

Cassazione penale

direttore scientifico
condirettore

Domenico Carcano
Mario D'Andria

LVI - marzo 2016, n° 03

03

20
16

| **estratto**

APPLICABILITÀ DELL'ART. 384 C.P. AL
CONVIVENTE *MORE UXORIO*

con osservazioni di **Guido Stampanoni Bassi**

138 APPLICABILITÀ DELL'ART. 384 C.P. AL CONVIVENTE

MORE UXORIO

SEZ. II - Ud. 30 APRILE 2015 (DEP. 4 AGOSTO 2015), N. 34147 - PRES. ESPOSITO - REL. BELTRANI - P.M. CORASANITI (CONCL. PARZ. DIFF.)

CAUSE DI NON PUNIBILITÀ - Art. 384, comma 1, c.p. - Applicabilità in favore del convivente *more uxorio* - Ragioni.

(C.P. ART. 384)

La causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p., comma 1, in favore del coniuge opera anche in favore del convivente more uxorio: oggi, famiglia e matrimonio hanno infatti un significato diverso e più ampio rispetto a quello che veniva loro attribuito all'epoca dell'entrata in vigore del codice penale ancora vigente e la stabilità del rapporto, con il venir meno dell'indissolubilità del matrimonio, non costituisce più caratteristica assoluta e inderogabile ed anzi spesso caratterizza maggiormente unioni non fondate sul matrimonio.

[Massima redazionale]

RITENUTO IN FATTO E CONSIDERATO IN DIRITTO - (Omissis) 35.6.3. Il terzo motivo è fondato.

35.6.3.1. Può ritenersi pacificamente emergente *ex actis* che R.A. fosse convivente *more uxorio* del coimputato P.D. (cfr. per tutti, f. 489 s. e 534 ss.).

35.6.3.2. È noto al collegio che, ai fini della determinazione dei "prossimi congiunti" (art. 307 c.p., comma 4) cui può essere applicata la causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p., comma 1, in relazione ad alcuni reati contro l'amministrazione della giustizia, tra i quali quello contestato all'imputata, la dominante giurisprudenza di legittimità, con l'autorevole avallo di quella costituzionale, continua a far riferimento alla sola famiglia legittima, escludendo la possibile rilevanza della convivenza *more uxorio*: il principio è stato, ad esempio, ribadito da Sez. VI, sentenza n. 35067 del 26 ottobre 2006, in *C.E.D. Cass.*, n. 234862, per la quale «non può essere applicata al convivente *more uxorio* resosi responsabile di favoreggiamento personale nei confronti dell'altro convivente la causa di non punibilità operante per il coniuge, ai sensi del combinato disposto dell'art. 384 c.p., comma 1, e art. 307 c.p., u.c.; il che manifestamente non si pone in contrasto con i principi di cui all'art. 3 Cost., avuto anche riguardo a quanto già affermato dalla stessa Corte costituzionale con pronunce n. 124 del 1980, n. 39 del 1981, n. 352 del 1989, n. 8 del 1996, 121 del 2004».

35.6.3.3. La Corte costituzionale (sentenze n. 352 del 1989, n. 8 del 1996 e n. 121 del 2004) ha reiteratamente negato l'illegittimità della mancata equiparazione, ai fini che qui interessano, del coniuge al convivente *more uxorio*, sia perché la censura fondata sull'irragionevolezza della mancata equiparazione dovrebbe mirare ad una decisione additiva che implicherebbe l'esercizio di potestà discrezionali riservate al legislatore, sia perché esistono, nell'ordinamento, ragioni costituzionali che giustificano un differente trattamento normativo tra i due casi, trovando il rapporto coniugale tutela diretta nell'art. 29 Cost., mentre il rapporto di fatto fruisce della tutela apprestata dall'art. 2 Cost. ai diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali, con la conseguenza che ogni intervento diretto ad ottenere una disciplina omogenea delle due situazioni rientra nella sfera di discrezionalità del legislatore.

35.6.3.4. La prima decisione in argomento (C. cost., sentenza n. 237 del 1986), pur risolvendo negativamente la questione, aveva peraltro ammesso che «un consolidato rapporto (come la convivenza *more uxorio*), ancorché di fatto, non appare costituzionalmente irrilevante se si abbia riguardo al riconoscimento delle formazioni sociali ed alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.) e ciò tanto più se vi sia presenza di prole. Siffatti interessi sono indubbiamente meritevoli, nel tessuto delle

realtà sociali odierne, di compiuta obiettiva valutazione. Tuttavia, nel caso in questione, la eventuale parificazione della convivenza e del coniugio relativamente all'imputato art. 307 c.p., comma 4, trascenderebbe i ristretti termini del caso, coinvolgendo le altre ipotesi di reato ex art. 384 c.p. e altri istituti, di ordine processuale – la ricusazione del giudice, la facoltà di astensione dal deporre, la titolarità nella richiesta di revisione delle sentenze di condanna e di connesso esercizio dei relativi diritti, ovvero nella presentazione di domanda di grazia – nonché la disciplina della separazione dei coniugi, con conseguente necessità di apprestare un'esauritiva regolamentazione comportante scelte e soluzioni di natura discrezionale, riservate al solo legislatore, al quale peraltro si rinnova la già espressa sollecitazione a provvedere in proposito.

35.6.3.5. L'invito autorevolmente rivolto al legislatore dal Giudice delle leggi nel 1986 è rimasto sin qui inascoltato.

35.6.3.6. Nei medesimi termini si è articolato l'*iter* interpretativo dell'art. 649 c.p. (che prevede casi di non punibilità, o di punibilità a querela della persona offesa, per reati contro il patrimonio commessi in danno di congiunti) nella giurisprudenza di legittimità, anche in questo caso ferma nell'escludere l'estensione dell'istituto alle unioni di fatto (così, fra le tante, Sez. V, sentenza n. 34339 del 26 settembre 2005, in *C.E.D. Cass.*, n. 232253).

35.6.3.7. Ed analoghi sono stati i percorsi interpretativi seguiti dalla giurisprudenza costituzionale per escludere l'illegittimità della predetta disciplina, così interpretata, per la mancata equiparazione della convivenza *more uxorio* al rapporto di coniugio: «non è irragionevole od arbitrario che – particolarmente nella disciplina di cause di non punibilità, quale quella in esame, basate sul "bilanciamento" tra contrapposti interessi (quello alla repressione degli illeciti penali e quello del valore dell'unità della famiglia, che potrebbe essere pregiudicato dalla repressione) – il legislatore adotti soluzioni diversificate per la famiglia fondata sul matrimonio, contemplata nell'art. 29 Cost., e per la convivenza *more uxorio*: venendo in rilievo, con riferimento alla prima, a differenza che rispetto alla seconda, non soltanto esigenze di tutela delle relazioni affettive individuali, ma anche quella della protezione dell'"istituzione familiare", basata sulla stabilità dei rapporti, di fronte alla quale soltanto si giustifica l'affievolimento della tutela del singolo componente. Né rileva in contrario la (peraltro non totale) parificazione del convivente al coniuge riguardo alla facoltà di astensione dalla testimonianza, operata dall'art. 199 c.p.p., non potendosi far discendere dalla norma così invocata dal giudice *a quo* come termine di raffronto un principio di assimilazione dotato di vis espansiva fuori del caso considerato» (C. cost., sentenza n. 352 del 2000; nel medesimo senso, in precedenza, sentenza n. 1122 del 1988).

