

***Le SS.UU. sull'applicabilità della esimente ex art. 384 c.p.
al convivente more uxorio***

Fabrizio Filice

Un'attesa pronuncia delle Sezioni unite penali, ponendo fine alla discussa questione dell'applicabilità al convivente dell'esimente, in materia dichiarativa, prevista dall'articolo 384 del c.p., rende finalmente giustizia al fatto che non esiste un solo modello di famiglia tutelato dall'ordinamento giuridico.

1. Nella sentenza n. 10381 del 26/11/2020, le Sezioni unite penali sono state chiamate a risolvere il contrasto esistente in ordine alla possibilità di applicare al convivente di fatto l'esimente prevista, per i reati di falso dichiarativo in contesto investigativo e processuale, dall'articolo 384, comma primo, del codice penale, a norma del quale nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371-bis, 371-ter, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore.

Non si tratta di una questione nuova, piuttosto di una questione già ampiamente trattata tra gli anni '80 e i primi anni 2000, quando ha incontrato una granitica resistenza della Corte costituzionale ad allargare, seppure ai ridotti fini penalistici, i confini della “*famiglia naturale fondata sul matrimonio*” testualmente prevista all'articolo 29 della Costituzione.

A fronte della ripetuta sollevazione della questione da parte della magistratura di merito, che ha già da molto tempo colto i mutamenti

sociali e culturali che impediscono, oggi, di conferire rilievo giuridico a un solo modello di famiglia, quello fondato sulla coppia eterosessuale unita in matrimonio - peraltro lo stesso modello di famiglia che reca un ineludibile retaggio patriarcale e il cui *mood* culturale, che non a caso alligna nei contesti ortodossi delle tre grandi religioni abramitiche, viene sempre declinato in senso contrario alla piena equiparazione socio-economica dei sessi e dei generi e, quindi, alle politiche di riconoscimento *in primis* delle donne, ma anche delle persone l.g.b.t.q.a.i. -, la Corte costituzionale ha sinora sempre risposto in modo seccamente negativo, rifiutando di allargare per via interpretativa le maglie del modello familiare unico e monolitico.

Con una prima sentenza, la 237 del 18 novembre 1986, pronunciando su questioni di legittimità costituzionale degli artt. 307, comma quarto, e 384, comma primo, del codice penale, appunto nella parte in cui non estendono al convivente l'esimente prevista in caso di favoreggiamento personale per il coniuge, la Corte ha ritenuto infondata la questione con riferimento all'articolo 29, affermando che tale norma tutela la famiglia fondata sul matrimonio e non può dunque essere invocata a garanzia di altri "aggregati umani" divergenti dal modello che si radica nel rapporto coniugale.

La Consulta ha poi tenuto il punto anche negli anni successivi, a fronte di nuovi tentativi dei Giudici merito, seppure "affinando", per dir così, il contenuto della motivazione. Con la sentenza n. 8 del 18 gennaio 1996, nel ribadire la posizione già espressa nella 237, ha cercato di motivare - andando consapevolmente *extra moenia* e avventurandosi in argomenti socio-antropologici che proprio le relative scienze, sociale e antropologica, hanno rivelato essere del tutto errati - la *ratio differentiae* tra le due situazioni, nel senso che la convivenza di fatto, in quanto liberamente revocabile in ogni istante da ciascuna delle parti, darebbe meno garanzie di stabilità e certezza rispetto al rapporto coniugale e quindi non potrebbe assurgere ad un'analogha corresponsabilità di diritti e doveri, che può nascere solo dal matrimonio.

La Corte ha poi ribadito, questa volta restando nel *proprium* e toccando un tema tuttora attuale in materia di “nuove famiglie” e “nuovi diritti”, che l’accoglimento di questioni di questo tipo comporterebbe inevitabilmente decisioni di tipo additivo, eccedenti i poteri della Corte a danno di quelli riservati al Legislatore.

L’ultima pronuncia in ordine di tempo, nella quale la Consulta ha mantenuto il proprio orientamento, è l’ordinanza n. 121 del 20 aprile 2004, con la quale, nel dichiarare nuovamente inammissibile la questione, si è ampiamente riportata ai principi affermati nelle pronunce precedenti, in particolare alla n. 8 del 1996 (effettivamente più motivata).

