

ANALOGIA IN BONAM PARTEM E CONVIVENZA MORE UXORIO.

UN'ANALISI ARGOMENTATIVA
DELLA SENTENZA DELLA CORTE
DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE
PENALI, N. 10381/2021

GIOVANNI TUZET



Analogia *in bonam partem* e convivenza *more uxorio*.

Un'analisi argomentativa della sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, n. 10381/2021

In bonam partem analogy and *more uxorio* partnership.

An argumentative analysis of decision no. 10381/2021 of the Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali

GIOVANNI TUZET

Professore ordinario di filosofia del diritto nell'Università Commerciale "Luigi Bocconi" di Milano.

E-mail: giovanni.tuzet@unibocconi.it.

ABSTRACT

Il lavoro si apre con alcune considerazioni sul ragionamento analogico in generale. Dopodiché vengono ricordate a grandi tratti alcune caratteristiche dell'analogia giuridica e viene analizzata, sotto il profilo argomentativo, la sentenza n. 10381/2021 delle Sezioni Unite penali della Cassazione italiana. Si tratta di una decisione in cui opera un'analogia *in bonam partem* a favore dei conviventi *more uxorio*.

The work starts with some considerations on analogical reasoning in general. Then it points out some general features of the use of analogy in law, and it provides an argumentative analysis of decision no. 10381/2021 of the Italian Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali. In this decision a form of *in bonam partem* analogy operates in favor of *more uxorio* partners.

KEYWORDS

Analogia, Argomentazione giuridica, Convivenza *more uxorio*, Diritto penale, Interpretazione estensiva

Analogy, Criminal Law, Extensive Interpretation, Legal Argumentation, *More Uxorio* Partnership

ALLEGATI

Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, sentenza n. 10381/2021

Analogia *in bonam partem* e convivenza *more uxorio*

Un'analisi argomentativa della sentenza della Corte di Cassazione,
Sezioni Unite penali, n. 10381/2021

GIOVANNI TUZET

1. *Analogia e diritto* – 1.1 *Analogie e rilevanza* – 1.2. *Interpretazione, lacune, somiglianze e differenze* – 1.3. *Questioni ulteriori* – 2. *Analogia in bonam partem e convivenza more uxorio* – 2.1. *I fatti e gli argomenti in campo* – 2.2. *La decisione*.

ALLEGATI: Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, sentenza n. 10381/2021

1. *Analogia e diritto*

1.1. *Analogie e rilevanza*

Il ruolo dell'analogia è un tema classico che non smette di interessare studiosi e operatori del diritto. Ma vorrei iniziare con alcune considerazioni sul ragionamento analogico in generale. Dopodiché ricorderò a grandi tratti alcune caratteristiche dell'analogia giuridica e passerò ad analizzare, sotto il profilo argomentativo, la sentenza penale su cui il presente scritto si focalizza. Si tratta di una decisione in cui opera un'analogia *in bonam partem*.

Ragionare per analogia significa vedere le somiglianze fra cose distinte e concluderne che se queste hanno qualcosa in comune, allora (forse) hanno in comune anche qualcos'altro. Le somiglianze devono essere a ben vedere *rilevanti*. Una lattina di aranciata e una di birra si assomigliano per la forma, il materiale e magari il colore. Ma il loro contenuto è diverso. Dalla somiglianza in un aspetto non si può saltare alla somiglianza in un altro, a meno che la somiglianza di partenza non sia rilevante.

Una bottiglia di birra e una lattina di birra differiscono nella forma e nel materiale, ma avendo in comune un contenuto alcolico producono su di noi gli stessi effetti. Come tesi generale, ogni cosa assomiglia a ogni altra in almeno un aspetto, ma vi differisce anche in almeno un aspetto (se non fosse così sarebbero la stessa cosa). Ragionare per analogia è spesso necessario ma altrettanto spesso fuorviante, se somiglianze e differenze non vengono valutate con attenzione. Bisogna guardarsi da quello che Mallarmé chiamava il “demone dell'analogia”. Vedere le giuste somiglianze e le giuste differenze è in certo senso un'arte; richiede la capacità di distinguere e comparare, valutare profili diversi senza trascurarne le connessioni, fare un lavoro tanto analitico quanto sintetico, detto in breve.

Per passare a una definizione più tecnica, possiamo dire che il ragionamento analogico serve a estendere a un caso *target* una considerazione che vale per un caso *source*. Quando ha uno scopo conoscitivo, l'analogia serve a integrare la conoscenza del caso *target*. Quando ha uno scopo normativo, serve a regolare un caso *target*. Serve così, in ambito morale, a sviluppare ed estendere le nostre valutazioni da una situazione familiare a una che lo è meno¹. Così, in ambito giuridico, l'analogia integra la disciplina esistente colmando una lacuna.

Supponiamo di interrogarci su una sostanza non tanto conosciuta, il nostro caso *target*. E confrontiamola con una sostanza conosciuta, il caso *source*. Se sappiamo che la sostanza *source* ha effetti dannosi sul nostro organismo e sappiamo che la sostanza *source* e quella *target* hanno una

¹ Cfr. CANALE et al. 2021, cap. XI.

composizione chimica simile, possiamo concluderne per analogia che anche la sostanza *target* ha (forse, o probabilmente) effetti dannosi sul nostro organismo. Eccone una rappresentazione schematica:

La sostanza *a* (*source*) è dannosa per la salute (*Q*).