35.6.3.8. Anche in questo caso, peraltro, la prima decisione che si era occupata della questione (C. cost., sentenza n. 423 del 1988), pur concludendo per l'infondatezza della sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p., per il rilievo che «la non punibilità dei delitti contro il patrimonio commessi in danno del coniuge non legalmente separato si fonda sulla presunzione di esistenza di una comunanza di interessi che assorbe il fatto delittuoso, sicché la mancata estensione della suddetta esimente alla diversa fattispecie della convivenza *more uxorio* – fondata sull'*affectio* quotidiana, liberamente e in ogni istante revocabile – non sembra contrastare con gli artt. 2 e 3 Cost.», aveva precisato che tale restrittivo principio poteva in concreto operare soltanto «se (come nel caso oggetto del giudizio *a quo* sussistano atti confluenti che attestano la revocazione dell'*affectio* e dunque il venir meno della convivenza *more uxorio*».

35.6.3.9. Non è apparso ammissibile, per risolvere il problema, il ricorso alla analogia *in bonam partem*, come isolatamente ritenuto, in relazione all'art. 384 c.p., da Sez. VI, sentenza n. 22398 dell'11 maggio 2004, in *C.E.D. Cass.*, n. 229676 (per la quale «anche la stabile convivenza *more uxorio* può dar luogo per analogia al riconoscimento della scriminante prevista dall'art. 384 c.p.»).

Invero, come chiarito da autorevole dottrina, entrambi gli istituti in esame hanno natura giuridica di cause speciali di non punibilità, e come tali presentano carattere eccezionale che preclude l'ampliamento del loro campo di applicazione per analogia, in quanto le valutazioni politico-criminali poste a fondamento di essi sono «legate alle caratteristiche specifiche della situazione presa in considerazione e perciò non estensibili ad altri casi».

35.6.3.10. La dottrina meno recente aveva considerato la convivenza *more uxorio* quale legame meno produttivo di effetti giuridici, rispetto al vincolo familiare legalmente costituito, evidenziando che da un rapporto posto in essere in difetto di un vincolo giuridico non possono derivare le conseguenze che solo dal vincolo dipendano. Dopo oltre un decennio, preso atto che, nonostante i profondi mutamenti intervenuti

nel costume sociale («anche nelle espressioni semantiche che contraddistinguono il rapporto di coppia al di fuori del matrimonio, tante che si è passati dalla c.d. convivenza *more uxorio* alla famiglia di fatto»), il fenomeno continuava a non essere disciplinato, altra dottrina ha osservato che «se è tramontato l’atteggiamento repressivo o dispregiativo della società nei confronti dei c.d. conviventi ed in parte superato quell’atteggiamento di irrilevanza, non sempre si fa strada la “giustiziabilità” delle specifiche situazioni meritevoli di tutela (...). Anzi la rilevanza della convivenza può così sintetizzarsi: da un lato si tende a negare definitivamente l’equiparazione della famiglia di fatto a quella legittima, dall’altro si conferisce rilevanza alla convivenza, specie per quanto attiene agli aspetti svantaggiosi o negativi».

35.6.3.11. Quest’ultimo acuto rilievo trovava puntuale riscontro nelle interpretazioni giurisprudenziali (come si vedrà, non sistematicamente coerenti). La configurabilità del delitto di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) anche in danno del mero convivente *more uxorio*, e più in generale l’ampliamento della sfera della tutela penale apprestata dalla categoria dei reati contro la famiglia anche alle unioni di fatto, possono dirsi ormai pacifici in giurisprudenza da quasi cinquant’anni, a partire da Sez. II, sentenza n. 320 del 26 maggio 1966, in *C.E.D. Cass.*, n. 101563 (per la quale, «agli effetti dell’art. 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»). Il principio è stato più volte ribadito, fino alla più recente Sez. VI, sentenza n. 20647 del 29 gennaio 2008, *ivi*, n. 239726. Secondo altro orientamento ugualmente pacifico, tuttavia, in tema di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, tra i redditi degli altri familiari conviventi facenti capo all’interessato, rientrano anche quelli del convivente *more uxorio*, poiché il d.P.R. n. 115 del 2002, art. 76, comma 2, opera un generico riferimento alle unioni familiari, quale che ne sia la natura, e quindi anche a quelle di fatto (così questa Corte unanimemente, a partire da Sez. VI, sentenza n. 4264 dell’11 giugno 1998, *ivi*, n. 211722, e da ultimo Sez. IV, sentenza n. 109 del 5 gennaio 2006, *ivi*, n. 23277). La questione della equiparabilità o meno delle unioni di fatto a quelle legittime risulta disomogeneamente risolta dalla giurisprudenza in relazioni ad ulteriori applicazioni. Le unioni di fatto sono state ritenute: – rilevanti fini del riconoscimento della sussistenza dell’attenuante della provocazione (art. 62 c.p., n. 2), a partire da Sez. I, sentenza n. 1578 del 16 marzo 1972, *ivi*, n. 120476 e fino a Sez. VI, sentenza n. 12477 del 18 ottobre 1985, *ivi*, n. 171450 (orientamento non recente, ma consolidato e successivamente non contraddetto); – non rilevanti in relazione all’applicazione della circostanza aggravante prevista dall’art. 577 c.p., comma 2, (non consentita – stante il chiaro disposto della norma – dal divieto di analogia *in malam partem*) a partire da Sez. I, sentenza n. 6037 del 18 maggio 1988, *ivi*, n. 178415, e fino a Sez. V, sentenza n. 8121 del 27 febbraio 2007, *ivi*, n. 236525 (orientamento non recente, ma consolidato e successivamente non contraddetto).

35.6.3.12. In adesione agli orientamenti sin qui riepilogati (ciascuno, con riguardo all’istituto interessato, assolutamente dominante, se non pacifico), dovrebbe determinarsi, pur all’apparenza legittimamente, l’effetto paradossale che alla donna indagata/imputata di favoreggiamento per aver offerto ospitalità al convivente *more uxorio* /latitante, titolare di una posizione reddituale rilevante, dovrebbe, nell’ambito del medesimo procedimento, esser negata: – sia l’ammissione al patrocinio a spese dello Stato (poiché alla determinazione del reddito concorrono i redditi dei familiari conviventi, quale che sia la natura – di fatto o legittima – dell’unione familiare);

– sia l’applicabilità della causa di non punibilità prevista dall’art. 384 c.p. (che la norma limita ai “prossimi congiunti”, la cui nozione opera, *ex art.* 307 c.p., comma 4, unicamente nell’ambito della “famiglia legittima”).

Tale discrasia avrebbe astrattamente potuto determinarsi proprio nel presente procedimento, se l’imputata avesse chiesto l’ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

35.6.3.13. Prendendo atto di tali disomogenee (e, nel complesso, sistematicamente “bizzarre”, secondo la dottrina che per prima le aveva evidenziate) interpretazioni giurisprudenziali, la quarta Sezione (sentenza n. 32190 del 21 maggio 2009, in *C.E.D. Cass.*, n. 244682) ha riconosciuto l’operatività della causa soggettiva di esclusione della punibilità prevista dall’art. 649 c.p. anche in favore del convivente *more uxorio*. Nel caso di specie, era stata emessa, con riguardo ai reati di furto con strappo (art. 624-*bis* c.p.) e furto aggravato (art. 624 c.p. e art. 61 c.p., n. 7 ed 11), sentenza di non doversi procedere, per essere i reati

estinti per remissione di querela, sul presupposto dell'applicabilità dell'art. 649 c.p., comma 2, (punibilità a querela della persona offesa), in quanto l'imputato e la persona offesa, al momento dei fatti oggetto del processo, erano conviventi *more uxorio* (la convivenza era successivamente cessata). La quarta sezione, nel rigettare il ricorso del Procuratore generale, ha innanzi tutto ricordato i disomogenei orientamenti giurisprudenziali di legittimità in tema di convivenza *more uxorio*, evidenziando che, sotto il profilo penalistico, «il concetto di "famiglia" cui fanno riferimento diverse norme incriminatrici vigenti, non è sempre ritenuto legato all'esistenza di un vincolo di coniugio o comunque di una famiglia nata da tale vincolo ma i precedenti giurisprudenziali spesso si riferiscono a qualsiasi consorzio di persone tra le quali, per strette relazioni e consuetudini di vita, siano sorti rapporti di assistenza e di solidarietà per un apprezzabile periodo di tempo». Inoltre, nel richiamare l'orientamento della Corte costituzionale (che, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p. – nella parte in cui non stabilisce la non punibilità dei fatti ivi previsti se commessi in danno del convivente *more uxorio* – aveva, con sentenza n. 352 del 2000, cit., dichiarato non fondata la questione), ha osservato che, in realtà, il Giudice delle leggi non aveva ritenuto irragionevole una eventuale diversa interpretazione dell'art. 649 c.p., ma anzi aveva ricordato che, proprio su sua sollecitazione (il riferimento è alla sentenza n. 6 del 1977), era stato approvato l'art. 199 c.p.p. che, nel disciplinare la facoltà di astensione dal deporre dei prossimi congiunti, ha esteso la facoltà di astenersi «a chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso», sia pure limitando la facoltà ai fatti verificatisi o appresi dall'imputato durante la convivenza.

D'altro canto, plurime modifiche normative recenti: ad esempio: – la l. n. 66 del 1996, che, in più parti, prende in considerazione la figura del "convivente" di fatto del genitore, equiparandola a quella del coniuge: cfr. art. 609-*quater* c.p., comma 2, art. 609-*septies* c.p., comma 4, n. 2, e art. 612-*sexies* c.p.; – la l. n. 269 del 1998, che ha introdotto l'art. 600-*sexies* c.p. (a norma del quale i fatti previsti da alcune norme preesistenti – artt. 600, 601 e 602 c.p. – o di nuova introduzione – artt. 600-*bis* e 600-*ter* c.p. – sono aggravati se commessi dal convivente del coniuge); – la l. n. 154 del 2001, il cui art. 5 (misure contro la violenza nelle relazioni familiari) dispone analoga equiparazione, ritenendo applicabile al convivente la misura cautelare coercitiva dell'allontanamento dalla casa familiare (art. 282-*bis* c.p.p.), introdotto dall'art. 1 della stessa legge; – il d.l. n. 11 del 2009, convertito nella l. n. 38 del 2009, il cui art. 7 ha introdotto l'art. 612-*bis* c.p. (che disciplina gli atti persecutori ed equipara, ai fini dell'esistenza di un'aggravante, la posizione del coniuge legalmente separato o divorziato a quella della «persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona offesa», qualità il cui ampio ambito di applicazione appare idoneo a ricomprendere anche la convivenza *more uxorio*), hanno esteso la disciplina penalistica ai conviventi ed alla famiglia di fatto in genere. Per quanto riguarda specificamente la possibilità di applicare l'art. 649 c.p. al convivente *more uxorio*, la quarta Sezione ha premesso che l'equiparazione della famiglia alla famiglia di fatto per analogia (posto a fondamento della decisione impugnata) è insoddisfacente, poiché in molti casi si tratterebbe di una chiara ipotesi di analogia *in malam partem* non consentita: «se si ragiona in termini di analogia deve peraltro ritenersi che questa estensione per via analogica *in malam partem* sia già avvenuta. La già ricordata giurisprudenza di legittimità sull'applicabilità del delitto di maltrattamenti in famiglia anche nel caso di convivenza *more uxorio* e l'affermata ricorrenza dell'aggravante del fatto di lesioni volontarie commesso in danno del coniuge lo dimostrano. E, in quest'ottica, non costituirebbe estensione analogica *in malam partem* ritenere che chi chiede di essere ammesso al patrocinio a spese dello Stato debba tener conto anche del reddito del convivente *more uxorio* malgrado la norma parli soltanto di "coniuge"?». Nondimeno, la Corte ha evidenziato che l'interprete deve ricondurre il sistema a coerenza onde evitare di adottare soluzioni che contrastano – prima ancora che con una visione unitaria del tema – con il senso comune, chiedendosi «perché mai all'imputato di lesioni volontarie in danno del convivente *more uxorio* dovrebbe essere contestata l'aggravante di aver commesso il fatto in danno del coniuge convivente e poi, se la stessa persona commette un furto in danno del medesimo convivente, viene punita come qualunque altro autore del medesimo fatto?». Si tratta di contraddizioni che possono essere evitate solo accogliendo una nozione "famiglia" e di "coniugio" in linea con i mutamenti sociali che questi istituti hanno avuto negli ultimi decenni del secolo scorso: «chi mai porrebbe in dubbio che famiglia sia soltanto quella che si fonda sul matrimonio e non anche quella che si fonda su una convivenza eventualmente durata decenni, che ha spesso condotto alla procreazione di figli, caratterizzata dall'assistenza reciproca, dalla convivenza fondata su comuni ideali e stili di vita? E chi riuscirebbe a distinguere la situazione personale di uno dei protagonisti

di questa vicenda umana, che spesso ha termine solo con la morte di uno dei partecipi, da quella di chi ha contratto formalmente il matrimonio?». Il diritto deve necessariamente tener conto dell'evoluzione della società, ed adattare le sue regole ai mutamenti della realtà sociale: «oggi famiglia e matrimonio hanno un significato diverso e più ampio rispetto a quello che veniva loro attribuito all'epoca dell'entrata in vigore del codice penale ancora vigente e la stabilità del rapporto, con il venir meno dell'indissolubilità del matrimonio, non costituisce più caratteristica assoluta e inderogabile ed anzi spesso caratterizza maggiormente unioni non fondate sul matrimonio». E l'interprete non può non tener conto, nell'inquadramento giuridico degli istituti preesistenti, della legislazione degli ultimi decenni, «particolarmente attenta nel prevedere un trattamento indifferenziato di situazioni che, evidentemente, reputa meritevoli di una disciplina comune». Per tale ragione, la conclusiva decisione del giudice di merito è stata ritenuta corretta, pur non potendone essere condiviso il percorso argomentativo (che aveva fatto erroneamente riferimento all'analogia): «se ragioni di politica criminale hanno condotto a ritenere non punibile il furto commesso in danno del coniuge convivente e punibile a querela quello commesso in danno del coniuge legalmente separato, non può negarsi che identiche ragioni giustificative fondino l'esigenza di identico trattamento per chi sia, o sia stato, legato da identico vincolo non fondato sul matrimonio, esistendo, anche in questi casi, la prevalenza dell'interesse alla riconciliazione rispetto a quello alla punizione del colpevole».

