



**UNIVERSITÀ' DEGLI STUDI DI
TRIESTE**

**XXVII CICLO DEL DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE PENALISTICHE**

**LA TUTELA PENALE DELLA "VERITÀ"
EFFETTIVITÀ E BILANCIAMENTO DI
INTERESSI**

DIRITTO PENALE

**DOTTORANDA
ELEONORA MONTARULI**

**COORDINATORE
PROF. PAOLO PITTARO**

**SUPERVISORE DI TESI
PROF. MARIA CRISTINA BARBIERI**

ANNO ACCADEMICO 2014 / 2015

INDICE

INDICE - SOMMARIO

INTRODUZIONE	Pag. 1
--------------	-----------

CAPITOLO PRIMO

LA RICERCA DELLA VERITA' COME SCOPO DEL PROCESSO

	Pag.
1. La tensione alla verità	5
2. Modelli processuali e verità	12
3. Il presunto contrasto fra verità storica e verità processuale	16

CAPITOLO SECONDO

LA RICERCA DELLA VERITA'. PROFILI SOSTANZIALI

Pag.

INDICE

1. Il bene giuridico tutelato da reati contro l'amministrazione della giustizia	21
2. La tutela dell'attività giudiziaria: i reati di false dichiarazioni. Il bene giuridico tutelato	25
2.1. False dichiarazioni al giudice	27
2.2. False dichiarazioni alle altre parti del processo	28
2.3 False dichiarazioni alla polizia giudiziaria: il favoreggiamento personale mediante mendacio alla polizia giudiziaria	32
3. Il catalogo dei reati di cui all'art. 376 c.p.: la tutela della verità nelle diverse fasi processuali	36
3.1. False informazioni al pubblico ministero	37
3.2. False informazioni al difensore	41
3.3. Falsa testimonianza e falsa perizia o interpretazione	43
3.4 Favoreggiamento mediante mendacio alla polizia giudiziaria	47
4. La condotta di false dichiarazioni e il concetto di verità: vero oggettivo o vero soggettivo?	49
5. Il travagliato rapporto fra il reato di favoreggiamento personale e la ritrattazione	52
5.1. Le prime pronunce della Corte costituzionale in merito all'applicabilità della ritrattazione al favoreggiamento personale realizzato mediante mendacio alla polizia giudiziaria: tendenze restrittive	53
5.2. Il naturale ambito di applicazione della ritrattazione: la condotta dichiarativa, interpretazione correttiva	55
5.3. Il "pacchetto sicurezza 2009": un'ulteriore estensione del novero dei delitti richiamati dall'art. 376	63

CAPITOLO TERZO LA RITRATTAZIONE

	Pag.
1. La premialità a tutela del processo penale: una difficile composizione d'interessi confliggenti. Profili sostanziali	69
2. La disciplina della ritrattazione	72
2.1. Ambito di applicazione oggettivo	74

INDICE

2.2. Ambito di applicazione soggettivo	76
2.3. I requisiti di efficacia	78
2.4. I requisiti di efficacia nel processo civile	84
3. La condotta	85
4. L'elemento soggettivo	88
5. I nodi irrisolti	90
5.1. La natura giuridica della ritrattazione	90
5.1.1. La ritrattazione come causa estintiva del reato o della pena: applicabilità dell'art. 182 c.p.	91
5.1.2. La ritrattazione come causa di non punibilità in senso stretto	93
5.2. La ritrattazione e il concorso di persone nel reato. La questione dell'estensibilità ai concorrenti	94
5.2.1. Natura soggettiva	95
5.2.2. Natura oggettiva	98
5.2.3. La sentenza Vanone e la teoria del "concorso nella ritrattazione"	100
6. Prospettive di riforma	103

CAPITOLO QUARTO

NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO GARANTISTA

	Pag.
1. L'art. 384 c.p. Evoluzione della norma	109
2. La necessità di salvamento	111
2.1. <i>Ratio</i> e inquadramento dogmatico	111
2.2. Limiti soggettivi	118
2.3. Requisiti oggettivi	121
2.2. Natura oggettiva	105
2.4. I requisiti della proporzione e della non volontaria causazione del pericolo"	124
3. La violazione del divieto di assunzione d'informazioni o di attribuzione della qualifica soggettiva e dell'obbligo di avvertire della facoltà di astensione	125
3.1. Natura giuridica	126
3.2. Ambito di applicazione	127

INDICE

4. La disciplina processuale della testimonianza. Portata e limiti dell'obbligo di verità	129
4.1. Incompatibilità con l'ufficio di testimone	130
4.2. Privilegio contro l'autoincriminazione	133
4.3. I testimoni prossimi congiunti dell'imputato	135
4.4. Il segreto professionale, il segreto d'ufficio e di Stato, il segreto di polizia.	140
4.5. Il diritto al silenzio	143
4.6 L'imputato connesso o collegato e la qualifica di testimone assistito	144

CAPITOLO QUINTO

IL PREZZO DELLA VERITA': NON PUNIBILITA' E DIRITTO PREMIALE FRA INTENTI DEFLATTIVI E TENUTA DEL SISTEMA

	Pag.
1. La punibilità come categoria autonoma	151
1.1. Le cause di non punibilità in senso stretto: una categoria, in passato, controversa	153
1.2. La dissociazione fra reato e pena	157
2. Inquadramento dogmatico	161
3. La legittimità costituzionale delle cause di non punibilità in senso stretto	165
3.1. Obblighi costituzionali di tutela penale	166
3.2. Il contenuto del controllo di legittimità sulle cause di non punibilità. Profili sostanziali"	168
4. Il regime applicativo	172
4.1. Il divieto di analogia	173
4.2. La rilevanza dell'errore	173
4.3. Applicabilità ai concorrenti	175
4.4. Il risarcimento del danno da reato non punibile	176
5. Un insieme eterogeneo	178
5.1. Cause originarie e sopravvenute	179
5.2. Natura oggettiva e soggettiva.	181
6. Le ragioni della rinuncia a punire	182

INDICE

7. Il diritto premiale: funzioni e limiti. Tutela rafforzata o giustizia contrattata?	185
7.1. Le fattispecie premiali nel sistema del codice Rocco	187
7.2. La collaborazione processuale	190
8. I c.d. atti di clemenza atipici	194
8.1. I condoni edilizi	196
8.2. Il condono fiscale e lo scudo fiscale	198
8.3. I limiti alla potestà di clemenza	199
9. La proliferazione delle fattispecie penali	201
CONCLUSIONI	203
BIBLIOGRAFIA	216

INTRODUZIONE

La presente indagine prende le mosse dall'analisi delle questioni generali riguardanti il concetto di verità, con particolare riferimento allo scopo da attribuirsi al processo penale e alla presunta contrapposizione fra verità storica e verità processuale. Ciò al fine di fornire una visione di carattere generale - certamente non esaustiva, considerata la vastità e la portata di tali questioni - utile a delineare un quadro entro il quale inscrivere l'analisi delle tematiche successivamente affrontate. Il che dovrebbe condurre all'individuazione delle linee interpretative di carattere generale utili a districarsi nella complessa disciplina della tutela penale della verità.

Tale complessità, come si vedrà, è rappresentata, in primo luogo, dalla difficoltà di individuare il bene giuridico oggetto delle fattispecie incriminatrici poste a tutela della genuinità del materiale probatorio destinato a fare ingresso nel processo e, in secondo luogo, dalla difficoltà di individuare la *ratio* e la natura giuridica delle cause di esclusione della punibilità previste in relazione ad alcune delle fattispecie di falso giudiziale.

Il richiamo a principi generali, di carattere quasi metagiuridico, sarà, come si vedrà, utile nel valutare le diverse opzioni interpretative.

Nel prosieguo della trattazione saranno analizzati gli aspetti sostanziali inerenti alla ricerca della verità: da un lato il sistema dei reati a tutela dell'Amministrazione della Giustizia, in particolare quelli concernenti le false dichiarazioni, e dall'altro l'operare della causa di non punibilità della ritrattazione.

Nonostante le numerose modifiche intervenute negli ultimi anni - una, per tutte, costituita dal mutamento del sistema processuale - il Titolo III del Libro secondo del Codice penale ha mantenuto il suo impianto originario. Com'è noto, l'impostazione del Titolo relativo ai reati contro l'Amministrazione della giustizia è basata sulla suddivisione in tre Capi ("Delitti contro l'attività giudiziaria", "Delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie", "Della tutela arbitraria delle proprie ragioni). Il criterio alla base di questa classificazione è, ovviamente, il bene giuridico tutelato, che accomuna - seppure con i dovuti distinguo - le fattispecie di reato contenute nei singoli capi.

Ciò che costituisce l'oggetto della presente analisi è l'approfondimento delle tematiche connesse alla tutela penale della prova dichiarativa, in termini di veridicità e genuinità della stessa. Le fattispecie di riferimento sono collocate all'interno del Capo I.

Le modifiche al capo dedicato alla tutela dell'attività giudiziaria sono state numerose e sono consistite, principalmente, nell'inserimento di nuove fattispecie incriminatrici, al fine soddisfare le nuove esigenze di tutela emerse in seguito all'introduzione del nuovo Codice di procedura penale.

All'indomani della riforma processuale, il tema dei reati contro l'Amministrazione della giustizia è stato oggetto di un rinnovato interesse, in particolare connesso alla necessità di individuare e distinguere il bene giuridico tutelato dalle singole fattispecie incriminatrici ivi previste, anche alla luce delle nuove figure di reato introdotte.

L'analisi del bene giuridico oggetto di tutela penale è stata proposta in base a una suddivisione per gruppi dei reati di false dichiarazioni, che assume quale criterio il soggetto destinatario del mendacio, con ciò tenendo conto anche della diversa fase processuale, quale sede naturale delle diverse ipotesi di mendacio.

I reati di false dichiarazioni ai soggetti del processo sono caratterizzati dal fatto di avere un nucleo comune: una condotta di falsa dichiarazione che, in un modo o nell'altro possa corrompere la genuinità delle informazioni che fanno ingresso nel procedimento penale. I fattori che li distinguono, come si vedrà, sono rappresentati dalla fase processuale in cui le dichiarazioni sono acquisite e dal soggetto che ne è destinatario.

Una volta individuato l'oggetto della tutela, si è proceduto all'analisi concernente le due ipotesi di esclusione della punibilità, che operano in relazione ad alcune delle fattispecie previste all'interno del Capo primo del Titolo III.

E, infatti, l'importanza che l'ordinamento riconosce al bene giuridico che intende tutelare si evince anche dall'uso della tecnica premiale al fine di rafforzarne la tutela stessa. Alla base della premialità, infatti, v'è sempre un bilanciamento d'interessi contrapposti: da una parte il bene giuridico tutelato dalla norma premiale e dall'altra l'interesse dell'ordinamento alla repressione e punizione delle condotte criminali. Dall'applicazione della tecnica premiale si evince il prevalere del primo.

La ritrattazione risponde proprio a esigenze di questo tipo: incoraggiare, in tempo utile a evitare la lesione al bene giuridico, la rimozione del mendacio da parte del soggetto che lo ha commesso.

L'art. 376 è norma presente nell'originario assetto del codice del 1930, durante la sua vigenza è accaduto un notevole mutamento nel sistema penale italiano: il passaggio a un

modello processuale tendenzialmente accusatorio. Tuttavia, la norma sulla ritrattazione è stata modificata pochissimo. Nonostante la formulazione letterale della norma sia rimasta pressoché invariata, la ritrattazione, da strumento di coazione associato all'istituto dell'arresto monitorio - dunque, tutt'altro che utile all'accertamento della verità - è diventata strumento di tutela della genuinità del materiale probatorio. Il che rende evidente le molteplici connessioni e implicazioni di natura processuale dell'istituto: in seguito al mutamento di rito, la norma ha assunto una funzione del tutto differente da quella precedentemente svolta.

Tutto il sistema in esame acquista i suoi connotati definitivi - anche questi apprezzabile sotto una nuova luce in seguito alla riforma processuale - se connesso al riconoscimento, sul piano sostanziale, del principio del *nemo tenetur se detegere*, che ne costituisce il contrappeso di matrice garantista.

Il primo comma dell'art. 384 stabilisce la non punibilità di chi abbia commesso una serie di reati - si noti che qui il catalogo previsto dalla norma è di più ampio respiro rispetto alle ipotesi del secondo comma e dell'art. 376, che invece coincidono - sotto l'influenza di una sorta di coazione psicologica, dovuta a un conflitto interiore. I termini del conflitto sono costituiti, come si vedrà, dall'agire secondo il diritto, da un lato, e dall'insopprimibile impulso di autoconservazione, dall'altro.

Il secondo comma dell'art. 384 - essendo caratterizzato da una valenza prettamente endoprocedimentale - costituisce il punto di giunzione degli aspetti di carattere sostanziale e processuale. Esso stabilisce una causa di non punibilità in tutti quei casi in cui siano stati commessi i reati di false dichiarazioni rese ai soggetti del processo, ma non vi sia stato il rispetto delle regole stabilite dal codice di rito riguardo alla disciplina che regola l'acquisizione d'informazioni. Trattasi, infatti, di soggetti che non si trovano in una posizione di totale indifferenza rispetto all'oggetto del processo.

È questo il motivo per il quale l'assunzione d'informazioni - in qualunque fase processuale - da parte di questi soggetti deve essere circondata da particolari garanzie, se non addirittura vietata - come nei casi d'incompatibilità a testimoniare - costituendo oggetto di un c.d. divieto probatorio.

Si procederà, infine, all'analisi degli istituti riguardanti il diritto c.d. premiale e le cause di esclusione della punibilità in senso stretto, con particolare riferimento alle connessioni di questi istituti con le logiche deflative. L'accertamento della verità - soprattutto se compiuto nelle forme del c.d. giusto processo - si traduce, infatti, in un

notevole costo in termini di attività processuale che, forse, l'attuale sistema penale non è in grado di sostenere.

Il tema di ricerca affrontato riguarda, in sintesi, il difficile bilanciamento di valori fra istanze garantiste e esigenze repressive. Tale potenziale conflitto emerge sia riguardo a profili sostanziali, inerenti al microsistema dei reati contro l'Amministrazione della giustizia, sia riguardo a profili processuali. Non solo: la necessaria composizione d'istanze confliggenti emerge anche in seno alle stesse esigenze di rispetto del principio del contraddittorio, se considerato nel suo diretto corollario costituito dal diritto a confrontarsi con il proprio accusatore. La portata di quest'aspetto emerge in tutta la sua evidenza nelle vicende che hanno riguardato la disciplina del c.d. diritto al silenzio.

Il quadro che ne emerge dimostra, inoltre, altri aspetti problematici se raccordato alla questione concernente le insopprimibili esigenze deflative che prepotentemente emergono nel sistema penale italiano. La tensione dimostrata nel perseguimento della tutela della verità - in termini di genuinità del materiale probatorio, che dovrebbe trovare la sua naturale sede di formazione nella fase dibattimentale - si scontra, infatti, con una miriade di istituti che, di fatto, frustrano gli obiettivi connessi alla disciplina oggetto d'indagine.

CAPITOLO PRIMO

LA RICERCA DELLA VERITÀ' COME SCOPO DEL PROCESSO

1. *La tensione alla verità*

Non è – e non è mai stata - pacifica in letteratura la questione, la cui risposta affermativa sembrerebbe di primo acchito intuitiva, riguardante il rapporto fra finalità del processo e ricerca della verità. I dubbi, per quel che interessa rilevare in questa sede, si sono appuntati riguardo alla presenza o meno, nel novero delle finalità proprie del processo, dello scopo di accertamento della verità dei fatti posti alla base della decisione¹.

Il dibattito si è sviluppato con un certo fervore, in tempi meno recenti, soprattutto intorno al processo civile. Gli orientamenti proposti in letteratura possono sinteticamente essere raggruppati intorno a due posizioni².

Secondo la prima impostazione, scopo del processo è precipuamente quello di risolvere le conflittualità fra soggetti – per quanto attiene al processo civile – ovvero tra il singolo e la collettività. In estrema sintesi, secondo quest'orientamento, sviluppatosi soprattutto in seno alla dottrina processualcivilistica, il processo – denotato da una cognizione in tutto e per tutto limitata dal principio del dispositivo – ha come finalità propria quella di limitare e risolvere la conflittualità sociale, eliminando il ricorso alla

¹ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006, p. 25, cui si rimanda per i riferimenti bibliografici. L'Autore rileva, inoltre, come il «riacuirsi del dibattito in ordine al rapporto fra accertamento della verità e processo, sia dipeso anche dal rinnovato interesse alla ricerca della verità emerso, più a monte, negli ultimi decenni sul piano filosofico ed epistemologico con il razionalismo critico inaugurato da Popper ed imperniato sull'idea che la falsificabilità di ogni asserzione scientifica, diversamente da quanto ritenuto dai suoi detrattori verificazionisti, sia uno strumento fondamentale per garantire, non il pieno raggiungimento, ma la maggiore approssimazione possibile, alla verità che si ricerca».

² AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006, p. 25. Per una ricostruzione dell'argomento si veda, per tutti, TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, p. 4. Per quanto attiene al processo penale: FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2011, p. 20; FERRUA P., *Il "giusto processo"*, Bologna, 2012, p. 67; LOMBARDO L. G., *Ricerca della verità e nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 751.

giustizia privata. L'accertamento della verità costituisce, secondo questa visione, una "finalità eventuale"³. Ne consegue, dunque, che il processo abbia la finalità "di pervenire a una conclusione secondo criteri legalmente determinati e mediante l'accertamento in tempi rapidi dei fatti sulla base di prove, ma non anche di stabilire al suo esito la verità dei fatti provati; quest'ultima è un'acquisizione ulteriore e non indispensabile, bensì semplicemente *opportuna*"⁴. Questa impostazione trae spunto – e, per così dire, risente – di una più ampia corrente, sviluppatasi nel pensiero filosofico, secondo la quale in nessun campo della conoscenza, quest'ultima può avvicinarsi o raggiungere la verità⁵.

Alla ricostruzione appena descritta si contrappone quella che attribuisce al processo la funzione di applicare le norme oggettivamente intese ai fatti, così come realmente verificatisi, con la finalità di ripristinare l'ordine giuridico violato. Ne consegue, quindi, che la giustizia del processo si fonda anche sull'accertamento della verità. In altri termini "nessuna decisione di applicazione della legge può essere ritenuta oggettivamente giusta e valida se si fonda su un accertamento erroneo o fallace dei fatti, se non si basa, cioè, su un'obiettiva ricostruzione della verità dei fatti stessi, il processo non può non rappresentare prima di tutto un procedimento per la scoperta della verità"⁶. Si richiama a questo proposito il pensiero di un autorevole Autore, secondo il quale "la legittimità delle decisioni penali è condizionata alla verità empirica delle loro motivazioni"⁷.

Secondo questa impostazione la ricerca della verità costituisce il dover essere di ogni tipo di processo, con ciò non escludendone – per ciò solo – dal novero delle finalità quella di pacificazione del conflitto, ben potendo quest'ultima convivere – nella veste di scopo secondario, di natura gregaria - con quella principale, che deve rimanere comunque quella connessa all'accertamento della realtà dei fatti. Soltanto in questo modo può ritenersi attuato, fra l'altro, il principio di legalità e solo in questo modo il processo può ritenersi attuato in un contesto di garanzia per l'individuo⁸. E, infatti, "la giurisdizione è (o almeno aspira ad essere) *ius dicere* e non *ius dare*: è cioè un'attività normativa che si distingue da

³ Si veda in proposito AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 25, cui si rimanda per i riferimenti bibliografici.

⁴ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit. p. 25.

⁵ TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, cit., p. 8, il quale, discostandosi da questa impostazione nota come: "l'impossibilità della verità nel processo si configura in altri termini, come un caso specifico di una più generale posizione teorica fondata su uno scetticismo filosofico radicale che esclude la conoscibilità della realtà". Negli stessi ripreso anche da AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 26.

⁶ Si veda AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit. p. 27, cui si rimanda per gli spunti bibliografici.

⁷ FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit. p. 43.