La sostanza *a* (*source*) e la sostanza *b* (*target*) hanno una simile composizione chimica (*P*).

Probabilmente, la sostanza *b* (*target*) è dannosa per la salute (*Q*).

Più astrattamente, dal fatto che *a* presenta l'aspetto *Q* e dalla somiglianza di *a* e *b* sotto l'aspetto *P* viene inferito che anche *b* presenta l'aspetto *Q*, assumendo che *P* sia rilevante per *Q*. Si noti che formule cautelative come “forse” e “probabilmente” segnalano il margine di incertezza e fallibilità della conclusione².

L'esempio appena fatto si presta a vederne le possibili implicazioni normative. Assumiamo che il diritto (amministrativo) di un certo ordinamento non permetta la vendita di *a* in quanto sostanza dannosa e non disponga nulla a proposito di *b*. Allora un ragionamento analogico può colmare la lacuna:

La vendita della sostanza *a* (caso *source*) non è permessa (*Q*).

La sostanza *a* (*source*) e la sostanza *b* (*target*) sono dannose per la salute (*P*).

La protezione della salute (*R*) rende rilevante la somiglianza fra *a* e *b*.

La vendita della sostanza *b* (caso *target*) non è permessa (*Q*).

Questo è un caso di analogia normativa, non conoscitiva come all'esempio precedente. *Q* è ora un aspetto normativo che viene esteso a *b* sulla base della somiglianza rilevante sotto il profilo *P* e sulla base di *R* come *ratio* della disciplina. È proprio *R* a rendere rilevante la somiglianza.

Nel ragionamento giuridico, come abbiamo già detto, l'analogia serve a colmare le lacune del diritto. Il ragionamento analogico colma le lacune estendendo a un caso non regolato la disciplina prevista per un caso regolato, assumendo che fra i due vi sia una somiglianza rilevante. E cosa rende rilevante la somiglianza? Appunto la *ratio*, ossia la ragione di una disciplina, la sua finalità o il suo scopo. Alla luce dello scopo alcune somiglianze sono rilevanti e altre non lo sono. Quando la somiglianza è rilevante è corretto estendere la disciplina per analogia.

In un famoso caso americano di fine '800 (il caso *Adams*) – si badi, un caso civile – ci si chiedeva come regolare il risarcimento per un furto subito dal passeggero di un battello a vapore nella cabina a lui assegnata. L'autore del furto non era stato identificato e il passeggero chiedeva un risarcimento ai prestatori del servizio. Le regole vigenti a quel tempo stabilivano la responsabilità oggettiva dei titolari di hotel, pensioni, ecc. Cioè, in tali casi i prestatori del servizio erano responsabili dei furti subiti dai clienti nelle loro camere, senza che i clienti dovessero provare la negligenza dei titolari. Al contrario le regole del tempo stabilivano che non ci fosse responsabilità oggettiva delle compagnie ferroviarie. Alla vittima di un furto su un treno non era sufficiente far valere il furto per ottenere un risarcimento: doveva essere dimostrata la negligenza della compagnia ferroviaria. Come regolare allora il furto in battello? Non c'erano norme espresse a riguardo, dunque c'era una lacuna.

Il battello è simile al treno in quanto mezzo di trasporto. Ma è simile all'hotel se prevede cabine dove i clienti possono riposare, lasciare i propri beni, ecc. Le cabine sono simili alle stanze d'hotel, eppure l'hotel non è un mezzo di trasporto. Se era rilevante la somiglianza con il treno,

² Su questo e altri punti che caratterizzano il ragionamento analogico mi permetto di rinviare a TUZET 2020a.

il furto non era risarcibile con responsabilità oggettiva. Se invece era rilevante la somiglianza con l'hotel, il furto era così risarcibile. Fra gli argomenti in gioco c'era una sorta di "battaglia delle analogie"³.

La Corte che decise il caso scelse una delle analogie. Stabilì che la somiglianza rilevante era quella fra battello e hotel. E perché? Perché nel caso dell'hotel si instaura un rapporto di fiducia fra titolare e cliente, che manca invece quando si acquista un biglietto ferroviario. Per proteggere l'affidamento del cliente andava garantita una forma impegnativa di responsabilità da parte del prestatore del servizio, ossia la responsabilità oggettiva.

Nei termini che menzionavo prima, la *ratio* della disciplina relativa all'hotel era la protezione del rapporto fiduciario fra cliente e titolare. La Corte giudicò appunto che vi era una simile relazione nel caso del battello, quando al passeggero viene assegnata una cabina riservata. Pertanto la disciplina del risarcimento andava estesa dall'hotel al battello. Non dal treno al battello.

1.2. Interpretazione, lacune, somiglianze e differenze

Posto quanto sopra, l'analogia *non* è una forma di interpretazione. L'analogia serve a colmare le lacune, dunque a integrare il diritto, non a interpretarlo. Purtroppo circola non di rado l'espressione "interpretazione analogica", che è un *monstrum* concettuale. Se qualcosa è analogia non è interpretazione. Se è interpretazione non è analogia.

Mi spiego meglio: l'interpretazione giuridica è l'attività con cui si attribuisce un significato a un testo normativo. Fatto ciò, si può vedere se il caso concreto ricada nella sfera di applicazione della norma. Ossia, come si usa dire, se la fattispecie concreta rientri in quella astratta. E questo presuppone che i testi normativi siano stati interpretati e si abbia un'idea di quale sia la fattispecie astratta.

Supponiamo allora di trovarci di fronte a un caso concreto che non riusciamo a far rientrare in nessuna delle fattispecie astratte individuate tramite interpretazione. Allora abbiamo appunto una lacuna. Ma ciò presuppone che l'interpretazione abbia già avuto luogo e che non sia sufficiente a decidere il caso. Occorre infatti un'integrazione del diritto, occorre colmare la lacuna.

Poi dobbiamo distinguere l'analogia dal cosiddetto argomento *a contrario*. Questo argomento, nella sua forma più tipica, fa leva sulle differenze invece che sulle somiglianze. In presenza di una lacuna l'argomento *a contrario* dice che il caso non regolato deve essere trattato nel modo opposto a quello espressamente regolato, dato che i due casi sono diversi sotto un profilo rilevante. L'argomento nega l'estensione della disciplina prevista per il caso *source*. Essendo diverso in maniera rilevante, il caso *target* va trattato diversamente.

Si noti che nel caso *Adams* i prestatori del servizio cercavano di argomentare *a contrario* nel momento in cui facevano notare le differenze fra battello e hotel. E ovviamente, per il passeggero derubato, se valeva la somiglianza fra battello e hotel valeva anche la differenza fra battello e treno. Insomma, è un gioco di somiglianze e differenze dove è cruciale l'identificazione della *ratio* di una disciplina.

A questo punto occorre richiamare alcuni aspetti dell'analogia in ambito *penale*. Come ben noto, l'analogia non è consentita in questo ambito. Per la precisione, nel nostro ordinamento e in gran parte degli ordinamenti contemporanei non è consentita l'applicazione analogica delle norme incriminatrici, ovvero l'analogia *in malam partem*. Ma nella prassi si consente la cosiddetta "interpretazione estensiva". Ora, chi ha un atteggiamento critico a riguardo sostiene che le due operazioni hanno gli stessi risultati pratici. In un modo o nell'altro, il risultato è lo stesso: un'estensione delle norme penali, per incriminare condotte che non sono espressamente previste come reati.

Chi è favorevole all'interpretazione estensiva fa notare invece che il diritto penale deve avere un minimo di flessibilità, la quale potrebbe essere garantita disponendo di un criterio di interpre-

³ A riguardo si può vedere SCHAUER 2016, cap. V.

tazione estensiva che distingue questa dall'analogia. Per fare un esempio: molestare qualcuno tramite un social network costituisce una molestia «in luogo pubblico o aperto al pubblico» (art. 660 c.p.)? Quando pensiamo a un luogo pubblico pensiamo a una piazza o una via, e per rappresentarci un luogo aperto al pubblico possiamo pensare a un cinema o un teatro. Il legislatore del codice (1930) non poteva ovviamente pensare a un social network. Pertanto: dobbiamo lasciare impunte le molestie tramite social network, giacché non sono espressamente previste nei testi normativi, o possiamo punirle interpretando estensivamente «in luogo pubblico o aperto al pubblico» in modo da includervi un social network?

I luoghi virtuali della rete e dei social network sono parte della nostra esperienza ormai da anni; ancor di più lo sono stati nei periodi di isolamento fisico patiti durante la pandemia di Covid-19. Chiunque abbia avuto la necessità di riunioni virtuali si sarà confrontato con domande come “Dove ci troviamo?”, “Su Zoom, Teams, Meet?” – si tratta di spazi virtuali cui ci stiamo abituando sempre più e rispetto ai quali non è implausibile sostenere un'estensione semantica del termine “luogo”.

Guardando alla cosa sotto un profilo teorico, occorre intendersi sul significato di “interpretazione estensiva”. Grosso modo questa consiste nell'interpretazione che ne estende un'altra, che cioè fa rientrare più condotte nell'area di applicazione della norma. Dato che in diritto penale l'interpretazione deve essere in genere letterale, possiamo intendere per interpretazione estensiva quella che estende un'interpretazione letterale. Con quale legittimità? Un'idea è che si possa operare in questo modo quando il caso concreto è per così dire un caso “borderline”. Un caso che cade nella zona grigia fra l'area di sicura applicazione e l'area di sicura disapplicazione. Un social network può sembrare questo, un caso borderline di «luogo pubblico o aperto al pubblico»: non siamo né sicuri che rientri nella norma, né sicuri che non vi rientri. Allora, se abbiamo buone ragioni per estendere tale disciplina possiamo operare un'interpretazione estensiva che faccia rientrare il caso grigio nella zona di applicazione. E quali sarebbero le buone ragioni? Ad esempio la protezione delle persone dalle molestie, quindi, di nuovo un appello alla *ratio* della disciplina⁴.

Più le nostre vite sono interconnesse e più sono nuovi i media e gli strumenti che utilizziamo, più c'è bisogno di ragionare per analogia e di farlo con attenzione, valutando le somiglianze e le differenze, anche le più sottili.

In ambito civile la cosa non è altrettanto spinosa, dato che le norme civili si possono applicare per analogia. Quindi parlare di “interpretazione estensiva” o di “analogia” in sede civile non fa molta differenza, se non sotto il profilo teorico.

1.3. Questioni ulteriori

Nei miei precedenti lavori sull'analogia ho riservato meno spazio ad alcune questioni su cui è opportuno un approfondimento. Una è la questione dell'estensione analogica sotto vincoli costituzionali. Per un verso, in ambito penale, può trattarsi dell'analogia *in bonam partem* giustificata da principi costituzionali⁵. In questa prospettiva rientra la decisione che analizzo nel prosieguo. Per altro verso, più sorprendentemente ma sempre su basi costituzionali, può trattarsi dell'analogia *in malam partem*. Siamo soliti dire che nel nostro ordinamento e in molti altri questa forma di analogia è bandita⁶. Ep-

⁴ Si osservi che in questo modo le considerazioni teleologiche supportano un'interpretazione letterale (estensiva), non si sostituiscono a essa. Per altro verso l'interpretazione teleologica e l'applicazione analogica possono instaurare un reciproco rinvio, quando il tentativo di configurare la seconda aiuta a precisare la prima e come sempre alla seconda occorre l'identificazione di una *ratio* per stabilire se una somiglianza sia rilevante. Ne parlo in TUZET 2020b.

⁵ Sotto il profilo teorico si può osservare che, a rigore, il diritto penale non presenta lacune dato il principio generale esclusivo che rende permesso quanto non è espressamente vietato. Che lacuna andrebbe allora a colmare un'analogia? La risposta dei teorici di orientamento analitico è che si tratti di una lacuna “assiologica”, cioè dell'assenza di una norma che *dovrebbe* esserci considerato il quadro normativo e i suoi principi. Cfr. TUZET 2021a.

⁶ Lo afferma anche la recentissima sentenza n. 98/2021 della nostra Corte costituzionale, proprio in tema di convivenza; per ovvie ragioni non ho potuto occuparmi qui di questa pronuncia.

pure si possono trovare esempi – per fortuna non molti – di estensione analogica di norme penali di sfavore in virtù di principi costituzionali. La decisione n. 440/1995 della nostra Consulta, nel valutare la legittimità costituzionale del reato di bestemmia rispetto alla religione cattolica, ne concluse, con riferimento al principio di eguaglianza senza distinzione di religione (art. 3 Cost.) e al principio di eguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose (art. 8 comma 1 Cost.), che tale incriminazione dovesse valere anche per forme di oltraggio alla “Divinità” venerata da altre confessioni. Nonostante la Corte si premurasse di dire che la pronuncia non era additiva, si trattava di fatto di un’analogia *in malam partem*. Ci si può chiedere se in tali casi, di fronte al bilanciamento fra eguaglianza da un lato e riserva di legge e tassatività dall’altro, invece di una manipolazione additiva non sia meglio un’ablazione secca della norma, o magari (a meno che non sia già “in mora”) una “diffida” al legislatore affinché provveda a estendere l’incriminazione entro una certa data, ovvero se non sia opportuna una decisione che stabilisce ma non dichiara l’incostituzionalità, lasciando al potere legislativo la responsabilità di intervenire. Un altro esempio di questo tenore, ma relativo a un diverso ordinamento, è una decisione del 13 giugno 2019 del Tribunale supremo federale del Brasile: qui la fattispecie *source* sanzionata dalla legge penale è la discriminazione a sfondo razziale, quella *target* non disciplinata è la discriminazione per orientamento sessuale o identità di genere, e i giudici brasiliani, sulla base del principio di eguaglianza e della *ratio* consistente nella tutela dei gruppi discriminati, stabiliscono che la disciplina della fattispecie *source* valga anche per quella *target* fino al momento dell’adozione di una normativa specifica da parte del legislatore (già “in mora” e criticato per omissione).

Un’ulteriore questione che ho solo accennato e su cui mi riprometto di tornare è il ruolo dell’analogia nel ragionamento probatorio. Due casi interessanti sono *Daubert* e *Joiner*, entrambi appartenenti alla cd. Trilogia *Daubert* con cui la Corte suprema americana ha dato una serie di indicazioni in tema di ammissibilità della prova scientifica⁷. In entrambi i casi, gli attori offrivano una serie di studi ed evidenze scientifiche a supporto della propria ricostruzione fattuale volta a mostrare la responsabilità dei convenuti. Ma una debolezza dell’argomentazione attorea era rinvenuta nel fatto che, in *Daubert*, venivano offerti studi farmacologici che mostravano la sola “somialianza” fra la struttura chimica del farmaco in questione e quella di altri farmaci notoriamente teratogeni, e che, in *Joiner*, gli studi offerti per provare il decorso causale di una data patologia erano condotti su altre specie animali e dunque troppo “dissimili” da quanto occorreva nel caso. In queste pronunce l’analogia fattuale si mostrava troppo debole, al punto da non superare neanche il vaglio di ammissibilità probatoria (che comunque nell’ordinamento americano è più esigente che nel nostro, date le peculiarità del processo con giuria). Ciò non esclude però che in altri casi l’analogia probatoria possa trovare un maggior credito.

Infine, per chi si occupa di argomentazione, è interessante approfondire l’uso dell’argomento analogico nelle scelte legislative o nella loro giustificazione. Possiamo immaginare l’uso dell’analogia per giustificare e rendere accettabile ai cittadini la scelta (poniamo legislativa) di determinate conseguenze negative per chi non si vaccini contro il Covid-19. Immaginiamo che la vaccinazione rimanga su base volontaria ma con incentivi di segno negativo. Esempi: chi non è vaccinato non può viaggiare in aereo, prendere un treno, prenotare in un albergo, andare all’Università, ecc. Sarebbe un obbligo strisciante? In un dibattito pubblico il difensore del provvedimento, a fini giustificativi e persuasivi, può ben ricorrere all’analogia con l’obbligo di patente per la guida di un veicolo: guidare è un’attività pericolosa per sé stessi e per altri, quindi è ragionevole subordinarla a dati requisiti; ma anche salire su un treno senza essere vaccinati è pericoloso per sé stessi e per gli altri, così come prendere un aereo, ecc. Ne segue che anche queste attività possono essere legittimamente subordinate a requisiti che includono la vaccinazione.

⁷ Per approfondimenti si possono vedere CARLIZZI 2019 e TUZET 2021b.

2. Analogia in bonam partem e convivenza more uxorio

2.1. I fatti e gli argomenti in campo

Come anticipato, la restante parte del presente lavoro verte su un caso penale di analogia *in bonam partem* deciso con la sentenza n. 10381/2021 dalle Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione. Non avendo le competenze del penalista mi limiterò a un'analisi argomentativa delle motivazioni giudiziali, sul modello di altre analisi pubblicate in questa sede⁸.

I fatti in breve: per favorire il convivente che aveva provocato un sinistro stradale e si era allontanato senza prestare soccorso alle persone coinvolte, l'imputata dichiara falsamente ai Carabinieri di essere stata alla guida dell'auto, mentre in realtà viaggiava come terzo trasportato. A sua difesa invoca la causa di non punibilità di cui all'art. 384 comma 1 c.p., che in determinati casi tassativamente previsti dalla legge stabilisce la non punibilità di chi «ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore». La Corte d'appello competente esclude che tale causa possa trovare applicazione nel caso di specie, non trattandosi di un prossimo congiunto ma del convivente *more uxorio*.

Nel ricorso per cassazione la difesa dell'imputata argomenta in favore dell'estensione di tale norma alle convivenze di fatto, non regolate sul punto dalla legge. I prossimi congiunti rientrano dunque nel caso *source*, i conviventi nel caso *target*.

La Sesta Sezione della Cassazione rileva a riguardo un contrasto giurisprudenziale e rimette il ricorso alle Sezioni Unite.

La Procura generale afferma la natura *eccezionale* della norma di cui all'art. 384 c.p. e nota che la legge n. 76/2016 sulle unioni civili (cd. legge Cirinnà) non ha modificato il quadro penale nell'aspetto che qui interessa, non operando cioè una parificazione fra coniugi e conviventi (§ 6 delle considerazioni in fatto della decisione qui analizzata).

Allo studioso di argomentazione giuridica saltano all'occhio due cose nella posizione della Procura: in primo luogo, viene richiamato quanto disposto all'art. 14 delle "Preleggi" sulla non applicabilità analogica delle norme eccezionali; in secondo luogo, viene avanzato un argomento "psicologico", cioè relativo all'intenzione del legislatore⁹, sostenendo che il mancato intervento del legislatore rispetto al punto che qui interessa ne rivela l'intenzione di lasciare le cose come stanno. Questo secondo argomento ha un suo particolare pregio ma anche una certa opinabilità, in quanto si tratta di muovere dal *silenzio* del legislatore. È noto fra gli studiosi di argomentazione e di pragmatica del linguaggio che dal silenzio si possono trarre molte inferenze diverse a seconda del contesto. Talora il silenzio vale come accordo, talora come diniego, talora sta semplicemente per la mancata considerazione di un certo punto. Per supportare la conclusione della Procura si dovrebbe sottoscrivere un argomento controfattuale come questo: "Se il legislatore avesse voluto equiparare i coniugi e i conviventi, allora lo avrebbe fatto; ma non lo ha fatto; quindi non voleva equiparare tali categorie"¹⁰. Piuttosto, la Procura vi aggancia alcune considerazioni sulla non percorribilità di un'interpretazione conforme a Costituzione da parte del giudice comune, in quanto in alcune pronunce la Consulta ha negato che tale mancata parificazione sia in contrasto con la Costituzione.

⁸ Cfr. CHIASSONI 2018 e DICIOTTI 2019. In tema di analogia v. anche VELLUZZI 2019.

⁹ Per questa e altre caratterizzazioni teoriche degli argomenti qui richiamati, rimando a CANALE, TUZET 2020. Cfr. fra gli altri GUASTINI 2011 e PINO 2010.

¹⁰ O per la precisione: poiché la legge Cirinnà è intervenuta su alcune norme del codice penale (in particolare introducendo l'art. 574-ter, cfr. GATTA 2017), il fatto che non sia intervenuta anche sull'art. 384 (o meglio sull'art. 307 per il profilo che qui interessa) mostra che non intendeva estendere la relativa disciplina ai conviventi *more uxorio*. (Ringrazio G. Carlizzi per un commento su questo punto).

Badiamo però al primo argomento, quello sulla natura eccezionale della causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. (torneremo più avanti su questa caratterizzazione della norma). La possibilità o meno di estendere per analogia tale norma è ciò su cui verte principalmente la decisione in oggetto.

La difesa dell'imputata sostiene che il silenzio legislativo del 2016 non preclude un'interpretazione "evolutiva" della materia, posto che «risulta irragionevole affermare che il convivente di fatto non si trovi nella identica situazione di pressione psicologica del coniuge» (§ 7 in fatto). La "pressione psicologica", come vedremo, non conta in realtà in quanto tale ma è senz'altro uno dei profili che caratterizzano la questione.

Nell'affrontare il contrasto giurisprudenziale segnalato dalla Sesta Sezione, le Sezioni Unite riassumono dapprima l'orientamento tradizionale e prevalente, articolandolo in tre ragioni principali (§ 2.1 delle considerazioni in diritto):

- 1) «si ritiene determinante l'espresso riferimento contenuto nell'art. 384 cod. pen. ai "prossimi congiunti", la cui definizione è offerta dall'art. 307, quarto comma, cod. pen., disposizione generale all'interno del codice penale, che identifica la categoria dei prossimi congiunti esclusivamente nel coniuge, oltre che negli ascendenti, discendenti, fratelli, affini nello stesso grado, zii e nipoti, senza ricomprendervi il convivente»;
- 2) «le decisioni che formano oggetto di questo indirizzo interpretativo escludono l'assimilabilità del rapporto di fatto al vincolo coniugale e, richiamando la giurisprudenza costituzionale che in più occasioni ha ritenuto infondate le questioni di costituzionalità dell'art. 384 cod. pen., sottolineano la diversità tra il rapporto coniugale, caratterizzato da stabilità e reciprocità di diritti e doveri, e la convivenza di fatto, fondata, invece, su una *affectio* che può essere revocata in ogni momento»;
- 3) «l'esclusione della estensibilità fa leva sulla qualificazione della norma come causa di non punibilità che, in quanto norma eccezionale, non può essere applicata analogicamente».

Si noti che 1) è un argomento sistematico per combinato disposto, mentre 2) fa leva sulla diversa natura di matrimonio e convivenza e 3) corrisponde al primo argomento della Procura ricordato sopra.

Un punto interessante a favore di 2) è che, come la Corte osserva, l'equiparazione di coniugi e conviventi avrebbe una serie di conseguenze *in malam partem*, «conseguenze rinvenibili in tutti quei casi in cui il vincolo familiare rileva per la configurabilità di taluni reati». Pertanto, se da un lato si volesse giovare al convivente rendendogli applicabile la causa di non punibilità *ex art. 384 c.p.*, dall'altro si aggraverebbe la sua posizione rispetto a una norma come l'art. 577 c.p. sull'omicidio del coniuge. Detto altrimenti, per evitare questi esiti si dovrebbe argomentare in favore di una parificazione *selettiva*, non generalizzata, in modo da distinguere i profili *in bonam* e *in malam partem*. Da ultimo, continua la Corte, la legge del 2016 ha ampliato la cerchia dei "prossimi congiunti" *ex art. 307 comma 4 c.p.* includendovi i soggetti uniti civilmente e non i conviventi di fatto.

L'orientamento più recente e minoritario argomenta invece a favore dell'estensione della causa di non punibilità. Vengono richiamate alcune decisioni in cui si prospetta ora una possibile applicazione analogica dell'art. 384 c.p. ora una sua interpretazione estensiva (§ 2.2 in diritto), dove quest'ultima fa leva su una nozione "moderna" e allargata di famiglia. È ovvio che un'interpretazione estensiva di "prossimo congiunto" potrebbe risolvere lo spinoso problema dell'analogia se giungesse a includere il convivente nel contenuto semantico di tale espressione. Solitamente ci si accapiglia sul confine fra interpretazione estensiva e analogia *in malam partem*, sapendo che la seconda è (o dovrebbe essere) preclusa in ambito penale; qui la cosa è meno drammatica in quanto si tratterebbe del confine fra interpretazione estensiva e analogia *in bonam partem*: dove la seconda risultasse impraticabile, si potrebbe cercare la strada della prima, ma non occorrerebbe preoccuparsi di questa se l'analogia *in bonam partem* risultasse praticabile. Per un'interpretazione estensiva dell'art. 384 c.p. rimane comunque il problema del combinato di-

sposto con l'art. 307 c.p., la cui elencazione dei “prossimi congiunti” – anche dopo l'allargamento del 2016 – non include il convivente e ha tutta l'aria di una disciplina tassativa.

Fra le decisioni del secondo orientamento viene richiamata la sentenza “Agostino” e il suo appello alla «nozione di famiglia accolta dall'art. 8 Cedu, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, che vi fa rientrare anche i legami di fatto particolarmente stretti, fondati su una stabile convivenza». In questa prospettiva, un'interpretazione conforme al diritto sovranazionale farebbe rientrare i legami di convivenza fra quelli famigliari e consentirebbe un'applicazione dell'art. 384 c.p. al caso di specie. Sotto il profilo dei principi, viene rilevata altresì la perplessità in merito alla differenza di trattamento fra unioni civili e convivenze di fatto, dato che le seconde godrebbero di meno tutele rispetto alle prime.

2.2. La decisione

Dopo aver discusso dell'applicabilità del secondo comma dell'art. 384 c.p. (cosa che qui omettiamo di analizzare) e aver affermato che esso non si applica al caso di specie (§ 3 in diritto), le Sezioni Unite si interrogano sulla «mancata equiparazione, nel nostro ordinamento, della convivenza *more uxorio* alla famiglia legittima» (§ 4 in diritto). La *differenza* principale sta nella “formalizzazione del rapporto”, cui si aggiunge un diverso peso della “soggettività individuale” nella convivenza, di contro alle “esigenze obiettive” della famiglia formale; mentre un *tratto comune* alle due relazioni consiste nella «scelta di una condivisione di un percorso di vita comune, basato sull'*affectio*, sulla stabilità, sulla convivenza e sulla responsabilità della cura ed educazione dei figli». Il lettore aduso ai modi di argomentare delle corti intuisce a questo punto la conclusione a cui mira la sentenza in oggetto. Ci sono differenze indubitabili fra convivenza e matrimonio, ma ci sono anche indubitabili somiglianze, e fra queste spicca la scelta di condividere un percorso di vita. Argomentare per analogia significa valutare somiglianze e differenze, e qui le Sezioni Unite fanno capire di pregiare maggiormente le prime. Se la *ratio* dell'art. 384 c.p. è quella di prestare una tutela a chi condivide tale percorso di vita, la tutela va estesa ai conviventi di fatto, anche in ragione del principio costituzionale di ragionevolezza e delle fonti sovranazionali che equiparano le due relazioni.

La Corte costituzionale ha in realtà escluso l'irragionevolezza della mancata equiparazione (§ 4.1 in diritto), riservando al legislatore la scelta a riguardo; similmente si è pronunciata la Corte EDU (§ 4.2), ricordando anche l'esigenza di tutelare gli interessi relativi all'amministrazione della giustizia penale, ma per altro verso riconoscendo una concezione di “famiglia” comprensiva dei conviventi.

In direzione diversa muove invece, per le Sezioni Unite, l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cd. Carta di Nizza), allorché «nel rinviare alle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano l'esercizio, riconosce e garantisce separatamente» i diritti di sposarsi e fondare una famiglia, «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» (§ 5 in diritto).

Quanto al legislatore italiano, il silenzio del 2016 non va inteso come una forma di diniego, dice la Corte, dato che il proposito legislativo era distinto e consisteva nel disciplinare le unioni fra persone dello stesso sesso (§ 6 in diritto). Non varrebbe quindi il brocardo *Ubi lex noluit tacuit*. E nel nostro ordinamento si possono rinvenire forme di tutela relative alla convivenza di fatto, come ad esempio in tema di filiazione (§ 7.1) e per effetto di una diffusa giurisprudenza sia civile che penale (§ 7.2), alla cui luce complessiva il silenzio del 2016 «acquista un significato neutro» (§ 8).

Le Sezioni Unite prendono una posizione più netta in favore dell'estensione allorché passano a considerare la “natura” dell'art. 384 comma 1 c.p. «attraverso una lettura costituzionalmente orientata che valorizzi l'elemento della colpevolezza [...] nell'ambito delle disposizioni penali che regolamentano istituti analoghi» (§ 9 in diritto). Si noti che questo richiede non solo un apprezzamento costituzionale del tema ma anche una ricostruzione del sistema normativo perti-

nente e delle relative distinzioni dogmatiche o dottrinali (argomento sistematico), cogliendo il ruolo e il valore di istituti *analoghi*. Cosicché, richiamando la dottrina più avvertita e la giurisprudenza di legittimità più recente, la norma va qualificata non come una causa di non punibilità in senso stretto (dove la non punibilità sarebbe determinata da ragioni estrinseche come quelle di ordine politico), bensì come una causa di esclusione della colpevolezza, o meglio ancora come una “scusante” soggettiva che investe la colpevolezza (§ 10). Il fatto antiggiuridico posto in essere dall’agente non va punito se l’ordinamento reputa la condotta dovuta come inesigibile date le circostanze. Così l’ordinamento sceglie di non punire i reati commessi per salvare la libertà o l’onore del coniuge o di un prossimo congiunto. Si esclude quindi la colpevolezza, non l’antigiuridicità della condotta. Con ciò vengono valorizzati i vincoli di solidarietà familiare e i motivi di ordine affettivo¹¹. Opera in maniera analoga, sotto il profilo processuale, l’art. 199 c.p.p. che consente ai prossimi congiunti dell’imputato di astenersi dal rendere testimonianza.

La valorizzazione della peculiarità del coinvolgimento psichico porta la Corte a menzionare persino il principio *Ad impossibilia nemo tenetur* (§ 11.1), che qui in realtà è fuori luogo poiché non si sta discutendo di una condotta “impossibile” ma di una condotta che – pur possibile – l’ordinamento ritiene inesigibile sotto il profilo normativo, o meglio sotto il profilo dei valori che il diritto è chiamato a tutelare. La difficile situazione psicologica è quella di dover *scegliere* fra il proprio reato e il “nocumento” alla persona cara. La «forte pressione sulla motivazione dell’agente» non è peraltro una condizione sufficiente di scusabilità di una condotta, se è vero che molti reati sono compiuti da agenti fortemente motivati a commetterli e che ciò non ne toglie la colpevolezza.

Giungendo infine al tema dell’estensione analogica, se il divieto di analogia in ambito penale viene spiegato e giustificato non tanto con la certezza del diritto quanto con l’esigenza di garantire le libertà del cittadino, allora tale divieto va inteso come riferito all’analogia *in malam partem* e non a quella *in bonam* (§ 11 in diritto). In questa direzione va letto l’art. 25 comma 2 Cost., e le norme di favore – come quella qui esaminata – possono essere estese per analogia dove ne ricorrano i presupposti. Non si vede quindi perché negare al caso di specie l’estensione del ragionamento che supporta l’applicazione dell’art. 384 c.p. come causa di esclusione della colpevolezza. Se la *ratio* è la protezione di quei motivi di ordine affettivo di cui sopra, la stessa esigenza ricorre anche nel caso del convivente *more uxorio*.

Il percorso logico del ragionamento si può tracciare in questo modo:

Il fatto commesso nelle circostanze indicate dall’art. 384 c.p. (*source*) non è punibile (Q).

Il fatto commesso a tutela di sé stessi o di un prossimo congiunto (*source*) e il fatto commesso a tutela del convivente (*target*) rispondono a motivi di ordine affettivo (P).

La protezione di tale sfera affettiva (R) rende rilevante la somiglianza fra tali fatti.

Il fatto commesso a tutela del convivente (*target*) non è punibile (Q).

Si badi però che non si tratta di “interpretazione analogica” (come dice la Corte al § 11.1 in diritto), bensì di estensione o ancor meglio di *integrazione* analogica. Se un’interpretazione vi fosse sarebbe semmai quella che cerca di estendere il contenuto semantico di “prossimi congiunti”, con i problemi menzionati sopra.

Da ultimo le Sezioni Unite si chiedono se l’analogia *in bonam partem* sia ostacolata in presenza di leggi eccezionali. Dopo avere caratterizzato queste ultime come quelle che derogano a un principio

¹¹ In un lucido commento alla decisione, PALAZZO 2021 insiste sulla dimensione psicologico-individuale della condotta e sostiene che l’art. 384 comma 1 c.p. non è a tutela della famiglia. Ci si può chiedere se questa contrapposizione non sia troppo accentuata, nella misura in cui la scelta dell’individuo è motivata da legami affettivo-famigliari e i prossimi congiunti sono appunto i soggetti richiamati dalla legge. Se valesse la sola dimensione psicologico-individuale, perché non scusare anche il reato a tutela di un caro amico?

generale dell'ordinamento, la Corte qualifica le cause di punibilità in senso stretto come norme eccezionali e al contrario nega che abbiano tale carattere le cause di giustificazione e quelle di esclusione della colpevolezza. Ne segue che può darsi qui lo spazio per un'applicazione analogica, e che l'estensione dell'art. 384 c.p. ai conviventi *more uxorio* «trova piena giustificazione» (§ 12).

Questo il principio di diritto enunciato in conclusione (§ 14): «l'art. 384, primo comma, cod. pen., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, è applicabile analogicamente anche a chi ha commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato costretto dalla necessità di salvare il convivente *more uxorio* da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore».

Naturalmente vanno anche chiariti i criteri con cui si può provare una convivenza *more uxorio* e così distinguerla da una convivenza occasionale, e in questo possono soccorrere i criteri stabiliti a riguardo dalla legge n. 76/2016 così come può soccorrere qualsiasi mezzo di prova (§ 13 in diritto).

Riferimenti bibliografici

- CANALE D., CIUNI R., FRIGERIO A., TUZET G. (eds.) 2021. *Critical Thinking. Un'introduzione*, Egea.
- CANALE D., TUZET G. 2020. *La giustificazione della decisione giudiziale*, 2^a ed., Giappichelli.
- CARLIZZI G. 2019. *La valutazione della prova scientifica*, Giuffrè Francis Lefebvre.
- CHIASSONI P. 2018. *Suicidio terapeutico e diritto penale. Un esercizio di analisi argomentativa*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 18/1, 2018, 403 ss.
- DICIOTTI E. 2019. *La responsabilità penale nell'esercizio della professione sanitaria. Un'analisi della sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, 22 febbraio 2018, n. 8770*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 19/1, 2019, 337 ss.
- GATTA G.L. 2017. *Unioni civili tra persone dello stesso sesso. Profili penalistici*, in «Diritto Penale Contemporaneo», disponibile in: https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/upload/GATTA_2017a.pdf (consultato il 7 maggio 2021).
- GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè.
- PALAZZO F. 2021. *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita*, in «Sistema penale», 22 marzo 2021, disponibile in: <https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/palazzo-sezioni-unite-10381-2021-384-conviventi-more-uxorio> (consultato il 5 maggio 2021).
- PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino.
- SCHAUER F. 2016. *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Carocci.
- TUZET G. 2020a. *Analogia e ragionamento giuridico*, Carocci.
- TUZET G. 2020b. *Analogía e interpretación teleológica. Un caso aragonés: épalas eólicas como ramas?*, in «Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho», 53, 2020, 108 ss.
- TUZET G. 2021a. *Su lacune e analogia. Risposte a Ratti e Velluzzi*, in «Notizie di Politeia», 141, 2021, 126 ss.
- TUZET G. 2021b. *Prove esperte e oneri probatori*, in «Ragion pratica», 56, 2021, 227 ss.
- VELLUZZI V. 2019. *Linguaggio ordinario, tecniche interpretative e autoriciclaggio. Un'analisi della sentenza della Corte di Cassazione, Seconda sezione penale, 29 marzo 2019, n. 13795*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 19/2, 2019, 305 ss.