more uxorio*, che costituiscono entrambe, per consolidata giurisprudenza, formazioni sociali rilevanti ai sensi degli artt. 2 e 3 della Costituzione.

²⁸ Per un compiuto esame delle criticità derivanti dall'orientamento positivo si rimanda a NATALINI, *op. cit.*

²⁹ C.E.D.U., Grand Chamber, case of van der heijden v. the netherlands, 3 aprile 2012.