⁸ PULITANO' D., *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2005, p. 951.

ogni altra in quanto è motivata da asserzioni supposte vere e non solo da prescrizioni, e non è quindi meramente potestativa e neppure discrezionale, ma è vincolata all'applicazione della legge ai fatti giudicati, tramite ricognizione della prima e cognizione dei secondi”⁹

Sarebbe, dunque, l'ancoraggio alla verità – o, perlomeno, al tentativo di avvicinarsi a questa – a consentire l'attuazione delle garanzie processuali e sostanziali, svincolando la decisione giudiziaria dalle logiche di arbitrario esercizio del potere. Ciò avrebbe il pregio di avvalorare quella visione della funzione processuale “come strumento di attuazione, in concreto, delle statuizioni legislative astratte, funzione questa caratterizzante soprattutto il procedimento penale, essendo il sistema penale un sistema a giustiziabilità processuale necessaria all'interno del quale i precetti e le sanzioni penali necessitano indispensabilmente della celebrazione del rito e dove, quindi, lo svolgimento del processo secondo l'ideale regolativo della ricerca della verità materiale rappresenta un fattore di garanzia fondamentale per il rispetto del principio di legalità sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost.”¹⁰

Questo *iter* argomentativo fa, inoltre, da sfondo a una pronuncia della Corte Costituzionale, la quale – discostandosi dall'idea di processo quale mero strumento di risoluzione del conflitto – fa propria questa seconda impostazione.

La sentenza cui si fa riferimento riguarda la pretesa incostituzionalità dell'art. 507 c.p.p. La norma stabilisce che "Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova".

Le ordinanze di rimessione muovevano “dal presupposto interpretativo che le condizioni alle quali tale norma subordina il potere del giudice di assunzione d'ufficio di mezzi di prova - e cioè che l'acquisizione delle prove richieste dalle parti sia terminata e che si tratti di prove "nuove" - siano da intendere nel senso che tale potere non possa essere esercitato né nel caso in cui da tali prove le parti siano decadute per la mancata o tardiva indicazione dei testimoni nella lista prevista dall'art. 468 cod. proc. pen., né nel caso in cui non via sia stata ad iniziativa di esse una qualunque attività probatoria”¹¹

⁹ FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 9.

¹⁰ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit. p. 29, che riprende le considerazioni di PULITANO D., *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., p. 954.

¹¹ Corte Cost., 26 marzo 1993, n. 111, in *Cass. pen.* 1993, p. 2224 con nota di RANDAZZO E., *L'interpretazione dell'art. 507 c.p.p. dopo le decisioni delle Sezioni Unite e della Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2235, che sostanzialmente ritiene che l'interpretazione fornita dalla Corte possa legittimare un potenziale vulnus all'attività difensiva che, costruita sulla base delle prove raccolte durante la

Va detto che in seno alla Corte di Cassazione – che, quasi contemporaneamente alla Corte Costituzionale, interveniva sul punto nella composizione a Sezioni unite – era sorto un contrasto interpretativo le cui opposte posizioni ricalcavano i due orientamenti sopra esposti.

Nel riassumere il contenuto di questa pronuncia, cui si richiama, la Corte costituzionale ripercorre il ragionamento della Corte di cassazione ponendo l'accento su due questioni.

In primo luogo, rileva il fatto che il potere del giudice di assunzione, anche d'ufficio, di mezzi di prova ben può essere esercitato anche se si tratti di prove dalle quali le parti siano decadute - per mancata o irrituale indicazione nella lista di cui all'art. 468 cod. proc. pen. - dovendo intendersi per prove "nuove" ai sensi dell'art. 507 (così come dell'art. 603) tutte quelle in precedenza non disposte, siano esse preesistenti o sopravvenute, conosciute ovvero sconosciute. In secondo luogo il richiamo va al fatto che “tale potere suppletivo non trova ostacolo nella circostanza che non vi sia stata alcuna acquisizione probatoria ad iniziativa delle parti, dato che la locuzione "terminata l'acquisizione delle prove" indica non il presupposto per l'esercizio del potere del giudice, ma solo il momento dell'istruzione dibattimentale a partire dal quale - nell'ipotesi normale in cui tali acquisizioni vi siano state - può avvenire l'assunzione delle nuove prove.”¹²

La Corte costituzionale procedeva, poi, alla confutazione delle tesi dei giudici rimettenti: “un processo penale rispondente a tale modello sarebbe una tecnica di risoluzione dei conflitti nel cui ambito al giudice sarebbe riservato essenzialmente un ruolo di garante dell'osservanza delle regole di una contesa tra parti contrapposte, ed il giudizio avrebbe la funzione non di accertare i fatti reali onde pervenire ad una decisione il più

fase delle indagini preliminari, si troverebbe, all'improvviso, a doversi riorganizzare, alla luce delle nuove prove introdotte in forza dell'integrazione di natura officiosa. In *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 1057 con nota di FERRUA P., *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1065.

¹² Cass. pen., sez. un., 6 novembre 1992, n. 11227, in *Giur. it.* 1994, II, 18: “Nell'art. 507 c.p.p. prova nuova significa non prova sopravvenuta o scoperta successivamente (rispetto all'allegazione di parte a norma dell'art. 493 c.p.p.), ma prova non disposta precedentemente, giacché altrimenti l'iniziativa riconosciuta al giudice risulterebbe nella stragrande maggioranza dei casi preclusa. La decadenza delle parti dal potere di richiedere l'ammissione della prova non incide negativamente sul potere di ammissione del giudice: quella che diventa inammissibile a norma degli art. 468 e 493 non è la prova, ma la richiesta come atto di esercizio del diritto alla prova. L'assoluta necessità richiesta dall'art. 507 può dirsi sussistere quando il mezzo di prova risulti dagli atti del giudizio e la sua assunzione appaia decisiva. Perciò, al giudice non è dato valersi dell'art. 507 per verificare solo una propria ipotesi ricostruttiva sulla base di mezzi di prova non dotati di sicura conclusione; è proprio un'attività di questo genere che potrebbe apparire disarmonica in un processo di parti, non l'assunzione di una prova il cui valore dimostrativo in base agli atti si imponga con evidenza. Le parole "terminata l'acquisizione delle prove" indicano lo stato dell'istruzione dibattimentale in cui l'ammissione delle nuove prove può avvenire: momento iniziale, quindi, e non presupposto per l'esercizio del potere del giudice.”

possibile corrispondente al risultato voluto dal diritto sostanziale, ma di attingere - nel presupposto di un'accentuata autonomia finalistica del processo - quella sola "verità" processuale che sia possibile conseguire attraverso la logica dialettica del contraddittorio e nel rispetto di rigorose regole metodologiche e processuali coerenti al modello"¹³.

La Corte proseguiva, fornendo una lettura del tema raccordata ai principi costituzionali relativi al libero convincimento del giudice e al metodo del contraddittorio nella formazione della prova, stabilendo i rapporti fra questi e il principio di obbligatorietà dell'azione penale e della – presunta – disponibilità del diritto alla prova. Continua la Corte: “quanto, poi, alla tecnica del processo, è ben vero che l'esigenza di accentuare la terzietà del giudice - perciò programmaticamente ignaro dei precedenti sviluppi della vicenda procedimentale - ha condotto ad introdurre, di massima, un criterio di separazione funzionale delle fasi processuali, allo scopo di privilegiare il metodo orale di raccolta delle prove, concepito come strumento per favorire la dialettica del contraddittorio e la formazione nel giudice di un convincimento libero da influenze pregresse. Ma tale opzione metodologica non ha fatto, né poteva far trascurare che "fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità" (sentenza n. 255 del 1992)¹⁴, e che ad un ordinamento improntato al principio di legalità (art. 25, secondo comma, Cost.) - che rende doverosa la punizione delle condotte penalmente sanzionate - nonché al connesso principio di obbligatorietà dell'azione penale non sono consone norme di metodologia processuale che ostacolino in modo irragionevole il processo di accertamento del fatto storico necessario per pervenire ad una giusta decisione.”¹⁵

¹³ Corte Cost., 26 marzo 1993, n. 111, cit., “In questa prospettiva, si assume che la caratterizzazione del nuovo processo come processo di parti comporta l'operatività di un principio dispositivo sotto il profilo probatorio. A ciò consegue, da un lato, l'espansione degli spazi di discrezionalità della parte pubblica e l'accentuazione dell'oralità come strumento della formazione della prova in dibattimento; dall'altro, la configurazione del potere di intervento del giudice in materia di prova come eccezionale, e perciò precluso dall'inattività delle parti o dall'inosservanza da parte di esse delle regole poste a presidio della correttezza della loro "contesa".

¹⁴ Della pronuncia si dirà in seguito.

¹⁵ Corte Cost., 26 marzo 1993, n. 111, cit., “Simili regole di predeterminazione legale del valore persuasivo delle prove sono, d'altra parte, dissonanti rispetto ai principi di fondo del nuovo codice, che "fa salvo (e, in aderenza ai principi costituzionali, non poteva essere altrimenti) il principio del libero convincimento, inteso come libertà del giudice di valutare la prova secondo il proprio prudente apprezzamento, con l'obbligo di dar conto in motivazione dei criteri adottati e dei risultati conseguiti" (art. 192 cod. proc. pen.; cfr. sent. n. 255 del 1992, cit.). Più in generale - come si è chiarito nella stessa decisione - il nuovo codice, se ha prescelto la dialettica del contraddittorio dibattimentale ed il metodo orale quali criteri maggiormente rispondenti all'esigenza di ricerca della verità, ha però nel contempo provveduto a temperarne opportunamente la portata in riferimento agli elementi di prova non compiutamente (o non genuinamente) acquisibili con tale metodo, adottando per essi un principio di non dispersione degli elementi di prova”.

Quanto al principio del contraddittorio, la Corte rileva, infatti, che “il metodo dialogico di formazione della prova è stato, invero, prescelto come metodo di conoscenza dei fatti ritenuto maggiormente idoneo al loro per quanto più possibile pieno accertamento, e non come strumento per far programmaticamente prevalere una verità formale risultante dal mero confronto dialettico tra le parti sulla verità reale: altrimenti, ne sarebbe risultata tradita la funzione conoscitiva del processo, che discende dal principio di legalità e da quel suo particolare aspetto costituito dal principio di obbligatorietà dell'azione penale”¹⁶.

Il potere officioso d'integrazione probatoria, dunque, inscritto nel quadro che si è tentato sinteticamente di delineare seguendo le argomentazioni della Corte Costituzionale, trova fondamento - nella interpretazione fornita dalla Corte - nell'attribuzione al processo penale dell'obiettivo di ricerca della verità. E, infatti, “l'attribuzione di tale potere ha, anzi, un fondamento maggiore, perché i principi di legalità ed uguaglianza - di cui quello di obbligatorietà dell'azione è strumento - esigono che il giudice sia messo in grado di porre rimedio anche alle negligenze ed inerzie del difensore.”¹⁷

La Corte Costituzionale, accogliendo i principi già espressi dalla Sezioni unite, vi aderisce in base al richiamo a tre parametri: l'individuazione dell'obiettivo del processo penale nella ricerca della verità (principio dal quale fa discendere due corollari: libero convincimento e non dispersione dei mezzi prova); l'obbligo di esercizio dell'azione penale (letto alla luce del principio di legalità, in forza del quale vige l'obbligo di punire le condotte di rilievo penale) e “il potere del giudice di disporre l'assunzione di mezzi di prova”, previsto dalla direttiva n. 73 della legge delega¹⁸.

Ciò che in questa sede interessa analizzare riguarda il tema concernente la ricerca della verità.

¹⁶ Corte Cost., 26 marzo 1993, n. 111, cit. “Ma altro è assicurare la pienezza e lealtà del contraddittorio delle parti, altro è inferire che un tale regime abbia anche un effetto preclusivo dell'introduzione ad iniziativa del giudice delle prove necessarie all'accertamento dei fatti, rispetto alle quali le parti siano rimaste inerti o dalle quali siano decadute. Che l'assunzione del metodo dialettico non precluda al giudice gli interventi necessari ad acclarare la vicenda ipotizzata nell'imputazione lo si desume, innanzitutto, dal principio che collega l'assunzione delle prove non disciplinate dalla legge alla loro idoneità “ad assicurare l'accertamento dei fatti” (art. 189) e dall'enunciazione generale sull'ammissione delle prove d'ufficio nei casi stabiliti dalla legge che, non a caso, segue immediatamente quella sul riconoscimento del diritto delle parti alla prova (art. 190, secondo comma, cod. proc. pen.); e, quanto alla fase dibattimentale, dal potere del giudice di disporre d'ufficio perizie senz'altro presupposto che non sia quello della loro rilevanza (art. 508, primo comma); dalle ipotesi in cui alle acquisizioni dibattimentali tramite lettura di atti si può procedere ex officio (artt. 511, 511 bis); dal potere riconosciuto al giudice d'appello (art. 603, terzo comma) di procedere alla rinovazione dell'istruzione dibattimentale quando la ritenga “assolutamente necessaria”, disponendo all'uopo anche le prove che, benché conosciute, non erano state assunte in primo grado”.

¹⁷ Corte Cost., 26 marzo 1993, n. 111, cit.

¹⁸ FERRUA P., *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte Costituzionale*, cit., p. 1074.

Le Sezioni unite della Corte di Cassazione¹⁹, affrontandolo in via meramente incidentale, avevano affermato a tal proposito che “non è [...] da una presa di posizione sulla funzione del processo penale e sul tema della “ricerca della verità che possono trarsi argomenti risolutivi per la questione oggetto del discorso, dato che la ricostruzione del fatto, o se si preferisce la ricerca della verità, deve comunque avvenire nei modi e con le forme stabiliti dal codice, tanto che è ben possibile che vengano escluse, perché paralizzate dalla inutilizzabilità, prove che potrebbero risultare decisive”²⁰.

La Corte costituzionale si spinge ben oltre, dedicando - come si è visto - largo spazio all’analisi della ricerca della verità come “fine ultimo del processo penale”.

Se da un lato può apparire un’affermazione persino ovvia, trasparente – da un punto di vista tecnico – un uso di questo assunto teso a giustificare, di per sé solo, ogni tipo di intervento da parte della Corte sulle norme che governano il processo penale²¹.

E, infatti, un processo indifferente alla verità soffrirebbe senza dubbio di una insuperabile carenza di legittimazione presso l’opinione pubblica. Carenza, peraltro, inaccettabile soprattutto in sede penale. In questo senso il nesso con la ricerca della verità pare essere imprescindibile. Ciò a maggior ragione, considerato che “accertare la “verità dei fatti è espressione sicuramente impropria, dato che veri o falsi sono gli enunciati e non i fatti; ma ha forse il vantaggio di abbracciare i due profili in cui si articola la decisione giudiziale: l’ordine “empirico”, segnato dalla ricostruzione dei fatti, dell’accaduto, e l’ordine “ermeneutico” che rinvia al significato dei fatti, al valore, dunque alla qualifica giuridica”²².

Quello che meno convince – secondo una ricostruzione proposta in letteratura, che si ritiene condivisibile - è il fondamento, basato sul richiamo alla verità, del giudizio tecnico d’incostituzionalità. Il richiamo alla verità sembra essere diventato il *passpartout*, con il quale la Corte interviene nel campo delle scelte legislative, sanzionando ogni norma che sembra confliggere con questo principio. Cosa che è avvenuta con riferimento al terzo comma dell’art 500 c.p.p – vecchia formulazione – con la sentenza 255/1992, di cui si dirà fra breve, alla quale la stessa Corte si richiama più volte.

Ebbene, l’affermazione che scopo del processo sia la ricerca della verità sembra essere lampante nella sua ovvietà. Tuttavia più volte si è dubitato di questo: per ragioni

¹⁹ Cass. pen., sez. un., 6 novembre 1992, cit.

²⁰ Cass. pen., sez. un., 6 novembre 1992, cit.

²¹ FERRUA P., *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte Costituzionale*, cit., p. 1075.

²² FERRUA P., *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte Costituzionale*, cit., p. 1075.

storiche – connesse a retaggi prodotti dai molteplici abusi perpetrati nel passato – sono molti i tentativi della dottrina di espungere la verità dal processo. E' questo, forse, il motivo per cui la Corte Costituzionale dedica un così ampio spazio a trovare il fondamento costituzionale di questo assunto. Si è fatta strada, infatti, in letteratura, l'idea che un sistema processuale che voglia prevedere delle garanzie per l'imputato debba per ciò solo rinunciare alla ricerca della verità.

2. *Modelli processuali e verità*

Il preteso contrasto fra garanzie e ricerca della verità, sembra essere fonte di un grosso equivoco. Il metodo del contraddittorio, anziché acuirlo, risolve questo contrasto, laddove esso sia considerato nella sua doppia funzione: fonte di garanzia per l'accusato e miglior metodo per la ricostruzione dei fatti²³. Da questo punto fermo procede questa breve analisi.

L'art 111 Cost., nella sua nuova formulazione, ha introdotto il principio del contraddittorio per la formazione della prova. Alcune brevi considerazioni sui rapporti fra lo scopo del processo e ricerca della verità - riguardo ai modelli processuali accusatorio e inquisitorio – renderanno chiaro come la riforma dell'art. 111 e il riconoscimento del principio del contraddittorio costituiscano un'ulteriore conferma di come la ricerca della verità rientri nel novero delle finalità del processo penale²⁴.

È diffusa l'opinione che ritiene che il modello inquisitorio proponga il metodo più efficace di ricerca della verità, se non altro per il fatto di non preveder alcun bilanciamento d'interessi fra la ricerca della verità e il riconoscimento di garanzie processuali all'imputato. Come se l'una escludesse l'altra, di talché risulta che il garantismo costituirebbe, secondo questa visione, un ostacolo all'accertamento della verità.

I connotati del sistema inquisitorio - fra i quali, in modo particolare, la segretezza delle indagini, l'officiosità dell'iniziativa probatoria, la riunione in una sola persona della funzione requirente e giudicante, la mancanza di limiti all'ammissibilità delle prove e di garanzie per l'accusato – hanno trovato la loro giustificazione teorica nell'obiettivo della ricerca della verità, raggiungibile evidentemente con qualsiasi mezzo. In un sistema schiavo di una "ossessione gnoseologica", di carattere indubbiamente autoritario, "il fine della ricerca della verità travolge tutto e tutti e viene in rilievo nella sua assolutezza, non

²³ Sul punto ampiamente FERRUA P., *Il "giusto processo"*, cit., p. 30.

²⁴ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 34.

ammettendo limitazioni di alcun tipo all'attività investigativa di conoscenza dei fatti svolta dal magistrato".²⁵

Di contro, il modello accusatorio sarebbe, per se stesso, inidoneo a raggiungere la verità, poiché rivolto a obiettivi diversi: la garanzia della paritaria contrapposizione di parti, allo scopo di giungere alla risoluzione di un conflitto. Il che sembra trovare conferma nelle molteplici limitazioni – tipiche di questo sistema - inerenti all'utilizzabilità dei mezzi di prova e di ricerca della prova²⁶.

Si ritiene pienamente condivisibile l'opinione di chi, rifuggendo una simile impostazione, la ritiene del tutto infondata.

E, infatti, il modello inquisitorio ha dimostrato la sua intrinseca propensione – oltre che a giustificare, nel nome della verità, pratiche a dir poco odiose, in spregio a qualsivoglia garanzia per l'imputato - a sfociare in esiti del tutto confliggenti con gli scopi che i suoi stessi sostenitori gli hanno attribuito²⁷.

Prova ne sia - oltre, ovviamente alle considerazioni relative al ripudio della pratica della tortura, propria del sistema inquisitorio puro – l'efficacia distorsiva del c.d. arresto monitorio, in vigore durante la vigenza del codice di rito del 1930. La norma che prevedeva l'arresto in udienza del falso testimone – a volte presunto tale – diventava, infatti, uno strumento di coazione psicologica che induceva il dichiarante – lungi dall'esortarlo a riferire quanto a sua conoscenza – a confermare quanto in precedenza dichiarato, anche a costo di mentire, pur di evitare il carcere²⁸.

Altrettanto priva di fondamento appare la speculare conclusione in base alla quale il rito accusatorio, poiché basato sulla dialettica paritaria delle parti, sarebbe per ciò solo inidoneo al raggiungimento della verità, avendo quale obiettivo la mera risoluzione del conflitto.

Anche la Corte costituzionale, in una nota sentenza che ha attirato le più aspre critiche della dottrina, ha espressamente respinto questa impostazione, sostenendo che "fine primario e ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità". Con la sentenza n. 225 del 1992, in forza di queste premesse, la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 500, quarto comma, c.p.p., - nella sua

²⁵ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit. p. 35, negli stessi termini, per tutti, TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2015, p. 7.

²⁶ AMODIO E., *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1422.

²⁷ FERRUA P., *La sentenza Costituzionale n. 225 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1455.