Non è nemmeno il caso di rimarcare come l’impostazione conservatrice adottata dalla “prima” Corte costituzionale sia stata completamente smentita dai fatti, dalla storia e delle scienze sociali e, a dire il vero, non solo negli ultimi vent’anni.

Già nel momento in cui era stata investita la prima volta della questione la Corte avrebbe avuto tutti gli elementi per approntare un ragionamento più aperto e più conforme al Suo obbligo primario, che à anche la *ratio* fondamentale dell’Istituzione, i.e. la tutela dei diritti fondamentali in chiave egualitaria e solidale con l’esclusione di interpretazioni “schiacciate” sul soggetto di dominio – il maschio, prima di tutto, e poi occidentale, bianco ed eterosessuale – e sulle categorie sociali “di forza” che sono state costruite nei millenni per preservare e perpetrare questo dominio.

Basta scorrere la letteratura antropologica per capire come alla base di quel modello di famiglia che ancora oggi in molti vorrebbero “unico” vi sia stata, con tutta probabilità, non una ragione di *affectio* bensì un atto di forza e di soggiogamento: quando l’uomo primitivo, sentendosi totalmente in balia della natura, che percepiva come una forza assoluta, divina (non a caso le prime religioni furono quelle naturali) e ostile - semplicemente perché non la conosceva e non ne capiva l’essere unitario e le leggi di cui era egli stesso parte – iniziò a

tessere alleanze con altri uomini, dando vita ai primi villaggi e alle prime comunità.

Così, per sentirsi più sicuri nell'alleanza comune contro la natura, gli uomini usarono la prima merce di scambio per sancire tali alleanze: le donne.

In seguito a questo primo soggiogamento originario attuato con la forza – la stessa forza oppressiva che l'uomo percepiva, errando, dalla natura e che non esitò a esercitare egli stesso, per esorcizzarla, sulle individue della sua specie, così attuando una separazione artificiale fra soggetto dominante e soggetto dominato, adottando quale criterio discretivo l'unico del tutto evidente fin dalla nascita, quello della differenza sessuale -, nacque il gene di quello che noi oggi conosciamo come famiglia tradizionale: si passò dal matrilineaggio al patrilineaggio, in quanto era l'uomo a cui la donna era stata ceduta a dover dare, a riprova del possesso esclusivo di quella donna, la discendenza ai figli; e iniziò a strutturarsi il modello di famiglia nucleare basata sulla coppia eterosessuale e a conduzione patriarcale, perché la coppia non si formava in modo paritario, per *affectio*, bensì con un patto di alleanza tra un soggetto cedente, maschio, un soggetto cessionario, maschio, e un non soggetto, reificato, ceduto, femmina.

Il bellissimo saggio di Marco Cavina, *Nozze di sangue*, del 2011, esercita mirabilmente l'interrogazione storico-giuridica sul modello culturale di famiglia con il quale la civiltà occidentale è cresciuta, sull'immaginario patriarcale che l'ha sempre ispirato, sul fondamento non (più, forse) scritto ma sempre oggettivo della potestà maritale; un'interrogazione sul nostro *spirito*, omettendo la quale non arriveremo mai ad ammettere (e quindi neanche a capire, figuriamoci a pensare di poter contrastare) le nuove dinamiche, come la *violenza di genere* e la *violenza domestica*, ma anche l'omolesbobitansfobia, che poggiano su quegli stessi simulacri antichi della nostra società.

Ritornando alla questione dell'esimente dell'articolo 384, per la quale la nozione di famiglia certamente – per quanto indirettamente – rileva, il *focus* è stato recentemente riaperto dalla Corte di cassazione la quale, con alcune pronunce a sezione semplice, ha affermato

direttamente, superando il divieto dei precedenti costituzionali, che l'esimente di cui all'articolo 384, primo comma, del codice penale, in quanto prevista, in combinato disposto con l'articolo 307, quarto comma, stesso codice, per il "coniuge", deve operare anche in favore del convivente.

In questo senso, le sentenze della Sezione prima, n. 24147 del 30/4/2015 e della Sezione sesta, n. 11476 del 19/09/2018.

Deve essere anzitutto condivisa, oltre al merito dell'impostazione, la scelta del *saltum* di nomofilachia all'*over ruling* senza passare attraverso una nuova questione di legittimità costituzionale, e quindi di fatto ignorando le precedenti pronunce della Consulta.

Risulta infatti con tutta evidenza dall'evoluzione legislativa interna (la Legge Cirinnà, n. 76 del 2016), dalle fonti e dalla giurisprudenza sovranazionale (per cui si veda subito oltre) e dallo stesso coté dell'attuale giurisprudenza costituzionale (si vedano, ad esempio, la sentenza n. 221 del 2015, in materia di riconoscimento del diritto all'identità di genere come dotato di protezione costituzionale; e la recentissima sentenza n. 33 del 2021, in materia di riconoscimento giuridico del legame tra il minore e la coppia che se ne prende cura, anche se nato all'estero con la pratica della gestazione per altri che in Italia è prevista come reato dall'articolo 12 della Legge n. 40 del 2004; pronuncia nella quale la Corte valorizza la "genitorialità sociale" anche quando non coincide con quella biologica, affermando al contempo che l'orientamento sessuale non incide di per sé sull'idoneità ad assumere la responsabilità genitoriale) che una giurisprudenza "di resistenza", come quella sostenuta dalla Consulta con i citati precedenti, non sarebbe oggi più riproponibile.

La Cassazione si concentra infatti sulla confutazione dell'attualità della precedente opinione della Consulta in ordine alla concezione di famiglia cui fare riferimento: una concezione che non appare più in linea con la sensibilità sociale in quanto "*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 l'indissolubilità del matrimonio, non costituisce più caratteristica assoluta e inderogabile ed anzi spesso caratterizza maggiormente unioni non fondate sul matrimonio”.

Insomma, i tempi sono pienamente maturi per una risoluzione della questione all'interno del campo della giurisprudenza di legittimità alla quale spetta, nella più alta sede nomofilattica, il compito di sancire definitivamente il principio di piena equiparazione, anche a fini penalistici, della famiglia di fatto, fondata su solide basi affettive, alla famiglia tradizionale e, quindi anche del convivente al coniuge.

Un compito di cui si è presa carico, con una motivazione molto articolata, la Sezione unite in commento, n. 10381 *del* 26/11/2020, la quale si è definitivamente espressa per l'applicabilità dell'esimente dell'articolo 384, comma primo, del codice penale anche al convivente.

A questo punto il discorso assume un'andatura logica e lineare.

La Corte parte della natura dell'esimente in questione che, come già ritenuto dalla giurisprudenza assolutamente prevalente, trova giustificazione nel riconoscimento della forza incoercibile dei sentimenti familiari e vuole quindi dare rilevanza alla situazione soggettiva dell'agente, trovando così la propria collocazione fra le cause di esclusione della colpevolezza; in quanto alla base della non punibilità vi è non già un bilanciamento tra interessi in conflitto ma vi è la scelta del Legislatore di attribuire rilevanza, pur sempre nei precisi confini segnati dalla fattispecie, alla particolare situazione soggettiva dell'agente che si trovi nell'alternativa di commettere un reato ovvero di non nuocere a un prossimo congiunto, il che rende inesigibile un comportamento conforme alla norma pur non escludendo il disvalore oggettivo del fatto tipico realizzato.

La *ratio* – evidenzia la Corte - corrisponde perfettamente a quella dell'art. 199 del codice di procedura penale, riconoscendosi che l'art.

384 si ricollega al principio generale dell'ordinamento *nemo tenetur se detegere* allo scopo di salvaguardare i vincoli di solidarietà familiare, scopo che ha di mira anche l'art. 199 in quanto relativo alla facoltà di astensione dei prossimi congiunti dell'imputato dal rendere testimonianza. Anche nella disposizione processuale l'oggetto della tutela è il "sentimento affettivo" in uno alla motivabilità dell'agente, in presenza di un conflitto interiore tra rendere una dichiarazione pregiudizievole per il "parente" e non danneggiarlo.

Anzi, può ben dirsi che l'art. 199 acquisti una funzione di indirizzo interpretativo in ordine alla estensione della scusante prevista dall'art. 384 alle coppie di fatto, considerato che la facoltà di astensione è riferita anche a chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, conviva o abbia convissuto con lui. Il mancato riconoscimento dell'estensione della scusante di cui all'art. 384, primo comma, anche al convivente determinerebbe piuttosto un problematico rapporto con il secondo comma dello stesso articolo, dal momento che il convivente, sebbene gli sia riconosciuto, come per il coniuge, il diritto all'avvertimento in funzione dell'astensione di cui all'art. 199, con conseguente non punibilità in caso di omissione, non sarebbe invece tutelato nell'ipotesi prevista dal primo comma in cui abbia posto in essere un comportamento che sia ritenuto inesigibile.

Così acclarata la natura di causa di esclusione della colpevolezza dell'esimente, la Corte aggiunge, entrando nel vivo della questione, che la funzione e la natura della scusante consentono di riconoscere un'assoluta parità delle situazioni in cui possono venirsi a trovare il coniuge e il convivente, nel senso che l'esistenza di un conflitto determinato da sentimenti affettivi non può essere valutato diversamente a seconda che l'unione tra due persone sia fondata o meno sul vincolo matrimoniale.

E qui inserisce la parte "aperta" della motivazione, in cui la Corte ricostruisce l'evoluzione del concetto di famiglia "dialogando" con le fonti sovranazionali, in particolare la Convenzione europea dei diritti umani e con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Se infatti è vero che è affermazione costante tanto della Corte EDU quanto dell' "ultima" Corte costituzionale (compresa la citata 33 del 2021, che da un lato invita espressamente il Legislatore a intervenire per sanare il vuoto di tutela ma, dall'altro lato, evita di farlo essa stessa, filtrando tale invito dietro un dispositivo di inammissibilità e così collocandosi nel solco, ormai sempre più nutrito, delle pronunce costituzionali "perlocutorie" di rigetto) che appartenga alla discrezionalità del Legislatore la scelta di prevedere diverse soglie di tutela dei vincoli discendenti dal matrimonio e dalla convivenza di fatto, dall'altro lato, tuttavia, deve considerarsi legittima la limitazione di tale discrezionalità in ragione dell'esigenza di tutelare gli interessi connessi all'amministrazione della giustizia penale.

La Corte EDU è ormai ferma nel ricomprendere nel concetto di "vita familiare", costituente oggetto della garanzia di cui all'art. 8, § 1, Conv. EDU, anche la vita dei conviventi di fatto; la nozione di "vita familiare" includendo, secondo la giurisprudenza convenzionale (cfr. Corte EDU, 13/06/1979, Marckx c. Belgio; Corte EDU, 26/05/1994, Keegan c. Irlanda; Corte EDU, 05/01/2010, Jaremowicz c. Polonia; Corte EDU, 27/04/2010, Moretti e Benedetti c. Italia; Corte EDU, 24/06/2010, Schalk and Kopf c. Austria; Corte EDU, 21/07/2015, Oliari ed altri c. Italia), sia le relazioni giuridicamente istituzionalizzate (famiglia legittima), sia le relazioni fondate sul dato biologico (famiglia naturale), sia, infine, quelle che costituiscono "famiglia" in senso sociale, alla condizione che vi sia effettività di stretti e comprovati legami affettivi.

Del resto, anche l'evoluzione legislativa interna, con la citata legge Cirinnà del 2016, dimostra che ormai le diverse tipologie di unioni familiari, pur rappresentando fenomeni distinti l'uno dall'altro, fruiscono di un pacifico comune riconoscimento fondato sulla non esclusività della specifica tutela garantita alla famiglia fondata sul matrimonio e, al contempo, sulla consapevolezza della pari dignità delle scelte legate all'avvio di una convivenza senza matrimonio.

Infine, sul terzo formante, quello del diritto dell'Unione, La Corte evidenzia che la Carta dei diritti fondamentali tutela persino più ampiamente la molteplicità e varietà delle relazioni di tipo familiare: l'art. 9 infatti, pur ispirandosi all'art. 12 della Convenzione EDU, presenta una formulazione letterale più ampia perché riconosce e garantisce separatamente i due diritti, isolando il diritto di fondare una famiglia dal vincolo matrimoniale in senso stretto e in tal modo creando le condizioni per estenderne la tutela anche in favore di altre forme di relazione familiare; l'articolo 9 è inoltre rafforzato dall'art. 33, § 1, della stessa Carta, che garantisce "la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale".

In tal modo, secondo le Sezioni unite, il "diritto di sposarsi" viene riconosciuto tra le libertà fondamentali tutelate in modo disgiunto rispetto al "diritto di fondare una famiglia", così realizzando una significativa apertura nei confronti delle famiglie di fatto, in quanto la meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso la scelta, del tutto legittima, di convivere senza matrimonio viene riconosciuta e tutelata anche al di fuori della presenza di vincoli formali nei rapporti familiari. Al tradizionale *favor* per il matrimonio, si sostituisce, insomma, la pari dignità di ogni forma di convivenza.

Riprendendo e avviando a conclusione il ragionamento, abbiamo già le prime due preposizioni sillogistiche: la prima è che l'esimente dell'articolo 384 trova la sua *ratio* nell'incoercibilità dei legami familiari intesi in senso sostanziale, con riguardo ai sentimenti e alla forza del legame; la seconda è che la famiglia basata sulla convivenza tra due persone – e, credo sia il caso di ribadirlo traendolo dalle più recenti citate pronunce costituzionali, tra cui la 33 del 2021: senza alcuna differenza tra l'unione eterosessuale e quella omosessuale – rappresenta una forma di famiglia fondata sulla stessa forza dei sentimenti e sulla stessa solidità dei legami di quella istituzionalizzata, non essendo più compatibile con l'ordinamento giuridico europeo il tentativo di imprimerle lo stigma di un *minus* rispetto alla famiglia tradizionale fondata sul matrimonio.

A questo punto ci si può avviare alla conclusione del sillogismo, alla quale la Corte giunge nell'esposta prospettiva triadica delle fonti: ordinamento interno (articoli 2 e 29 della Costituzionale "evoluti" nel senso rappresentato dalla Legge Cirinnà del 2016), Convenzione EDU e diritto dell'Unione; la conclusione sta, inevitabilmente, nella possibilità di applicare analogicamente la causa di esclusione della colpevolezza anche nei confronti di chi abbia commesso uno dei reati indicati nell'art. 384, primo comma, per "salvare" il convivente di fatto.

Al ragionamento la Corte aggiunge poi un ultimo tassello che è quello, più che legittimo, del rigore dimostrativo della situazione di "convivenza" invocata quale scusante: la dimostrazione della ricorrenza della situazione della convivenza potrà infatti essere dimostrata anche dall'imputato attraverso allegazioni da cui risultino elementi specifici che pongano il Giudice in condizione di accertarne l'esistenza, adottando i parametri esposti proprio dalla Legge Cirinnà, che definisce conviventi due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale.

L'accertamento della situazione di convivenza non richiede necessariamente la previa "registrazione" della convivenza stessa - che è oggi ammessa proprio dalla Legge Cirinnà attraverso la dichiarazione anagrafica di cui all'art. 4 e alla lettera b) del comma 1 dell'art. 13 del regolamento di cui al d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223 -, nel senso che la situazione di convivenza potrà essere accertata attraverso qualsiasi mezzo di prova e indipendentemente dall'avvenuta registrazione anche se, come è chiaro, l'esistenza di tale registrazione potrà costituire un forte elemento di prova.

Ecco, dunque, il principio di diritto conclusivo affermato dalle Sezioni unite: *"L'art. 384, primo comma, cod. pen., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, è applicabile analogicamente anche a chi ha commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato costretto"*

dalla necessità di salvare il convivente more uxorio da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore".