

The logo consists of three overlapping circles: a yellow one on the left containing the letter 'C', a green one in the middle containing 'J', and a blue one on the right containing 'N'.

CJN

# Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



2/2021

## EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

## EDITORIAL BOARD

*Italy:* Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

*Spain:* Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz,

Joan Queralt Jiménez

*Chile:* Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto,

Fernando Londoño Martínez

## MANAGING EDITORS

Carlo Bray, Silvia Bernardi

## EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas,

Stefano Finocchiaro, Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia,

Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

## EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, Manfredi Bontempelli, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Francesco D'Alessandro, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascuraín Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggieri, Francesca Ruggieri, Dulce María Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valejje Álvarez, Antonio Vallini, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacché

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,  
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157  
ANNO 2021 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.  
Impaginazione a cura di Chiara Pavese

**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Committee on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

<p>ANALOGIA E INTERPRETAZIONE NEL DIRITTO PENALE</p> <p><i>ANALOGÍA E INTERPRETACIÓN EN DERECHO PENAL</i></p> <p><i>ANALOGY AND INTERPRETATION IN CRIMINAL LAW</i></p>	<p><b>Il fine giustifica i mezzi? Le Sezioni Unite e la difficile estensione ai conviventi dell'art. 384 c. 1 c.p.</b></p> <p><i>¿El fin justifica los medios? Las Secciones Unidas y la difícil extensión a los convivientes del artículo 384 § 1 c.p.</i></p> <p><i>Does the End Justify the Means? The Supreme Court Joint Chambers and the Controversial Extension to Cohabitees of Article 384 § 1 c.p.</i></p> <p>Alberto Macchia</p>	<p>1</p>
<p>DIRITTO PENALE, PERSONA E SCIENZA</p> <p><i>DERECHO PENAL, PERSONA Y CIENCIA</i></p> <p><i>CRIMINAL LAW, HUMAN PERSON AND SCIENCE</i></p>	<p><b>Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale. Osservazioni sui d.d.l. A.C. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)</b></p> <p><i>Subrogación de maternidad: la pretensión de un poder punitivo universal.</i></p> <p><i>Observaciones sobre d.d.l. A.C. 2599 (Carfagna) y 306 (Meloni)</i></p> <p><i>Subrogation of Maternity: The Claim for Universal Jurisdiction. Notes on d.d.l. A.C. 2599 (Carfagna) and 306 (Meloni)</i></p> <p>Marco Pelissero</p>	<p>30</p>
<p>GIUSTIZIA PENALE E NUOVE TECNOLOGIE</p> <p><i>JUSTICIA PENAL Y NUEVAS TECNOLOGÍAS</i></p> <p><i>CRIMINAL JUSTICE AND NEW TECHNOLOGIES</i></p>	<p><b>Predizione decisoria, diversion processuale e archiviazione</b></p> <p><i>Predicción de la decisión, desviación procesal y desestimación</i></p> <p><i>Judicial Prediction, Trial Diversion and Dismissal</i></p> <p>Roberto E. Kostoris</p>	<p>42</p>
<p>GIUSTIZIA PENALE E NUOVE TECNOLOGIE</p> <p><i>JUSTICIA PENAL Y NUEVAS TECNOLOGÍAS</i></p> <p><i>CRIMINAL JUSTICE AND NEW TECHNOLOGIES</i></p>	<p><b>L'informatizzazione della giustizia penale</b></p> <p><i>La informatización de la justicia penal</i></p> <p><i>The Computerization of Criminal Justice</i></p> <p>Francesca Delvecchio</p>	<p>60</p>
<p>GIUSTIZIA PENALE E NUOVE TECNOLOGIE</p> <p><i>JUSTICIA PENAL Y NUEVAS TECNOLOGÍAS</i></p> <p><i>CRIMINAL JUSTICE AND NEW TECHNOLOGIES</i></p>	<p><b>La nuova proposta europea per regolamentare i Sistemi di Intelligenza Artificiale e la sua rilevanza nell'ambito della giustizia penale: un passo necessario, ma non sufficiente, nella giusta direzione</b></p> <p><i>La nueva propuesta europea para regular los sistemas de inteligencia artificial en el ámbito de la justicia penal: un paso necesario, mas no suficiente, en la dirección correcta</i></p> <p><i>The New Draft for an EU AI Regulation and Its Relevance for Criminal Justice: A Necessary, Yet Not Sufficient, Step in the Right Direction</i></p> <p>Anita Lavorgna e Gabriele Suffia</p>	<p>88</p>

IL SISTEMA SANZIONATORIO NELLA PRASSI	<b>La messa alla prova per adulti: riscontri applicativi</b> <i>Suspensión del procedimiento con puesta a prueba para adultos: comentarios de la aplicación</i> <i>Probation for Adults: Application Findings</i> Grazia Mannozi, Viola Molteni e Francesca Civiello	105
<i>EL SISTEMA DE SANCIONES EN LA PRÁCTICA</i>		
<i>THE SANCTIONS SYSTEM IN PRACTICE</i>		
IL FOCUS SU...	<b>Responsabilità, osservanza, castigo</b> <i>Responsabilidad, cumplimiento, castigo</i> <i>Responsibility, Abidance, Punishment</i> Domenico Pulitanò	130
<i>EL ENFOQUE EN...</i>		
<i>THE FOCUS ON...</i>		
	<b>La non punibilità del delatore nei reati contro la P.A.: "praticabile" compromesso o vera e propria chimera?</b> <i>La no punibilidad de los denunciadores en los delitos contra la A.P.: ¿un compromiso "practicable" o una auténtica quimera?</i> <i>Immunity for Snatchers for Crimes Against the P.A.: a "Viable" Compromise or a Real Chimera?</i> Filippo Bellagamba	141
	<b>La "giustizia del cadì": gli effetti delle pronunce sovranazionali sul giudicato penale</b> <i>La "justicia del cadì": los efectos de las sentencias supranacionales sobre las sentencias ejecutoriadas penales</i> <i>The "Justice of the Cadi": the Effects of Supranational Decisions on Final Judgments in Criminal Law</i> Sofia Confalonieri	167

DIRITTO PENALE DEL LAVORO	<b>La responsabilità penale del datore di lavoro nelle organizzazioni complesse</b>	189
<i>DERECHO PENAL LABORAL</i>	<i>La responsabilidad penal del empleador en las organizaciones complejas</i>	
<i>CRIMINAL LABOR LAW</i>	<i>Criminal Liability of The Employer in Complex Organizations</i>	
	Elisa Scaroina	
DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE	<b>The U.S. Sanctions Against ICC personnel: Just an Aberration Attributable to a Now-Defunct, Populist “Regime”?</b>	205
<i>DERECHO PENAL INTERNACIONAL</i>	<i>Le sanzioni degli Stati Uniti contro i funzionari della Corte Penale Internazionale: solo un atto aberrante attribuibile ad un “regime” populista ormai defunto?</i>	
<i>INTERNATIONAL CRIMINAL LAW</i>	<i>Las Sanciones de Estados Unidos en contra de los funcionarios de la Corte Penal Internacional: ¿Sólo un acto aberrante atribuible a un “régimen” populista ya fallecido</i>	
	Stefano Silingardi	



ANALOGIA E INTERPRETAZIONE NEL DIRITTO PENALE  
*ANALOGÍA E INTERPRETACIÓN EN DERECHO PENAL*  
*ANALOGY AND INTERPRETATION IN CRIMINAL LAW*

- 1 **Il fine giustifica i mezzi? Le Sezioni Unite e la difficile estensione ai conviventi dell'art. 384 c. 1 c.p.**  
*¿El fin justifica los medios? Las Secciones Unidas y la difícil extensión a los convivientes del artículo 384 § 1 c.p.*  
*Does the End Justify the Means? The Supreme Court Joint Chambers and the Controversial Extension to Cohabitees of Article 384 § 1 c.p.*  
Alberto Macchia
- 19 **Ambigüedad sintáctica e interpretación de la ley penal**  
*Syntactic Ambiguity and Interpretation of Penal Statutes*  
*Ambiguità sintattica e interpretazione del diritto penale*  
Juan Pablo Mañalich R.

# Il fine giustifica i mezzi? Le Sezioni Unite e la difficile estensione ai conviventi dell'art. 384 c. 1 c.p.

*¿El fin justifica los medios? Las Secciones Unidas y la difícil extensión a los convivientes del artículo 384 § 1 c.p.*

*Does the End Justify the Means? The Supreme Court Joint Chambers and the Controversial Extension to Cohabitees of Article 384 § 1 c.p.*

ALBERTO MACCHIA

*Già consigliere della Corte di cassazione e componente delle Sezioni unite penali. Assistente di studio presso la Corte costituzionale*

INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE,  
COLPEVOLEZZA

INTERPRETACIÓN LEGAL,  
CULPABILIDAD

LEGAL INTERPRETATION,  
CULPABILITY

## ABSTRACTS

Con la sentenza Fialova (Cass., SS.UU. 16 novembre 2020, n. 10381), le Sezioni Unite penali hanno statuito l'applicabilità della causa di non punibilità prevista dall'art. 384, comma 1, c.p. anche al convivente *more uxorio*, categoria soggettiva non contemplata nel testo della norma. L'incremento della platea dei soggetti 'beneficiari' offre all'A. l'occasione per riflettere – nella prospettiva critica alla pronuncia – circa il limite 'estremo' dell'ermeneutica giudiziaria, senza che eventuali fratture degli indeterminati confini posti alla nomoflaccia possano dar vita ad un fenomeno 'creativo'; per scandagliare gli ulteriori limiti di estensione delle cause di non punibilità, in quanto deroghe a norme penali generali, e dell'interpretazione adeguatrice in presenza di silenzio solo 'apparente' del legislatore. La riflessione è infine condotta sul complesso versante della c.d. analogia benevola, nel rigore postulato dai suoi difficili rapporti con i principi di legalità e tassatività della "materia penale".

Con la sentencia Fialova (Cass., SS.UU. 16 de noviembre de 2020, núm. 10381), las Secciones Penales Unidas han extendido la aplicación de la causa de no punibilidad prevista en el artículo 384, inciso primero, del Código Penal, al conviviente *more uxorio*, categoría subjetiva no contemplada en el texto de la norma. El aumento del número de "beneficiarios" ofrece al autor la oportunidad de reflexionar – desde la perspectiva crítica de la sentencia – sobre el límite "extremo" de la hermenéutica judicial, sin que las fracturas de las fronteras indeterminadas puestas en la nomofilaquia puedan dar lugar a un fenómeno "creativo"; para sondear los límites ulteriores de la extensión de las causas de no punibilidad, como excepciones a las normas penales generales, y de la interpretación adecuada en presencia de un silencio sólo "aparente" por parte del legislador. Finalmente, se reflexiona sobre el complejo aspecto de la llamada analogía benévola, en el rigor que postulan sus difíciles relaciones con los principios de legalidad y taxatividad de la "materia penal".

The Fialova judgment by the Supreme Court Criminal Joint Chambers (no. 10381 of 16 November 2020) affirmed that the defence under article 384, para. 1, of the Italian Criminal Code applies to a common-law wife, i.e. a category not included in the legal text. The broadening of the potential group of 'beneficiaries' is used as a chance to – critically – consider the 'extreme' limit of judicial interpretation, avoiding 'creativity' by the Supreme Court as a consequence of uncertain boundaries; then analysing further limits to defences, as derogations to general criminal norms, as well as interpretations aimed to overcome the 'apparent' silence of the lawmaker. Finally, the paper focuses on the complex notion of the so-called analogy in bonam partem, duly taking into account its controversial relationship with legality and prohibition of analogy for "criminal matters".

## SOMMARIO

1. Premessa: ‘sconfinamenti’ ermeneutici e conflitti tra poteri. – 2. La *species facti* all’esame delle Sezioni Unite: precisazioni. – 3. Gli impervi precedenti della giurisprudenza costituzionale ed i corollari sulle possibili ermeneutiche. – 4. Lo ha chiesto l’Europa? L’assenza di un protocollo unificante di convivente e coniuge nella giurisprudenza convenzionale ed eurounitaria. – 5. Il silenzio solo apparente del legislatore. – 6. Natura (e riflessi) della causa di non punibilità ex art. 384, primo comma, cod. pen. – 7. Il vero problema: l’analogia benevola nel diritto penale ed il principio di inesigibilità. – 8. Alcune conclusioni critiche.

## 1.

## Premessa: ‘sconfinamenti’ ermeneutici ed i conflitti tra poteri.

Nomofilachia e principi di vario rango e fonti, come è ormai consueto in un assetto di sistema sempre più composito, e dinamicamente orientato a comporre diritto nazionale, diritto eurounitario e diritto convenzionale, producono, spesso, risultati sempre più difficilmente prevedibili<sup>1</sup>.

Le variabili sono troppe per poter consentire, anche all’osservatore più attento, di intravedere *ante portas* linee guida e coordinate strategiche al lume delle quali poter tracciare sicuri percorsi argomentativi e logici, sulla falsariga dei quali orientarsi senza perdere la bussola. Specie laddove ci si imbatte, come nello specifico caso affrontato nella sentenza Fialova, in tematiche fortemente evocative di questioni *borderline* e di principio – come i concetti di “famiglia”, “prossimi congiunti”, “esigibilità” in campo penale, “scusanti” e limiti intrinseci all’intervento penale, anche sul versante della offensività e proporzionalità – è particolarmente arduo tracciare una persuasiva *actio finium regundorum*, tra giudice, legge, costituzione, Carte e Corti di varia natura e ubicazione, con risultati che non determinino eccessivi “scossoni”, o, peggio, aporie di sistema.

È certo che non siamo più ai tempi in cui, quasi con il rasoio di Occam, il barone di La Brède e di Montesquieu teorizzava, peraltro storicizzandoli, l’equilibrio e la divisione dei poteri: è evidente che le dinamiche rappresentino passaggi tra diverse forme di equilibrio. Ma un qualche “cemento” che debba assecondare quelle situazioni di equilibrio lo si deve pur sempre intravedere, anche se nella varietà delle situazioni concrete: e Montesquieu, nelle sue *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*, aveva colto la grandezza di Roma nello “spirito del popolo”. “Molte cose – puntualizzò, successivamente, nell’*Esprit des lois* – guidano gli uomini: il clima, la religione, le leggi, le massime di governo, le tradizioni, i costumi, le usanze: donde si forma uno spirito generale, che ne è il risultato”: di queste “cause” ce n’è una che agisce, nelle varie nazioni, con maggior forza; le altre “cedono in proporzione”<sup>2</sup>.

Attraverso questo “spirito generale”, al tempo stesso misura di analisi dei fenomeni e ‘ragion pratica’ delle scelte di fondo, verrebbe quasi da dire che Montesquieu avesse già rinvenuto il nucleo del *politically correct*, senza, con questo, voler assolutamente banalizzare i problemi di fondo. Ma è ovvio che, laddove vengano coinvolti ‘valori’ fondamentali – ed è difficile immaginare che il diritto penale non finisca necessariamente per coinvolgerne qualcuno – le tensioni possano farsi acute e che lo “spirito generale” possa dar vita a irrocervi interpretativi o applicativi o, comunque, a fenomeni di esondazione di un ‘potere’ sull’altro.

Il giudice che “fa” la legge per risolvere il caso che gli è stato devoluto è sempre stato il “Moloch” dal quale ogni democrazia si è voluta cautelare<sup>3</sup>: ma quando la legge resta colpevolmente “muta” (e l’‘interventismo’ che la Corte costituzionale ha mostrato in questi ultimi anni ne è una fedele testimonianza), verrebbe da dire che lo “spirito generale” prende spazio e affila gli strumenti che la giurisdizione, sia pure con percorsi ardui, esibisce alla bisogna.

Gli ‘sconfinamenti’ di campo sono, come è ovvio, tollerabili, ma purché *cum grano salis*, ed in ipotesi davvero eccezionali, rappresentando, come si è detto, una sorta di ‘valvola di sicu-

<sup>1</sup> Sull’argomento i contributi sono ormai assai numerosi: V., fra gli altri, CONDORELLI e PRESSACCO, (2018); DI GIOVINE (2018); MANES (2018); DONINI (2016); VIGANÒ (2016).

<sup>2</sup> MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, X edizione, 2019, ed. Rizzoli, con prefazione di Giovanni Macchia e commento di Robert Derathe, pag. 467.

<sup>3</sup> Le esperienze della scuola di Kiel e dei vari Schaffstein e Dahm, teorici del “diritto libero” nazista, ne sono fedele dimostrazione, elevando a fonte autonoma del diritto il “sano sentimento del popolo” (*gesundes Volksempfinden*), ed affidando al giudice il compito di intuirne la essenza. Epigoni non lontani dalla visione propria dei paesi socialisti, la quale non si discosta molto dal modello del *Tätertip* e di un giudice ancora una volta “interprete” dei valori della società socialista. V. al riguardo l’analisi, ancora fondamentale, di BRICOLA (1974), p. 33 e segg. dell’estratto.

rezza' del sistema, che la stessa Costituzione ha in qualche modo preventivato nell'evocare lo strumento dei conflitti.

È quanto, d'altra parte, si è verificato – assai prima del “rivoluzionario” caso Cappato – a margine dell'altrettanto noto caso Englaro. Operazione ermeneutica ‘entro il confine’ o invasione delle attribuzioni normative riservate al Parlamento?

La Camera dei deputati insorse, promuovendo conflitto tra poteri dello Stato, attraverso il quale veniva denunciato lo ‘sconfinamento di campo’ operato dalla Corte di cassazione e, in esecuzione, dalla Corte di appello di Milano, in quanto le due autorità giudiziarie avrebbero «esercitato attribuzioni proprie del potere legislativo, comunque interferendo con le prerogative del potere medesimo» e «creato una disciplina innovativa della fattispecie, fondata su presupposti non ricavabili dall'ordinamento vigente con alcuno dei criteri ermeneutici utilizzabili dall'autorità giudiziaria», «mediante un'attività che assume sostanzialmente i connotati di vera e propria attività di produzione normativa».

Deduzioni sostanzialmente analoghe sviluppò anche il Senato della Repubblica, che propose ugualmente conflitto, prospettando, fra l'altro, che la Corte di cassazione avrebbe adottato «un atto sostanzialmente legislativo», con cui «si introduce[va] nell'ordinamento italiano l'autorizzazione alla cessazione della vita del paziente in stato vegetativo permanente», omettendo di conseguire tale effetto tramite la sola via aperta al giudice in tal caso, ovvero sollevando questione di costituzionalità sugli artt. 357 e 424 cod. civ., nella parte in cui essi precluderebbero la piena tutela del diritto alla salute; la Cassazione, in altri termini, avrebbe «inteso trovare, nelle pieghe dell'ordinamento, un appiglio normativo che consentisse di formulare il principio di diritto che abilitasse a determinare la cessazione della vita del paziente».

Piano scivoloso, quello devoluto alla Corte, dal momento che, sia pure incidentalmente, occorre stabilire il limite ‘estremo’ dell'ermeneutica giudiziaria, senza che eventuali fratture degli indeterminati confini posti alla nomofilachia potessero dar vita ad un fenomeno ‘creativo’ tale da ingenerare una, costituzionalmente intollerabile, “truffa delle etichette”: una disposizione di legge *surrogata* da una sentenza.

La risposta della Corte<sup>4</sup> fu, nel frangente, drastica: senza far luogo alla fase di merito del conflitto, dichiarò, in mancanza di contraddittorio e *prima facie*, la inammissibilità del conflitto per carenza dei requisiti oggettivi, affermando, lapidariamente, di non rilevare «la sussistenza nella specie di indici atti a dimostrare che i giudici abbiano utilizzato i provvedimenti censurati – aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali loro proprie e, pertanto, spieganti efficacia solo per il caso di specie – come meri schermi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento, che ne è sempre e comunque il titolare».

## 2. *La species facti all'esame delle Sezioni Unite: precisazioni.*

Ebbene, nel caso della sentenza Fialova qui in commento<sup>5</sup>, ci troviamo davanti ad un caso di *novum* giurisprudenziale davvero “creativo”, oppure navighiamo nelle tranquille acque (si fa per dire) che scorrono all'interno degli spazi fisiologici offerti alle dialettiche della giurisprudenza? L'impressione è che la “creatività” – a nostro avviso non consentita – stia più nel percorso argomentativo che non nel risultato ultimo cui le Sezioni unite sono pervenute.

In breve. Il “fatto” non dovrebbe interessare il tema di diritto affrontato dalle Sezioni unite. Eppure, nel caso di specie, un qualche “interesse” lo presenta, dal momento che, come puntualizza la stessa decisione qui in esame, non viene in discussione la ipotesi prevista dal secondo comma dell'art. 384 cod. pen., ma quella di cui al primo comma dello stesso articolo, nella parte in cui rende applicabile la causa di non punibilità ivi prevista anche al reato di favoreggiamento personale a favore di particolari categorie soggettive di favoreggiati, in quanto legate al favoreggiatore da particolari vincoli.

E qui, proprio di un favoreggiamento personale si trattava, secondo quanto precisato nella stessa narrativa con cui la sentenza esordisce. Apprendiamo, infatti, che il procedimento ha riguardato una donna condannata alla pena di sei mesi di reclusione per il reato di favoreg-

<sup>4</sup> V. ordinanza n. 334 del 2008. Al riguardo, fra gli altri, v. BIN (2008); CAPONI e PROTO PISANI (2009), c. 984; FATTA (2009), p. 1630; GEMMA (2008), p. 3723; MALTESE (2009) c. 987; ROMBOLI (2009) I, c. 49;

<sup>5</sup> Cass., Sez. un., n. 10381 del 16 novembre 2020, Fialova

giamento personale, in quanto, al fine di aiutare il proprio convivente, il quale alla guida di una autovettura, aveva provocato un incidente stradale in cui erano state coinvolte altre due autovetture, dichiarava falsamente ai Carabinieri di essere stata lei alla guida dell'auto, su cui, invece, viaggiava come terzo trasportato. La falsa dichiarazione era diretta a favorire la posizione del convivente, dal momento che quest'ultimo, oltre ad essere privo della patente di guida, perché revocata, dopo l'incidente si era allontanato senza prestare assistenza alle persone coinvolte nel sinistro dallo stesso provocato.

Ci troviamo quindi in presenza di una condotta "liberamente" intesa a scagionare, attraverso le false dichiarazioni alla polizia giudiziaria, il convivente dai fatti-reato al medesimo contestabili, secondo la ampia formulazione dell'art. 378 cod. pen., che fa richiamo a qualsiasi forma di "aiuto" prestato allo scopo di consentire al favoreggiato di eludere, *post crimen patratum*, le investigazioni della autorità o a sottrarsi alle relative ricerche.

Come pure la giurisprudenza ha affermato, il reato di favoreggiamento personale è di pura condotta, la quale, tuttavia, per costituire "aiuto" alla elusione delle investigazioni dell'autorità, deve essere potenzialmente idonea al conseguimento di un tale risultato e deve, inoltre, essere consapevolmente diretta ad inserirsi nell'ambito operativo di detta autorità, pur non essendo poi necessario che quest'ultima sia effettivamente fuorviata<sup>6</sup>. Trattandosi, poi, di reato di pericolo, il delitto di favoreggiamento personale viene ad essere integrato da qualunque condotta, attiva o omissiva, che provochi una negativa alterazione del contesto fattuale all'interno del quale le investigazioni e le ricerche sono già in corso o si potrebbero iniziare, non essendo necessaria la dimostrazione dell'effettivo vantaggio conseguito dal soggetto favorito<sup>7</sup>.

Quanto al termine di «aiuto», è costante, in giurisprudenza, l'affermazione secondo la quale un simile enunciato è comprensivo di qualsiasi condotta finalizzata, sotto il profilo soggettivo, ad eludere le investigazioni della autorità, facendo pertanto rientrare nel concetto stesso anche quella condotta che interferisce sullo svolgimento dell'attività di polizia giudiziaria, rendendo più difficoltose ed impegnative le investigazioni relative al reato commesso, ledendo in tal modo l'interesse protetto dalla norma incriminatrice<sup>8</sup>.

Ci troviamo, dunque, al cospetto di una situazione ben diversa dalle ipotesi di non punibilità previste dal secondo comma dello stesso art. 384, dal momento che per esse viene in discorso, agli effetti che qui interessano, una condotta correlata a falsità dichiarative connesse ad una facoltà di astensione dai relativi obblighi che risulti essere stata indebitamente elusa. Una condotta, quindi, non "libera" e "di iniziativa" come quella del favoreggiamento personale, ma derivante da una specifica violazione della legge processuale.

Con l'ovvia conseguenza che la platea dei soggetti "beneficiari" della relativa clausola di non punibilità, ben può essere diversa da quella – più circoscritta – che riguarda le ipotesi di reato tassativamente enunciate nel primo comma dello stesso articolo.

D'altra parte, in tal senso ci sembra militi univocamente la sentenza della Corte costituzionale n. 416 del 1996<sup>9</sup>, la quale – come rammenta la stessa sentenza qui esame – dichiarò la illegittimità costituzionale dell'art. 384, secondo comma, cod. pen., nella parte in cui non prevedeva l'esclusione della punibilità per false o reticenti informazioni assunte dalla polizia giudiziaria, fornite da chi avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal renderle, a norma dell'art. 199 cod. proc. pen. Nel frangente, la Corte, chiamata a pronunciarsi su una questione sollevata nell'ambito di un procedimento in cui era imputata di favoreggiamento personale, per avere reso dichiarazioni mendaci alla polizia giudiziaria, una persona all'epoca convivente di fatto con altro imputato, osservò come le false informazioni alla polizia giudiziaria pur non rientrando in una specifica figura di reato, non cadessero nel campo del penalmente irrilevante, non essendo escluso, in linea di principio, che esse possano concorrere, in presenza degli altri elementi previsti dalla legge, ad integrare il reato di favoreggiamento personale di cui all'art. 378 cod. pen. Peraltro, sottolineò la Corte, l'espressa limitazione stabilita nel secondo comma dell'art. 384 ai soli casi previsti dagli artt. 371-bis, 372 e 373 cod. pen. «e non potendosi estendere al secondo comma il riferimento che all'art. 378 è fatto, in altro contesto, dal primo, la non punibilità delle dichiarazioni mendaci, nella prevista ipotesi di facoltà d'astensione, non si estende al caso in cui esse siano rese alla polizia giudiziaria».

Da qui la ritenuta irrazionale disparità di trattamento, considerata «la scelta operata dal

<sup>6</sup> Cass., Sez. VI, n. 10851 dell'8 novembre 1996

<sup>7</sup> Cass., Sez. VI, n. 9415 del 16 febbraio 2016.

<sup>8</sup> *Ex multis*, come reato di pericolo a forma libera, v. Cass., Sez. VI, n. 43548 del 15 maggio 2019.

<sup>9</sup> V. al riguardo NUNZIATA (1997) p. 195; SFORZA (1997) 341; PROSCIUTI CARDUCCI e SENA, (1997), p. 1092; RAMUNDO (2015) p. 51

legislatore processuale - attraverso l'art. 199 cod. proc. pen. e i rinvii a esso contenuti negli artt. 362 e 351 - di attribuire rilevanza ai rapporti interpersonali ivi indicati in tutte le circostanze in cui il soggetto sia chiamato a rendere informazioni, quale che sia l'autorità che deve raccogliere e senza distinzioni di fasi processuali».

La rassegna, dunque, tanto dei *nomina iuris*, che dei soggetti fruitori della non punibilità, risulta costruita in termini di rigorosa tassatività e scandita, come correttamente ha puntualizzato la stessa Corte, in termini "ontologicamente" differenziati, tra le previsioni del primo e quelle del secondo comma dello stesso art. 384 cod. pen.

Dunque, il rapporto di convivenza che legittima la facoltà di astensione - per precisa scelta del legislatore del codice di rito - risponde ad una *ratio* connessa ad una condizione processuale che non ricorre nelle "situazioni" cui è riferita l'operatività del primo comma dell'art. 384 cod. pen.

### 3. **Gli impervi precedenti della giurisprudenza costituzionale ed i corollari sulle possibili ermeneutiche.**

Gli snodi che contraddistinguono l'*iter* motivazionale seguito dalle Sezioni unite attraversano, ovviamente, i vari punti "critici" sui quali si è prevalentemente concentrata la tesi di quanti sostengono la inapplicabilità dell'art. 384, primo comma, cod. pen. alla figura del convivente. Ed il primo, è rappresentato da una "granitica" e consolidata giurisprudenza costituzionale che ha costantemente disatteso le varie questioni di legittimità costituzionale che si sono succedute a margine di tale problema.

Basterà, a questo riguardo, raccordarsi a quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 140 del 2009<sup>10</sup>, con la quale è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 384, primo comma, cod. pen., sollevata, in riferimento agli articoli 2, 3 e 29 della Costituzione, «nella parte in cui non contempla tra i soggetti che possono beneficiare della scriminante anche il convivente *more uxorio*».

La Corte, infatti, non ignora - come lo stesso giudice *a quo* - che la medesima questione era stata già devoluta alla stessa Corte in varie altre precedenti occasioni (si richiamano, al riguardo le sentenze n. 8 del 1996 e n. 237 del 1986 e le ordinanze n. 121 del 2004 e n. 352 del 1989). In tali pronunzie - ha rammentato la Corte - «si è posto in luce che, senza dubbio, la convivenza *more uxorio* costituisce un rapporto ormai entrato nell'uso ed è comunemente accettato, accanto a quello fondato sul vincolo coniugale; ma si è anche aggiunto che questa trasformazione della coscienza e dei costumi sociali, cui la giurisprudenza di questa Corte non è indifferente (sentenza n. 8 del 1996, in motivazione), non autorizza la perdita dei contorni caratteristici delle due figure, collocandole in una visione unificante secondo la quale la convivenza di fatto rivestirebbe connotazioni identiche a quelle nascenti dal rapporto matrimoniale, sicché le due situazioni in sostanza differirebbero soltanto per il dato estrinseco della sanzione formale del vincolo».

La Corte, nel frangente, ritenne di dover ribadire «quanto già più volte affermato, cioè che la convivenza *more uxorio* è diversa dal vincolo coniugale e non può essere assimilata a questo per desumerne l'esigenza costituzionale di una parità di trattamento. La stessa Costituzione ha valutato le due situazioni in modo diverso, ed il dato assume rilievo determinante in un giudizio di legittimità costituzionale. Infatti, il matrimonio forma oggetto della specifica previsione contenuta nell'art. 29 Cost., che lo riconosce elemento fondante della famiglia come società naturale, mentre il rapporto di convivenza assume anch'esso rilevanza costituzionale, ma nell'ambito della protezione dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali garantita dall'art. 2 Cost. (sentenza n. 237 del 1986)». «Tenendo distinta l'una dall'altra forma di vita comune tra uomo e donna, si rende possibile riconoscere a entrambe la loro specifica dignità; si evita di configurare la convivenza come forma minore del rapporto coniugale, riprovata o appena tollerata, e non si innesca alcuna "impropria" rincorsa verso la disciplina del matrimonio da parte di coloro che abbiano scelto di liberamente convivere. Soprattutto si pongono le premesse per una considerazione giuridica dei rapporti personali e patrimoniali di coppia nelle due diverse situazioni, considerazione la quale - fermi in ogni caso i doveri e i

<sup>10</sup> CAPPUCCIO (2010) p. 804; PASTORELLI (2009) p. 1525;

diritti che ne derivano verso i figli e i terzi – tenga presenti e quindi rispetti il maggior spazio da riconoscersi, nella convivenza, alla soggettività individuale dei conviventi; e viceversa dia, nel rapporto di coniugio, maggior rilievo alle esigenze obiettive della famiglia come tale, cioè come stabile istituzione sovraindividuale» (sentenza n. 8 del 1996)».

«Quest’ultimo profilo – soggiunse la Corte – che richiama il connotato istituzionale della famiglia fondata sul matrimonio, il quale non può essere ridotto al rango di elemento meramente formale, [...] giova a sottolineare un ulteriore elemento differenziale tra la convivenza di fatto, basata sull’*affectio* di ciascuna delle parti, e il rapporto coniugale, caratterizzato anche dalla maggiore stabilità. In questo quadro, l’aspetto dei comuni sentimenti affettivi, che ben possono essere presenti in un rapporto di coniugio come in uno stabile rapporto di convivenza, non è idoneo a superare le diversità tra le due situazioni poste in luce dalla giurisprudenza di questa Corte. Tali diversità, senza escludere la riconosciuta rilevanza giuridica della convivenza di fatto, valgono però a giustificare che la legge possa riservare in linea di principio all’una e all’altra situazione un trattamento non omogeneo».

Venendo allo specifico, la Corte – in termini, a nostro avviso difficilmente eludibili – ribadisce che «innanzitutto, l’estensione di cause di non punibilità, le quali costituiscono altrettante deroghe a norme penali generali, comporta strutturalmente un giudizio di ponderazione a soluzione aperta tra ragioni diverse e confliggenti, in primo luogo quelle che sorreggono la norma generale e quelle che viceversa sorreggono la norma derogatoria: un giudizio che è da riconoscersi, ed è stato riconosciuto dalla stessa Corte, appartenere primariamente al legislatore (sentenze n. 385 del 1992, n. 267 del 1992, n. 32 del 1992, quest’ultima in tema di cause di improcedibilità; n. 1063 del 1988 e n. 241 del 1983; ordinanza n. 475 del 1987). Inoltre, ricorda la Corte, nel caso di specie si tratterebbe di porre a raffronto fra loro, per un verso, l’esigenza della repressione di delitti contro l’amministrazione della giustizia, e quindi la garanzia di efficacia della funzione giudiziaria penale, dall’altro lato la tutela di beni afferenti la vita familiare. «Ma non è detto che i beni di quest’ultima natura debbano avere esattamente lo stesso peso, a seconda che si tratti della famiglia di fatto e della famiglia legittima. Per la famiglia legittima non esiste soltanto un’esigenza di tutela delle relazioni affettive individuali e dei rapporti di solidarietà personali. A questa esigenza può sommarsi quella di tutela dell’istituzione familiare come tale, di cui elemento essenziale e caratterizzante è la stabilità, un bene che i coniugi ricercano attraverso il matrimonio, mentre i conviventi affidano al solo loro impegno bilaterale quotidiano. Posto che la posizione del convivente meriti riconoscimento, essa non necessariamente deve dunque coincidere con quella del coniuge dal punto di vista della protezione dei vincoli affettivi e solidaristici. Ciò legittimo, nel settore dell’ordinamento penale che qui interessa, soluzioni legislative differenziate, della cui possibile varietà dà abbondante dimostrazione la comparazione tra le legislazioni di numerosi paesi. In più, una eventuale dichiarazione di incostituzionalità che assumesse in ipotesi la pretesa identità della posizione spirituale del convivente e del coniuge, rispetto all’altro convivente o all’altro coniuge, oltre a rappresentare la premessa di quella totale equiparazione delle due situazioni che – come si è detto – 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».

Affermazioni, come ognuno vede, tutt’altro che evanescenti e dalle quali ci sembra derivino importanti corollari. Innanzi tutto, i limiti e le modalità attraverso le quali il rapporto di convivenza viene disciplinato dalla legge e gli effetti giuridici che da esso scaturiscono, riposa su scelte che – entro i limiti della ragionevolezza – sono riservate al Parlamento. In secondo luogo, non sussiste un vincolo costituzionale ad “armonizzare” o, addirittura, a rendere fra loro integralmente sovrapponibili, la disciplina di quel rapporto con quella che scaturisce dal matrimonio, differenti essendo fra loro i rispettivi parametri costituzionali di riferimento: l’art. 29, per i vincoli familiari scaturenti dal matrimonio, e l’art. 2 per gli altri rapporti con i quali si dimensiona il realizzarsi della persona<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> A proposito dei concetti di famiglia e di matrimonio v. pure la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010 con la quale è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis cod. civ., impugnati, in riferimento agli artt. 3 e 29 Cost., nella parte in cui non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso. L’interpretazione dei concetti di famiglia e di matrimonio – ha infatti affermato la Corte – non può spingersi fino al punto d’incidere sul nucleo dell’art. 29 Cost., modificandolo in modo tale da includervi fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanato. I costituenti, elaborando l’art. 29 Cost., tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile del 1942 secondo cui i coniugi devono essere persone di sesso diverso. Questo significato del precetto costituzionale – ha in particolare sottolineato la Corte – non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del

Di riflesso, per l'art. 384, primo comma, cod. pen., è preclusa radicalmente la via di una interpretazione estensiva o "adeguatrice" che attragga anche i conviventi nell'alveo dei soggetti a favore dei quali la norma stessa può trovare applicazione. Ciò in quanto, a tacer d'altro, ove un simile epilogo fosse risultato possibile, il giudice delle leggi – secondo una giurisprudenza più che consolidata – avrebbe dichiarato non la infondatezza, ma la inammissibilità della questione, per avere i giudici *a quibus* omesso di perscrutare la possibilità di interpretare la norma in senso conforme al *petitum* perseguito attraverso la questione stessa.

La esclusione dei conviventi dal novero dei soggetti non punibili, è, dunque, chiaramente frutto di una precisa scelta, e non di un mero silenzio normativo colmabile *ab extrinseco*<sup>12</sup>.

Ulteriore conseguenza, è che, inibita la via della interpretazione adeguatrice, finisce per risultare eccentrica l'applicazione del criterio, ancor più lasco, indeterminato e se si vuole arbitrario, della analogia cosiddetta benevola, giacché per questa via, la accennata "truffa delle etichette" (costruire per via di sentenza una disposizione "riservata" alla legge) risulterebbe ancor più agevolmente praticabile.

Da ultimo, ma non per ultimo, non può trascurarsi l'affermazione della Corte secondo la quale «l'estensione di cause di non punibilità, le quali costituiscono altrettante deroghe a norme penali generali, comporta strutturalmente un giudizio di ponderazione a soluzione aperta tra ragioni diverse e confliggenti», segnalando – attraverso la riconosciuta natura "derogatoria" – la portata eccezionale e tassativa che deve caratterizzare, appunto, le cause di non punibilità, ciascuna delle quali frutto, evidentemente, di un giudizio di bilanciamento che deve essere effettuato, *ex ante* e con portata generale, dal legislatore. Pena, altrimenti, attraverso l'"opercolo" della analogia, l'apertura verso le più variegate "creazioni" di clausole di immunità, anche se animate dalle migliori intenzioni e dalle, in ipotesi, condivisibili esigenze di "legalità sostanziale".

## 4. Lo ha chiesto l'Europa? L'assenza di un protocollo unificante di convivente e coniuge nella giurisprudenza convenzionale ed eurounitaria.

Alla stregua, dunque, della richiamata giurisprudenza costituzionale, la via della interpretazione estensiva risulta decisamente preclusa<sup>13</sup>. Né a miglior sorte conduce, agli stessi fini, la disamina della giurisprudenza convenzionale, dal momento che anch'essa opera – come si è visto ha fatto la Consulta, sul versante degli artt. 2 e 29 Cost. – un chiaro distinguo, a seconda che la "famiglia" venga riguardata sotto l'ottica dell'art. 8 della CEDU, il quale sancisce il diritto, per ogni persona, «al rispetto della sua vita privata e familiare», oppure nel fuoco (più diretto) dell'art. 12, il quale sancisce che «Uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto».

La nozione di "famiglia" elaborata dalla giurisprudenza della Corte Edu nell'interpretazione dell'art. 8 CEDU non è circoscritta alle sole relazioni fondate sul matrimonio, ma può

---

sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa. La censurata normativa, che contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima con riferimento all'art. 3 Cost., perché essa trova fondamento nell'art. 29 Cost. e non dà luogo ad un'irragionevole discriminazione, non potendo le unioni omosessuali essere ritenute omogenee al matrimonio. Né risulta pertinente il richiamo di uno dei rimettenti alla legge n. 164 del 1982, poiché la condizione della persona cui venga attribuito, in forza di sentenza passata in giudicato, un sesso diverso da quello enunciato dall'atto di nascita, a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali, è del tutto differente da quella omosessuale e, perciò, inidonea a fungere da *tertium comparationis*. Nel transessuale, infatti, l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il soma con la psiche ed a questo effetto è indispensabile, di regola, l'intervento chirurgico che, con la conseguente rettificazione anagrafica, riesce in genere a realizzare tale coincidenza. La persona è ammessa al matrimonio per l'avvenuto intervento di modificazione del sesso, autorizzato dal tribunale. Il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso, quindi, costituisce semmai un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio, quale previsto nel vigente ordinamento. La "premessa" costituzionale è significativa anche ai nostri fini, in quanto, come è noto, solo con la successiva legge c.d. Cirinnà – sulla quale ci si dovrà soffermare – è stato introdotto nel sistema l'istituto delle unioni civili fra persone dello stesso sesso.

<sup>12</sup> Sul delicato e controverso tema della impossibilità di applicazione della analogia in ipotesi di lacuna normativa "intenzionale", v., fra gli altri, MARINUCCI, DOLCINI, GATTA (2019), p. 84; MANTOVANI (2019), p. 75 s.; GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA (2020) p. 142. Più in generale v. FRACANZANI (2003), p. 90 s.

<sup>13</sup> V. in tal senso, PELISSERO (2017) 9, p. 958; ROIATI (2017), II, p. 694; sia pure in chiave critica, MEZZA (2018), p. 2738; PRUDENZANO (2015), passim; MERLI (2017), p. 94 s., la quale peraltro sottolinea come a seguito delle innovazioni derivanti dalla legge Cirinnà può prospettarsi il dubbio di illegittimità costituzionale sia in rapporto alla diversificazione delle tutele offerte alla parte dell'unione civile e al convivente di fatto che alla violazione dell'art. 2 Cost., che, nel fornire tutela alle varie formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'uomo, per costante giurisprudenza, include tutti i rapporti di coppia connotati da stabilità e da un legame affettivo.



comprendere anche “altri legami familiari” di fatto, in cui le parti convivono al di fuori di esso o senza essere coniugate (Corte Edu, 18 dicembre 1986, Johnston e altri c. Irlanda, § 56; Corte Edu, 27 ottobre 1994, Kroon e altri c. Paesi Bassi; Corte Edu, 13 dicembre 2007, Emonet e altri c. Svizzera; Corte Edu, Grande Camera, Van der Heijden c. Paesi Bassi, 3 aprile 2012, § 50). Tale protezione dei legami di fatto non implica, tuttavia, la necessità di un loro riconoscimento “legale” (Corte Edu, 10 gennaio 2017, Babiarz c. Polonia, (§54). Ai fini del riconoscimento della esistenza di una “vita familiare” viene in particolare dato rilievo alla convivenza della coppia; alla durata della relazione; alla presenza di prole (si veda al riguardo, Corte Edu, 13 dicembre 2007, Emonet e altri c. Svizzera, § 36; Corte Edu, Grande Camera, 3 aprile 2012, Van Der Heijden c. Paesi Bassi, §50). La Corte di Strasburgo ha, inoltre, precisato che l’esistenza di un’unione stabile e, dunque, di un legame sufficiente per una vita familiare, può essere riconosciuta anche in assenza di convivenza (Corte Edu, 27 ottobre 1994, Kroon c. Paesi Bassi, § 30, Corte Edu, Grande Camera, 7 novembre 2013, Vallianatos c. Grecia, §§ 49 e 73). L’art. 8 CEDU, pertanto, si applica in entrambe le situazioni, imponendo allo Stato sia l’obbligazione negativa di astenersi da interferenze non legittimate dalle condizioni previste dal par. 2 della norma che l’obbligazione positiva di adottare misure per un efficace rispetto della vita familiare (§31).

Di particolare interesse, agli effetti che qui rilevano, ci sembra sia la questione relativa alla legittimità o meno delle “interferenze” delle pubbliche autorità nella vita familiare, con specifico riferimento all’obbligo di rendere testimonianza. Con la sentenza 3 aprile 2012, Grande Camera, Van Der Heijden c. Paesi Bassi<sup>14</sup>, la Corte – nella sua più autorevole composizione – si è infatti pronunciata su un caso in cui la ricorrente era stata citata a testimoniare nel procedimento per omicidio promosso contro il suo convivente, con il quale intratteneva una relazione “non registrata” (secondo il diritto dello Stato convenuto) da circa diciotto anni durante i quali aveva avuto due figli, entrambi riconosciuti dall’imputato. La donna si era rifiutata di testimoniare invocando la medesima facoltà riservata al coniuge ed al partner “registrato”, ma, una volta rigettata tale istanza, la stessa era stata sottoposta ad una misura restrittiva della libertà personale.

La Corte Edu, pur riconoscendo che anche il legame familiare della ricorrente rientrava nella nozione di “famiglia” elaborata nell’interpretazione dell’art. 8 CEDU, ha ritenuto che l’interferenza nella sua vita familiare, conseguente al tentativo di indurla a testimoniare nel procedimento contro il convivente, perseguiva lo scopo legittimo di proteggere la società attraverso la prevenzione dei reati, in cui doveva includersi anche l’attività volta ad assicurare le prove e a perseguire detti reati.

Tale conclusione si fondava sull’assunto secondo il quale – sottolineò la Corte – spetta in primo luogo alle pubbliche autorità la valutazione concernente il bilanciamento tra l’interesse pubblico (nel caso specifico, il perseguimento di un grave reato) e quello privato alla vita familiare, secondo un margine di apprezzamento la cui ampiezza dipende dalla natura del diritto e dal tipo di questioni correlate: ove si tratti di casi involgenti questioni etiche o morali su cui manca un consenso tra gli Stati del Consiglio d’Europa, tale margine sarà particolarmente ampio; sarà, invece, ristretto ove si tratti di casi attinenti aspetti importanti dell’esistenza di un individuo. Nel caso di specie, le differenti soluzioni adottate dagli Stati del Consiglio d’Europa con riferimento all’obbligo di testimoniare, hanno indotto la Corte Edu a riconoscere l’ampiezza del margine di apprezzamento.

In linea generale, ha sottolineato ancora la Corte, il diritto a non fornire le prove, rappresentando un’eccezione rispetto ad uno specifico dovere civico, ove riconosciuto, deve essere soggetto a condizioni e formalità espressamente determinate in relazione alle categorie dei suoi beneficiari. Nel caso concreto, tale diritto è stato limitato agli individui i cui legami familiari con l’indiziato possono essere verificati oggettivamente (coniuge, ex coniuge, parenti stretti, partner ed ex partner registrato).

Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha, pertanto, disatteso l’argomentazione della ricorrente in merito alla equipollenza della sua relazione a quella coniugale o alle relazioni registrate, riconoscendo che gli Stati sono legittimati a riconoscere uno status speciale fondato sul matrimonio o sulla registrazione della relazione e ad escludere le altre relazioni di fatto

<sup>14</sup> In *Diritto penale contemporaneo* del 15 giugno 2012, con nota di PELAZZA, la quale conclude nel senso che, pur nella consapevolezza che le situazioni di disuguaglianza derivanti dalla normativa in questione dovrebbero, “essere risolte dal legislatore o dalla Corte costituzionale”, reputa “auspicabile una ulteriore riflessione sulla possibilità, per il giudice ordinario, di limitare gli aspetti discriminatori della normativa in oggetto attraverso una estensione analogica, costituzionalmente orientata, dell’art. 384 c.p.”.

fondate sulla coabitazione.

Si tratta di un percorso argomentativo particolarmente accurato, non privo di quelle “opinabilità” che hanno poi formato oggetto delle due opinioni dissenzianti, ma che testimonia, ancora una volta, la impossibilità di fare appello a “letture” estensive, all’interno di una tematica ontologicamente riservata alle opzioni normative dei singoli Stati. Tematica, come ognuno vede, particolarmente “scivolosa”, in quanto correlata ad un concetto “variegato”, come quello di famiglia, la cui portata ineluttabilmente risente del profilo secondo il quale il concetto stesso va riguardato ed esteso.<sup>15</sup>

Poco persuasivo ci sembra, invece, il richiamo che le Sezioni unite fanno all’art. 9 della Carta di Nizza, nel cui testo il «diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, present[erebbe] una formulazione letterale più ampia, poiché, nel rinviare alle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano l’esercizio, riconosce e garantisce separatamente i due diritti, isolando il diritto di fondare una famiglia dal vincolo matrimoniale *stricto sensu* inteso e in tal modo creando le condizioni per estenderne la tutela anche in favore di altre forme di relazione familiare».

In disparte il problema della pertinenza della Carta di Nizza ad un profilo normativo che non pare direttamente chiamare in causa il diritto della Unione, è assorbente rilevare come neppure dal diritto europeo, oltre che – come si è visto – da quello convenzionale, scaturiscano specifici indirizzi tesi ad imporre agli Stati un “protocollo” unificante, e men che mai ad estendere in ogni campo al convivente il regime giuridico del coniuge.

Dunque, è, ancora una volta, il legislatore, “muto” o “loquace” che sia, a dover effettuare le proprie valutazioni, anche se – in ipotesi – non sempre o non in tutto sintoniche con il comune sentire e con la evoluzione dei costumi sociali. I rimedi ci sono: ed è davvero superfluo enumerarli.

## 5.

### Il silenzio solo apparente del legislatore.

Ma si può davvero sostenere che la legge, per quel che qui interessa, sia rimasta “silente” sul punto? La sentenza Fialova, nella piena consapevolezza che la *magna pars* delle obiezioni ad estendere ai conviventi la causa di non punibilità di cui all’art. 384, primo comma, cod. pen., si era fondata sulla disciplina – questa sì estensiva – delle unioni civili, introdotta (all’esito di un dibattito tutt’altro che evanescente per approfondimento e toni) dalla legge 20 maggio 2016, n. 76, assai significativamente intitolata “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e *disciplina delle convivenze*” (meglio nota come legge Cirinnà), fa mostra di non annettere alcun tipo di rilievo alla relativa disciplina.

«Il fatto – osserva la sentenza qui in esame – che con la legge del 2016 il legislatore nulla abbia previsto per le convivenze, ad eccezione di un tentativo di definizione e della equiparazione alle coppie coniugate per una serie di profili analiticamente elencati, tra cui l’unico riguardante la materia penale è quello sulla parificazione dei diritti del convivente a quelli del coniuge nei casi previsti dall’ordinamento penitenziario (art. 1, comma 38, legge n. 76 del 2016), non può certo significare una implicita contrarietà alla possibilità di riconoscere una serie di diritti in favore delle convivenze *more uxorio*, né tanto meno alla estensibilità della scusante di cui all’art. 384 cod. pen. al convivente. Il legislatore, semplicemente, si è occupato di disciplinare le situazioni riguardanti le unioni tra persone dello stesso sesso, avendo ben presente il percorso legislativo e giurisprudenziale che ha condotto verso una tendenziale equiparazione tra la convivenza coniugale e quella *more uxorio*, ferme restando le differenze di

<sup>15</sup> Altro sono, infatti, i diritti civili; altro i reciproci obblighi di assistenza; altro, ancora, i doveri verso la eventuale prole; altro i presidi di assistenza sociale e previdenziale; altro il regime delle tutele all’interno di quello specifico nucleo; altro, ancora, gli aspetti di non discriminazione che devono venire in risalto. Insomma, un caleidoscopio che impedisce la automatica trasposizione di quel “nucleo” di relazioni interpersonali – tradizionalmente sviluppato da vincoli parentali – come una entità concettualmente sempre uguale a sé stessa ad ogni effetto giuridico. Secondo PALAZZO (2021), la sentenza Fialova ha il merito di non essere caduta nell’equivoco di misurarsi con due problemi spinosi ed attuali. «L’uno concerne la parificazione dinanzi alla legge, e in particolare dinanzi alla legge penale, della famiglia “di fatto” a quella fondata sul matrimonio: tema che interessa oggi in larga misura la popolazione e che vede la tensione tra il valore dell’affettività e quello della formalizzazione del vincolo, tra un’aspirazione personalistica e libertaria molto sentita ed un’esigenza istituzionale di certezza non meno importante. L’altro tema ha forse meno risonanza nell’opinione pubblica, ma non è meno decisivo per l’ordinato funzionamento di un sistema politico-istituzionale fondato sul primato della legalità e sulla divisione dei poteri: si tratta, cioè, in definitiva del ruolo assunto oggi dalla giurisdizione, ed in particolare da quella di legittimità, nella disciplina dei rapporti sociali rispetto al legislatore e a quell’organo paralegislativo che sempre più è la Corte costituzionale». Per un commento sostanzialmente adesivo alla sentenza, pur con qualche rilievo critico, v. BISCEGLIA (2021) p.31 s.

base delle due situazioni.».

Si tratta di affermazioni, però, per più versi non condivisibili.

Il rapporto di convivenza, infatti, è tutt'altro che secondario nel quadro dell'intervento normativo, posto che esso rappresenta, nel disegno del legislatore, l'alternativa giuridicamente significativa rispetto al matrimonio ed alle unioni civili tra persone dello stesso sesso. Dunque, il sistema è chiaramente "marcato", da un lato, dal matrimonio fra persone di sesso diverso e dalle unioni civili fra persone dello stesso sesso, con correlativa espressa modifica dell'art. 307, quarto comma, recante la nozione di "prossimi congiunti" agli effetti della legge penale (e, dunque, al correlativo richiamo operato dal primo comma dell'art. 384, primo comma cod. pen.), che per l'appunto inserisce in quella norma, generale e definitiva, le parti di una unione civile; e, dall'altro lato, attraverso l'introduzione della nozione e disciplina del rapporto di convivenza ("altro", dunque, rispetto alle prime due relazioni), ed al quale è dedicata una significativa e qualificante parte della stessa legge Cirinnà<sup>16</sup>.

Sembra, quindi, fuori bersaglio l'assunto secondo il quale la medesima legge avrebbe rappresentato un elemento "neutro" agli effetti che qui interessano, e contraddetta dai fatti l'affermazione secondo la quale mancherebbe "una legge che disciplini organicamente il fenomeno della convivenza *more uxorio*".

È davvero singolare misconoscere il dato per cui la convivenza risulta più che "organicamente" disciplinata proprio dalla legge n. 76 del 2016, dal momento che, dopo aver definito nel comma 36 dell'art. 1 i «conviventi di fatto» come «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile», si dedicano i successivi commi, da 37 a 67 (vale a dire quasi la metà delle disposizioni di cui la legge stessa si compone) per fornire una dettagliata regolamentazione di quel rapporto, dettando le previsioni relative anche alla stipula di un apposito contratto di convivenza, per la regolamentazione dei rapporti giuridici.

Ne deriva che è lo stesso legislatore ad aver modificato il novero dei prossimi congiunti "agli effetti penali" e ad aver – non "sottaciuto" – ma "escluso" dalla relativa previsione (che avendo portata definitiva, come altre previsioni del codice penale, non può che essere tassativa e pertanto "inestensibile") la situazione dei conviventi, come si è detto oggetto di specifica disciplina da parte della stessa legge.

D'altra parte, non sembra da trascurare neppure il fatto che il "distinguo" di cui si è detto è rimarcato anche da disposizioni successive, particolarmente significative sul piano "etico" e della natura dei rapporti interpersonali.

Con la legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante, come è noto, "Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento", a proposito del consenso informato e della relazione di cura e fiducia tra medico e paziente (art. 1, comma 2), espressamente si fa riferimento alla possibilità che a questa relazione possano essere coinvolti, se il paziente lo desidera, «anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo». Quindi, il familiare, la parte della unione civile ed il convivente, sono menzionati distintamente, evocando una diversità che il sistema non smentisce ma, anzi, assevera.

## 6.

### Natura (e riflessi) della causa di non punibilità *ex* art. 384, primo comma, cod. pen.

Qualche notazione va svolta anche a margine della *vexata quaestio* di quale sia l'inquadramento della causa di non punibilità prevista dall'art. 384, primo comma, cod. pen.<sup>17</sup> dal momento che proprio su tale versante le Sezioni unite "costruiscono" in larga misura il nucleo della propria tesi.

Secondo una prima impostazione, che potremmo definire tradizionale, l'art. 384, primo comma, cod. pen., rappresenterebbe una causa che esclude l'antigiuridicità del fatto, essendo la

<sup>16</sup> Fra gli altri, v. CLINCA (2018), passim.

<sup>17</sup> V. al riguardo la disamina condotta da MANNA (1996) p. 90 s., il quale peraltro esclude che l'art. 199 cod. proc. pen. possa essere considerato come "norma interpretativa autentica" del più antico art. 307 cod. pen. consentendone, così, un'interpretazione evolutiva, considerata la diversa materia disciplinata dalle due norme.

stessa riconducibile ad una ipotesi speciale dello stato di necessità di cui all'art. 54 cod. pen., sia pure con connotazioni e sviluppi applicativi autonomi rispetto ai presupposti in presenza dei quali può riconoscersi la sussistenza del vero e proprio stato di necessità<sup>18</sup>, del quale, in buona sostanza, rappresenterebbe una *species*. In tale prospettiva, la norma viene considerata quale causa di esclusione dell'antigiuridicità che mirerebbe a bilanciare fra loro due esigenze contrapposte: da un lato, la prevenzione dei reati contro l'amministrazione della giustizia, e, dall'altro, l'onore e la libertà del soggetto deponente o la salvaguardia dell'istituzione familiare. Affermava Manzini, con riferimento alla non punibilità del reato di omesso o ritardato rapporto, che «La ragione di questa esimente [...] consiste nella applicazione del principio etico-giuridico: *nemo tenetur se accusare*, e nel riconoscimento della forza incoercibile degli affetti familiari. Sarebbe inumano – aggiungeva – esigere che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio faccia rapporto di un reato commesso da lui medesimo o da un suo prossimo congiunto. Si può imporre, sotto sanzione penale, alla media degli uomini l'adempimento dei propri doveri ordinari, ma non l'eroismo, che è virtù di pochissimi, quando è virtù e non insensibilità o peggio».

Secondo altro orientamento<sup>19</sup>, invece, cui le Sezioni unite mostrano di aderire, la norma in esame atterrebbe al piano della colpevolezza, configurandosi come una scusante, vale a dire quale causa di inesigibilità della condotta, fondata non sul bilanciamento di interessi fra loro in contrasto, ma sulla riconosciuta rilevanza della peculiare condizione soggettiva dell'autore del fatto antigiuridico, posto dinnanzi ad un conflitto interiore fra l'obbligo giuridico di collaborare con la giustizia, da un lato, e l'istinto di autoconservazione o il dovere morale di tutelare la propria vita familiare, dall'altro.

In base a tale diversa opzione ermeneutica, dunque, l'esimente in esame, pur non escludendo il disvalore oggettivo del fatto, rende inesigibile una condotta conforme alla norma. Si esclude, dunque, la rimproverabilità soggettiva dell'individuo dal quale l'ordinamento non potrebbe “esigere” una condotta diversa da quella tenuta.

D'altra parte, è noto come lo stesso stato di necessità, sia stato dai più ritenuto istituto ambiguo, significativamente posto – già sul piano topografico – agli “estremi confini” delle scriminanti, proprio perché ne è dubbia la inquadrabilità<sup>20</sup> fra le cause di giustificazione, tenuto conto delle consistenti peculiarità che qualificano il connotato della costrizione, oltre agli altri requisiti che lo caratterizzano. Se si opta, infatti, per una lettura “rigida” e sostanzialmente “oggettiva” della coazione che scaturisce dalla situazione di pericolo, tale da indurre un giudizio di “impossibilità” di porre in essere una condotta salvifica per il bene in pericolo senza sacrificio per il diritto leso, scatta l'esigenza di bilanciamento tra beni contrapposti che conseguentemente fa virare l'istituto verso le cause di giustificazione, in ossequio al brocardo secondo il quale *necessitas non habet legem*.

Dunque, in questa prospettiva, lo stato di necessità farebbe venir meno l'antigiuridicità «obiettiva del fatto ed opera obiettivamente. Poiché almeno uno dei due interessi in conflitto deve soccombere, l'ordinamento giuridico non esprime alcuna preferenza se gli interessi sono di pari valore, mentre preferisce quello maggiore se essi sono di diverso valore».<sup>21</sup>

Qualora invece si dia della coazione una diversa lettura, quale fattore che compromette la libertà di agire, in ragione del turbamento psicologico che condiziona il soggetto agente, non viene in discorso un bilanciamento tra contrapposte esigenze, ma la scusabilità della condotta, per la “inesigibilità” del comportamento lecito alternativo. Dunque, una scusante, in quanto la non punibilità troverebbe la sua *ratio essendi* nella assenza di colpevolezza in capo a chi, condizionato dal pericolo, è privo di alternative che si possano “umanamente” pretendere. È l'incoercibile istinto di conservazione, che sin dai primordi dell'istituto, porterebbe ad escludere la colpevolezza di chi se ne avvale.

D'altra parte, si è osservato, lo stato di necessità determinato dall'altrui minaccia è sicuramente una scusante, dal momento che il fatto è “scusato” solo nei confronti di chi subisce la minaccia, mentre del fatto commesso dal soggetto coartato risponde l'autore della minaccia:

<sup>18</sup> V. MANZINI, *Trattato*, vol. V, p. 749; ANTOLISEI (2016) *Manuale, Parte speciale, II*, p. 672; FIANDACA e MUSCO (2012) p. 424; PEZZI, *Calunnia ed autocalunnia*, in *Enc. giur.*, Treccani, vol. V, p. 5; afferma che l'art. 384 integrerebbe una ipotesi di stato di necessità anche MANTOVANI (2019) p. 360.

<sup>19</sup> BARTOLI (2011) p. 674 e ss; PRUDENZANO (2015); ROMANO (1990), p. 61 s. FORNASARI (1990) p. 354 s.; SUSCHAN (1977) p. 66 s.

<sup>20</sup> Una ambiguità risalente, e di spessore tale da aver indotto un teorico del calibro di James Goldschmidt ad affermare che gli studi su questo istituto si presentavano, ancora a quell'epoca (1913), in uno stato di “miserevole confusione”: GOLDSCHMIDT, (1913) p. 129.

<sup>21</sup> F. MANTOVANI, op. cit., 259, il quale osserva che «per il suo carattere utilitaristico, lo stato di necessità è una scriminante “amorale”, che diventerebbe immorale se non fosse sottoposta ai rigorosi limiti» che la caratterizzano

e poiché la natura dello stato di necessità determinato dalla altrui minaccia è la stessa della ipotesi generale prevista dall'art. 54, cambiando solo la fonte della minaccia, l'istituto assumerebbe in tutti i casi i connotati della scusante, fondata sul requisito dell'effettivo turbamento motivazionale, da accertare caso per caso<sup>22</sup>.

## 7.

### Il vero problema: l'analogia benevola nel diritto penale ed il principio di inesigibilità.

Ma il vero *punctum dolens* della sentenza qui in esame sta proprio nella parte in cui pretende di poter fare applicazione della analogia benevola circa la platea dei soggetti cui la causa di non punibilità prevista dall'art. 384, primo comma, cod. pen., si renderebbe applicabile, una volta che si opti per il relativo inquadramento nel novero delle cosiddette scusanti, caratterizzate, tutte, da un coefficiente di coartazione volontaristica che eliderebbe il presupposto della colpevolezza nella relativa condotta.

Terreno per più versi accidentato, non solo per la eterea configurabilità di un nucleo unificante le varie figure consuetamente in quadrate nel novero delle scusanti, quanto e soprattutto, per gli altri scivolosi profili che caratterizzano l'analogia nel diritto penale<sup>23</sup>, posto che, al di là degli "inciampi" che promanano dall'art. 14 delle preleggi, a norma del quale le "leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati", resta pur sempre da fare i conti con i principi di legalità, tassatività e frammentarietà che caratterizzano – per quel che qui interessa – la "materia penale".

Non può infatti trascurarsi, a questo riguardo, come sia stato autorevolmente sostenuto, in base alla costituzione, alle preleggi ed alla disciplina del codice penale, che la tradizionale opinione che legittima la analogia benevola facendo appello alla antica massima per la quale *in poenalibus benignior interpretatio est facienda*, rappresenti un principio del quale non v'è traccia nel nostro sistema positivo. «Né vi sono ragioni per sottrarre disposizioni di un particolare ramo del diritto alle regole generali proprie d'ogni altro ramo, quando una regola non sia espressamente dettata per esso a cagione d'un motivo suo particolare. L'analogia è un canone razionale di integrazione dell'ordinamento [...] e se il divieto per le "leggi penali" non fosse espressamente e categoricamente posto, si dovrebbe dubitare della possibilità di escludere l'integrazione analogica per le stesse norme incriminatrici o sanzionatorie. Inutile – si aggiunge – è la ragione politica di questa fondamentale esclusione; ma non può egualmente rinvenirsi una ragione politica o logica, di una supposta regola inversa, tale che induce a discostarsi a senso unico dai canoni ordinari stabiliti per l'interpretazione e l'applicazione della legge. In teoria – si puntualizza ancora – una tale regola a favore del reo (in senso sostanziale) potrebbe anche essere concepita e stabilita, ma in realtà essa non esiste. Il principio del *favor rei* è un principio che può avere ingresso solo nel campo del diritto processuale, e precisamente del diritto probatorio, in relazione alla sussistenza di un dubbio sulla responsabilità: tutt'altra ottica, dunque, tutt'altri problemi»<sup>24</sup>.

L'analogia benevola, che si ritiene comunque inapplicabile in presenza di lacune che siano frutto di una scelta del legislatore, viene dunque riguardata come istituto circoscritto ad ipotesi nella sostanza marginali, che sono di regola ricondotte alle cause di giustificazione, in quanto, per la loro natura di previsioni "ubiquitarie", vale a dire presenti in tutti i rami dell'ordinamento, (*vim vi repellere licet; qui suo iure utitur neminem laedit*), per un verso non presenterebbero "natura penale", e per l'altro, dando espressione a principi generali dell'ordinamento, non costituirebbero neppure norme eccezionali, tali da precludere il ricorso analogico, secondo quanto previsto dall'art. 14 delle preleggi. Considerazioni sostanzialmente analoghe vengono svolte da taluni anche a margine della irresponsabilità dei non imputabili<sup>25</sup>.

Il rigore che deve comunque presiedere all'applicazione della analogia *in bonam partem* in campo penale è d'altra parte testimoniato dalla estrema prudenza con cui la giurisprudenza ha

<sup>22</sup> MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, op. cit., p. 335. D'altra parte, non va sottaciuto che lo stato di necessità non esclude la legittima difesa da parte dell'agredito, non si estende ai concorrenti e prevede la corresponsione al danneggiato di una indennità liquidata in via equitativa da parte del giudice, a norma dell'art. 2045. Sullo stato di necessità in generale v. MEZZETTI (1997) p. 672 s.

<sup>23</sup> V. per tutti, VASSALLI (1987), p. 158 s.

<sup>24</sup> VASSALLI, op. cit., 166.

<sup>25</sup> MANTOVANI, op. cit., 75 s.; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, op. cit., 84 s.

avuto modo di occuparsene<sup>26</sup>.

Ma lo scoglio sul quale, a nostro avviso, la sentenza delle Sezioni unite ha finito per infrangersi, è offerto dalla spiegazione, tutt'altro che appagante, che viene articolata per affermare la “non eccezionalità” della causa di non punibilità stabilita dall'art. 384, primo comma, cod. pen., agli effetti della estensione analogica della sua portata applicativa, quanto ai soggetti esentati dalla punibilità. Si afferma, infatti, che, proprio in quanto causa “scusante”, «l'esimente in questione costituisce manifestazione di un principio immanente al sistema penale, quello cioè della “inesigibilità” di una condotta conforme a diritto in presenza di circostanze particolari, tali da esercitare una forte pressione sulla motivazione dell'agente, condizionando la sua libertà di autodeterminazione».

Il problema è che il cosiddetto principio di inesigibilità, non trova riconoscimento alcuno nel nostro sistema positivo ed è vivacemente contestato da parte della dottrina assolutamente prevalente.

Frutto, infatti, di una elaborazione dogmatica operata essenzialmente dalla dottrina tedesca, la teoria della cosiddetta inesigibilità (*Nichtzumutbarkeit*) afferma che tanto il dolo che la colpa sarebbero esclusi in tutte le ipotesi in cui il soggetto si sia trovato in condizioni tali da non potersi umanamente pretendere un comportamento diverso da quello tenuto, e, quindi, da non potersi dal medesimo “esigere” un comportamento conforme al precetto. Secondo la concezione dominante della dottrina germanica, l'inesigibilità rappresenterebbe una causa “ultralegale” di esclusione della colpevolezza e troverebbe il suo fondamento in norme che, pur essendo distinte da quelle scritte e consuetudinarie, farebbero parte, al pari di queste, dell'ordinamento giuridico di una determinata comunità.<sup>27</sup>

La dottrina della inesigibilità ha trovato in Italia favorevole rispondenza, in particolare, da parte di Bettiol e Scarano. Ad avviso del primo<sup>28</sup>, la inesigibilità rappresenterebbe un limite intrinseco alla stessa natura del diritto, il quale ammetterebbe, come fatto inevitabile, di essere contraddetto in particolari circostanze<sup>29</sup>.

Il secondo<sup>30</sup>, invece, afferma che il principio di inesigibilità starebbe al fondo di varie ipotesi espressamente disciplinate, quali lo stato di necessità e, appunto, la causa di non punibilità di cui all'art. 384 cod. pen., così come, più in generale, starebbe alla base di tutte le cause che escludono la colpevolezza, quale la forza maggiore, il costringimento fisico o psichico ecc. In questa prospettiva, sarebbe quindi possibile il ricorso alla analogia in tutti le ipotesi in cui un caso non espressamente previsto dalla legge assumesse un rilievo tale da poter essere ricondotto a quel comune principio.<sup>31</sup>

Sono note le obiezioni che gran parte della dottrina ha rivolto a quella teoria. Anzitutto, ove si ritenga che in determinate circostanze non sussisterebbe neppure l'obbligo di conformarsi al precetto, la inesigibilità dovrebbe a rigore annoverarsi fra le cause che escludono la stessa anti-giuridicità, dal momento che farebbe difetto lo stesso momento imperativo della norma. Inoltre, è unanime la obiezione per la quale il cosiddetto principio di inesigibilità non è in alcun modo evocato dall'ordinamento positivo. Affermare, come fece Bettiol, che l'inesigibilità troverebbe fondamento nella essenza stessa del diritto, equivale a misconoscere, si afferma, che le condizioni e i limiti di applicazione delle norme sono posti dalle norme stesse.

Mentre, quanto alla opinione dello Scarano, l'enunciato secondo il quale non si potrebbe in quelle date circostanze «umanamente esigere una condotta diversa», equivale ad introdurre un criterio talmente vago da rendere concettualmente impraticabile una applicazione analogi-

<sup>26</sup> Le Sezioni unite citano “tra le tante” una pronuncia risalente, nella quale si è però affermato che “un fondamentale principio di giustizia, ricollegato a quello di tutela della libertà del cittadino, autorizza la interpretazione analogica dell'art 152 cod proc pen (analogia in *bonam partem*, universalmente ammessa anche nel campo penale) e quindi consente al giudice superiore, anche in Cassazione, di modificare o annullare la sentenza con la quale sia stata irrogata una pena illegale, pure in mancanza dell'impugnazione dell'imputato”. (Sez. 5, Sentenza n. 10054 del 22/05/1980 Ud. (dep. 04/10/1980) Rv. 146121 – 01). Dunque, una applicazione della analogia riferita ad una norma processuale. Lo stesso dicasi per altra pronuncia, nella quale si è affermato che nel caso di remissione della querela sporta per fatto commesso da soggetto che era, all'epoca, di età minore, non opera la regola stabilita dall'art. 340, comma quarto, cod. proc. pen., secondo cui le spese del procedimento gravano sul querelato, dovendosi invece fare applicazione, per analogia “in bonam partem”, del disposto di cui all'art. 29 del D.Lgs. 28 luglio 1989 n. 272, che esonera il minore, in caso di condanna, dal pagamento delle spese processuali. (Sez. 7, Sentenza n. 30256 del 06/07/2006 Cc. (dep. 12/09/2006) Rv. 234868 – 01). V. anche Cass., Sez. I, n. 4128 del 12 giugno 1997; Cass., Sez. I, n. 3625 del 16 giugno 1995.

<sup>27</sup> MEZGER (1935) p. 378 s.; più in generale, FORNASARI, op. cit., 53 s.

<sup>28</sup> BETTIOL (1962) p. 388 s.

<sup>29</sup> Una prospettiva, dunque, non molto dissimile dal principio di non contraddizione del sistema, per il quale le cause di giustificazione operano in ogni settore dell'ordinamento. La inesigibilità penale non sarebbe dunque diversa dalla inesigibilità civile (*ad impossibilia nemo tenetur*).

<sup>30</sup> SCARANO (1948) *passim*

<sup>31</sup> Qualche apertura la sempre offrire nel medesimo senso, anche se in chiave interpretativa piuttosto che analogica, VASSALLI, op. cit., 169.

ca. Diversamente ragionando, la misura dell'esigibile non sarebbe offerta da un principio, ma dallo stesso giudice, che si vedrebbe facoltizzato non a rinvenire una *regula iuris* per il caso analogo, ma a creare esso stesso il limite del principio attraverso i "casi" applicati. In disparte, ovviamente, il problema, tutto filosofico, di quale dovrebbe essere il modello sulla cui falsariga calibrare la misura della inesigibilità.<sup>32</sup>

D'altra parte, gli stessi esempi che Scarano<sup>33</sup> offre per sostenere la tesi della inesigibilità, vengono generalmente ritenuti poco probanti. Si prospetta, infatti, il caso dell'autista che fugge, abbandonando la persona investita, per sfuggire da una folla in tumulto che vuole linciarlo; il caso di chi, in montagna, abbandona la propria amica colta da congelamento alle gambe, in quanto non conosce la strada e la notte si avvicina; oppure, ancora, il caso del medico condotto che si rifiuta di andare a visitare un infermo per la grande stanchezza che gli deriva da altre visite compiute. Mentre infatti i prime due esempi possono agevolmente risolversi in base allo stato di necessità o legittima difesa, il caso del "medico stanco", si osserva, non si vede perché dovrebbe restare impunito<sup>34</sup>.

## 8. Alcune conclusioni critiche.

Non potendo, dunque, l'analogia benevola poggiarsi su solide basi che rendano la causa di non punibilità di cui all'art. 384, primo comma, cod. pen., estensibile al di là della platea dei soggetti positivamente "prescelti" dal legislatore – con evidente e sicura volontà di escludere gli "altri" – dal momento che la portata derogatoria che la non punibilità contiene in sé non può tramutarsi in "principio generale" al lume della fin troppo malferma categoria della inesigibilità, non può che concludersi nel senso diametralmente opposto rispetto a quanto le Sezioni unite hanno affermato.

Sostenere, infatti, che «la struttura, la funzione e la natura della scusante dell'art. 384, primo comma, così come ricostruita, consente di concludere riconoscendo una 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<sup>35</sup>, non può essere valutato differenzialmente a seconda che l'unione tra due persone sia fondata o meno sul vincolo matrimoniale», equivale, a nostro avviso, ad una affermazione di "auspicio logico", che supera il dato normativo in ragione della ritenuta perequabilità di situazioni che il costume sociale (ma non il codice penale, la legge Cirinnà e le sentenze della Corte costituzionale) potrebbe (ma anche questo non è affatto detto) voler mettere sullo stesso piano.

D'altra parte, avendo – a nostro avviso assai pertinentemente – la Corte costituzionale collocato le relazioni di convivenza *more uxorio* nell'ambito dell'art. 2 Cost., quali momenti relazionali nei quali trova realizzazione il fondamentale diritto allo sviluppo della propria personalità, finirebbe per risultare eccentrica la prospettiva di una esenzione penale circoscritta alla sola "unione fra due persone", dal momento che a fondare quel "conflitto determinato da sentimenti affettivi" cui le Sezioni unite alludono, può concorrere qualsiasi tipo di *relatio* sentimentale: derivante, ad esempio, da un qualsiasi legame amicale, di comunanza di vita, e di muta solidarietà. Comunità monastiche, di lavoro, residenze collettive ed un'altra infinità di situazioni, può, evidentemente, integrare quella *societas*, rispetto alla quale può ricorrere il presidio offerto dall'art. 2 della Carta fondamentale, e rendere dunque configgente il dovere di non "favoreggiare" il sodale.

Condivisibile, dunque, in astratto, il fine perseguito (ma va comunque rispettato chi la veda

<sup>32</sup> A proposito della analisi delle varie posizioni al riguardo assunte da James Goldschmidt, Eberard Schmidt, Berthold Freudenthal e Karl Engisch v. G. FORNASARI, op. cit., 57 s.

<sup>33</sup> L. SCARANO, op. cit., 87 s.

<sup>34</sup> V. al riguardo MANTOVANI, op. cit., 360 s.; PETROCELLI (1951) p. 140 s.; NUVOLONE (1972) p. 100; BARATTA (1963) p. 28 s.; F. ANTOLISEI, *Manuale*, Parte generale, p. 433 s. A margine di una risalente sentenza di merito favorevole alla teoria della inesigibilità v. in senso critico, v. MARINI (1966) p. 1028 s., nonché TAGLIARINI (1967) p. 350 s., a proposito di una datata sentenza di merito, ma con un puntuale *excursus* critico sulla origine e sulla impraticabilità nel nostro sistema del principio di inesigibilità, per le stesse ragioni per le quali viene respinta la tentazione germanica, ove quel principio era germinato, di affrancare la colpevolezza dal dolo e dalla colpa.

<sup>35</sup> Sia pure *in nuce*, si coglie un richiamo a quel diritto "intollerabilmente ingiusto", al punto da non poter neppure essere definito come un vero diritto (*Unrecht*) che compare nella formula di Radbruch, e che legittimerebbe il giudice a procedere alla relativa disapplicazione. V. al riguardo le interessanti e problematiche pagine di VASSALLI (2000) *passim*. A proposito di una importante decisione della Corte EDU sulla portata della regola sancita dal secondo comma dell'art. 7 della Convenzione, fortemente ispirata dalla formula di Radbruch, v. L. BIN, (2014) *passim*; MAZZACUVA (2013) *passim*.

in modo diverso: ed è per questo che è necessario l'intervento del legislatore o della Corte costituzionale), ma tutt'altro che persuasivi gli "strumenti" adottati, dal momento che la ritenuta applicabilità della analogia (a nostro avviso chiaramente vietata nel caso di specie) rappresenta un piano inclinato assai scivoloso e gravido di conseguenze a dir poco preoccupanti.

Non possiamo quindi che condividere la opinione di chi, proprio a proposito del carattere tassativo del catalogo delle scusanti, ha con chiarezza sottolineato come «solo in via di eccezione espressa gli ordinamenti danno rilievo all'umana fragilità per scusare il compimento di ingiustificati fatti offensivi di beni giuridici commessi con dolo o per colpa. Il giudice non può pertanto appellarsi ad un generale principio di inesigibilità per scusare la commissione di fatti di reato né può andare al di là del catalogo tassativo delle scusanti espressamente previste dalla legge (cfr, Cass., Sez. III, 23 gennaio 2018, n. 38593, Del Stabile, CED 273833<sup>36</sup>): eventuali lacune in materia di scusanti possono essere colmate solo dal legislatore, e non dal giudice in via analogica»<sup>37</sup>.

---

## Bibliografia

ANTOLISEI, Francesco (2003): *Manuale di diritto penale*- Parte generale, sedicesima ed., Milano (Giuffrè) p. 433 s.

ANTOLISEI, Francesco (2016): *Manuale di diritto penale, Parte speciale, II*, Milano (Giuffrè) p. 672

BARATTA, Alessandro (1963): *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano (Giuffrè) p. 28 s.

BARTOLI, Roberto (2011): *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Vol. II, Torino (Giappichelli) p. 674 e ss.

BETTIOL, Giuseppe (1962): *Diritto penale*- Parte generale, G.Petrella editore Palermo, p. 388 s

BIN, Riccardo (2008): *Se non sale in cielo, non sarà forse un raglio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/2008)*, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it)

BIN, Ludovico (2014): *"La formula di Radbruch", principio di irretroattività e lex mitior* (nota a Corte EDU, Grande Camera, 18 luglio 2013, Maktout e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina), in *Diritto penale contemporaneo*, 9 aprile 2014;

BISCEGLIA, Francesca Pia (2021): *Dove il legislatore porta le parole e l'interprete adduce il senso: le Sezioni unite sull'applicabilità dell'art. 384 c.p. al convivente more uxorio*, in *Sistema penale*, n. 5/2021, p. 31 s.

BRICOLA, Franco (1974): *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto Italiano*, Torino (UTET), pag. 33 e segg. dell'estratto.

<sup>36</sup> La relativa massima così recita: il principio della non esigibilità di una condotta diversa - sia che lo si voglia ricollegare alla "ratio" della colpevolezza riferendolo ai casi in cui l'agente operi in condizioni soggettive tali da non potersi da lui "umanamente" pretendere un comportamento diverso, sia che lo si voglia ricollegare alla "ratio" dell'antigiuridicità riferendolo a situazioni in cui non sembri coerente ravvisare un dovere giuridico dell'agente di uniformare la condotta al precetto penale - non può trovare collocazione e spazio al di fuori delle cause di giustificazione e delle cause di esclusione della colpevolezza espressamente codificate, in quanto le condizioni e i limiti di applicazione delle norme penali sono posti dalle norme stesse senza che sia consentito al giudice di ricercare cause ultralegali di esclusione della punibilità attraverso l'"analogia juris". (Fattispecie in tema di omesso versamento dell'IVA giustificata dal ricorrente con la crisi del mercato immobiliare e con i problemi finanziari della società da lui rappresentata). (Sez. 3, Sentenza n. 38593 del 23/01/2018 Ud. (dep. 13/08/2018) Rv. 273833 - 01. In senso analogo si è affermato che in tema di maltrattamenti, l'autore del reato non può invocare, a propria discolpa, l'inesigibilità di un comportamento diverso da quello tenuto siccome coartato dalla volontà di altri, che abbia imposto un proprio modello culturale improntato ad autoritarismo maschilista, in quanto il principio della non esigibilità non trova applicazione al di là delle cause di giustificazione e delle cause di esclusione della colpevolezza espressamente codificate. (Vedi: Sez. 6, n. 973 del 1993, Rv. 194384). (Sez. 5, Sentenza n. 21133 del 25/03/2019 Ud. (dep. 15/05/2019) Rv. 275315 - 03. Il che, evidentemente, rileva non poco in tutti quei modelli di reato cosiddetti culturalmente motivati.

<sup>37</sup> MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, op. cit. 424. V. anche VECCE (2016) *passim*.



- CAPONI Remo e PROTO PISANI, Andrea (2009): *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile.*, in *Foro italiano*, I, c. 984;
- CAPPUCCIO, Laura (2010): *La convivenza “more uxorio” tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia: uno strano caso di doppia pregiudiziale*, in *Foro italiano*, I, c. 804
- CLINCA, Silvia (2018): *La fisionomia della “famiglia” penalisticamente rilevante all’indomani della legge Cirinnà*, in *Legislazione penale*, 15 gennaio 2018
- CONDORELLI, Martina e PRESSACCO Luca (2018): *Overruling e prevedibilità delle decisioni*, in *Questione giustizia*, n. 4
- DI GIOVINE, Ombretta (2018): *“Salti mentali” (analogia e interpretazione nel diritto penale)*, in *Questione giustizia*, n. 4
- DONINI, Massimo (2016): *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in *Diritto penale contemporaneo* 6 giugno 2016
- FATTA, Caterina (2009): *Il conflitto di attribuzioni sul “caso Englaro” e la “cattiva battaglia” giudici-legislatore: quale sorte per la tutela dei diritti umani?*, in *Giurisprudenza italiana*, p. 1630;
- FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Ettore (2012): *Diritto Penale, Parte speciale*, Bologna (Zanichelli), 2012, p. 424;
- FORNASARI, Gabriele (1990): *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, padova (Cedam), passim
- FRACANZANI, Marcello (2003): *Analogia e interpretazione estensiva nell’ordinamento giuridico*, Milano (Giuffrè) p. 90 s.
- GEMMA, Gladio (2008): *Parlamento contro giudici: un temerario conflitto di attribuzioni sul “caso Eluana”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, p. 372J.
- GOLDSCHMIDT, James (1913): *Der Notstand, ein Schuldproblem*, in *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht*, p. 129.
- GROSSO, Carlo Federico, PELISSERO, Marco, PETRINI, Davide, PISA, Paolo (2020): *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Milano (Giuffrè) p. 142.
- MALTESE, Domenico (2009): *Il falso problema della nutrizione artificiale.*, in *Foro italiano*. I, c. 987;
- MANES, Vittorio (2018): *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di deontologia “ermeneutica”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 gennaio 2018
- MANNA, Adelmo (1996): *L’art. 394 c.p. e la “famiglia di fatto”: ancora un ingiustificato «diniogo di giustizia» da parte della Corte Costituzionale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 90
- MANTOVANI, Ferrando (2019) *Diritto penale*, Padova, (Cedam), p. 75 s.;
- MANZINI, Vincenzo (1982): *Trattato di diritto penale*, vol. V, Torino (Utet), 1982, p. 749;
- MARINI, Giuliano (1966): *“Non colpevolezza” dell’agente per non esigibilità della condotta conforme al precetto o errore su elemento normativo del fatto ?*, in *Rivista italiana*, p.1028 s
- MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio, GATTA, Gian Luigi (2019): *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Milano (Giuffrè) p. 84;
- MAZZACUVA, Francesco (2013): *La Corte europea torna sul principio della legalità della pena e chiarisce la portata della c.d. formula di Radbruch*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 settembre 2013.
- MERLI, Antonella (2017): *Note introduttive al tema: la rilevanza penalistica della convivenza more uxorio (dopo la legge Cirinnà e il decreto legislativo di attuazione in materia penale)*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 5, p. 94 s.

- MEZGER, Edmund (1935): *Diritto penale (Strafrecht)*, trad. it. avv. Filippo Mandalari, Padova (Cedam), p. 378 s.
- MEZZA, Enrico (2018): *Unioni civili e convivenze di fatto nelle cause di non punibilità: ambito applicativo dell'art. 384, comma 1, c.p.*, in *Cassazione penale*, p. 2738
- MEZZETTI, Enrico (1997): *Stato di necessità*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. XIII, Torino (Utet), p. 672 s.
- NUNZIATA, Massimo (1997): *Inesigibilità della condotta conforme e non punibile a titolo di favoreggiamento personale dei prossimi congiunti per le false dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria*, in *Il Nuovo diritto*, p. 195
- NUVOLONE, Pietro (1972): *I limiti taciti della norma penale*, Padova (Cedam) p. 100
- PALAZZO, Francesco (2021): *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita*, in *Sistema penale*, 22 marzo 2021,
- PASTORELLI, Alessio (2009): *La convivenza more uxorio non esclude la punibilità del favoreggiamento personale.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, p. 1525;
- PEZZI, Alessandra *Calunnia ed autocalunnia*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, vol. V, 5
- PELAZZA, Marta (2012): *Obbligo di testimonianza del convivente more uxorio: la Corte EDU non apre alle coppie di fatto. Riflessioni su art. 384 c.p. e famiglia di fatto*, in *Diritto penale contemporaneo* del 15 giugno 2012
- PELISSERO, Marco (2017): *Dalla famiglia alle famiglie: evoluzione della tutela penale*, in *Studium Iuris*, n. 9, p. 958
- PETROCELLI, Biagio (1951): *La colpevolezza*, Padova (Cedam) p. 140 s
- PROSCIUTI CARDUCCI, Michela e SENA, Danilo (1997): *Favoreggiamento personale: illegittimità costituzionale*, in *Rivista penale*, p. 109
- PRUDENZANO, Lorenzo (2015): *Riflessioni a margine di una recente estensione della causa di non punibilità prevista dall'art. 384 co. 1, c.p. ai conviventi more uxorio*, in *diritto penale contemporaneo*, 30 novembre 2015;
- RAMUNDO, Pietro (2015): *Gli effetti applicativi dell'art. 384 cod. pen., tra funzione di garanzia e rischi di formalismo*, in *Giustizia penale*, II, c. 51
- ROIATI, Alessandro (2017): *Il diritto penale a confronto con unioni civili e convivenze di fatto tra vecchi e nuovi paradigmi differenziati*, in *Giustizia penale*, II, p. 694
- ROMANO, Mario (1990): *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 61 s.
- ROMBOLI, Riccardo (2009): *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda E.: un caso di evidente inammissibilità.*, in *Foro italiano*, I, c. 49;
- SCARANO, Luigi (1948): *La non esigibilità nel diritto penale*, Casa editrice libraria Humus, Napoli, *passim*
- SFORZA, Flavia (1997): *La Corte costituzionale estende la causa di non punibilità di cui all'art. 384, II comma c.p. alle false dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria*, in *Il Nuovo diritto*, p. 341
- SUSCHAN, Pietro (1977): *Stato di necessità e causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p.*, in *Cassazione penale*, p. 66 s.
- TAGLIARINI, Francesco (1967): *Una singolare pronuncia in materia di inesigibilità*, in *Temì romana*, 1967, n. 3.
- VASSALLI, Giuliano (1987): *Analogia nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. I, Torino (Utet), p. 158 s.

VASSALLI, Giuliano (2000): *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano (Giuffrè), *passim*.

VECCE, Antonio (2016): *L'applicabilità della causa di non punibilità, di cui all'art. 384, co. 1, c.p. al convivente more uxorio. Problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Archivio penale*, n. 2, *passim*.

VIGANÒ, Francesco (2016): *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 dicembre 2016



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A   T R I M E S T R A L E

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>