²⁸ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 39.

originaria formulazione - nella parte in cui non prevedeva l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento, se già utilizzate per le contestazioni previste dal primo e secondo comma della norma, delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero.

La pronuncia in questione sembra aver alimentato l'equivoco su cui si fonda la pretesa contrapposizione fra garantismo e ricerca della verità. Le conclusioni – ma non le premesse - cui perviene la Corte sono certamente poco condivisibili in termini di rispondenza alle logiche del sistema accusatorio. E invero il ragionamento della Corte è affetto da uno scarto logico fra premessa e conclusioni. Molti autori hanno criticato l'intero contenuto della sentenza, confutandone anche le premesse, trovando così ulteriori argomenti per escludere la presenza, fra gli obiettivi del modello accusatorio, della ricerca della verità. Ciò è dovuto all'opinione di “quanti, memori dei disastri che in nome di questa ricerca sono stati perpetrati nel passato, vedevano nell'estraneità di tale interesse rispetto agli scopi processo la principale conquista in termini garantistici del sistema accusatorio rispetto a quello inquisitorio”²⁹.

Emerge, di nuovo, il preteso contrasto fra un processo garantista e rispettoso della persona umana, e ricerca della verità. Come se questi elementi fossero incompatibili. Ma quale migliore garanzia può auspicarsi se non l'ancoraggio della decisione giudiziale alla verità? Contrasto che, come si vedrà *infra*, non ha ragione di esistere, qualora si voglia correttamente intendere il significato di contraddittorio.

Il passaggio in cui chiaramente emerge lo scarto logico del ragionamento della Corte è il seguente: “il sistema accusatorio positivamente instaurato ha prescelto la dialettica del contraddittorio dibattimentale quale criterio maggiormente rispondente all'esigenza di ricerca della verità, ma accanto al principio dell'oralità è presente, nel nuovo sistema processuale, il principio di non dispersione degli elementi di prova non compiutamente (o non genuinamente) acquisibili col metodo orale”³⁰.

E lo scarto consiste precisamente in questo: nella contrapposizione – di fatto operata - dei due principi del contraddittorio e di quello di non dispersione della prova e nel camuffamento di questa contrapposizione fra i termini di principio di oralità e principio di non dispersione della prova. Laddove, com'è noto, “oralità e contraddittorio – lungi

²⁹ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 39.

³⁰ Corte Cost., 3 giugno 1992, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1961 e in *Cass. pen.*, 1992, p. 2022, con nota di IACOVIELLO F. M., *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte Costituzionale*, *Cass. pen.*, 1992, p. 2031 e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1132, con nota di TONINI P., *Cade la concezione massimalistica del principio di immediatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1137.

dall'essere sinonimi- non hanno la medesima portata, né si riferiscono a concetti sovrapponibili”³¹.

La sentenza in commento non va, dunque, esente da critiche, ma il fondamento di tali critiche non è da attribuirsi all'affermazione per cui il fine del processo costituirebbe la ricerca della verità, quanto al fatto che, facendosi scudo di questo assunto, la Corte ha travolto un divieto probatorio la cui ragione di esistere era proprio la tutela di quello scopo. L'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese all'infuori del dibattimento, infatti, va correttamente interpretata in questa chiave, in forza del “presupposto per nulla irragionevole della sostanziale inaffidabilità del materiale raccolto unilateralmente”³².

Al contrario, la Corte costituzionale ha ritenuto che “proprio in raffronto al sistema nel cui ambito è destinata a inserirsi, la norma impugnata appare priva di giustificazione ponendo in essere un'irragionevole preclusione alla ricerca della verità”³³.

Si è detto di come la sentenza in commento sia stata oggetto di critiche, riguardo l'assunto che ritiene la ricerca della verità lo scopo principale del processo penale. In realtà, su questo punto, non v'è ragione di obiettare, purché s'intenda la verità come “corrispondenza ai fatti”³⁴, cosicché il processo penale sia inteso come “una serie ordinata di atti volti a verificare se sia vero o falso l'enunciato contenuto nell'atto di accusa”³⁵. E, invero, pare che le differenze fra i due modelli processuali sopra richiamati si appuntino, più che altro, sulla scelta del metodo ritenuto più efficace al perseguimento della verità.

Come lucidamente rilevato in letteratura, la contrapposizione fra contraddittorio e ricerca della verità è fallace: laddove il primo deve essere ritenuto, anzi, il mezzo privilegiato per giungere il più possibile vicino alla seconda.

Si riportano a riguardo le stringenti considerazioni di un illustre Autore. “Contraddittorio *versus* ricerca della verità. Vecchie mitologie sostengono questa nefasta opposizione, a cominciare dagli stereotipi che definiscono i modelli di processo. Il processo inquisitorio cerca la verità “materiale”, quello accusatorio la verità “formale”.

³¹ Nota puntualmente FERRUA P., *La sentenza Costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, cit. p. 1462: “la Corte non ignora che le deroghe al contraddittorio sono infinitamente più gravi di quelle all'oralità, anche il primo ha un solido fondamento costituzionale, la seconda no. Opporre la “non dispersione” all'oralità equivale ad ingaggiare la lotta tra valori a livello “ordinario”; opporla al contraddittorio significherebbe confrontarla con un valore superiore, e più difficilmente il conflitto potrebbe risolversi a vantaggio della “non dispersione”. L'astuzia consisterà allora nell'imbrogliare i termini dell'opposizione”.

³² FERRUA P., *Processo penale e verità*, in *Dem dir.*, 2000, p. 207.

³³ Corte Cost., 3 giugno 1992, cit.

³⁴ FERRUA P., *La sentenza Costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, cit. p. 1464.

³⁵ FERRUA P., *La sentenza Costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, cit. p. 1464.

Nulla da ridire se ciò servisse a evidenziare due diverse aspirazioni, due *pretese*: l'una ambiziosamente tesa al traguardo della verità oggettiva, assoluta (con la V maiuscola, come dicono alcuni); l'altra consapevole del carattere approssimativo, congetturale di ogni ricognizione storica, che è inevitabilmente condizionata dalla fallibilità dei mezzi e dalla personalità di chi la effettua. Da questo punto di vista, capovolgendo un certo luogo comune, si potrebbe affermare, senza tema d'essere smentiti, che nella ricerca della verità tanto è realistico l'accusatorio con le sue oneste ammissioni di fallibilità, quanto è pericolosamente utopico l'inquisitorio, con le sue metafisiche aspirazioni".³⁶

3. *Il presunto contrasto fra verità storica e verità processuale*

Si è dunque cercato di dimostrare come le impostazioni che sostengono la contrapposizione fra il modello accusatorio – con il relativo metodo del contraddittorio - e la tensione all'accertamento della verità, siano frutto di un equivoco. Tale equivoco si fonda sull'attribuzione di una funzione, per così dire, sminuita al principio del contraddittorio. Se tutto ciò è vero, allora, dovrebbe risultare priva di significato anche la dicotomia fondata sui concetti di verità formale e sostanziale.

Si è giunti quindi alle considerazioni inerenti la pretesa contrapposizione fra verità formale e sostanziale o – che è lo stesso – fra verità c.d. storica e verità c.d. processuale.

Sotto l'egida della ricerca della verità – com'è noto – sono stati perpetrati i più terribili abusi. Quella del processo inquisitorio è storia nota. È inoltre un fatto tristemente noto che in questo momento, nel mondo, le violazioni dei diritti umani – nel nome della verità - sono all'ordine del giorno.

La domanda da porsi è, allora, se un ragionamento fondato sulle dicotomie appena descritte possa essere di qualche utilità nel rifuggire da questi abusi, che costituiscono, purtroppo, parte della cultura giuridica contemporanea.³⁷

Attenta dottrina ha, infatti, rilevato che “vi sono due strategie fallimentari messe in opera da una parte consistente dei sostenitori del processo accusatorio. La prima sta nel bandire la ricerca della verità dal processo, allineandosi al modello del processo come soluzione di conflitti. La seconda, analoga ma meno radicale, è quella di contrapporre due verità, quella materiale (“Vera” con la V maiuscola), tipica del modello inquisitorio, e

³⁶ FERRUA P., *La sentenza Costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, cit. p. 1466.

³⁷ FERRUA P., *Il “giusto processo”*, cit., p. 32.

quella formale, frutto di una “costruzione”, tipica del modello accusatorio. Espellere dal processo accusatorio la ricerca della verità è il miglior omaggio che si possa tributare al processo inquisitorio, che è ben lieto di detenerne il monopolio”³⁸.

Il tratto comune è costituito dalla presunta incompatibilità fra contraddittorio e ricerca della verità storica³⁹. Questo equivoco è alimentato da una concezione assoluta di verità, in forza della quale il concetto stesso viene, per così dire, materializzato. Il fulcro della questione sembra essere riconducibile al significato che si voglia attribuire al concetto di verità.

In questo senso “l’ accertamento del fatto viene impropriamente considerato alla stregua della ricerca di un oggetto materiale, che sta da qualche parte, non visibile, ma suscettibile di essere portato alla luce, come un tesoro nascosto che affiora dall’ opera di scavo; e si trascura il dato elementare che il fatto, appartenendo al passato, non è più reale, e non può quindi in alcun modo essere “scoperto”, ma soltanto “ricostruito” sulla base delle tracce rimaste nel presente”⁴⁰.

Il compito del giudice è quello di operare una ricostruzione⁴¹ dei fatti secondo un metodo prestabilito e regolato dalla legge. Questa operazione avviene attraverso una rielaborazione dei dati di cui il giudice stesso dispone (le prove), per giungere a un collegamento con il fatto – ormai passato – conferendo all’ esito dell’ elaborazione un “pretesa di verità”⁴². In quest’ ottica è agevole comprendere come la contrapposizione fra verità materiale (o storica) e verità formale (o processuale) sia priva di significato.

In questi termini sarebbe più corretto sostenere che scopo del processo penale è l’ aspirazione a fondare la decisione su enunciati corrispondenti alla realtà dei fatti avvenuti nel passato. Laddove, fra l’ altro, “è tale aspirazione a giustificare l’ esercizio del potere punitivo e l’ accettazione sociale della pena”⁴³.

L’ attività di ricostruzione, così intesa, trova sicuramente nel metodo dialettico lo strumento più proficuo. Il contraddittorio, infatti, altro non è se non un metodo teso a

³⁸ FERRUA P., *Il “giusto processo”*, cit., p. 32.

³⁹ FERRUA P., *Il “giusto processo”*, cit., p. 32, il quale rileva: “i paladini del processo come soluzione di conflitti finiscono a loro modo per convergere con i fautori del processo inquisitorio sull’ arbitrario postulato che la ricerca della verità sia incompatibile col contraddittorio: con la differenza che gli uni in nome della verità demoliscono garanzie, gli altri, gli altri in nome delle garanzie rinunciano alla verità”.

⁴⁰ FERRUA P., *Il “giusto processo”*, cit., p. 33.

⁴¹ E, infatti, “si scopre ciò che esiste, si ri-costruisce ciò che è esistito”, come rileva FERRUA P., *Il “giusto processo”*, cit., p. 33.

⁴² FERRUA P., *Il “giusto processo”*, cit., p. 33.

⁴³ FERRUA P., *Il “giusto processo”*, cit., p. 34.

incentivare in ogni parte il tentativo di smentire le ricostruzioni avversarie. Le ipotesi che resistono ai tentativi di falsificazione saranno per ciò stesso convalidate⁴⁴.

È allora possibile concludere che la presenza di regole atte a garantire la persona sottoposta a procedimento penale non sono, da questo punto di vista, in antitesi con le esigenze di accertamento⁴⁵. Ciò in ragione dei due volti del contraddittorio: garanzia per l'imputato ma anche metodo utile alla ricerca della verità.

Rimane un ultimo punto da chiarire: il rapporto fra verità e giusto processo. Può essere ritenuto giusto un processo che si disinteressa della verità?

E, infatti, quanto detto finora è ancor più vero a mente del fatto che un processo, per potersi definire “giusto”, deve pervenire a una decisione “giusta”. Per poter tendere a questo risultato una disciplina processuale deve possedere alcuni requisiti, quali: norme atte a garantire uno standard minimo in termini di equità; la garanzia del rispetto delle norme processuali; una qualificazione del fatto giuridicamente corretta e la logica connessione fra le prove acquisite e la ricostruzione del fatto. Il che in altri termini significa: “la condanna se risulta provata oltre ogni ragionevole dubbio la colpevolezza; il proscioglimento in ogni altro caso”⁴⁶.

La celebrazione del processo ha – il che è intuitivo – lo scopo di condannare il colpevole e assolvere l'innocente, in questi termini la decisione può essere considerata giusta. Tuttavia, la ricostruzione di qualcosa che è accaduto nel passato e – per definizione non esiste più – è, per sua natura, fallibile. Ciò è altrettanto intuitivo, oltre a essere confermato dai limiti di tempo – ma non solo – entro i quali devono essere contenute le attività di ricerca e acquisizione delle prove.⁴⁷

Questa intrinseca fallibilità dell'attività ricostruttiva porta con sé la necessaria conclusione che non possa esistere un metodo in grado di conferirle l'infallibilità. Per

⁴⁴ FERRUA P., *Il “giusto processo”*, cit., p. 34 e FERRUA P., *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte Costituzionale*, cit. p. 1074, laddove l'Autore rileva: “qualsiasi criterio – anche epistemico, ossia direttamente funzionale al valore della verità – può in concreto smentire l'esigenza che lo ispira, ostacolare il buon esito dell'accertamento. Ogni metodo è una finzione e sconta in un certo numero di casi la possibilità del fallimento; l'efficacia maieutica del contraddittorio, potente strumento di scoperta dell'errore, non esclude che l'esame incrociato possa concorrere ad occultare una verità che si nasconde nella dichiarazione segretamente raccolta dalla polizia giudiziaria; e la stessa regole *in dubio pro reo* garantisce a volte un attestato di innocenza a chi in realtà è colpevole”.

⁴⁵ Al contrario, come rilevato da FERRUA P., *Il “giusto processo”*, cit., p. 35, “un processo moderno deve perseguire l'uno e l'altro valore che, correttamente intesi, sono assai meno in opposizione di quanto si creda”.

⁴⁶ FERRUA P., *Il “giusto processo”*, cit., p. 47.

⁴⁷ FERRUA P., *Il “giusto processo”*, cit., p. 49.

questo, oltre alle condizioni sopra menzionate, la decisione, per essere emessa secondo giustizia, deve essere fondata su premesse costituite da fatti corrispondenti al vero⁴⁸.

Da questa intrinseca incertezza non deve però farsi discendere l'irrelevanza della verità - intesa come corrispondenza al vero degli enunciati su cui si basa la decisione - questa accezione di verità dimostra la sua importanza sotto vari profili. "Come ideale e criterio regolativo per il legislatore, nell'individuazione del metodo di accertamento; per il giudice, nelle valutazioni e nelle scelte discrezionali che le regole legali gli impongono di effettuare; per il cittadino, nella critica di procedure e decisioni ritenute ingiuste. [...] La distinzione fra ciò che è vero e ciò che viene ritenuto vero e essenziale per una nozione oggettiva di verità"⁴⁹.

In considerazione di quanto detto finora, è possibile concludere che ogni processo – che voglia definirsi giusto e avere una qualche pretesa di credibilità dal punto di vista sociale - tenda all'accertamento della verità. Ciò che muta sono i metodi ritenuti più idonei a perseguire un tale obiettivo. Il legislatore stabilisce, a questo scopo, le regole di formazione della prova, aderendo al modello ritenuto più efficace. In questa prospettiva va collocato il principio del contraddittorio⁵⁰. Il metodo del contraddittorio è stato elevato a "regola epistemica" - riconosciuta come tale nella fonte di più alto rango - in seguito alla novella del comma 3 dell'art 111 Cost., con la riforma del c.d. "giusto processo"⁵¹.

Si è accennato in precedenza ai requisiti che un processo deve possedere per potersi definire "giusto". La valenza sistemica del principio del giusto processo si apprezza in relazione alla "consacrazione al massimo livello delle fonti del diritto dei due profili imprescindibili del contraddittorio: interrogare e far interrogare chi renda dichiarazioni a carico dell'imputato". La garanzia così accordata all'imputato mostra anche il suo aspetto sostanziale "in quanto implica l'obbligo di rispondere secondo verità posto in capo a tutti

⁴⁸ FERRUA P., *Il "giusto processo"*, cit., p. 49, il quale rileva come "la fallibilità della giustizia indica questo possibile divario tra la "ricostruzione operata nel processo e la realtà di ciò che è stato". Di più: "che in entrambe i casi – condanna dell'innocente o assoluzione del colpevole – il concetto di sentenza giusta implichi anche la verità dell'enunciato a causa del quale si è assolti o condannati discende da un semplice rilievo; quando sopraggiunga la prova della falsità di quell'enunciato, non si dirà che la sentenza, giusta allora, è divenuta ingiusta oggi, - allo stesso modo in cui nessuno direbbe che l'enunciato vero è divenuto falso – ma semmai che si è raggiunta la prova di un'originaria ingiustizia o falsità, indecifrabile il momento dell'emanazione della sentenza".

⁴⁹ FERRUA P., *Il "giusto processo"*, cit., p. 51.

⁵⁰ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, Milano, 2011, p. 39.

⁵¹ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 39.

coloro che rendano dichiarazioni davanti a giudice e la parificazione della tutela penale accordata alla veridicità delle dichiarazioni rilasciate alle contrapposte parti”⁵².

In questo senso è possibile affermare che il fondamento politico-criminale delle fattispecie di falso giudiziale sia quello di assicurare lo svolgimento del contraddittorio⁵³. E, infatti, pur nelle diverse declinazioni che assumono – dal punto di vista dell’oggettività giuridica - le diverse fattispecie poste a tutela dell’amministrazione della giustizia, “il bene tutelato (l’istituzione tutelata) è conformato sia dal momento finalistico (accertamento e repressione dei reati), sia, inscindibilmente, dalla conformazione giuridica del *law enforcement*”⁵⁴. Ne emerge, dunque, “un modello determinato di funzionamento della giustizia penale, secondo regole legali conformi ai principi del giusto processo”.

⁵² BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit. p. 40, il quale conclude in questi termini: “il principio del contraddittorio e la necessità di un suo presidio penalistico sono dunque inscindibilmente fusi nel “giusto processo”. Negli stessi termini, SIRACUSANO F. *Studio sui reati contro la giurisdizione*, Torino, 2005, p. 78.

⁵³ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 41.

⁵⁴ PULITANO’ D., *Sulla tutela penale della giustizia penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, Torino, 2001, p. 1266.

CAPITOLO SECONDO

LA RICERCA DELLA VERITA'. PROFILI SOSTANZIALI

1. *Il bene giuridico tutelato dai reati contro l'amministrazione della giustizia.*

Nonostante le numerose modifiche intervenute negli ultimi anni, il Titolo III del Libro secondo del Codice penale ha mantenuto il suo impianto originario, basato sulla suddivisione in tre Capi: "Delitti contro l'attività giudiziaria", "Delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie", "Della tutela arbitraria delle proprie ragioni. Il criterio alla base di questa classificazione è il bene giuridico tutelato, che accomuna – seppure con i dovuti distinguo - le fattispecie di reato contenute nei singoli capi"⁵⁵.

Ciò che interessa analizzare in questa sede è la tutela penale della prova dichiarativa, in termini di veridicità e genuinità della stessa. Le fattispecie di riferimento sono collocate all'interno del Capo I.

Le modifiche al capo dedicato alla tutela dell'attività giudiziaria sono state numerose e sono consistite, principalmente, nell'inserimento di nuove fattispecie incriminatrici, al fine soddisfare le nuove esigenze di tutela emerse in seguito all'introduzione del nuovo codice di procedura penale⁵⁶.

Con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, sono state introdotte le fattispecie di cui agli artt. 371 *bis* c.p. (False informazioni al pubblico ministero), il cui contenuto è stato in seguito modificato dalla l. 8 agosto 1995, n. 332, e 374 *bis* c.p. (False dichiarazioni o attestazioni

⁵⁵ Nella Relazione ministeriale si legge: "Si ebbe riguardo allo speciale bene o interesse giuridico offeso, in rapporto ai vari aspetti dell'amministrazione della Giustizia, e si distinsero i relativi delitti in tre gruppi, secondo che costituiscono un'offesa, o all'attività giudiziaria durante il suo esercizio, o all'autorità delle decisioni del giudice, o, infine, al massimo e supremo principio, che regge la convivenza sociale, per cui è inibito a chiunque di farsi ragione da sé medesimo e di vendicare le ingiurie con la privata violenza". *Rel. Progr. Def. c.p.*, p. 162.

⁵⁶ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, tomo I, *I delitti contro l'attività giudiziaria*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da MARINUCCI G. - DOLCINI E, Padova, 2005, p. 2; PISA P., *La Riforma dei reati contro l'amministrazione della giustizia tra adeguamenti "tecnici" e nuove esigenze di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 814.

in atti destinati all'autorità giudiziaria); è stata inoltre inasprita la sanzione prevista per il reato di falsa testimonianza (art. 372 c.p.).

In seguito alla l. 7 dicembre 2000, n. 397, che ha introdotto la disciplina delle indagini difensive, sono stati introdotti i delitti di false dichiarazioni al difensore (art. 371 *ter* c.p.) e di rivelazione di segreti inerenti a un procedimento penale (art. 379 *bis* c.p.).

L'intervento legislativo sul c.d. giusto processo (con la l. 1 marzo 2001, n. 63), infine, ha introdotto l'art. 377 *bis* c.p. (Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria) e ha modificato l'art. 384, comma 2, al fine di ricomprendervi i nuovi casi in cui il testimone assistito può rifiutarsi di deporre o di rispondere.⁵⁷

Per quel che concerne i reati a tutela della genuinità della prova dichiarativa, l'introduzione delle fattispecie di false informazioni al pubblico al ministero e false dichiarazioni al difensore è stata accompagnata dall'estensione alle stesse delle disposizioni riguardanti le circostanze aggravanti (art. 375), la ritrattazione (art. 376), la subornazione (art. 377) e le cause di non punibilità di cui all'art. 384.

La materia della tutela della prova dichiarativa è stata inoltre interessata da alcune pronunce della Corte costituzionale. La sentenza 30 marzo 1999, n. 101, ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 376, nella parte in cui non prevede l'applicabilità della ritrattazione al reato di cui all'art. 378 (favoreggiamento personale) nei casi in cui la condotta consista nell'aver reso false o reticenti dichiarazioni alla polizia giudiziaria operante su delega del pubblico ministero.

Con sentenza 27 dicembre 1996, n. 416, la Corte ha ritenuto illegittima la disciplina di cui all'art. 384, comma 2, poiché non prevedeva l'esclusione della punibilità qualora le false o reticenti informazioni alla polizia giudiziaria fossero state rese da chi avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal rispondere, come previsto dall'art. 199 c.p.p.

L'individuazione del bene giuridico tutelato dalle singole norme riguardanti le false dichiarazioni ai soggetti del processo penale è un'operazione imprescindibile ai fini dell'interpretazione delle stesse. È stato, infatti, rilevato che “il riferimento al bene giuridico indirizza innanzitutto la nostra attenzione verso la funzione dogmatico-interpretativa del concetto. Prospettiva essenziale per la ricostruzione ed interpretazione delle norme penali. [...] Il problema si aggrava inoltre in presenza di una legislazione

⁵⁷ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, tomo I, *I delitti contro l'attività giudiziaria*, cit., p. 3. Sull'argomento si veda *infra*.

penale la quale, anche se, come nel caso nostro ha trovato ha trovato sistemazione fra gli articoli originari del codice posti a tutela del bene giuridico “amministrazione della giustizia”, è stata tuttavia il prodotto di imponenti modificazioni, per successive stratificazioni, proprio del luogo – il processo penale – nel quale quell’interesse, del tutto generico, troverebbe realizzazione”.⁵⁸ All’indomani della riforma processuale, il tema dei reati contro l’amministrazione della giustizia è stato oggetto di approfondimento, con lo scopo di individuare e distinguere il bene giuridico tutelato dalle singole fattispecie.⁵⁹

Il bene giuridico “amministrazione della giustizia” ha un contenuto decisamente ampio⁶⁰, poiché ricomprende la funzione giurisdizionale, nelle sue declinazioni costituite dalle funzioni inquirenti, requirenti e di esecuzione del giudicato, ma anche tutto quanto attiene al perseguimento dello scopo della giustizia.

La genericità e l’ampiezza dei concetti richiamati dalla locuzione “amministrazione della giustizia” rischia pertanto di rendere labile la funzione selettiva e interpretativa del bene giuridico, se non addirittura di essere fuorviante se confrontata con i c.d. beni giuridici di categoria⁶¹. A ben vedere, tuttavia, le fattispecie costituenti il titolo III tutelano “non un’astratta idea di giustizia, ma beni giuridici specifici e talora eterogenei, sia collettivi che individuali”⁶², con lo scopo di tutelare l’efficienza della macchina giudiziaria.

Con riferimento al Capo I, si può affermare che la tutela sia rivolta al regolare perseguimento di obiettivi specifici che riguardano tutte le fasi del procedimento penale, comprese quelle prodromiche ed esecutive.⁶³ Tutto ciò senza trascurare la tutela di alcuni

⁵⁸ INSOLERA G., *I delitti di false dichiarazioni al pubblico ministero e al difensore. Alla ricerca del bene giuridico tutelato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 8, p. 1037.

⁵⁹ Si citano: PISA P., *La Riforma dei reati contro l’amministrazione della giustizia tra adeguamenti “tecnici” e nuove esigenze di tutela*, cit., p. 814; PADOVANI T., *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 916; SEVERINI P., *I delitti di false dichiarazioni nel processo penale (dopo la L. 7.12.2000, n. 397)*, Padova, 2003, p. 3; SIRACUSANO F., *Studio sui reati contro la giurisdizione*, Torino, 2005, p. 101.

⁶⁰ MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, vol. I, III ed., Milano, 2001, p. 544.

⁶¹ PIFFER G., *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit., p. 6; MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, cit., p. 544.

⁶² PIFFER G., *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit., p. 6.

⁶³ PIFFER G., *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit., p. 7 rileva, infatti, che la tutela ha come oggetto due esigenze peculiari del processo, quali: “la necessità che gli organi inquirenti dispongano delle *notitiae criminis* (artt. da 361 a 365) e che inoltre le stesse siano veritiere, anche in funzione della tutela dei soggetti nei confronti dei quali può esplicarsi l’attività giudiziaria (artt. 367, 368, 369, 377); la necessità di garantire la piena collaborazione di soggetti che sono chiamati a collaborare all’attività giudiziaria (art. 366); l’esigenza che gli elementi sulla base dei quali devono essere adottate le decisioni – non solo del giudice ma anche degli altri soggetti processuali -, non siano viziati da falsità o incompletezza (artt. da 371 a 375); l’esigenza che le indagini e le ricerche dell’autorità non vengano pregiudicate (art. 378) o che non si consolidi la situazione di illegittimità creata dal reato (art. 379); ed infine le esigenze connesse al rispetto di fondamentali doveri professionali da parte dei patrocinatori e dei consulenti delle parti (art. da 380 a 383)”.

beni giuridici individuali, la cui lesione potrebbe essere connessa alla lesione del bene giuridico collettivo, che resta comunque l'oggetto di tutela principale⁶⁴.

Il tratto distintivo dei reati di cui al capo I è costituito dalla strettissima interrelazione delle fattispecie di reato con la disciplina processuale⁶⁵, sia per le implicazioni di carattere pratico, costituite dai continui riferimenti – rappresentati dalla costante presenza di elementi normativi - delle singole fattispecie a istituti processuali, sia per il fatto che il sistema processuale, costituendone l'oggetto di tutela, ha una notevole influenza sul contenuto del bene giuridico. Il che comporta che i mutamenti e le incertezze interpretative che caratterizzano gli istituti processuali, incidono sull'interpretazione e la ricostruzione dell'oggettività giuridica delle norme sostanziali.⁶⁶ Non solo, il mutamento della disciplina processuale spesso fa insorgere nuove esigenze di tutela, che non sempre vengono soddisfatte con i dovuti interventi sulla disciplina sostanziale.⁶⁷

Si da conto, per completezza, seppure ciò esuli dall'ambito della presente indagine del bene giuridico tutelato dagli altri due capi del titolo III, l'individuazione del quale, peraltro non sembra altrettanto problematica. Il capo dedicato ai delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie, ha lo scopo di tutelare e assicurare l'esecuzione e il rispetto delle decisioni rese dall'Autorità, abbiano esse il carattere della definitività o meno. Vengono quindi in rilievo “gli interessi sostanziali in vista dei quali sono adottati i provvedimenti dell'Autorità giudiziaria”⁶⁸. Quanto al Capo III, in seguito all'abrogazione della disciplina del duello, esso è costituito da due sole fattispecie, relative ai delitti di ragion fattasi, finalizzate alla tutela degli interessi individuali dei soggetti implicati nella lite.

⁶⁴ Si pensi, ad esempio, al reato di cui all'art. 368: non può negarsi che al reato di calunnia consegua anche la lesione alla libertà e all'onore del soggetto cui sono rivolte le false accuse. In argomento si veda PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 7.

⁶⁵ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 7.

⁶⁶ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 7. L'autore richiama, a titolo esemplificativo e a conferma di quanto affermato, le difficoltà incontrate dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'individuazione del bene giuridico tutelato dal reato di false informazioni al pubblico ministero e la questione inerente il favoreggiamento mendacio integrato dalle false dichiarazioni alla polizia giudiziaria. Tali argomenti saranno approfonditi nel prosieguo della trattazione.

⁶⁷ Si pensi, ad esempio, all'introduzione dell'istituto delle indagini difensive.

⁶⁸ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 8, interessi che sono costituiti, secondo l'Autore, “sia dall'interesse pubblicistico dell'esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza, sia degli specifici interessi privatistici in funzione dei quali i provvedimenti richiamati dalle fattispecie sono adottati, tanto che [...] il legislatore ha frequentemente previsto la procedibilità del reato a querela di parte”.

2. La tutela dell'attività giudiziaria: i reati di false dichiarazioni. Il bene giuridico tutelato

Ai fini del presente lavoro, ciò che interessa è l'analisi del bene giuridico tutelato dai reati di false dichiarazioni con riferimento al soggetto che riceve tali dichiarazioni; saranno considerate le fattispecie di falsa dichiarazione indirizzate ai soggetti del processo e del procedimento penale⁶⁹, con esclusione dei reati di falsa denuncia giacché esulano dagli scopi della presente indagine.

La genuinità delle dichiarazioni rese da chi è conoscenza dei fatti d'indagine è *condicio sine qua non* per la correttezza e la giustizia della decisione giudiziaria⁷⁰. Tale affermazione potrebbe sembrare ovvia, tuttavia, non è mai stato ovvio che il fine del processo penale – la cui individuazione, evidentemente, ha non poche ripercussioni sul tema di cui ci stiamo occupando – fosse l'accertamento della verità o, per lo meno, la tensione ad avvicinarsi alla verità storica. Ammesso e non concesso, poi, che possa accogliersi la distinzione tra la c.d. verità storica e verità processuale⁷¹.

Ad ogni modo, è fuori di dubbio che, quale che sia il fine ultimo del processo penale, l'introduzione e la permanenza di materiale probatorio o di elementi utili ai fini delle indagini che non siano genuini non può che costituire un *vulnus*, se non altro – e nella migliore delle ipotesi – in termini di spreco di attività processuale⁷².

L'indagine s'incentrerà sui reati di false dichiarazioni, con esclusione delle altre ipotesi di falso, poiché differenti dal punto di vista del bene giuridico tutelato. Un cenno a tali differenze è utile a circoscrivere l'ambito dell'indagine. I rapporti con la ritrattazione,

⁶⁹ L'endiadi è d'obbligo: come rileva SEVERINI P., *I delitti di false dichiarazioni nel processo penale (dopo la L. 7.12.2000, n. 397)*, cit., p. XV, il termine "processo" deve intendersi in senso tecnico, cioè riferito "alla fase del giudizio vero e proprio, vale a dire al luogo, istituzionalmente deputato alla formazione della prova, quale strumento per la ricerca della verità, ed alla pronuncia della sentenza"; con il termine procedimento, invece, "s'indica la serie ordinata degli atti (articolati lungo un iter procedurale, oggetto di minuziosa disciplina nel vigente codice di rito) che – sin dall'acquisizione di una notizia di reato – tendono ad accertare dapprima se il processo vero e proprio debba svolgersi e quindi se l'imputato debba essere dichiarato o non colpevole (ivi compresi gli atti esterni al dibattimento – ancorché funzionali al medesimo – che occorrono per l'individuazione, l'assicurazione e la documentazione delle fonti di prova, riguardanti, in massima parte, le indagini preliminari."

⁷⁰ SEVERINI P., *I delitti di false dichiarazioni nel processo penale (dopo la L. 7.12.2000, n. 397)*, cit. p. XVI, secondo il quale "il principio della verità reale impone, infatti, di apprestare ogni mezzo perché la rappresentazione degli accadimenti, risultanti dal dibattimento penale, sia la più aderente possibile all'effettivo svolgersi dei medesimi".

⁷¹ Della questione si è detto *supra*. Si richiama pertanto quanto detto in precedenza.

⁷² A tal proposito si cita COPPI F., *Prefazione*, in *I delitti contro l'Amministrazione della giustizia*, Torino, 1996, p. XI: "La lesione giuridica prodotta dai reati di falsa testimonianza, perizia ed interpretazione è rappresentata dall'inquinamento delle fonti di prova, vale a dire dall'alterazione o dall'inutilizzazione del mezzo processuale, di cui la legge vuole garantire la sincerità e la completezza".

come si vedrà, si riveleranno utili all'indagine, in quanto idonei fare chiarezza in merito all'oggettività giuridica delle singole fattispecie.

Innanzitutto, potrebbe sorgere l'interrogativo – soprattutto in seguito alle interpretazioni estensive, proposte da dottrina e giurisprudenza, del catalogo dei reati previsti dall'art. 376, di cui si darà conto in seguito – riguardo all'applicabilità della ritrattazione ai falsi documentali di cui all'art 374 *bis*⁷³. E, in effetti, la fattispecie di false dichiarazioni o attestazioni in atti destinati all'autorità giudiziaria punisce chi renda una falsa dichiarazione. La differenza sta, tuttavia, nel fatto che tali dichiarazioni costituiscono una prova documentale, poiché, appunto contenute in un documento e non rese direttamente dal dichiarante. Viene in rilievo, dunque, l'intrinseca differenza fra prova documentale e testimonianza, laddove la prima ha la funzione di fotografare uno stato di fatto con la funzione di “assicurarne la stabilità probatoria nel tempo”⁷⁴ e la seconda, invece, costituisce un mezzo di ricostruzione di quanto accaduto. Il meccanismo di ricostruzione dei fatti è dato dal metodo del contraddittorio⁷⁵.

La prova documentale è una prova precostituita, la sua formazione non avviene in dibattimento nel contraddittorio fra le parti, il contraddittorio sulle prove dibattimentali può riguardare la loro ammissibilità, ma non governa la formazione del materiale probatorio. Essa non nasce nel processo e non è il risultato dell'attività processuale, certo il contenuto del falso documento può inficiare la genuinità del materiale probatorio, ma un'ipotetica ritrattazione non darebbe luogo al contraddittorio nella formazione della nuova prova, il tutto si risolverebbe con la sostituzione di una prova documentale con una prova orale. Emerge il primo dato: in seguito all'introduzione del nuovo rito è necessario ricostruire l'oggettività giuridica delle fattispecie di cui ci stiamo occupando. Il principio della formazione della prova nel contraddittorio fra le parti è ora uno dei fondamentali principi del processo penale⁷⁶.

Si procede all'analisi del bene giuridico oggetto di tutela prospettando la suddivisione dei reati di false dichiarazioni proposta in dottrina⁷⁷, che assume quale criterio il soggetto destinatario del mendacio, con ciò tenendo conto anche della diversa fase processuale quale sede naturale delle diverse ipotesi di mendacio.

⁷³ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*. Milano, 2011, p. 189.

⁷⁴ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 189.

⁷⁵ Dell'argomento si è accennato *supra*.

⁷⁶ Ciò è ancor più vero se si richiama alla mente il nuovo volto dell'art. 111 Cost., della cui riforma si è parlato brevemente *supra*.

⁷⁷ SEVERINI P., *I delitti di false dichiarazioni nel processo penale, (dopo la L. 7.12.2000, n. 397)*, cit. p. XXVII.

2.1. *False dichiarazioni al giudice*

La categoria si compone dei reati di falsa testimonianza⁷⁸ e falsa perizia o interpretazione⁷⁹.

Il delitto di falsa testimonianza, secondo l'opinione prevalente, tutela “la veridicità e la completezza di quel mezzo di prova che è qualificabile come testimonianza e ciò in quanto deposizioni false o reticenti possono fuorviare la decisione del giudice”⁸⁰.

Impostazioni più risalenti tentavano di ricondurre la falsa testimonianza all'oggettività giuridica dei delitti di falso, tale posizione è criticata, giacché “anche aderendo all'impostazione che aggancia l'oggettività giuridica dei reati di falso all'efficacia probatoria del mezzo, la collocazione sistematica della fattispecie non lascia dubbi”⁸¹.

Tale impostazione trae altri argomenti dal fatto che la condotta di falsa testimonianza è configurabile anche mediante omissione, nel caso della reticenza, e che la disciplina della ritrattazione richiede, oltre alla ritrattazione del falso, anche la manifestazione del vero. Il mendacio, dunque, è solo una delle possibili modalità di lesione del bene giuridico tutelato dall'art 372.⁸²

Ma non è tutto. Sempre secondo questa ricostruzione, si deve partire dal presupposto che “tutti i delitti di falso sono delitti contro la prova”. “Provare significa ricavare, da uno o più contenuti mentali ritenuti rispondenti al vero, un giudizio di verità per un altro contenuto mentale. La prova viene alterata se si adducono come rispondenti al vero

⁷⁸ L'art. 372 c.p. dispone che: “Chiunque, deponendo come testimone innanzi all'Autorità giudiziaria o alla Corte penale internazionale, afferma il falso o nega il vero, ovvero tace, in tutto o in parte, ciò che sa intorno ai fatti sui quali è interrogato, è punito con la reclusione da due a sei anni”.

⁷⁹ L'art. 373 c.p. prevede il delitto di falsa perizia o interpretazione: “il perito o l'interprete, che, nominato dall'Autorità giudiziaria, dà parere o interpretazioni mendaci, o afferma fatti non conformi al vero, soggiace alle pene stabilite nell'articolo precedente”.

⁸⁰ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 417. Concordi: DI GIOVINE O., voce *Testimonianza (Falsità di)* in *Digesto disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 299. Anche secondo la giurisprudenza prevalente “La *ratio* dell'incriminazione del delitto di falsa testimonianza è quella di assicurare, attraverso la veridicità delle deposizioni testimoniali, il normale funzionamento dell'attività giudiziaria che potrebbe essere fuorviata da deposizioni false o reticenti”. Così, per tutte, Cass. pen., sez VI, 18 dicembre 1984, Canfora, in *Giust. pen.*, 1985, II, p. 641. In argomento si vedano anche: D'AMBROSIO V., *Commento all'art. 372 c.p.*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., Tomo I (artt. 1-413), VI Ed., Milano, 2014, p. 2315; ID., *Commento all'art. 373 c.p.*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., Tomo I (artt. 1-413), VI Ed., Milano, 2014, p. 2319; PIFFER G., *Commento all'art. 372 c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da DOLCINI E. – GATTA G. L., Tomo II, IV Ed., Milano, 2015, p. 1194; ID., *Commento all'art. 373 c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da DOLCINI E. – GATTA G. L., Tomo II, IV Ed., Milano, 2015, p. 1204.

⁸¹ DI GIOVINE O., voce *Testimonianza (Falsità di)*, cit., p. 299.

⁸² DI GIOVINE O., voce *Testimonianza (Falsità di)*, cit., p. 301.

premesse che in realtà sono false.”⁸³. Questo sviamento può interessare un numero indeterminato di soggetti. In questo caso viene in rilievo il bene giuridico della fede pubblica e il falso non riguarda il processo, né ha una diretta influenza sul suo svolgimento. La falsità può diventare oggetto di accertamento penale, ma non incide sugli esiti di quest’ultimo.⁸⁴

La differenza appare ancor più evidente se si considera che la funzione della prova giudiziale è quella di fornire la base conoscitiva del libero convincimento del giudice, rispetto alla cui formazione ha carattere strumentale. Il che, tuttavia, “permette di distinguere l’oggetto della tutela costituito dalla veridicità e completezza della testimonianza, dall’interesse connesso all’attività giudiziaria, in vista della quale la tutela è apprestata”. