



**Procura Generale della Repubblica della
Corte di Cassazione**

UDIENZA PUBBLICA
DEL 24 SETTEMBRE 2020
delle
SEZIONI UNITE PENALI
DELLA CORTE DI CASSAZIONE

MEMORIA DEL PROCURATORE GENERALE

Ruolo n. 3 (n. 32416/2019 R.G.)

Ricorrente: ***** (Avv. Daniela CICU, del Foro di Cagliari) **Ricorre**

contro: Sentenza Corte d'appello di Cagliari del 14 maggio 2019.

1. La questione

La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite da un'ordinanza della Sezione Sesta penale, n. 1825 del 17 gennaio 2020 (udienza del 19/12/2019, Pres. Costanzo, Rel. Capozzi) e pone il seguente quesito di diritto: «Se l'ipotesi di cui all'art. 384, comma 1, cod. pen., sia applicabile al convivente *more uxorio*».

La disposizione in oggetto dispone che: «Nei casi preveduti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare se' medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento nella libertà o nell'onore».

Il problema di diritto è stabilire se nel novero dei 'prossimi congiunti' rientri anche il convivente, in quanto assimilabile, per estensione (o per analogia) al coniuge.

1.1. La fattispecie da cui origina la questione è oltremodo semplice: l'imputata ***** è stata riconosciuta colpevole e condannata, con doppia conforme, per il reato di favoreggiamento personale di cui all'art. 378 c.p. perché - dopo che il suo convivente, ***** , aveva commesso la contravvenzione e il delitto di cui agli artt. 116, comma 13, e 189, commi 1 e 7, d.leg.vo 285 (guidava un autoveicolo senza patente di guida e, dopo la collisione tra autoveicoli con feriti, non prestava la prescritta assistenza)- aveva aiutato il suddetto convivente ad eludere le investigazioni dell'autorità, dichiarando falsamente ai Carabinieri, intervenuti sul luogo dell'incidente, che era lei stessa alla guida dell'autoveicolo coinvolto nella succitata collisione. La sentenza di appello, in

particolare, affermava di ben conoscere il contrasto nella giurisprudenza di legittimità in ordine all'applicabilità dell'art. 384, comma 1, c.p.p. al convivente *more uxorio* e di non condividere l'orientamento estensivo: ma che, tuttavia, nel caso di specie l'esclusione della scriminate in questione originava dalla non raggiunta prova della convivenza stessa. Dalla stessa sentenza, tuttavia, emergeva la richiesta difensiva di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale sul punto.

1.2. Nell'ordinanza di rimessione si ricostruisce il contrasto giurisprudenziale, ponendo in evidenza: a) come l'orientamento assolutamente prevalente (ad eccezione, praticamente, di sole tre pronunce nell'arco degli ultimi quindici anni: Cass., sez. VI, Sent. n. 22398 del 22/01/2004, Rv. 229676; Sez. 2, n. 34147 del 30/04/2015, Agostino e altri, Rv. 264630; Sez. 6 n. 11476 del 19/09/2018, Cavassa Samuel, Rv. 275206), escluda, per il convivente *more uxorio* resosi responsabile di favoreggiamento personale a beneficio dell'altro, l'applicazione della causa di non punibilità operante per il coniuge: e ciò per il combinato disposto degli artt. 384, comma 1, e 307, comma 4, c.p., che non includono tale figura tra i 'prossimi congiunti'; b) come tale esclusione non comporti alcun profilo di illegittimità costituzionale, considerando la nutrita serie di pronunce del Giudice delle leggi (di cui sono citate la n. 124 del 1980; n. 39 del 1981; n. 352 del 1989; n. 8 del 1969), in generale ed, in particolare, in relazione al delitto di favoreggiamento (ordinanza n. 121 del 2004); c) come l'esclusione di tale dubbio di costituzionalità riposi su di una differenza affermata e più volte sottolineata dalla Corte (è citata la sentenza n. 140 del 2009) tra convivenza e vincolo coniugale, in ragione della diversità delle norme di copertura costituzionali e del diverso trattamento normativo non omogeneo: con la conseguenza che l'estensione di eventuali cause di non punibilità implica un ragionevole bilanciamento tra ragioni diverse che pertiene esclusivamente al legislatore, unico soggetto a poter ponderare, in via generale, l'esigenza di repressione propria dei delitti contro l'amministrazione della giustizia e la tutela dei beni afferenti alla vita familiare.

1.3. L'ordinanza da atto inoltre che, in tale panorama giurisprudenziale sostanzialmente omogeneo e conforme negli esiti decisorii e negli argomenti, sono sopravvenute più di recente due pronunce (le sopra citate sentenze di Cass. sez. II, 30 aprile 2015, n. 34147, Agostino, RV 264630 e Cass. Sez. VI, 19 settembre 2018, n. 11476, Cavassa, RV 275206), le quali hanno statuito che la causa di non punibilità prevista dall'art. 384 cod. proc. 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. In particolare, nella seconda delle due pronunce, in motivazione, la Corte ha precisato 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, ricomprendente anche i rapporti di fatto. L'ordinanza pone quindi in evidenza la critica dottrinale a tale diversa prospettiva decisoria, sul presupposto che la causa di non punibilità risulta in tal modo estesa oltre il dato letterale, e nonostante il suo carattere di norma eccezionale e tassativa quanto

ai soggetti che la possono invocare; che, pertanto, l'esimente in questione ha patito una integrale 'riscrittura' giurisprudenziale tale da superare i limiti ordinamentali e costituzionali consentiti all'ermeneutica del giudice comune. Considerazione, questa, che l'ordinanza di rimessione sembra pienamente condividere, al punto da connetterla con la più generale tematica della c.d. inesigibilità della condotta diversa. Quest'ultima non potrebbe invero trovare collocazione e spazio al di fuori delle cause di giustificazione e delle cause di esclusione della colpevolezza espressamente codificate, in quanto le condizioni ed i limiti di applicazione delle norme penali sono posti dalle norme stesse, senza che sia consentito al giudice di ricercare cause ultralegali di esclusione della punibilità attraverso l'*analogia juris*.

Dal canto suo, l'ordinanza di rimessione si interroga, problematicamente, su come tale minoritario orientamento possa risultare compatibile con la costante giurisprudenza costituzionale espressa su punto - che ha ripetutamente ritenuto costituzionalmente non illegittima l'esclusione dal novero dei soggetti indicati dall'art. 384, comma 1, cod. pen. con riferimento all'art. 307, comma 4, cod. pen. del convivente di fatto giustificando il diverso trattamento delle diverse situazioni e non costituendo l'estensione una soluzione costituzionalmente necessaria - e, persino, con quella giurisprudenza sovranazionale (è citata la decisione della Grande Camera della Corte di Strasburgo nel caso Van der Heijden v. Netherlands del 3 aprile 2012) che ha escluso la violazione dell'art. 8 CEDU laddove la legislazione interna costringa una persona a testimoniare nell'ambito di procedimenti penali a carico del convivente senza conferirle la facoltà di astensione riconosciuta invece al coniuge e al convivente registrato, così seguendo la dottrina del c.d. 'margine di apprezzamento' riservato agli Stati e fornendo importanti argomenti per sostenere la non irragionevolezza di trattamenti differenziati fra coniugi e conviventi, quantomeno nel settore processuale.

Non senza considerare infine - conclude l'ordinanza di rimessione - che la "dichiarata interpretazione valoriale" a sostegno della innovazione deve, inoltre, confrontarsi con quanto emerge dal più recente intervento legislativo del d.lgs. n. 6 del 2017, conseguente alla c.d. legge Cirinnà del 2016 («Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze»), con il quale si è ampliata la cerchia dei «prossimi congiunti» per ricomprendervi i soggetti uniti civilmente e non anche i conviventi di fatto: ammodernare il concetto di prossimità con il riferimento alla sola parte dell'unione civile è stata una scelta ben precisa - e non una svista involontaria - derivante dal limitato oggetto della delega legislativa, che non lasciava all'esecutivo alcun margine per includere anche i conviventi *more uxorio* nell'articolo 307, comma 4, cod. pen.

2. Gli argomenti dell'orientamento minoritario 'estensivo'.

Occorre, in via preliminare, approfondire l'analisi del discorso giustificativo su cui si fonda il citato orientamento minoritario.

Se si ha riguardo al suo prodotto migliore e più recente (e, verrebbe da dire, quasi unico, vista l'esiguità di altri consimili) - vale a dire, Cass., sez. VI, sent. n. 11476/2019, Cavassa, cit.) - gli argomenti posti in fila sono i seguenti:

a) **la giurisprudenza costituzionale.** La sentenza Cavassa riconosce essere ben vero che, secondo consolidate pronunce (fino alla sentenza n. 140 del 2009), la Corte costituzionale ha posto in luce che, senza dubbio, la convivenza *more uxorio* costituisce un rapporto ormai entrato

nell'uso e comunemente accettato, accanto a quello fondato sul vincolo coniugale, ma si è anche aggiunto che questa trasformazione della coscienza e dei costumi sociali, cui la Corte ha esplicitamente affermato di non essere indifferente (sentenza n. 8 del 1996, in motivazione), non autorizza la perdita dei contorni caratteristici delle due figure, collocandole in una visione unificante secondo la quale la convivenza di fatto rivestirebbe connotazioni identiche a quelle nascenti dal rapporto matrimoniale, sicché le due situazioni, in sostanza, differirebbero soltanto per il dato estrinseco della sanzione formale del vincolo. Nondimeno, la sentenza della Sezione Sesta ricorda che, in una pronuncia più recente (sent. n. 223 del 2015), la Corte costituzionale – pur dichiarando inammissibile una questione di costituzionalità dell'art. 649, comma 1, c.p. (sollevata nella parte in cui trova applicazione la causa di non punibilità che attiene, tra l'altro, al coniuge non legalmente separato e comprende tutti i delitti previsti nel Titolo XIII del Libro II del codice penale, esclusi quelli commessi mediante violenza alle persone) – ha fatto affermazioni di principio circa la 'desuetudine' di una nozione ormai superata dell'assetto familiare. In particolare, tale pronuncia del Giudice delle leggi avrebbe evidenziato che «la Costituzione «non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti» (sentenza n. 494 del 2002). D'altra parte, il fondamento di ogni deroga al principio dell'uguaglianza tra i cittadini innanzi alla legge deve essere misurato, in termini di razionalità (dunque in termini di congruenza dei suoi presupposti logici e dei suoi concreti effetti), con riguardo alle condizioni di fatto e di diritto nelle quali la deroga stessa è chiamata ad operare. E poiché tali condizioni sono, per definizione, soggette ad una costante evoluzione, la ragionevolezza della soluzione derogatoria adottata dal legislatore può essere posta in discussione anche secondo un criterio di anacronismo, come questa Corte, del resto, ha più volte stabilito» e che «l'intervento di questa Corte si legittima in casi, come quello in esame, nei quali l'inopportuno trascinarsi nel tempo di discipline maturate in un determinato contesto trasmodi, alla luce della mutata realtà sociale, in una regolazione non proporzionata e manifestamente irragionevole degli interessi coinvolti». La Corte insomma, pur dichiarando inammissibile la questione, avrebbe ammesso che la ragionevolezza normativa va apprezzata in dimensione diacronica: valutando, cioè, se la giustificazione originaria della disciplina derogatoria abbia conservato la propria efficienza alla luce di un cospicuo mutamento della situazione di fatto e del relativo complesso di norme regolatrici. Avrebbe così affermato l'irragionevolezza dell'anacronismo normativo, sottolineando, tuttavia, che la possibilità di una molteplicità di alternative idonee, tutte costituzionalmente compatibili, escludesse ogni possibilità di intervento della Corte, spettando «insomma al ponderato intervento del legislatore, non sostituibile attraverso la radicale ablazione proposta con l'odierna questione di legittimità, l'indispensabile aggiornamento della disciplina dei reati contro il 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» ed invocando «la forte opportunità di un intervento legislativo di riforma».

b) **l'evoluzione legislativa.** L'orientamento minoritario valorizza quindi, quale secondo fondamento giustificativo, la disciplina normativa di cui alla l. 20 maggio 2016, n. 76 ("Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze") - nota anche come Legge Cirinnà - con cui è stata istituita l'unione civile tra persone dello stesso sesso - «quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della

Costituzione» - ed altresì introdotta una disciplina delle convivenze di fatto. Quanto a queste ultime, la sentenza Cavassa sottolinea come, accanto al dato definitorio delle convivenze di fatto¹, la legge abbia impresso, per esse, una significativa distinzione (da quelle episodiche e di mero fatto in senso lato), in quanto la formalizzazione della convivenza è data dalla dichiarazione anagrafica (ex artt. 13 e 4, comma 1, lett. b), d.p.r. 30 maggio 1989, n. 223: v. art. 1, comma 37, legge n. 76 del 2016) e come la legge abbia indubbiamente ampliato, ed in maniera rilevante, i diritti e le facoltà riconosciute dall'ordinamento in diversi ambiti, in particolare, quelli dell'assistenza sanitaria, della casa e del lavoro (di cui si fa una sintetica rassegna, omettibile in questa sede). L'orientamento in questione si pone quindi, problematicamente, il quesito se tali effetti si siano estesi anche all'ambito penalistico, cui risponde affermando che l'estensione all'ambito penalistico non riguarda, in realtà, la 'convivenza di fatto', bensì solo le 'unioni civili tra persone dello stesso sesso'. Infatti, vengono enunciate: i) la clausola generale di adeguamento automatico dell'art.1, comma 20;² ii) il d. lgs. 19/01/2017, n. 6, con cui è stata modificata (art. 1, lett. a) la definizione legale di "prossimi congiunti", dettata agli effetti della legge penale dall'art. 307, comma 4 cod. pen., con l'inserimento, nel relativo novero, de "la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso" ed il riflesso di essa sulle disposizioni penali nelle quali ricorre la nozione di "prossimo congiunto" (es.: le circostanze attenuanti per la procurata evasione (art. 386, comma 4, cod. pen.) e per la procurata inosservanza di pene o misure di sicurezza (artt. 390, comma 2, e 391, comma 1, cod. pen.); la scusante relativa ai delitti contro l'amministrazione della giustizia (ad es., falsa testimonianza) commessi a favore di un prossimo congiunto (art. 384 cod. pen.); le cause di non punibilità relative ai fatti di assistenza ai partecipi di cospirazione o banda armata, o agli associati per delinquere (artt. 307, comma 3, e 418, comma 3, cod. pen.), ecc.; iii) il disposto del nuovo art. 574 *ter* cod. pen. (rubricato: *Costituzione di un'unione civile agli effetti della legge penale*)³ e dell'art. 649, comma 1, c.p., nel quale è stato ampliato l'ambito applicativo della causa di esclusione della punibilità prevista dal primo comma, che viene estesa a favore di chi commette un delitto contro il patrimonio ai danni della parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.

Nessuna di tali modifiche normative tuttavia riguarda, come detto, la convivenza *more uxorio*: esse infatti ineriscono tutte alle 'unioni civili'.

c) **l'opinione della dottrina** (della quale ovviamente non vengono riportati gli Autori, ma solo ampi passaggi virgolettati). Si rileva che - se è ben vero che è stata segnalata una rilevante frattura tra la regolamentazione delle «unioni civili» rispetto alla disciplina delle «convivenze di fatto», dal momento che la legge distingue, sul piano qualitativo, i due legami, applicando solo

¹ Art. 1, comma 36, ai sensi del quale si intendono per "conviventi di fatto" due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza, non vincolate da rapporti di parentela, affinità, adozione, matrimonio o unione civile.

² Il quale dispone: «[...] al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole 'coniuge', 'coniugi' o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso [...].»

³ Secondo cui: «Agli effetti della legge penale il termine matrimonio si intende riferito anche alla costituzione di un'unione civile tra persone dello stesso sesso. Quando la legge penale considera la qualità di coniuge come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato essa si intende riferita anche alla parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso»

alle parti di un'unione civile una serie di disposizioni analoghe a quelle previste nel codice civile per la disciplina del matrimonio – è tuttavia da valorizzare il rilievo che «è condivisibile l'opinione dottrinale secondo cui la novità legislativa non può costituire un insormontabile impedimento per estendere a ogni altra forma di convivenza la disciplina che si ricava, in tema di equivalenza della figura del convivente a quella del coniuge, dal complesso quadro storico-evolutivo della materia». Insomma: l'orientamento minoritario - pur dando atto che (anche secondo la prevalente dottrina) la legge Cirinnà riguarda solo le 'unioni civili' e che, anzi, essa amplifica e marca la distanza rispetto alle convivenze di fatto (sono significativi casi della scusante di cui all'art. 384 cod. pen. e della causa di non punibilità di cui all'art. 649 cod. pen. che sono ora configurabili per le parti delle unioni civili, ma continuano appunto a non essere formalmente riferibili ai fatti commessi dai conviventi *more uxorio*) - afferma che ciò non costituirebbe ostacolo alcuno all'estensione: Ed anzi, la questione della rilevanza penalistica della convivenza *more uxorio* resterebbe "immutata e, per certi versi, più stringente, in quanto l'assimilazione al coniuge della sola parte dell'unione civile può condurre a decidere in maniera radicalmente diversa forme di convivenza, certamente diverse sul piano formale da quelle espressamente regolamentate, ma sostanzialmente analoghe".

d) **le giurisprudenze di legittimità e della Corte EDU.** Quanto alla prima, viene evocato l'unico precedente 'estensivo' sul disposto dell'art. 384 c.p. (vale a dire: Sez. 2, n. 34147 del 30/04/2015, Agostino, Rv. 246630) e l'unico che ha invece statuito, secondo la medesima *ratio*, l'effetto estensivo dell'art. 649 c.p., escludendo la punibilità anche a favore del convivente *more uxorio* (Sez. 4, n. 32190 del 21/05/2009, Rv. 244682).

Quanto alla seconda, si afferma che «la giurisprudenza della Corte EDU accoglie una nozione sostanziale, onnicomprensiva di matrimonio senz'altro ricomprendente anche i rapporti di fatto, privi di formalizzazione legale, ai quali si ritiene che l'art. 8 [della Convenzione] assicuri incondizionata tutela (cfr., sentenza 13 giugno 1979, Marckx contro Belgio; nello stesso senso sentenza 13 dicembre 2007, Emonet ed altri contro Svizzera, per la quale "La nozione di famiglia accolta dall'art. 8 CEDU non si basa necessariamente sul vincolo del matrimonio, ma anche su 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")».

Quelli sopra riportati sono dunque tutti gli argomenti che l'orientamento minoritario (nel suo prodotto, lo si ripete, più completo e più recente: Cass., sez. VI, sent. n. 11476/2019, cit.) pone a fondamento dell'adottato effetto estensivo della causa di non punibilità ex art. 384 c.p. anche ai conviventi *more uxorio*. Sia ben chiaro: a tutti i conviventi *more uxorio*, dunque, a tutte le convivenze di fatto, a prescindere dalla loro formalizzazione anagrafica di cui alla legge Cirinnà: e difatti la *species facti* cui la Sesta Sezione ha applicato l'estensione in questione *non* riguardava una convivenza 'formalizzata' anagraficamente.

3. Osservazioni sulla questione di diritto sottoposta.

Se la questione può essere scambiata per quel che non è – vale a dire una innocua, legittima, illuminata e progressista evoluzione ermeneutica – la ragione è soprattutto nella suggestione dell'oggetto interpretato e nell'assimilazione che esso postula.

Ma, appunto, di un equivoco suggestivo si tratta. In realtà, la questione è assai vasta e delicata, investendo i limiti stessi dell'interpretazione nella materia penale; il divieto di analogia nella medesima materia quand'anche *in favor* (oltre che i criteri per individuare un'effettiva

lacuna); i confini massimi del canone dell'interpretazione costituzionalmente conforme. Come si intuisce, un intero mondo teorico, tutt'altro che limitato ad un *semplice* «ampliamento *in bonam partem*» della nozione di coniuge operabile dalla Cassazione e che sarebbe frutto *solo* di una generalizzazione ampiamente consentita, sotto un profilo logico, dal diverso contesto legislativo quale risulta da innesti normativi recenti.

Ovviamente tutti gli accennati spunti problematici sono incompatibili, nel loro possibile sviluppo argomentativo, con la presente sede, che esige invece sintesi di assoluto rigore e, quindi, poco più che un'esposizione per punti.

3.1. La domanda apicale e secca, da cui conviene muovere, è dunque: su cosa potrebbe effettivamente fondarsi la tesi minoritaria 'giustificazionista' o della 'legittima estensione', al di là di una vaga ed autocompiaciuta aspirazione progressista (che non serve tuttavia ad interpretare)?

Posto, insomma, che l'art. 384 c.p. è norma eccezionale, in quanto limitativa della punibilità – e come tale, pacificamente, non estendibile analogicamente (mettendo in disparte, per un momento, l'ulteriore problema generale dell'analogia delle norme penali di favore) - l'unica strada percorribile, per l'orientamento minoritario, è quella di non considerare più 'regola eccezionale' l'equiparazione 'di sistema' dei conviventi ai coniugi. Detto altrimenti, non si tratterebbe di una (inammissibile) estensione dell'art. 384 c.p., ma della sussunzione ad essa della 'regola' ormai trasfusa nell'ordinamento che vuole già 'estesa' la categoria di soggetti ai cui i *anche* i coniugi stessi ormai appartengono: coniugati o conviventi *more uxorio*.

Ma per sostenere tale tesi, occorre dimostrare che la regola categoriale dei 'coniugi' comprende indistintamente, appunto, coniugati effettivi e conviventi *more uxorio* e che quest'ultima, a sua volta, è categoria intrinsecamente omogenea (cioè, riconoscibile e tipizzata in sé, al punto da compendiare e comprendere quella più generale dei coniugi), almeno quanto quella dei coniugati in senso stretto. Il presupposto teorico del ragionamento sarebbe il seguente: l'interpretazione estensiva sarebbe illegittima non quando (*recte*: non tanto perché) si supera *formalmente* il limite di significato letterale della disposizione, ma solo quando il suddetto significato (nella specie: coniuge), proprio e preciso nella denotazione, viene ampliato al di là di quanto sia consentito dal criterio sistematico: quando, cioè, viene ampliato, con connotazione impropria che tradisce l'originaria denotazione precisa, e senza riscontri nel contesto legislativo: dunque, in virtù di generalizzazioni non confortate dal criterio sistematico. In breve: si potrebbe affermare che il problema non è tanto quello del *contra legem* (meglio: *contra litteram legis*) rispetto al limite letterale della norma (dunque, della natura di norma eccezionale dell'art. 384 c.p.), quanto quello, più impegnativo e profondo, del limite di estensione *sistematica*, da parte del giudice ordinario, con l'interpretazione conforme.

Dunque, il problema è se l'orizzonte di senso del sistema consenta tale operazione: si può cioè affermare che, sistematicamente, la regola, la categoria dei 'coniugi' comprenda, ormai, coniugati in senso formale e (tutti i) conviventi *more uxorio*? E sono davvero fondati su questo punto specifico gli argomenti dell'orientamento minoritario?

3.2. La risposta è senza dubbio negativa.

Il primo indice significativo, in proposito, è quello normativo. Si riconosce che l'intervento legislativo sulle 'unioni civili' (legge Cirinnà, n. 76 del 2016 e sua attuazione: principalmente,

d.lgs. n. 6 del 2017) ha portato ad una piena e sostanziale equiparazione di tale condizione con quella del coniugio tradizionale, in nulla innovando (almeno, per ciò che riguarda la materia penale) viceversa sulla convivenza di fatto (in generale, destinataria solo di una ‘formalizzazione’ anagrafica). Orbene, tale modalità di intervento normativo – considerato il dibattito, politico e civile, esteso ed approfondito, e persino aspro in taluni momenti- ha palesato in maniera univoca la volontà del legislatore di effettuare tale assimilazione *esclusivamente* per le unioni civili e non certo per le convivenze: pur essendo tale legislazione l’occasione propizia e dedicata ad un tale possibile intervento. Ipotizzare, cioè, una ‘dimenticanza’ e, dunque, un’involontaria lacuna di disciplina è contro la realtà e la storia della normazione in questione: lunga, controversa, affidata a più provvedimenti legislativi emessi in tempi diversi.

Se, dunque, di precisa scelta si è trattata e se tale scelta – come correttamente si riconosce – ha creato una (ulteriore) ‘rilevante frattura’ tra la disciplina formale (anche delle unioni civili) rispetto alla convivenza di fatto, ciò – lungi dal rendere “più stringente” l’esigenza di assimilare al coniugio la convivenza (e, dunque, quasi di rompere gli indugi circa una doverosa interpretazione estensiva) interroga, al più, il giudice comune sulla ragionevolezza stessa dell’intervento legislativo. Se, insomma, il quadro normativo sistematico ha lasciato immutata la disciplina penalistica della convivenza pur a fronte di un intervento ‘di sistema’ delle unioni civili, l’effetto non può essere certamente quello di una surrogazione alla volontà legislativa per la parte volutamente omessa: semmai, quella di segnalare, anche rispetto al nuovo *tertium comparationis* introdotto, l’eventuale intrinseca irragionevolezza di una disciplina che, accanto al tradizionale rapporto di coniugio, introduce un’assimilazione ad esso delle ‘unioni civili’, lasciando immutata la condizione di convivenza.

Ma il giudice comune – se si rispettano gli essenziali equilibri dello Stato di diritto – è legittimato solo a porre tale dubbio, non a risolverlo: in parole più semplici, a sottoporre alla Corte costituzionale la relativa questione di legittimità costituzionale, evidentemente più densa di argomenti e significati rispetto al passato (nel quale è stata ripetutamente posta, con esiti negativi), proprio muovendo dal diverso quadro normativo intervenuto. Come dire – e conclusivamente sul punto – che è proprio la normativa Cirinnà a seppellire definitivamente una possibile interpretazione estensiva della nozione di ‘coniuge’ finalizzata a ricomprendervi anche i conviventi: e non, al contrario, a promuoverla ed a renderla possibile ‘per via giurisprudenziale’.

Non senza considerare che ciò che il legislatore ha compiuto con un faticoso (a volte, sanguinoso) *iter* parlamentare, non potrebbe certamente ottenersi, quanto alle convivenze, per via giurisprudenziale. La manipolazione della nozione di ‘coniuge’ a fini estensivi sulla convivenza conosce infatti delle variabili che competono esclusivamente al potere discrezionale proprio della funzione legislativa. Non è indifferente, ad esempio, limitare o meno alle sole convivenze formalizzate anagraficamente l’effetto estensivo e, nell’ambito penalistico, non è sufficiente affermare che *ogni* possibile estensione *in bonam partem* è, per ciò stesso, ammissibile, in via generale. Decisioni, queste, la cui tipicità (e, dunque, prevedibilità, ai fini di qualcosa veramente fondamentale, quale la personalizzazione della penale responsabilità) non possono di certo essere affidate al diritto vivente: neppure se espresso da una pronuncia del vertice di legittimità, che, peraltro, non crea vincolo assoluto di precedente.

3.3. Neppure l’indice costituito dalla giurisprudenza costituzionale vale a configurare un presupposto sistemico per l’assimilazione, ai fini penali, della convivenza al rapporto di coniugio. E’ anzi vero l’esatto contrario.

Come riconosce (non può non riconoscere) la stessa pronuncia Cavassa, la Corte costituzionale, nel precedente specifico (sentenza n. 140 del 2009) sull'art. 384 c.p. (in fattispecie esattamente sovrapponibile: anche in quel caso, favoreggiamento del quale si richiedeva l'estensione), rammenta innanzitutto i propri precedenti univoci e conformi sul punto (sentenze n. 8 del 1996 e n. 237 del 1986; ordinanze n. 121 del 2004 e n. 352 del 1989) e quindi spiega perché l'additiva richiesta non rientra persino tra i propri poteri decisorii. Profilo, quest'ultimo, evidentemente non esaminato dai sostenitori dell'indirizzo minoritario e che, al contrario, merita assoluto rilievo. La pronuncia citata afferma infatti che se il dato individuato che dovrebbe porre sullo stesso piano la posizione del convivente e quella del coniuge è quello «degli stabili vincoli affettivi comuni ad entrambe le situazioni», occorre verificare se i risultati, cui l'assimilazione così postulata conduce, siano compatibili con i poteri della Corte stessa in relazione alla discrezionalità riservata al legislatore. Verifica il cui esito è negativo, posto che, innanzitutto, «l'estensione di cause di non punibilità, le quali costituiscono altrettante deroghe a norme penali generali, comporta strutturalmente un giudizio di ponderazione a soluzione aperta tra ragioni diverse e confliggenti, in primo luogo quelle che sorreggono la norma generale e quelle che viceversa sorreggono la norma derogatoria: un giudizio che è da riconoscersi, ed è stato riconosciuto da questa Corte, appartenere primariamente al legislatore (sentenze n. 385 del 1992, n. 267 del 1992, n. 32 del 1992, quest'ultima in tema di cause di improcedibilità; n. 1063 del 1988 e n. 241 del 1983; ordinanza n. 475 del 1987)». Non senza considerare, inoltre, che «[...] si tratterebbe di mettere a confronto l'esigenza della repressione di delitti contro l'amministrazione della giustizia, e quindi la garanzia di efficacia della funzione giudiziaria penale, da un lato, e la tutela di beni afferenti la vita familiare, dall'altro», senza poter postulare, di necessità, «che i beni di quest'ultima natura debbano avere esattamente lo stesso peso, a seconda che si tratti della famiglia di fatto e della famiglia legittima. Per la famiglia legittima non esiste soltanto un'esigenza di tutela delle relazioni affettive individuali e dei rapporti di solidarietà personali. A questa esigenza può sommarsi quella di tutela dell'istituzione familiare come tale, di cui elemento essenziale e caratterizzante è la stabilità, un bene che i coniugi ricercano attraverso il matrimonio, mentre i conviventi affidano al solo loro impegno bilaterale quotidiano». Posto insomma «che la posizione del convivente meriti riconoscimento, essa non necessariamente deve dunque coincidere con quella del coniuge dal punto di vista della protezione dei vincoli affettivi e solidaristici. Ciò legittimo, nel settore dell'ordinamento penale che qui interessa, soluzioni legislative differenziate [...]».

La Corte, in sostanza, ha posto, per il suo stesso intervento additivo, un'autolimitazione assai esplicita e motivata. *Non possumus*.

E' legittimo, forse doveroso, allora porsi un interrogativo: se, cioè, un intervento ermeneutico che sfugge persino ai poteri di intervento della Corte costituzionale su tale disposizione (e per le importanti ragioni sopra esposte) possa essere invece ritenuto legittimo in capo al giudice comune, per di più fondandolo su di un presunto orientamento, in realtà inesistente, dello stesso organo di giustizia costituzionale. La Corte – si badi – non solo ha escluso la frizione costituzionale, ma anche la necessità/possibilità di una interpretazione conforme da parte del giudice ordinario. Se così non fosse stato, infatti, il Giudice delle leggi avrebbe bensì dichiarato inammissibile la questione, ma sul diverso presupposto che della disposizione sospettata di illegittimità fosse possibile fornire – appunto - un'esegesi diversa nel senso della sua assimilazione al rapporto di coniugio. Tale tecnica decisoria – assai frequente allorquando la

Corte rileva un problema di compatibilità della disposizione con il parametro, ma, senza dichiararne la caducazione, rimette al giudice ordinario l'esegesi conforme a Costituzione, più o meno suggerendola – non è stata mai adottata nelle pur numerose pronunce relative all'art. 384 c.p.

Dunque, il possibile richiamo alle generali pronunce costituzionali sulla valenza assiologica della convivenza risulta inconferente, poiché – come visto - sullo specifico problema in ambito penale l'orientamento del Giudice delle leggi è di segno nettamente contrario all'estensione. D'altra parte, il richiamo, sempre da parte dell'orientamento minoritario, alla sentenza n. 223 del 2015 della Corte costituzionale non appare pertinente.

In tale ultima pronuncia, il problema di costituzionalità che si poneva era esattamente opposto a quello odierno: si sospettava di illegittimità una norma – l'art. 649 c.p. – nella parte in cui prevede la non punibilità dei congiunti della persona offesa da determinati reati contro il patrimonio: ciò che comporterebbe un trattamento ingiustificatamente più favorevole rispetto a quello riservato a soggetti che pongano in essere l'identica condotta e siano privi, però, di un'analogia relazione familiare con la vittima. In quel caso, insomma, il rimettente chiedeva l'*ablazione* della causa di non punibilità che assiste il coniuge per taluni reati commessi in materia patrimoniale (e difatti si trattava di una fattispecie di una truffa aggravata commessa da un marito sul conto bancario cointestato della moglie) e non certo l'estensione della stessa ad altri rapporti familiari assimilabili al coniugio. E la Corte, pur dichiarando la questione inammissibile, formulò più di una perplessità su di una causa di non punibilità «ispirata ad un criterio di rigida tutela della istituzione familiare e della sua coesione, attuato a discapito dei diritti individuali dei componenti del nucleo e dello stesso interesse pubblico alla repressione dei reati». Dunque, un dubbio circa l'*an* dell'attualità della decriminalizzazione: vale a dire, l'esatto contrario di una perplessità circa una sua mancata estensione *anche* ai conviventi.

In conclusione: dalla giurisprudenza costituzionale non solo non è possibile trarre alcun argomento favorevole all'estensione della causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. anche ai conviventi, ma semmai univoci argomenti nel senso contrario.

3.4. Non meritano particolareggiato esame gli ulteriori argomenti che si fondano sulla opinione dottrinale e sui precedenti giurisprudenziali.

Essi sono estremamente fragili.

Come si riconosce nella stessa pronuncia Cavassa, la dottrina, nel suo complesso, sottolinea in prevalenza come il decisivo intervento legislativo di riforma si sia effettivamente indirizzato esclusivamente sulle 'unioni civili' e non già sulle convivenze e come tale approccio abbia creato una ulteriore 'frattura' di disciplina rispetto a queste ultime. Nulla di più, insomma, della corretta registrazione del fenomeno legislativo. Ma non è dato rinvenire, nel panorama dottrinale, alcuna prospettiva collettivamente e sistematicamente coltivata a sostegno dell'estensione invocata. D'altra parte, invocare 'le aperture' giurisprudenziali – vale a dire una o un paio di pronunce contrarie all'orientamento univoco espresso nel corso degli anni – è operazione di metodo non del tutto ammissibile, per la sua evidente circolarità: si invoca a fondamento ciò che invece occorrerebbe dimostrare *a fondamento*.

Infine, come dimostra bene l'ordinanza di rimessione, il riferimento alla giurisprudenza CEDU è intrinsecamente ambiguo e non dirimente, non mancando pronunce, importanti e recenti, che ad esempio escludono la violazione dell'art. 8 CEDU laddove la legislazione interna costringa una

persona a testimoniare nell'ambito di procedimenti penali a carico del convivente senza conferirle la facoltà di astensione riconosciuta invece al coniuge e al convivente registrato.

4. In conclusione, l'orientamento minoritario omette di dimostrare: *i)* che esista *effettivamente* una lacuna di disciplina nel sistema (dunque non una *scelta* legislativa di non estendere l'ipotesi di decriminalizzazione) relativa alla convivenza rispetto al coniugio; *ii)* che tale lacuna è colmabile in via analogica *nonostante* l'eccezionalità della causa di non punibilità in quanto la regola sistemica (dunque: legislazione, giurisprudenza costituzionale, ecc.) equipara la categoria della convivenza (ogni convivenza) al coniugio.

Cosa resta, dunque, della prospettiva 'giustificazionista' o 'estensiva'?

Lo fa intendere molto bene la stessa sentenza 'pilota' di esso, la pronuncia Cavassa, in un passaggio assai significativo: «Ciò che resta sullo sfondo attiene al se, davvero, con la legge c.d. Cirinnà il processo di tendenziale parificazione del convivente al coniuge, cui anche la Corte Costituzionale ha mostrato di non essere "indifferente", abbia subito un arresto o addirittura un'inversione, ove si consideri il fermento legislativo, giurisprudenziale e dottrinario che negli ultimi anni ha invece interessato, in ambito penale (ma non solo), proprio le convivenze "di fatto" non definite, né regolate, sul piano normativo».

Ma, per quanto nobili, i fermenti non possono lievitare, nella materia penale, in regole giuridiche attraverso il formante giurisprudenziale.

Le ragioni di tali conclusioni attengono ai fondamenti stessi del diritto penale (riserva di legge; tipicità; eguaglianza dei cittadini nella punibilità; ecc.) e sono fin troppo note per dover essere ripetute in questa sede. Come dire: non basta, al diritto penale, che la legge attribuisca al convivente alcuni diritti patrimoniali o personali (ad esempio, il diritto a continuare ad abitare la casa comune per un certo periodo, in caso di morte del partner che ne sia proprietario, nonché il diritto a subentrare nel contratto di locazione, in ipotesi di morte del convivente conduttore o che, in materia di lavoro, al convivente di fatto che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente spetti una partecipazione agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, commisurata al lavoro prestato). Tutto ciò non consente ancora di ricavare, in via giurisprudenziale, un enunciato normativo che, 'tipizzi' una categoria ben oltre la sua formalizzazione di vincolo e che dunque legittimamente estenda cause di non punibilità o di giustificazione, ipotesi di aggravamenti e riduzioni di pena ecc. che attengono alla disciplina penale dei coniugi: in conseguenza, il criterio interpretativo – per giungere a conferire alla norma *de qua* un significato diverso da quello che si ricava dalla sua formulazione – risulta desunto da una trasposizione non autorizzata (né, francamente, giustificata) di principi.

Nella materia penale, vale insomma costantemente il principio (Corte cost., sentenza n. 110 del 2012) secondo cui «la lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme, non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre». Come più volte affermato dalla Corte costituzionale (tra le moltissime, ad es. sentenze nn. 78 del 2012, 219 del 2008 e 26 del 2010), «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale». Si tratta di un limite invalicabile ed irrinunciabile dell'interpretazione conforme a Costituzione da parte del giudice ordinario, tanto più netto con riguardo alle norme penali, a prescindere dalla loro eventuale valenza di norme di favore.

5. Conclusioni.

Al quesito di diritto formulato dall'ordinanza di rimessione: «Se l'ipotesi di cui all'art. 384, comma 1, cod. pen., sia applicabile al convivente more uxorio», va dunque fornita risposta negativa, con conseguente rigetto del ricorso proposto.

P.Q.M.

Si chiede che codeste Sezioni Unite vogliano: a) affermare il principio di diritto enunciato *supra* in parte motiva; b) per l'effetto, rigettare il ricorso proposto nell'interesse di *****.

Roma, 8.9.2020

L'Avvocato Generale
Piero Gaeta