35.6.3.14. Dopo la predetta decisione, questa Sezione (sentenza 13 ottobre 2009, in *C.E.D. Cass.*, n. 245626) ha ribadito, sulla scia della giurisprudenza costituzionale, l'orientamento in precedenza dominante, affermando che «la causa soggettiva di esclusione della punibilità prevista per il coniuge dall'art. 649 c.p. non si estende al convivente *more uxorio*», invero senza dar conto del precedente contrario, e con motivazione estremamente scarna, incentrata unicamente sulle presunte difficoltà che la prova di un rapporto di fatto presenterebbe, con commistione, a parere del collegio indebita, tra profili di diritto e profili di fatto (potrebbe, infatti, riconoscersi in diritto rilevanza alla convivenza *more uxorio*, salvo ritenere, in fatto, in presenza di una situazione di incertezza probatoria, che non sia stata adeguatamente dimostrata la sussistenza di siffatto legame). Ed anche in relazione alla disciplina dettata dall'art. 384 c.p., si è ribadito che non può essere applicata al convivente *more uxorio*, resosi responsabile di favoreggiamento personale nei confronti dell'altro convivente, la causa di non punibilità operante per il coniuge, ai sensi del combinato disposto dell'art. 384 c.p., comma 1, e art. 307 c.p., comma 4, i quali non includono nella nozione di prossimi congiunti il convivente *more uxorio* (Sez. V, sentenza n. 41139 del 22 ottobre 2010, *ivi*, n. 248903). Inoltre, la giurisprudenza costituzionale (C.cost., sentenza n. 140 del 2009), con riferimento all'istituto di cui all'art. 384 c.p., comma 1, ha ribadito che la convivenza *more uxorio* è diversa dal vincolo coniugale (poiché nella Costituzione il secondo è oggetto della specifica previsione di cui all'art. 29 Cost., mentre la prima ha rilevanza nell'ambito della protezione dei diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost.) e tale diversità giustifica che la legge possa riservare ai due istituti trattamenti giuridici non omogenei: «se è vero che, in relazione ad ipotesi particolari, si possono riscontrare tra i due istituti caratteristiche tanto comuni da rendere necessaria un'identità di disciplina, che la Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza, nella specie, l'estensione di cause di non punibilità comporta un giudizio di ponderazione a soluzione aperta tra ragioni diverse e confliggenti che appartiene primariamente al legislatore. Si tratterebbe, insomma, di mettere a confronto l'esigenza della repressione di delitti contro l'amministrazione della giustizia, da un lato, e la tutela di beni afferenti la vita familiare, dall'altro, ma non è detto che i beni di quest'ultima natura debbano avere necessariamente lo stesso peso, a seconda che si tratti della famiglia di fatto o della famiglia legittima, per la quale sola esiste un'esigenza di tutela non solo delle relazioni affettive, ma anche dell'istituzione familiare come tale, di cui elemento essenziale e caratterizzante è la stabilità. Ciò legittima nel settore dell'ordinamento penale soluzioni legislative differenziate». E si è, infine, ancora una volta ritenuto che una dichiarazione di incostituzionalità che assumesse la pretesa identità della posizione spirituale del coniuge e del convivente, «oltre a rappresentare la premessa di quella totale equiparazione che non corrisponde alla visione fatta propria dalla Costituzione, determinerebbe ricadute normative consequenziali di portata generale che trascendono l'ambito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale».

35.6.3.15. Tanto premesso, il collegio, nel richiamare il monito rivolto al Legislatore da C. cost. n. 237 del 1986, e preso altresì atto della "mutevole" rilevanza penale della famiglia di fatto emergente dalle applicazioni giurisprudenziali in precedenza passate in rassegna, condivide e ribadisce quanto affermato dalla

quarta Sezione in riferimento alla necessità di ricondurre il sistema a coerenza, onde evitare di adottare soluzioni che contrastano – prima ancora che con una visione unitaria del tema – con il senso comune. Come osservato dalla quarta Sezione, le evidenziate contraddizioni possono essere evitate solo accogliendo una nozione di “famiglia” e di “coniugio” in linea con i mutamenti sociali che questi istituti hanno avuto negli ultimi decenni del secolo scorso, tenendo conto dell’evoluzione della società, ed adattando l’interpretazione di ciascuna *regula juris* ai mutamenti della realtà sociale, perché incontestabilmente «oggi famiglia e matrimonio hanno un significato diverso e più ampio rispetto a quello che veniva loro attribuito all’epoca dell’entrata in vigore del codice penale ancora vigente e la stabilità del rapporto, con il venir meno dell’indissolubilità del matrimonio, non costituisce più caratteristica assoluta e inderogabile ed anzi spesso caratterizza maggiormente unioni non fondate sul matrimonio».

35.6.3.16. In virtù di tali considerazioni, non può più ritenersi attuale l’opinione di quanti ritengono che la “totale equiparazione” tra la famiglia *pleno iure* e quella di fatto «non corrisponda alla visione fatta propria dalla Costituzione».

35.6.3.17. Per altro verso, osserva, inoltre, il collegio che, a norma dell’art. 8 della Convenzione EDU, «ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza».

In proposito, la giurisprudenza della Corte EDU accoglie una nozione sostanziale, onnicomprensiva di “famiglia”, senz’altro ricomprendente anche i rapporti di fatto, privi di formalizzazione legale, ai quali si ritiene che l’art. 8 cit. assicuri incondizionata tutela: in tal senso, va ricordata la sentenza 13 giugno 1979, Marckx contro Belgio, per la quale l’art. 8 «presuppone l’esistenza di una famiglia, e tutela sia la famiglia naturale che la famiglia legittima», poiché la nozione di famiglia accolta dalla citata disposizione «non si basa necessariamente sul vincolo del matrimonio, ma anche su ulteriori legami di fatto particolarmente stretti e fondati su una stabile convivenza». Il principio è stato più recentemente ribadito dalla 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».

35.6.3.18. Alle norme della Convenzione EDU è, ormai, pacificamente riconosciuto il rango di “fonti interposte”, destinate ad integrare il parametro indicato dall’art. 117 Cost., il cui comma 1 impone al Legislatore di conformare il prodotto normativo agli obblighi internazionali, fra i quali vanno annoverati anche quelli derivanti dalla richiamata Convenzione; tuttavia, proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre a livello sub-costituzionale, è necessario che esse stesse siano conformi a Costituzione, non sottraendosi, dunque, al relativo sindacato da parte del Giudice delle leggi. Ed è noto che «le norme della Convenzione EDU vivono nell’interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea; la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell’interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata. Si deve pertanto escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali (imposto dall’art. 117 Cost., comma 1) e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione» (C. cost., sent. n. 348 del 2007). La Corte costituzionale può, a sua volta, interpretare la Convenzione, purché nel rispetto sostanziale della giurisprudenza europea formatasi al riguardo, ma «con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell’ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi» (sentenze n. 311 del 2009 e n. 236 del 2011). L’art. 46, p. 1, della Convenzione EDU impegna, inoltre, gli Stati contraenti «a conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell’uomo sulle controversie di cui sono parti»; soggiungendo, nel p. 2, che «la sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei ministri che ne controlla l’esecuzione». In proposito, tuttavia, questa Corte (Sez. un., ord. n. 34472 del 2012, in *C.E.D. Cass.*, n. 252933) ha chiarito che «le decisioni della Corte EDU che evidenzino una situazione di oggettivo contrasto – non correlata in via esclusiva al caso esaminato – della normativa interna sostanziale con la Convenzione EDU, assumono rilevanza anche nei processi diversi da quello nell’ambito del quale è intervenuta la pronuncia della predetta Corte internazionale». Si è, infine, precisato che «in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative

interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa», giacché soltanto «ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge» (C. cost., sentenza n. 239 del 2009).

35.6.3.19. Nel caso in esame, il contrasto tra la rilevanza, agli effetti penali, della famiglia di fatto nell'ordinamento interno e l'art. 8 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo (senz'altro nel segno di una tutela maggiore rispetto al livello garantito dalla Costituzione italiana) appare di solare evidenza; e, d'altro canto, con specifico riguardo agli istituti di cui agli artt. 384 e 649 c.p., non può omettersi di considerare che 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 ne è questo il caso.

Nondimeno, ritiene il collegio che l'evidenziato contrasto possa essere senz'altro risolto in via interpretativa, poiché il necessario adeguamento interpretativo della normativa interna a quella sovranazionale (nel senso della completa equiparazione *in bonam partem*, ad ogni effetto penale, della famiglia *pleno iure* a quella di fatto) non risulta contrario ai principi costituzionali fondamentali interni, e, d'altro canto, proprio il contrasto insorto nell'ambito della giurisprudenza di legittimità sul tema, impedisce di ravvisare l'esistenza di un diritto vivente assolutamente ostativo.

35.6.3.20. In considerazione di quanto sin qui osservato (p.p. 35.5.3.15 s. e 35.5.3.17 ss.), va affermato il seguente principio di diritto: «La causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p., comma 1, in favore del coniuge opera anche in favore del convivente *more uxorio*». (*Omissis*).

OSSERVAZIONI

Con la pronuncia oggetto di annotazione, la seconda sezione penale ha affrontato un tema che negli ultimi decenni ha, a più riprese, suscitato l'interesse di dottrina e giurisprudenza: quello del rilievo da riconoscere alla famiglia di fatto nel nostro ordinamento penale. Si tratta di argomento che può declinarsi sotto diverse forme e che la sentenza in esame ha preso in considerazione affrontando, giungendo a soluzioni inedite rispetto al passato, il quesito dell'operatività della causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p. a favore del convivente *more uxorio*.

Tale norma, come è noto, prevede, per una serie di delitti contro l'amministrazione della giustizia, la non punibilità per 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.

È proprio il richiamo alla nozione di "prossimo congiunto" che ha posto i maggiori problemi interpretativi: cosa debba intendersi per prossimi congiunti agli effetti della legge penale lo dice, infatti, il quarto comma dell'art. 307 c.p. che vi fa espressamente rientrare «gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti» e, a leggere la norma, sembra non esservi spazio per il convivente *more uxorio*.

Preso atto di ciò, ci si è interrogati negli anni, con una certa regolarità, sulla compatibilità di tali disposizioni con la nostra Costituzione: con il principio di uguaglianza, anzitutto, oltre che con le norme che impongono il rispetto dei diritti dell'uomo nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità, con particolare riguardo alla famiglia (LEO, *Convivenza more uxorio e casi di non punibilità dei reati contro l'amministrazione della giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 47, p. 421).

Il dibattito sul punto, alimentato dal proliferare di pronunce tanto della giurisprudenza di legittimità quanto di quella costituzionale, non si è mai sopito: come osservato in dottrina, infatti, «quando vengono in gioco le unioni di fatto, il problema che si pone attiene alla possibilità di attribuir loro rilevanza; e poiché buona parte delle disposizioni penalistiche si riferiscono soltanto ai coniugi, il problema centrale è offerto dalla possibilità di equiparare o meno l'unione di fatto alla famiglia legittima, la posizione del convivente

more uxorio al coniuge» (BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, Giappichelli, 2011, p. 671).

A titolo meramente esemplificativo, si può fin d'ora anticipare come il tema della rilevanza penale delle forme di convivenza diverse da quella legittima sia stato affrontato dalla giurisprudenza – con esiti non sempre coerenti – con riferimento ad una molteplicità di norme, incriminatrici e non, tra le quali l'art. 572 c.p. (maltrattamenti in famiglia), l'art. 577 c.p. (aggravanti in tema di omicidio), l'art. 649 c.p. (non punibilità e querela della persona offesa per fatti commessi a danno di congiunti) l'art. 199 c.p.p. (facoltà di astensione dei prossimi congiunti) o l'art. 76 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (in tema di patrocinio a spese dello Stato).

Il moltiplicarsi di interpretazioni sul punto è stato alimentato essenzialmente da due fattori: *i*) il mutamento della società che, sempre più spesso, vede prevalere nella prassi formazioni sociali diverse dalla famiglia fondata sul matrimonio; *ii*) l'assenza nel nostro codice penale, nonostante i vari richiami, di una vera definizione di famiglia (lacuna che ha spinto la giurisprudenza a sostituirsi al Legislatore facendosi carico delle esigenze spesso oggi avvertite dalla società).

Prima di procedere all'illustrazione delle conclusioni cui è giunto il collegio (il cui relatore, in passato, aveva già avuto modo di manifestare il proprio pensiero al riguardo) appare utile ricostruire per sommi capi l'orientamento della giurisprudenza (costituzionale e di legittimità) per cercar di comprendere le ragioni – come si legge in sentenza – del fatto che «la dominante giurisprudenza di legittimità, con l'autorevole avallo di quella costituzionale, continua a far riferimento alla sola famiglia legittima, escludendo la possibile rilevanza della convivenza *more uxorio*».

Dall'assetto normativo sommariamente descritto, è derivato il susseguirsi di una serie di questioni di legittimità costituzionale dell'art. 384 c.p. tutte incentrate sul presupposto di una disparità di trattamento tra le due situazioni.

La Consulta, più volte investita del tema, ha sempre ritenuto non fondata la questione mostrando di tener ben salda la distinzione tra famiglia legittima e famiglia di fatto, assicurando solo alla prima una tutela diretta, completa e sistematica *ex art. 29 Cost.* e riservando alla seconda una protezione parziale attraverso l'art. 2 Cost. ed altre specifiche previsioni normative (PESTELLI, *L'art. 384 c.p. ed il convivente more uxorio: i termini di un rapporto negato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n. 4, p. 486).

Diverse le decisioni da segnalare, delle quali si ritiene opportuno richiamare i passaggi più significativi.

Una delle prime decisioni di rilievo – a più riprese citata dalle successive pronunce – risale al 1986 (C. cost., sentenza n. 237 del 1986) nella quale i parametri di legittimità invocati dal giudice *a quo* erano quelli di cui agli artt. 3 e 29 Cost.

Quanto all'art. 29 Cost. – si legge in sentenza – si tratta di norma che riguarda la famiglia fondata sul matrimonio, «sì che rimane estraneo al contenuto delle garanzie ivi offerte ogni altro aggregato pur socialmente apprezzabile, divergente tuttavia dal modello che si radica nel rapporto coniugale».

Nella decisione si ricorda, a sostegno di questa circostanza, la votazione effettuata in seno all'Assemblea Costituente, ove «fu esplicitamente rifiutato un voto inteso a disgiungere, nell'art. 29, primo comma, la locuzione “diritti della famiglia come società naturale” dall'altra “fondata sul matrimonio” ma si procedette, all'incontro, dapprima al voto sul riconoscimento dei diritti familiari, accorpandosi, in successiva votazione, la frase “come società naturale fondata sul matrimonio”, rimasta avvinata in inscindibile endiadi».

Altro significativo passaggio viene comunemente rinvenuto nella pronuncia n. 8 del 1996 (in *questa rivista*, 1996, p. 1375) con la quale venne nuovamente sbarrata la strada alla possibilità di una rilevanza della “mozione degli affetti” derivante non dalla appartenenza ad una famiglia di diritto ma dalla semplice convivenza *more uxorio* (si rinvia, sul punto, a MANNA, *L'art. 349 c.p. e la famiglia di fatto: ancora un ingiustificato diniego di giustizia da parte della Corte Costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 90).

Tale pronuncia si presenta meritevole di approfondimento anche alla luce del fatto che, a differenza delle precedenti decisioni, in tale occasione la questione venne, per la prima volta, affrontata alla luce del

mutato quadro legislativo derivante dall'introduzione del nuovo codice di procedura penale: il riferimento va, ovviamente, all'art. 199, comma 3, c.p.p. (Facoltà di astensione dei prossimi congiunti), il quale, nello stabilire che le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche a «chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso», fornisce espresso rilievo alla convivenza di fatto.

Tale disposizione ha spinto l'interprete ad interrogarsi sul rapporto tra le due norme al fine di delineare con maggior precisione la nozione di "prossimi congiunti": a chi, invocando il principio *lex posterior derogat priori*, ha sostenuto che all'art. 199 c.p.p. debba attribuirsi il rango di norma di interpretazione autentica dell'art. 307 c.p. (MAZZONE, *Lineamenti della non punibilità ai sensi dell'art. 384 c.p.*, Jovene, 1992, p. 115) profilando, dunque, una sorta di abrogazione tacita della seconda ad opera della prima, ha replicato chi, più correttamente, si è posto il problema di stabilire se le due norme abbiano effettivamente lo stesso "campo di materia" (MANNA, *L'art. 349 c.p.*, cit., p. 91 secondo cui si tratta di condizione, imprescindibile per poter attribuire alla disposizione successiva un effetto anche solo di interpretazione).

Senza potersi soffermare, in questa sede, sulla genesi dell'art. 199 c.p.p. e su come tale disposizione abbia recepito le indicazioni provenienti dalla dottrina nonché dalla Corte costituzionale, nella citata pronuncia, il giudice *a quo* aveva sollevato questione di legittimità costituzionale ritenendo illegittima la mancata estensione al convivente della causa di non punibilità prevista nel caso di favoreggiamento personale per violazione degli artt. 3, comma 1, e 29 Cost.

Prendendo le mosse dal parametro di cui all'art. 29 Cost., la Consulta – riconosciuta «la notevole diffusione della convivenza di fatto, quale rapporto tra uomo e donna ormai entrato nell'uso e comunemente accettato, accanto a quello fondato sul vincolo coniugale» – ha tuttavia ritenuto che tale trasformazione della coscienza e dei costumi sociali non autorizzi «la perdita dei contorni caratteristici delle due figure in una visione unificante come quella che risulta dalla radicale ed eccessiva affermazione, contenuta nell'ordinanza di remissione, secondo la quale la convivenza di fatto rivestirebbe oggettivamente connotazioni identiche a quelle che scaturiscono dal rapporto matrimoniale e dunque le due situazioni in nulla differirebbero, se non per il dato estrinseco della sanzione formale del vincolo».

Neanche la questione di cui all'art. 3 Cost. – fondata sulla considerazione per cui la *ratio* comune alle cause di non punibilità previste dall'art. 384 c.p. a favore dei prossimi congiunti dovrebbe valere con la stessa intensità tanto per i componenti della famiglia legittima quanto per quelli della famiglia di fatto – è stata ritenuta meritevole di accoglimento. Tale questione, se accolta, porterebbe «ad una decisione additiva che manifestamente eccede i poteri della Corte costituzionale a danno di quelli riservati al legislatore», richiedendo, l'estensione di cause di non punibilità, «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».

Nel 2004 la questione è stata nuovamente rimessa al vaglio della Corte costituzionale ma l'esito non è mutato: anche in quella occasione (C. cost., 20 aprile 2004, n. 121, in *Giust. pen.*, 2004, I, c. 134) la questione è stata dichiarata manifestamente inammissibile.

Nel giudizio *a quo* si procedeva nei confronti di persona imputata del reato di favoreggiamento personale per avere fornito alloggio ed ospitalità al proprio convivente *more uxorio* e i parametri di costituzionalità indicati dal giudice *a quo* erano quelli di cui agli artt. 2 e 3 Cost.

Quanto al primo, veniva indicata l'insufficiente tutela dalle norme apprestata alla famiglia di fatto, quale formazione sociale che, al pari della famiglia legittima, rende possibile lo svolgimento della personalità dell'individuo; quanto al secondo, la disciplina di cui agli artt. 307 e 384 c.p. contrasterebbe con il principio di ragionevolezza apprestando un difforme trattamento a due situazioni, quella del convivente *more uxorio* e del coniuge, ormai pienamente assimilabili, poiché, a fronte del medesimo elemento qualificante costituito dalla convivenza tra le persone basata su una stabile relazione affettiva, sarebbe

ormai irrilevante il dato formale dello *status* coniugale alla luce sia dell'evoluzione dei costumi sociali, sia della giurisprudenza ordinaria – che ha ad altri fini assimilato i due casi – sia, infine, della legislazione, in particolare dell'art. 199, comma 3, lett. a), c.p.p., che ha esteso al convivente di fatto la facoltà di astenersi dal rendere testimonianza.

Anche in questa occasione, il Giudice delle leggi (Relatore Zagrebelsky) ha ritenuto che la famiglia legittima sarebbe caratterizzata da un *quid pluris* che ne legittima il *favor legislatoris* (PESTELLI, *L'art. 384 c.p. ed il convivente more uxorio: i termini di un rapporto negato*, cit., p. 490) dal momento che esistono nell'ordinamento «ragioni costituzionali che giustificano un differente trattamento normativo tra i due casi, trovando il rapporto coniugale tutela diretta nell'art. 29 della Costituzione, mentre il rapporto di fatto fruisce della tutela apprestata dall'art. 2 Cost. ai diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali».

La difforme considerazione dei due casi – ha proseguito la Consulta – consente di escludere che si possa configurare come costituzionalmente necessaria una tutela del rapporto di convivenza «che passi attraverso il riconoscimento di una generalizzata esclusione della punibilità delle condotte indicate dall'art. 384 c.p. qualora poste in essere per salvare il proprio convivente *more uxorio* da un grave e irreparabile nocumento nella libertà o nell'onore».

Da ultimo, merita di essere richiamata la sentenza n. 140 del 2009 (in *Giur. cost.*, 2009, p. 1525, con nota di PASTORELLI, *La convivenza more uxorio non esclude la punibilità del favoreggiamento personale*) con la quale la Consulta ha ribadito il proprio orientamento ritenendo di non poter estendere al convivente *more uxorio* la causa di non punibilità in questione.

In tale decisione (relatore Criscuolo), i parametri invocati erano quelli di cui agli artt. 2, 3 e 29 Cost., ma, anche in tale occasione, i giudici costituzionali non hanno ritenuto di doversi discostare dalle precedenti interpretazioni ribadendo che la convivenza *more uxorio* è cosa diversa dal vincolo coniugale e non possa essere, pertanto, assimilata a questo per desumerne l'esigenza costituzionale di una parità di trattamento. Ad avviso della Corte, tale diversità, senza con ciò escludere la pacifica rilevanza giuridica della rilevanza di fatto, varrebbero a giustificare che la legge possa riservare in linea di principio all'una e all'altra situazione un trattamento non omogeneo.

In conclusione, la Corte costituzionale, nel respingere tali questioni, ha ritenuto che il fondamento dell'art. 384 c.p. risieda nella esigenza (sentita dal legislatore e avallata dalla Costituzione) di approntare a favore della famiglia legittima una tutela differenziata rispetto a quella riservata alla famiglia di fatto, secondo quella che è stata definita in dottrina “variante familistica” dell'art. 384 c.p. (SPENA, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 145).

Variante, questa, nella quale si esprime l'idea secondo cui, per l'importanza che nella nostra Costituzione è riconosciuta alla famiglia quale nucleo fondante l'intera società, la salvaguardia e il mantenimento dei vincoli di solidarietà tra familiari possa, in determinate situazioni, prevalere rispetto a vincoli sociali più generali.

Ad una costante chiusura da parte della Corte costituzionale ha corrisposto, da parte della giurisprudenza di legittimità – ad eccezione di una sola pronuncia rimasta sino ad oggi isolata (Sez. VI, 22 aprile 2004, n. 22398, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 47, p. 421, con nota di LEO, *Convivenza more uxorio e casi di non punibilità dei reati contro l'amministrazione della giustizia*) – la costante negazione di ogni estensione della causa di non punibilità in questione ai componenti delle famiglie di fatto.

Tra le tante, si veda Sez. II, 9 marzo 1982, n. 7864, in *C.E.D. Cass.*, n. 154880, secondo cui l'ipotesi della convivenza non realizza l'esimente di cui all'art. 384 c.p. perché per “prossimi congiunti” devono intendersi quelli tassativamente indicati agli effetti della legge penale nell'art. 307, comma ult., c.p. nonché Sez. VI, 20 febbraio 1988, n. 6365, *ivi*, n. 178467 secondo cui, in tema di casi di non punibilità del reato di favoreggiamento commesso in favore del prossimo congiunto, tale non può ritenersi il convivente *more uxorio*.

In epoca più recente, è stato ribadito il principio secondo cui non può essere applicata al convivente *more uxorio* resosi responsabile di favoreggiamento personale nei confronti dell'altro convivente la causa

di non punibilità operante per il coniuge, ai sensi del combinato disposto degli artt. 384, comma 1, e 307, ultimo comma, c.p.; il che manifestamente non si pone in contrasto con i principi di cui all'art. 3 Cost., avuto anche riguardo a quanto già affermato dalla stessa Corte costituzionale (si tratta di principio affermato in Sez. VI, 28 settembre 2006, n. 35967, in *Riv. pen.*, 2007, p. 156; Sez. II, 17 febbraio 2009, n. 20287, in *C.E.D. Cass.*, n. 244725 nonché Sez. V, 22 ottobre 2010, n. 41139 *ivi*, n. 248903).

Del tutto isolata, dunque, è rimasta la pronuncia del 2004 nella quale incidentalmente si era affermato che «la prova della stabile convivenza avrebbe potuto dar luogo per analogia al riconoscimento della scriminante di cui all'art. 384 c.p.».

Null'altro, in quell'occasione, la Corte di cassazione ha detto circa le ragioni di un'eventuale estensione.

Ciò che traspare dall'orientamento assolutamente predominante della giurisprudenza di legittimità è, dunque, la costante negazione della sostenibilità di una applicazione analogica dell'art. 384 c.p. ai conviventi *more uxorio*.

Circa le ragioni di tale atteggiamento di chiusura, si può richiamare quanto affermato nella citata sentenza 35967 del 2006, secondo cui «l'estensione delle cause di non punibilità che costituiscono deroghe a norme penali generali comporta una ponderazione tra interessi in conflitto che attiene in primo luogo alla discrezionalità del legislatore» anche perché, in tali situazioni, «una volta confrontati gli opposti interessi (tutela della efficacia della funzione giudiziaria penale e tutela di aspetti della vita familiare), non necessariamente la posizione del convivente deve essere coincidente con quella del coniuge, stanti i citati tratti differenziali quanto a stabilità del rapporto».

Considerazioni che, sino ad oggi, sono state sempre ribadite tanto dalla giurisprudenza di legittimità quanto di quella costituzionale.

Così riepilogato lo stato della giurisprudenza, come anticipato, con la pronuncia oggetto di analisi la Corte di cassazione ha mutato orientamento giungendo a ritenere estensibile al convivente *more uxorio* la causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p.

La ricorrente, per la quale – si legge in sentenza – «può ritenersi pacificamente emergente *ex actis*» la qualità di convivente *more uxorio* di un coimputato, ricorreva in Cassazione contro la condanna per favoreggiamento personale lamentando violazione degli artt. 378 e 384 c.p. dovendosi considerare la condotta non punibile perché «mossa dalla cogente necessità di salvare se stessa dal pericolo di un grave nocumento nella libertà» in considerazione della condizione di convivente di fatto.

Preso atto della citata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, il collegio ha accolto le argomentazioni difensive rifacendosi ad una recente pronuncia con cui la quarta sezione penale ha riconosciuto l'operatività della causa di non punibilità di cui all'art. 649 c.p. al convivente *more uxorio*.

In tale decisione (Sez. IV, 21 maggio 2009, n. 32190 in *Riv. pen.*, 2009, p. 1398, nonché in *questa rivista*, 2011, p. 1029, con nota di BELTRANI, *Ancora sulla (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto: prime aperture giurisprudenziali*) si osservava che la disciplina dettata dall'art. 649 c.p. in tema di non punibilità o di procedibilità a querela per reati contro il patrimonio commessi in danno di congiunti sarebbe applicabile, nella parte in cui si riferisce al coniuge, anche quando si sia in presenza non di un rapporto matrimoniale ma di una convivenza “*more uxorio*”.

Ci si interrogava retoricamente sul punto nei seguenti termini: «Chi mai porrebbe in dubbio che famiglia sia soltanto quella che si fonda sul matrimonio e non anche quella che si fonda su una convivenza eventualmente durata decenni, che ha spesso condotto alla procreazione di figli, caratterizzata dall'assistenza reciproca, dalla convivenza fondata su comuni ideali e stili di vita? E chi riuscirebbe a distinguere la situazione personale di uno dei protagonisti di questa vicenda umana, che spesso ha termine solo con la morte di uno dei partecipi, da quella di chi ha contratto formalmente il matrimonio?».

Il diritto – proseguiva la pronuncia – «non può non tener conto dell'evoluzione della società e della necessità di adattare le sue regole ai mutamenti della realtà sociale; oggi famiglia e matrimonio hanno un significato diverso e più ampio rispetto a quello che veniva loro attribuito all'epoca dell'entrata in vigore

del codice penale ancora vigente e la stabilità del rapporto, con il venir meno dell'indissolubilità del matrimonio, non costituisce più caratteristica assoluta e inderogabile ed anzi spesso caratterizza maggiormente unioni non fondate sul matrimonio».

Tali considerazioni sono state fatte proprie dai giudici nell'impugnata sentenza, nella quale si definisce "non più attuale" l'opinione di quanti ritengono che la totale equiparazione tra la famiglia *pleno iure* e quella di fatto non corrisponda alla visione fatta propria dalla Costituzione.

Ulteriore profilo di interesse della pronuncia in commento è dato dal richiamo all'art. 8 CEDU (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) ai sensi del quale ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

Tale aspetto – già in passato prospettato dal Relatore in sede di commento alla citata pronuncia 32190/2009 (BELTRANI, *Ancora sulla (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto: prime aperture giurisprudenziali*, in *questa rivista*, 2011, p. 1029) – rafforzerebbe quanto già sostenuto «apparendo evidente il contrasto tra la considerazione, agli effetti penali, della famiglia di fatto nell'ordinamento interno e l'art. 8 CEDU così come interpretato dai giudici di Strasburgo».

Cercando di fare il punto sulla portata di tale pronuncia, a parere di chi scrive, non appare pienamente convincente la soluzione di estendere per via interpretativa la causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. al convivente *more uxorio*, apparendo più coerente con la natura di norma eccezionale dell'art. 384 c.p. privilegiare (nell'inerzia di un intervento legislativo sul punto) la via di un intervento del Giudice delle leggi.

Se, infatti, dinanzi alla Corte costituzionale tale questione può essere (ed è stata più volte) legittimamente affrontata (valorizzando il rilievo che ormai da decenni la stessa Corte ha riconosciuto alle famiglie di fatto sotto l'ombrello dell'art. 2 Cost.), meno percorribile appare la strada dell'estensione analogica ad opera del giudice (si rinvia, sul punto, a SPENA, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 145, il quale parla di «soluzione decisamente problematica, sia perché, in linea generale, è dubbio che le esimenti, e tra queste soprattutto le scusanti, siano applicabili analogicamente; sia perché il senso della legge sul punto è molto chiaro; il che renderebbe la prospettata analogia una vera e propria *interpretatio contra legem* difficilmente difficile da giustificare sulla sola base della adesione ad una lettura del fondamento della norma talmente preconcepita da richiedere appunto il ricorso a siffatte forzature interpretative»).

Prendendo le mosse dal presupposto della loro natura di norme eccezionali – in considerazione del fatto che rispondono a ragioni di opportunità politico-criminali – si ritiene di condividere l'opinione di chi ha affermato che spetterebbe al giudice costituzionale intervenire avallando la tesi secondo cui lo scopo perseguito dalla norma di cui all'art. 384 c.p. possa ragionevolmente ritenersi estensibile anche ai conviventi *more uxorio* (PESTELLI, *L'art. 384 c.p. ed il convivente more uxorio: i termini di un rapporto negato*, cit., p. 486).

Quanto alle possibili conseguenze di un tale tipo di intervento (sino ad oggi, come visto, sempre escluso dalla Corte costituzionale), non si ritiene di ravvisare particolari profili di criticità.

Dato per assodato che la norma in questione rientra tra le cd. "norme penali di favore" – ossia tra quelle disposizioni che sottraggono determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di norme comuni, accordando loro un trattamento più benevolo (si veda GAMBARELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013) – nel caso di specie non si porrebbe alcun problema con il principio della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost.

L'eventuale accoglimento della questione – nei termini in cui è stata sino ad ora prospettata dai giudici remittenti – comporterebbe, infatti, effetti chiaramente *in bonam partem* e, dunque, non in contrasto con i limiti derivanti dal rispetto del principio della riserva di legge (il quale, come è noto, impedirebbe alla Corte di configurare nuove previsioni punitive o di allargare i confini di ipotesi già esistenti).

Di eventuali problemi con il suddetto principio si potrebbe discutere – ma alla luce della consolidata giurisprudenza costituzionale (si veda, da ultimo, la recentissima sentenza della C. cost. n. 223 del 2015)

neanche in queste ipotesi si prospetterebbero delle criticità – nel caso di pronunce, ma non è questo il caso, di illegittimità costituzionale della norma penale di favore per gli effetti (indiretti) *in malam partem* che si verrebbero a determinare.

Posto che nessuno nega la rilevanza costituzionalmente tutelata di tutti quei rapporti che, pur non formalizzati, siano basati sulla sussistenza di legami affettivi consolidati e duraturi, e proprio alla luce del fatto che, da più parti, è stata sollevata l'opportunità di calibrare meglio il novero dei soggetti in favore dei quali l'esimente debba operare (ricomprendendo anche il convivente *more uxorio*), la soluzione imprescindibile appare quella di un intervento legislativo o, in ipotesi, del Giudice delle leggi.

di

Guido Stampanoni Bassi

Avvocato

