

# **L'ESTENSIONE ANALOGICA DELLE SCUSANTI: LE SEZIONI UNITE SULL'APPLICABILITÀ DELL'ART. 384, CO. 1 C.P. AL CONVIVENTE MORE UXORIO**

*Flavia Miccoli*



**Cass., sez. un., 16 marzo 2021 (ud. 26 novembre 2020), n. 10381**

**Abstract:** Il presente contributo analizza la recente Sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione (**Cassazione Penale, Sezioni Unite, 16 marzo 2021 - ud. 26 novembre 2020 - n. 10381 Presidente Cassano, Relatore Fidelbo**), la quale ha affermato l'applicabilità dell'art. 384 comma I cp anche al convivente di fatto. La norma è stata al centro di un annoso dibattito, sia in ordine alla sua natura giuridica, sia rispetto alla definizione del relativo perimetro applicativo. In ordine a questo secondo punto, la Cassazione ha adottato una posizione innovativa rispetto agli orientamenti espressi in precedenza, ammettendo l'applicabilità dell'art. 384 comma I cp al convivente more uxorio non già ricorrendo allo strumento dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata ma per il tramite dell'analogia. La norma infatti, in quanto causa di esclusione della colpevolezza (scusante), secondo la pronuncia in commento, non ha natura eccezionale e codifica il principio generale del "*meno tenetur se detegere*" e ad "*impossibilia meno tenetur*".

**Abstract:** The paper focuses on the recent judgment by the United Division of Italian Court of Cassation n. 10381/2020, which found that art. 384, par.1 of Italian Criminal Code can be applied also to *de facto* cohabitant.

The provision has been at the centre of a long-standing debate, concerning both its legal nature - deemed as a criminal excuse also in the light of Court of Cassation ruling - and its subsequent scope of application.

With regard to this second aspect, the Court of Cassation has adopted an innovative position compared to the previous case-law, recognising the applicability of art. 384 par. 1 of the Criminal Code to the *de facto* cohabitant not through the constitutionally and conventionally-oriented interpretation, but by analogy. The norm excludes, indeed, the criminal culpability, therefore it does not have exceptional nature and it applies the general principles "nemo tenetur se detegere" and "ad impossibilia nemo tenetur".

1. **Ricostruzione della vicenda**
2. **I due orientamenti precedenti alle Sezioni Unite**
3. **La posizione "di rottura" adottata dalle Sezioni Unite**

### **1. Ricostruzione della vicenda**

Con la sentenza in commento, la Cassazione a Sezioni Unite mette un punto all'annosa vicenda della controversa applicabilità dell'art. 384 comma I al convivente di fatto, confermando l'applicabilità dell'istituto anche nei confronti di quest'ultimo.

La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza del 19 dicembre 2019 (dep. 17 gennaio 2020),

n. 1825, Pres. Costanzo, Rel. Capozzi. La VI Sezione della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite il seguente quesito di diritto «*se l'ipotesi di cui all'art. 384, comma 1, cod. pen. sia applicabile al convivente more uxorio*». La Sezione rimettente, dopo aver brevemente ripercorso il contrasto esistente, evidenzia l'importanza di dirimere un conflitto che involge lo stesso esercizio della funzione nomofilattica - in ordine a presupposti, contenuti e limiti - svolta dalla Corte.

Da tempo, la fattispecie di cui al 384 cp è al centro di un acceso dibattito tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. La problematica relativa ai limiti concernenti la sua applicazione ha, infatti, visto l'intervento sia del Giudice delle Leggi<sup>[1]</sup>, sia della Corte EDU<sup>[2]</sup>, oltre che del legislatore nazionale che con la legge n. 76 del 2016 (c.d. legge Cirinnà) ha modificato il testo della norma in commento.

La pronuncia a Sezioni Unite trae origine da una sentenza della Corte d'Appello di Cagliari (sentenza del 15 maggio 2019) che, nel condannare l'imputata per il delitto di favoreggiamento personale di cui all'art. 378 cp, nega di condividere quell'orientamento che estende anche al convivente *more uxorio* il comma I dell'art. 384 cp. Nella vicenda in oggetto l'imputata aiutava il convivente, che aveva commesso la contravvenzione e il delitto di cui agli artt. 116, comma 13 e 189, commi 1 e 7 del d.lgs. 285, ad eludere le investigazioni dell'autorità, falsamente dichiarando ai Carabinieri, intervenuti sul luogo dell'incidente, di essere lei stessa alla guida dell'autoveicolo coinvolto nella collisione. L'imputata proponeva ricorso avverso la sentenza della Corte d'Appello deducendo vizio cumulativo della motivazione e violazione dell'art. 603 cpc, in ordine alla omessa rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale volta ad accertare l'esistenza di un rapporto di convivenza *more uxorio* della ricorrente con il coimputato, in quanto contraddittoriamente affermato in sentenza che tale rinnovazione non era stata oggetto di gravame; oltre che vizio cumulativo della motivazione e inosservanza dell'art. 384 cp, in relazione alla ritenuta mancata prova dell'esistenza di un effettivo rapporto di convivenza tra i coimputati.

## 2. I due principali orientamenti precedenti alle Sezioni Unite

L'art. 384 cp, rubricato "Casi di non punibilità", sancisce al comma I, la non punibilità di chi commette determinati reati contro l'amministrazione della giustizia<sup>[3]</sup>, al fine "*di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore*". La definizione di prossimo congiunto, trova declinazione nell'art. 307 comma IV cp<sup>[4]</sup>, norma definitoria che, nell'elencare tali soggetti, non menziona il convivente di fatto. È interessante sottolineare che nella fattispecie di cui al 384 cp appare presente una incoerenza di fondo: mentre il comma II dà rilievo, seppure indirettamente, ai conviventi altrettanto non può dirsi per il comma I. Il comma II nel garantire l'impunità per determinati delitti contro l'amministrazione della giustizia a chi "*non avrebbe dovuto essere richiesto di fornire informazioni ai fini delle indagini o assunto come testimone, perito, consulente tecnico o interprete ovvero non avrebbe potuto essere obbligato a deporre o comunque a rispondere o avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal*

*rendere informazioni, testimonianza, perizia, consulenza o interpretazione*” richiama l’art. 199 cpp. L’ordinamento processuale, per il tramite dell’art. 199 cpp, riconosce la facoltà di astensione dalla deposizione non solo ai prossimi congiunti ma anche ai conviventi. Nella medesima fattispecie, quindi, da un lato non viene data rilevanza espressa ai convivente (art. 384 comma I cp), dall’altro, seppure indirettamente, se ne dà considerazione (art. 384 comma II cp)[5].

Rilevanti criticità sono sorte in ordine alla natura giuridica della fattispecie in esame. Secondo un primo orientamento la stessa costituisce una causa di esclusione dell’antigiuridicità, riconducibile, dunque, al novero delle causa di giustificazione[6]. A sostegno di questa tesi si invoca la volontà storica del legislatore del ’30. Consultando i lavori preparatori, infatti, l’art. 384 cp viene qualificato quale *species* del più ampio *genus* dello stato di necessità di cui all’art. 54 cp.

L’art. 384 comma I cp ricalca, infatti, lo schema dell’art. 54 cp, anche a livello letterale, tanto che lo stesso dovrebbe considerarsi un’ipotesi speciale di stato di necessità. Inoltre, terzo argomento alla base di questa teoria, è la logica che sta dietro questa norma: come accade quando si ha a che fare con le cause di giustificazione, anche dietro questa norma vi è un bilanciamento di interessi. Il legislatore a monte ha condotto un bilanciamento tra interessi e lo ha risolto prediligendo la tutela delle ragioni della famiglia, rispetto alla corretta amministrazione della giustizia.

Secondo un altro orientamento, da sempre prevalente in dottrina[7] e ad oggi prevalente anche in giurisprudenza[8], il comma I dell’art. 384 cp dovrebbe essere qualificato in termini di scusante, appartenendo al *genus* delle cause di esclusione della colpevolezza. Muovendo da tale prospettiva, non viene elisa l’antigiuridicità, il fatto rimane pur sempre antigiuridico, venendo meno invece la colpevolezza, con conseguente impossibilità di muovere un rimprovero nei confronti del soggetto agente. In questi casi cioè non è esigibile da parte dell’ordinamento il rispetto del precetto, non è possibile pretendere che il soggetto agisca *aliter*. Questa tesi fa leva sulla *ratio* dell’art. 384 cp in forza del quale l’ordinamento, infatti, rinuncia a punire il congiunto in quanto non rimproverabile: difetta la colpevolezza, restando ferma l’antigiuridicità. Un confronto strutturale tra l’art. 54 cp e l’art. 384 cp rende inoltre evidente una sostanziale differenza: mentre le cause di giustificazione operano oggettivamente, come avviene nel caso dell’art. 54 cp per cui è sufficiente che la situazione di necessità sussista oggettivamente e non è necessario che sia conosciuta dall’agente, nel caso dell’art. 384 cp la legge richiede una adesione psicologica, la fattispecie si può applicare solo se il soggetto è consapevole che quella condotta sia posta in essere al fine di preservare l’onore o la libertà del prossimo congiunto, mentre le cause di giustificazione operano oggettivamente come si evince dall’art. 59 comma I cp. Non sembrerebbe d’altronde possibile immaginare un bilanciamento di interessi, come accade quando viene in rilievo una causa di giustificazione, in quanto questi interessi non possano essere soggetti a bilanciamento. Sul piatto della bilancia si contrappongono, infatti, da un lato onore/libertà dei prossimi

congiunti, dall'altro l'interesse pubblico all'amministrazione della giustizia. Tale ultimo interesse, in ragione della sua importanza, non può essere recessivo rispetto al diverso interesse che viene in rilievo. Inoltre, ed a maggior ragione, i due interessi non appaiono comparabili in quanto troppo eterogenei. Sembra pertanto preferibile far leva sull'importanza data dal legislatore alla particolare situazione soggettiva nella quale versa l'agente, che rende *inesigibile* un comportamento diverso e conforme alla norma, pur rimanendo inalterato il disvalore oggettivo del fatto tipico<sup>[9]</sup>. Attenta dottrina ha sottolineato, che non sembra rinvenibile un rapporto di specialità tra la fattispecie di cui all'art. 54 cp e quella di cui al 384 cp. Secondo i principi che regolano il rapporto norma generale-norma speciale, l'esimente speciale (art. 384) dovrebbe, infatti, contenere tutti i requisiti richiesti dall'art. 54 e inoltre uno o più elementi specializzanti, mentre l'unico elemento anche solo testuale comune alle due disposizioni è la formula «*costretto dalla necessità di salvare*»<sup>[10]</sup>.

Tanto appare confermato dall'assenza dei due requisiti indefettibili dell'art. 54 cp, ossia la proporzione e la non volontaria causazione del pericolo<sup>[11]</sup>, opinando diversamente si assisterebbe ad un'ingiustificabile analogia in *malam partem*<sup>[12]</sup>.

In dottrina<sup>[13]</sup> è stata sostenuta una terza tesi, che è quella della causa di non punibilità in senso stretto (mai accolta in giurisprudenza). Nell'ipotesi contemplata dalla norma, la situazione è tipica, antigiuridica e colpevole, ma il legislatore per ragioni di opportunità rinuncia alla punizione. Questa tesi è minoritaria e fa leva soprattutto sul dato letterale. La rubrica dell'art. 384 cp testualmente è intitolata "*casi di non punibilità*". Tale tesi non sembra convincente, il legislatore del '30 utilizza spesso il termine "non punibile" o "non punibilità" in senso atecnico, prova ne è quando entrano in gioco alcune cause di giustificazione, che sono pacificamente tali, il legislatore espressamente nella formulazione della norma sancisce che il soggetto "non è punibile". Esempio tipico è l'art. 52 cp che è pacificamente una causa di giustificazione, e che nella formulazione del precetto utilizza il termine "non punibile", ma mai se ne è sostenuta la natura di causa di non punibilità. In questi casi appare evidente che quando il legislatore utilizza il termine "non punibile" non si riferisce sempre alla categoria delle cause di non punibilità. Stesso discorso vale anche per l'art. 51 cp, che è anch'essa indiscutibilmente una causa di giustificazione.

Tanto chiarito in ordine alla natura giuridica del primo comma<sup>[14]</sup>, l'affermazione sempre maggiore della famiglia di fatto come fenomeno socialmente rilevante e meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, ha posto il problema dell'estensibilità del 384 comma I cp anche al convivente *more uxorio*.

Sul punto sono state sostenute due tesi, ripercorse entrambe dalla Sezione Unite nella sentenza in commento, che preso atto del contrasto a cui appaiono sottesi rilevanti beni giuridici (da un lato la famiglia nelle sue dinamiche espressioni, e dall'altro l'amministrazione della giustizia) ha percorso una strada interpretativa nuova, e di rottura, rispetto alle tesi in campo fino a questo momento.

Secondo un primo orientamento, prevalente fino alla pronuncia delle Sezioni Unite, la “causa scriminante o scusante” non sarebbe applicabile ogniqualvolta entri in gioco la convivenza di fatto. Primo argomento a sostegno di questa tesi è che la fattispecie *de qua* sia norma eccezionale. Se si considera l’art. 384 cp quale scusante, essa è norma eccezionale, ed in quanto tale, non si può estendere in analogia (pur trattandosi in questo caso di analogia in *bonam partem*) pena la violazione del divieto di analogia previsto tanto per le norme penali in generale, quanto per quelle eccezionali in particolare, ai sensi dell’art. 14 Preleggi. Ovviamente lo stesso discorso vale se si aderisce alla tesi per cui il 384 cp costituisce causa di non punibilità. Diverso e più complesso appare il discorso se si accede alla tesi della causa di giustificazione<sup>[15]</sup>, posto che non è pacifica l’applicazione analogica di tale fattispecie.

Vi è poi un secondo argomento: l’art. 384 cp nel riferirsi ai prossimi congiunti fa riferimento all’art. 307 cp che, come accennato, chiarisce cosa si intende per prossimi congiunti. L’elenco non menziona il convivente di fatto, ed in quanto tassativo non può essere oggetto di applicazione analogica. Se la convivenza di fatto è un fenomeno giuridicamente rilevante, ed è certamente degna di tutela e copertura costituzionale tramite l’art. 2 Cost. in quanto formazione sociale - e tanto può sostenersi anche alla luce della CEDU (e dell’art. 8 in particolare) - è altrettanto pacifico che il legislatore non sia tenuto ad estendere alla convivenza le stesse regole che valgono per il matrimonio. Il legislatore dispone di una discrezionalità molto ampia nel selezionare quali regole siano applicabili ad un determinato tipo di famiglia e quali no, e tale differenziazione non può ritenersi irragionevole. La stessa Corte Costituzionale<sup>[16]</sup>, ed in linea di continuità anche quella di Strasburgo, più volte sollecitata nel prendere posizione sulla questione della mancata previsione del convivente tra i destinatari della scusante di cui all’art. 384 comma I cp, ha sempre risposto negativamente dichiarando la questione manifestamente infondata o rigettandola. Per la Corte, stante la rilevanza indiscussa della famiglia di fatto entro la quale si esplica la personalità dei singoli individui del gruppo - tutelata per il tramite dell’art. 2 Cost. - il *favor* riconosciuto dall’art. 29 Cost<sup>[17]</sup> alla famiglia fondata sul matrimonio, giustifica pienamente il trattamento differenziato che il legislatore discrezionalmente riserva alle due tipologie di formazioni sociali. È chiaro che non sussiste per il legislatore un obbligo di applicare alla convivenza di fatto le stesse regole che valgono per il matrimonio. Appare evidente la differenza giuridica, sociale e fattuale tra le due famiglie: la famiglia fondata sul matrimonio appare sorretta da maggiore coerenza rispetto alla famiglia di fatto che si fonda su una *affectio* scollegata da un atto formale cui ricondurre la riconoscibilità del rapporto. Ulteriore argomento a favore di tale tesi è la legge n.76 del 2016 (c.d. legge Cirinnà). Tale legge ha codificato altri due tipi di famiglie oltre alla famiglia fondata sul matrimonio, ossia la famiglia fondata sull’unione civile tra persone dello stesso sesso e quella tra persone di sesso diverso. Lo stesso legislatore nel diritto penale ha esteso l’art. 384 cp alla parte dell’unione civile, in questo senso la non menzione del convivente *more uxorio* dovrebbe essere letta quale frutto di una scelta puntuale del legislatore, in ossequio al brocardo “*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”. Sembrerebbe dunque che il

legislatore, nel fare questo, abbia voluto tendenzialmente equiparare l'unione civile al matrimonio, non anche la convivenza di fatto. Lo stesso ragionamento è stato replicato nel diritto penale, non appare possibile disconoscere questa volontà del legislatore. Non sembra possibile per l'interprete estendere l'art. 384 cp al convivente se non contraddicendo per questa via la *littera legis*.

Secondo un diverso orientamento[18], invece, il 384 cp potrebbe essere applicato anche al convivente *more uxorio*. Secondo questa tesi, infatti, occorre sottoporre le vetuste disposizioni che fanno riferimento genericamente al prossimo congiunto (tra cui lo stesso 384 cp), ad un'operazione di interpretazione evolutiva nonché costituzionalmente orientata. In questo senso, anche l'art. 307 cp deve essere oggetto della medesima operazione interpretativa evolutiva, costituzionalmente orientata ed anche convenzionalmente orientata – posto che anche la CEDU dà tutela non solo al matrimonio ma anche alle formazioni sociali diverse dai matrimoni - alla luce del mutato contesto giuridico sociale. Negli ultimi anni la giurisprudenza[19] sempre più di frequente ha sostenuto la teoria dell'applicabilità dell'art. 384 cp al convivente *more uxorio*. La via scelta a tal fine non è stata - almeno fino a questo momento - quella dell'analogia[20], ma quella - come già accennato sopra - dell'interpretazione estensiva, evolutiva e costituzionalmente orientata. Tale soluzione interpretativa sarebbe confermata da una serie di scelte operate dal legislatore, ma suggerite *ex ante* dalla giurisprudenza di legittimità, come nel caso dell'art. 572 cp. Il legislatore con l. n. 172 del 2012 ha esteso l'area della punibilità, modificando la fattispecie 572 cp a partire dalla rubrica della norma che oggi recita "*Maltrattamenti contro familiari e conviventi*"[21], includendo tra i soggetti passivi del reato i conviventi, tra cui rientra chiaramente il convivente *more uxorio*. Tuttavia, già prima di tale intervento legislativo, era pacifica in giurisprudenza[22] la possibilità di tutelare anche il convivente per il tramite della norma in esame. Il concetto di "famiglia", contenuto nell'art. 572 cp, era (è), infatti, da intendere come riferito ad ogni consorzio di persone stabilmente legato da relazioni e abitudini di vita "*tra le quali (...omissis) siano sorti rapporti di assistenza e solidarietà per un apprezzabile periodo di tempo*"[23]. In questo senso, non sembrerebbe conferente l'argomento per cui l'assenza di un espresso riferimento renderebbe impossibile l'applicazione anche del 384 cp ai conviventi pur non espressamente menzionati, posto che tale operazione ermeneutica è stata percorsa già in passato dalla giurisprudenza rispetto ad altre fattispecie. Un simile percorso interpretativo è stato, infatti, posto alla base dalla rilettura della causa di non punibilità prevista dall'art. 649 cp ad opera della giurisprudenza[24], che ha posto sotto l'egida di tale fattispecie il convivente.

Una riscrittura dello statuto penale della famiglia sembrerebbe, inoltre suggerito dalle linee tracciate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che concepisce la famiglia in un'ottica dinamica, caratterizzata da un intrinseco polimorfismo, e non come un istituto cristallizzato entro le rime di una "tela" immutabile". Tanto appare testimoniato dall'art. 8, Paragrafo 1 CEDU – volto alla tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare - ai fini della cui applicazione è ininfluente che il legame familiare sia ufficializzato da un negozio solenne quale l'accordo matrimoniale.

Emerge dunque la necessità di sottoporre tutta una serie di norme, ad una interpretazione costituzionalmente orientata e convenzionalmente orientata. Queste disposizioni vanno lette alla luce dell'art. 2 e 3 della costituzione e dell'art. 8 CEDU, onde evitare che venga marginalizzata o non tutelata adeguatamente la convivenza è necessario estendere la nozione di prossimo congiunto anche al convivente. Tale tesi fa leva, inoltre, sulla necessità di un'interpretazione evolutiva. Le norme rilevanti in tema di "prossimi congiunti" sono, infatti, figlie di un contesto storico radicalmente diverso: il codice Rocco del 1930, è il prodotto di una società in cui la famiglia fondata sul matrimonio rappresentava l'archetipo della famiglia e pertanto l'unica degna di tutela.

La stessa legge n. 76/2016, ad una prima lettura, si presenta quale "Giano Bifronte". Se infatti da un lato la stessa potrebbe restituire l'idea di una scelta precisa del legislatore di escludere i conviventi, dall'altro potrebbe prestarsi quale aggancio normativo per affermare il sempre maggior valore riconosciuto a forme di legami familiari stabili che, secondo il sentire sociale, lo stesso legislatore sente l'esigenza di regolare. È l'evoluzione sociale che, proprio per il tramite dell'art. 2 della Costituzione, quale trasformatore permanente, consente di dare copertura normative a "nuovi" beni di emersione sociale. La legge 20 maggio 2016 n. 76, che ha dato copertura normativa all'unione civile tra persone dello stesso sesso, ha fornito una regolamentazione anche per le convivenze di fatto. Tanto è stato sottolineato dalla giurisprudenza<sup>[25]</sup> che, pur prendendo atto che il coordinamento in ordine alle ricadute penalistiche della nuova disciplina è avvenuto espressamente solo per le unioni civili mediante l'inclusione di tale nuova formazione sociale - per il tramite del d.lgs. n. 6 del 2017 - nella nozione di prossimi congiunti, senza prevedere un simile coordinamento con il fenomeno della convivenza *more uxorio*, ha ritenuto di non poter attribuire ai "silenzii" del legislatore sulla convivenza di fatto, il valore di un ostacolo insormontabile tale da impedire l'estensione della disciplina che si ricava dal quadro storico evolutivo e normativo della disciplina, anche alla convivenza, in ordine all'equiparazione tra la figura del convivente e quella del coniuge. Secondo tale filone giurisprudenziale, una diversa impostazione, fondata sul solo dato formalistico, apparirebbe ad oggi anacronistica e foriera di profili di incerta compatibilità costituzionale - quantomeno con riferimento agli effetti in *bonam partem* - in ordine alla disparità di tutele riconosciute alla parte dell'unione civile rispetto al convivente di fatto.

### **3.La posizione di rottura adottata dalle Sezioni Unite**

Ripercorsi i due orientamenti fino ad oggi esistenti, le Sezioni Unite hanno ritenuto applicabile il 384 comma I cp anche al convivente *more uxorio*, recependo in parte le argomentazioni utilizzate in precedenza da dottrina e giurisprudenza<sup>[26]</sup>, ed allo stesso tempo proponendo un nuovo e diverso angolo prospettico. Il punto saliente di tale pronuncia attiene al superamento dell'impostazione, condivisa da entrambi gli orientamenti (contrapposti) fino ad ora illustrati (seppure con impostazioni chiaramente differenti), per cui la

norma contenuta dell'art. 384 comma I cp sarebbe norma eccezionale. La stessa ordinanza di rimessione della VI Sezione, infatti, critica la possibilità di applicare il 384 comma I cp al convivente *more uxorio*, in primo luogo proprio sulla base dell'impossibilità di applicare la norma in commento in via analogia, in virtù della sua natura "eccezionale". Similmente anche la tesi opposta, non fa leva sul concetto di analogia, ma sulla necessità di una interpretazione costituzionalmente (e convenzionalmente) orientata. Le Sezioni Unite hanno ritenuto, invece, di rileggere la natura dell'art. 384 comma I cp, alla luce di una lettura costituzionalmente orientata della fattispecie, ma valorizzando l'elemento della colpevolezza, nel più ampio scenario delle disposizioni penali che regolano istituti analoghi.

Punto di partenza della diversa impostazione proposta dalla Corte, è la riflessione relativa alla *ratio* sottesa alla scusante di cui all'art. 384 cp. Nel caso delle scusanti, infatti, l'ordinamento rinuncia a punire un fatto antiggiuridico, pur commesso con dolo, in ragione delle circostanze peculiari che hanno determinato l'*agere* del soggetto che, influenzando sulla sua volontà, impediscono di pretendere un comportamento diverso. Nel caso specifico del 384 comma I cp, tali circostanze attengono all'*affectio* che lega l'agente ai prossimi congiunti. Ed infatti, come già illustrato, la scusante in commento elide la colpevolezza e non l'antigiuridicità, e trova legittimazione nella particolare situazione soggettiva in cui versa l'agente e che rende inesigibile un comportamento conforme alle norme indicate dal 384 cp. Punto centrale del ragionamento illustrato dalla Corte, è proprio il concetto di "inesigibilità" che si lega al particolare stato emotivo in cui si trova ad agire il soggetto. La natura di causa di esclusione della colpevolezza comporta, infatti, che la *ratio* della non punibilità vada analizzata alla luce proprio di questa particolare situazione emotiva vissuta dal soggetto. Tanto emerge, per differenza, con riferimento alle cause di giustificazione in cui il legislatore non ritiene più sussistente l'antigiuridicità della condotta, mentre nelle scusanti il legislatore, pur in presenza di un fatto che mantiene la propria carica antiggiuridica, dà prevalenza al particolare *status* emotivo che il soggetto si trova a vivere. L'art. 384 cp, infatti, «*tipizza una situazione oggettiva in cui il procedimento motivazionale del soggetto risulta "alterato" tanto da poter escludere la colpevolezza attraverso la valorizzazione del coinvolgimento psichico*»<sup>[27]</sup> e sulla scorta di tale situazione è lo Stato che abbassa la pretesa statutale, proprio tramite la lente dell'inesigibilità.

Secondo la Corte, posta la natura di scusante della norma in esame, è possibile vagliare l'opzione di ritenere utilizzabile lo strumento dell'analogia in *bonam partem* rispetto all'art. 384 comma I cp. Posto che è ormai superata l'impostazione che attribuisce al divieto di analogia carattere assoluto<sup>[28]</sup>, ossia operante tanto rispetto a norme incriminatrici, quanto rispetto a quelle favorevoli, è necessario comprendere il *telos* sotteso al divieto di analogia. Se da un lato appare chiaro che il divieto di analogia debba essere inteso nell'ottica di garantire la cogenza del comando penale, dall'altro può ritenersi che il fine primario è quello di tutelare la libertà del cittadino, che può essere messa a repentaglio solo dall'applicazione analogica di norme incriminatrici, pericolo che non ricorre ovviamente quando l'analogia interessa norme di favore. Pertanto il

divieto di analogia in materia penale, riguarda solo le disposizioni che producono un effetto in *malam partem* per il soggetto, in ossequio a quanto disposto dall'art. 25 cost.

Di particolare rilevanza è la riflessione circa l'ammissibilità di un'interpretazione in *bonam partem* di norme eccezionali, che rappresenta anche uno dei nodi gordiani della vicenda in esame, posto che una delle obiezioni più forti rispetto all'applicabilità del 384 comma I al convivente ha trovato fondamento proprio in una risposta negativa in tal senso[29]. Sono norme eccezionali quelle che derogano ad un principio generale dell'ordinamento[30], corollario di tale eccezionalità è l'impossibilità di un'interpretazione analogica della norma. Fermo restando il carattere eccezionale delle cause di non punibilità, che afferiscono ad una valutazione di opportunità operata rispetto alla singola fattispecie di reato, al contrario le cause di giustificazione e quelle di esclusione della colpevolezza, secondo l'opinione espressa dalla sentenza in commento, non avrebbero carattere eccezionale potendo ammettere l'applicazione analogica.

Le scusanti, tra cui rientra l'art. 384 comma I cp, non rivestirebbero natura eccezionale ogni volta che non siano espressione di un principio eccezionale dell'ordinamento[31], in considerazione del fatto che proprio l'inesigibilità costituirebbe una causa generale di esclusione della colpevolezza. Dalla natura giuridica di scusante del 384 comma I cp, che attiene all'elemento della colpevolezza e che impedisce di punire il soggetto agente poiché si ritiene inesigibile una condotta diversa, si dovrebbe escludere la natura eccezionale della norma. La stessa, infatti, non introduce una deroga alle norme generali ma può essere oggetto di analogia, non contravvenendo a quanto disposto dall'art. 14 preleggi, proprio perché sintetizza il principio generale del *meno tenetur se detegere* e ad *impossibilia meno tenetur*, espressione del principio di colpevolezza di cui all'art. 27 cost. Tale affermazione è stata da tempo proposta da una parte, seppure minoritaria, della dottrina[32] secondo cui le cause di inesigibilità codificherebbero, appunto, il principio di carattere non eccezionale del *nemo tenetur se detegere*, ed in questo senso nulla osterebbe ad un'interpretazione analogica della norma di cui all'art. 384, co. 1 c.p., proprio in virtù del carattere non eccezionale della stessa, espressione di un principio generale immanente nell'ordinamento[33]. La scusante in oggetto, codifica il principio generale di inesigibilità di una condotta conforme al diritto. Ci si trova dinnanzi ad un soggetto che commette un delitto fra quelli indicati nella disposizione trovandosi in una situazione di conflitto interiore fra l'obbligo giuridico di collaborare con l'amministrazione della giustizia e il dovere morale di tutelare la propria vita familiare[34], condizionandone la libertà di autodeterminazione. Una contrapposizione di interessi che rimanda, *mutatis mutandis*, al conflitto sempre latente tra "ragioni di stato" e "sentimento familiare" rappresentato nell'Antigone di Sofocle.

Per la verità l'elaborazione della teoria dell'inesigibilità come *ratio* alla base delle cause di esclusione della colpevolezza è risalente nel tempo[35]. Secondo autorevole dottrina[36] le circostanze di fatto su cui si inserisce la condotta, si ripercuotono sul giudizio di colpevolezza che può essere mosso all'agente, perché in

esse si riflette la psiche individuale e si plasma la volontà rispetto al fatto concreto. Chiaro che tali aperture ad elementi personalistici (nel senso della valorizzazione del cosiddetto “foro interno”) sono sempre rimasti ancorati all'impostazione oggettivistica propria dell'ordinamento italiano. Come visto già in precedenza, non poche sono state le obiezioni sollevate della dottrina<sup>[37]</sup> circa l'ammissibilità di un principio generale di inesigibilità, immanente nell'ordinamento, prima tra tutte quella per cui ammettere la scelta di scusare quel che non si può umanamente esigere si pone in tensione con il principio di certezza del diritto, con il rischio di utilizzare quale criterio quello della “fragilità umana” con tutte le conseguenze in ordine all'indeterminatezza legata ad un parametro valutativo così elastico. Ed ancora, a tale impostazione è stata mossa una critica di carattere dogmatico, ossia ritenere che una condotta è inesigibile significa ritenere che non sia dovuta, perché la non esigibilità può avere solo due accezioni: o quale limite obiettivo intrinseco all'azione e a ciò che umanamente è possibile; oppure come limite normativo, ma in questo senso sarebbe solo *prima facie* riferito all'elemento soggettivo. Tali limiti sarebbero in realtà di carattere oggettivo<sup>[38]</sup>, perché ciò che rileva non è lo stato psichico in sé, ma il valore attribuito oggettivamente ai motivi. La condotta non più qualificabile come antidoverosa, non è antiggiuridica, perché l'esistenza del dovere è legata ad una valutazione di carattere obiettivo, e l'inesigibilità dovrebbe essere ricondotta alle cause di giustificazione, al pari della legittima difesa, e secondo alcuni allo stato di necessità<sup>[39]</sup>.

Tanto posto, la Cassazione utilizza il termine di “scusante” soggettiva, in cui generalmente si fanno rientrare tutte le ipotesi in cui l'agente pur ponendo in essere un fatto antiggiuridico, e finanche con dolo, cosciente di violare la legge, non viene punito poiché è l'ordinamento che decide di astenersi dall'esercitare il proprio potere punitivo, in ragione delle particolari condizioni in cui l'agente ha orientato il proprio *agere*, e che rendono impossibile la pretesa di un comportamento alternativo.

Sembra potersi evocare, in questo senso, il principio di colpevolezza di cui all'art. 27 cost, che designa l'insieme dei requisiti dai quali dipende la possibilità di muovere un rimprovero all'agente e che secondo parte della dottrina<sup>[40]</sup> richiede: a) dolo, colpa, ovvero dolo misto a colpa; b) conoscenza o conoscibilità della legge penale violata ex art. 5 cp; c) capacità di intendere e di volere ed, infine, proprio l'assenza di scusanti (ossia normalità delle circostanze concomitanti alla commissione del fatto).

Il perimetro applicativo della scusante in esame è, secondo l'opinione prevalente della giurisprudenza, molto stringente e richiede un accertamento puntuale in ordine alla diligenza del soggetto per cui la condotta tenuta deve risultare l'unica concretamente in grado di evitare un grave pregiudizio.

Se l'art. 384 cp sottende non tanto la tutela dell'unità familiare, quanto piuttosto il singolo familiare rispetto all'interesse della collettività e dello stato alla punizione, la *ratio* è speculare a quella di cui all'art. 199 cpp. Secondo la Corte, infatti, il principio del *nemo tenetur se detegere*, riguarda entrambe le norme. Anche nella norma processuale l'oggetto della tutela è l'*affectio*, la giustificabilità del comportamento dell'agente rispetto

al conflitto interiore tra rendere la dichiarazione pregiudizievole o non danneggiarlo. In questo senso la Corte riprende un argomento già fatto proprio da quella parte della dottrina e della giurisprudenza che avallavano l'estensione dell'art. 384 cp al convivente proprio in ragione dell'irrazionale asimmetria tra comma I e comma II dell'art. 384 cp. Ed infatti, osserva la Corte, che la mancata estensione al convivente della scusante del primo comma, creerebbe un'incoerenza di fondo: da un lato infatti a norma del secondo comma è riconosciuto al convivente il diritto all'avvertimento in funzione dell'astensione di cui all'art. 199 cpp, con conseguente non punibilità in caso di omissione; dall'altro invece il convivente non sarebbe tutelato nell'ipotesi di cui al comma prima pur avendo posto in essere un comportamento ritenuto inesigibile. Tale differenza, non può essere legittimata semplicemente sulla base dell'esistenza o meno del vincolo matrimoniale, posto che la logica della scusante è la tutela di un sentimento che prescinde dall'esistenza di un vincolo formale.

Proprio sulla scorta di tali considerazioni, le Sezioni Unite riconoscono l'estensibilità della scusante soggettiva (non eccezionale) di cui al 384 comma I cp, al convivente *more uxorio*, proponendo un orientamento assolutamente nuovo nel panorama giurisprudenziale attuale sebbene, come visto, una dottrina minoritaria già da tempo sosteneva la possibilità di un'applicazione analogica delle scusanti.

Sarà interessante osservare quale seguito avrà tale impostazione (seppure in *bonam*), in un ordinamento come il nostro a carattere oggettivista, a differenza di quello tedesco a carattere soggettivista in cui una simile visione ha storicamente sempre trovato spazio.

Solo a titolo esemplificativo tale ragionamento potrebbe essere replicato in altre ipotesi controverse, si pensi all'art. 393-bis, o ancora l'art. 599, l'art. 418 comma III o l'art. 307 comma 3 cp.

[1] Cfr. Corte Cost. n. 121 del 2004 <https://www.giurcost.org/decisioni/2004/0121o-04.html> e Corte Cost. n. 140 del 2009 <https://www.giurcost.org/decisioni/2009/0140s-09.html>;

[2] Si veda sul punto **C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 3 aprile 2012, Van der Heijden c. Olanda**, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

[3] Il comma I dell'art 384 comma I cp, prevede la non punibilità, *expressis verbis*, per i delitti di cui agli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371 bis, 371 ter, 372, 373, 374 e 378. L'elenco contenuto nella fattispecie in commento è pacificamente ritenuto tassativo. Proprio la Corte di Cassazione, infatti, ne ha escluso la possibile applicazione al di là delle ipotesi contemplate. Si vedano tra le altre, Cass pen., Sez. III,, 24 ottobre 1966, n. 2397, Rv. 104528, in cui la Corte ha ritenuto inapplicabile la norma in esame al delitto di calunnia, e Cass. Cass pen., Sez. VI, 13 dicembre 1989, n. 2117, Rv. 183347 che ha similmente statuito in ordine al delitto di falso giuramento della parte. Tale assunto pare ulteriormente avallato dalla Corte Costituzionale (V. Corte

Cost., 28 giugno 2004, n. 2000, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 2052) che ha ritenuto “non manifestamente irragionevole” la scelta del Legislatore di includere determinate fattispecie, piuttosto che altre, nell’ambito applicativo dell’esimente.

[4] Art. 307 comma IV cp “*Agli effetti della legge penale, s'intendono per i prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione di prossimi congiunti, non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole*”

[5] Sul punto criticamente è stato criticamente che tale discrasia “*può ben rappresentare la punta dell'iceberg dell'incoerenza, poiché nel primo comma, immutato dall'origine per quanto qui interessa, ricorre la menzionata nozione di prossimi congiunti e quindi i conviventi sono esclusi, ma nel secondo comma, che ha subito modifiche recenti, la legge si riferisce anche ai conviventi tramite il richiamo alla sopra indicata ipotesi di coloro che hanno facoltà di astenersi dal deporre*”, cit. S. RIONDATO, *famiglia, unione civile e convivenza nel diritto penale italiano*. Relazione tenuta presso la facoltà di Giurisprudenza degli Studi di Milano-Bicocca, V Convegno di facoltà, “Dal diritto di famiglia alla famiglia dei diritti. Tutele civili, penali e processuali”, 15-16 marzo 2007, contenuto in [http://www.riondato.com/RIONDATO\\_Famiglia\\_un\\_civ\\_conv\\_nel\\_dir\\_pen\\_it\\_3\\_2007.pdf](http://www.riondato.com/RIONDATO_Famiglia_un_civ_conv_nel_dir_pen_it_3_2007.pdf) p. 5.

[6] Per tale impostazione dottrinale G.VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 635; F.ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, XV ed. a cura di C.F.GROSSO, II, Milano, 2008, p. 238; G.RUGGIERO, *Profilo sistematico della falsità in giudizio*, Napoli, 1974, p. 275; E.MEZZETTI, “*Necessitas non habet legem?*” *Sui confini tra “impossibile” ed “inesigibile” nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000, p. 99; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2003, p. 568 ss.; M. PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano, editore A. Giuffrè, 1959.

Nello stesso senso in giurisprudenza (Cassazione penale, Sez. VI, sentenza n. 15101 del 31 marzo 2003; Cassazione penale, Sez. VI, sentenza n. 8632 del 27 luglio 1995; Cassazione penale, Sez. VI, sentenza n. 4066 del 22 marzo 1980; Cass. pen., Sez. I, 11 febbraio 1991, n. 3503, Rv. 187227);

[7] In questo senso M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 61 ss.; G. CONSO, *L'alibi dei parenti*, in *Arch. pen.*, 1971, p. 176 ss.; V. GREVI, *Il segreto familiare: la testimonianza dei prossimi congiunti*, in AA.VV., *La testimonianza nel processo penale*, Milano, 1974, p. 105 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed. a cura di P. NUVOLONE, V, Torino, 1982, p. 749 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Milano, 1993, p. 134 ss.; in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale*, III, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2008, p. 599 ss. BETTIOL, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 1966, 376 ss.; ZANOTTI, *Nemo tenetur se detegere: profili*

sostanziali, in *Riv. Dir. e proc. Pen.*, 1989, 178 e ss..

[8] In giurisprudenza si veda, Cass. pen., Sez. VI, 20 novembre 2003, n. 44743, Rv. 227332; Sez. Un., 29 novembre 2007, n. 7208, Rv. 238384, Corte cost., 16 maggio 1994, n. 179, in *Giur. cost.*, 1994, p. 1589.

[9] E. DOLCINI-G. MARINUCCI, diretto da E. DOLCINI-G.L.GATTA, *Codice penale commentato*, Tomo II artt. 314-592, Edizione IV, *Commentari Ipsosa*, 2015, Milano, p1242 e ss.

[10] Così P.SUCHAN, *Sui rapporti tra l'art. 54 e l'art. 384 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1976, 675 ss, il quale sottolinea come "il punto decisivo che differenzia le due ipotesi prima ancora che sul piano normativo, su quello etico-sociale, è dato invero dal fatto che l'azione di salvezza di cui al 384 deve estrinsecarsi solo in favore dell'agente o di un suo prossimo congiunto, mentre l'art. 54 c.p. scrimina altresì il c.d. soccorso di necessità, a favore di chiunque. Sembra evidente che questa diversità di struttura normativa non si può non ricollegare ad una diversità di natura e di fondamento giuridico e conseguentemente ad una diversità di disciplina dei due istituti".

[11] In questo senso P.SUCHAN, op. cit. p. 675; GROSSO, Di un preteso limite all'applicabilità dell'art. 384 comma 1cp, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.*, 1962, p. 215; in giurisprudenza: Cass. pen. Sez. V, 11 novembre 1970, Vitti, in *Gius. Pen.*, 1971, c. 578.

[12] Non mancano opinioni in senso contrario, soprattutto in alcune risalenti pronunce giurisprudenziali, tra le altre Cass. pen. Sez. III 3 giugno 1957, Lipari, in *Giust. Pen.* 1958, II, c.20, Cass. pen. Sez. I, 15 novembre 1968, Garaffo, in *Giust. Pen.*, 1969, II, c. 839.

[13] Cfr. G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto Penale, Parte Speciale*, volume I, IV ed., Bologna, 2008, p. 414; M. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 55 ss.; Id., "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, ivi, 1992, p. 39 ss.

[14] Si noti che il 384 cp ha posto e pone da tempo innumerevoli profili di problematicità. Seppure non oggetto di questa sentenza, controversa è anche la natura giuridica del secondo comma. Per una prima tesi, il comma II sarebbe una causa di esclusione della tipicità, mancherebbe un elemento oggettivo del reato. Tale tesi è prevalente in dottrina, in quanto i reati richiamati sono tutti reati propri e nei reati propri la qualifica appartiene alla fattispecie oggettiva. I reati in oggetto sono configurabili solo in quanto il soggetto sia legittimamente sentito come testimone. In questo senso tra gli altri VASSALLI, *Causa di non punibilità*, Enc. Del Dir., VI, Milano 1960, 609. Secondo un'altra tesi, si tratterebbe invece di una causa di non punibilità, qui il fatto è tipico antiggiuridico e colpevole ma non punibile, perché il legislatore per ragioni di opportunità decide di non punire. Si veda in questo senso, GALLO, *il falso processuale*, in *Studi penalistici*, Cedam, 1973. Ulteriore problema si è posto in relazione al concorso di persone nel reato. L'ipotesi oggetto di studio è quella in cui un soggetto spinga un altro a rendere falsa testimonianza, e che poi effettivamente quest'ultimo la renda, pur non potendo assumere la veste di testimone. Posto che certamente il soggetto che non poteva

assumere la veste di testimone può invocare il 384 comma II, problematico è se il soggetto che lo ha spinto a rendere falsa testimonianza possa concorrere nel reato di falsa testimonianza ex 110 cp. La risposta dipende dalla natura giuridica che si dà al 384 comma II. Se ad esso viene attribuita natura di causa di esclusione della tipicità, è evidente che chi ha spinto a rendere falsa testimonianza non possa concorrere, perché sulla base dei principi generali in tema di concorso persone ex 110 cp, per concorrere è necessario che un reato sia stato commesso, occorre che gli elementi del fatto tipico ricorrano tutti, se non ci sono gli elementi del reato è chiaro che non si possa concorrere in un reato non commesso, qui non è chiaramente un problema di estensione ex 119 cp, il problema si risolve con il 110 cp. Se invece all'art. 384 comma II viene attribuita natura di causa di non punibilità, a rigore sarà configurabile un concorso di persone nel reato, in quanto le cause di non punibilità non si estendono ai concorrenti. Di recente la Cassazione (Cassazione penale sez. V n. 18110/2018), in un caso analogo ha ritenuto l'imputato non punibile, invocando l'art 111 cp, che è norma sull'autoria mediata. La Cassazione sembra quindi aver aderito implicitamente alla tesi della causa di non punibilità.

[15] G. MARINUCCI-E. DOLCIN, *Manuale di diritto penale, parte generale*, ed. VIII p. 84, ritengono che il divieto sancito dall'art. 14 delle Preleggi non abbraccia le norme che prevedono cause di giustificazione. Queste ultime, infatti, non sono norme penali, trattandosi di norme con finalità proprie, situate in ogni luogo dell'ordinamento, né possono considerarsi norme eccezionali, perché anzi sono espressione di altrettanti principi generali dell'ordinamento. Contra P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, pag. 33 ss.

[16] Tra le altre Corte cost., 18 gennaio 1996, n. 8, in *Giur. cost.*, 1996, p. 81

[17] Per una visione critica dell'impostazione dicotomica fatta propria dalla Corte Costituzionale, per cui la famiglia di fatto sarebbe tutelabile solo tramite l'art. 2 Cost, mentre la famiglia di diritto per mezzo dell'art. 29 Cost. si veda A. CARIOLA, *Famiglie e convivenze: il rilievo costituzionale comporta la giuridicizzazione dei rapporti interni*, in *Dir. fam. pers.*, fascicolo III, 2015, p. 1027 e ss., che ne sottolinea l'anacronismo.

[18] Sul punto Corte cost., 18 novembre 1986, n. 237, in *Cass. pen.*, 1987, p. 174, con nota di G. LUCCIOLI, *La famiglia di fatto di fronte alla Corte costituzionale: ancora un rifiuto di tutela*, ivi, p. 681, secondo cui "l'art. 307, comma quarto racchiude la nozione positiva di prossimo congiunto con una portata di integrazione generale nel sistema legislativo penale"; nello stesso senso, con riferimento al rapporto fra il concetto di prossimi congiunti espresso dall'art. 307 e le norme legislative che rimandano al rapporto di affinità, *Cass. pen.*, Sez. II, 8 aprile 2010, n. 19668, Rv. 247119. In dottrina M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 572 ss

[19] Uno dei primi esempi, seppure in un *obiter dictum*, è *Cass. pen.*, sez., VI, 22 gennaio 2004 n. 22398, Rv.

229676. Su tale pronuncia v. G. LEO, *Convivenza "more uxorio" e casi di non punibilità dei reati contro l'amministrazione della giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 421 ss. Più di recente ed in modo più netto si veda Cass. pen, Sez. II, 21-30 aprile 2015, n. 34147.

[20] È d'uopo sottolineare che secondo una parte della dottrina, seppure minoritaria, sul presupposto per cui le cause di esclusione della colpevolezza, basate sulla logica dell'inesigibilità, codificherebbero il principio non eccezionale del *nemo tenetur se detegere*, sarebbe possibile sostenere l'applicazione in via analogica della norma di cui all'art. 384 comma I cp. La logica sottesa a tale impostazione è quella del carattere non eccezionale di tale norma, riconducibile al principio generale di inesigibilità presente nel nostro ordinamento. In questo senso A. MANNA, *L'art. 384 cp e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniego di giustizia" da parte della Corte costituzionale?*, pp. 93-94.

[21] Prima dell'intervento della l. n 172 del 2012 tale disposizione era rubricata "*Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*" e recitava:

*"Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia, o un minore degli anni quattordici, o una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da uno a cinque anni.*

*Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a otto anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a venti anni."*

[22] Si veda tra le altre Cass. pen., Sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 20647, Rv. 239726.

[23] Così espressamente Cass.,per., Sez VI, 29 gennaio 2008, n. 20647, Rv. 239726 come sopra citata.

[24] Cass pen., Sez. IV, 21 maggio 2009, n. 32190, Rv 244692.

[25] Cass. pen. Sez. VI, n. 11476 del 19 settembre 2018, Rv. 275206

[26] Le Sezioni Unite hanno fatto particolarmente leva sia sulla sempre maggior rilevanza della convivenza di fatto come fenomeno sociale, sia sulla neutralità del silenzio del legislatore della Cirinà rispetto alla convivenza di fatto posto che tale scelta potrebbe essere letta nell'ottica di focalizzare la tutele sulle unioni civili, posto che la convivenza di fatto non sono prive di tutela, anzi sono oggetto "di una regolamentazione dovuta, soprattutto, ma non solo, agli interventi della giurisprudenza"

[27] Cassazione Sezioni unite 10381/2021 p.24

[28] BETTIOL, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*. Vita e pensiero, Milano, 1935, il quale sostiene che «//

*divieto dell'analogia in materia penale, va quindi, inteso in senso relativo: le norme descrittive di fatti delittuosi e quelle che prevedono una sanzione non possono estendersi oltre i casi espressamente contemplati, mentre le norme che giustificano la lesione di un interesse, che rendono incolpevole o non punibile un fatto non ricadono sotto il divieto predetto e sono passibili di estensione analogica».*

[29] Sul punto in ordine all'inammissibilità dell'applicazione del 384 cp al convivente *more uxorio* in ragione dell'impossibilità di applicazione analogica di norme eccezionali si veda Corte Cost. sent. n 140/2009 in <https://www.giurcost.org/decisioni/2009/0140s-09.html>

[30] Si veda sul punto, GUELI, *Il diritto singolare e il sistema giuridico*, Milano, Giuffrè, 1942

[31] In senso contrario in dottrina Marinucci - Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 348: "eventuali lacune in materia di scusanti possono essere colmate solo dal legislatore, e non dal giudice in via analogica".

[32] Si veda sul punto A. MANNA, *L'art. 384 c.p. e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniego di giustizia" da parte della Corte costituzionale?* in *Giur. cost.*, 1996, p. 90 ss. Sull'inesigibilità come categoria generale nel diritto penale v. G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, p. 353 ss..

[33] Per una diversa ricostruzione in dottrina G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, quinta edizione aggiornata da E. Dolcini, GL Gatta, Milano, 2015 p. 374 e ss, per cui le scusanti, a differenza delle cause di giustificazione, sono norme penali, concepite per disciplinare l'imputazione soggettiva del fatto antiggiuridico e tipico all'autore, e devono necessariamente soggiacere alla regola sulla produzione delle norme penali, in primo luogo, la riserva di legge, ed inoltre esso sono il prodotto di una precisa scelta del legislatore, posto che le ragioni sottese all'opportunità di scusare l'autore del reato sono strettamente irrelate a scelte di politica criminale rilevanti in via di eccezione espressa rispetto alle ordinarie regole di imputazione della responsabilità penale.

[34] Si veda M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 61 ss.; G. MAGLIO, F. GIANNELLI, *Problematiche inerenti alla struttura ed alla portata dell'art. 384 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1997, p. 673 SS.; G. CONSO, *L'alibi dei parenti*, in *Arch. pen.*, 1971, p. 176 ss.; V. GREVI, *Il segreto familiare: la testimonianza dei prossimi congiunti*, in AA.VV., *La testimonianza nel processo penale*, Milano, 1974, p. 105 ss.; P. SUCHAN, *Sui rapporti tra l'art. 54 e l'art. 384 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1976, p. 67 ss.; ID., *Stato di necessità e cause di non punibilità previste dall'art. 384 c.p.*, cit., p. 68; G.M. FLICK, *L'esimente speciale dell'art. 384 comma 1 c.p. e l'aggravante generale dell'art. 61 n. 2 c.p. nel delitto di falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 218 ss.; A. CRESPI, *Falsa testimonianza e possibilità di astensione dalla deposizione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 675 ss.; A. MANNA, *L'art. 384 c.p. e la "famiglia di fatto ": ancora un ingiustificato*

"diniego di giustizia " da parte della Corte costituzionale?, in *Giur. cost.*, 1996, p. 90 ss.; G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, p. 353 ss.; ID., "Nemo tenetur se detegere" sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 907 ss.;

[35] G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1978, il quale ritiene che "così, se il soggetto si rappresenta la realtà diversa da come effettivamente essa è, non ci potrà essere colpevolezza in relazione al reato perpetrato, alla stessa guisa di come dovrà escludersi la stessa quando la volontà si sia mostrata priva del potere di autodeterminazione". cit p. 477.

[36] G. BETTIOL, op.cit.

[37] F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, 2000.

[38] P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947.

[39] P. NUVOLONE op.cit., tali critiche rispetto al concetto di inesigibilità in rapporto alle scusanti sono mosse dall'autore, ma si può sottolineare che le cause di giustificazione sono pacificamente considerate norme non penali, per cui rispetto ad esse non si porrebbe il problema dell'analogia in favore del reo.

[40] G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, ed. VI, Giuffrè, pag. 326.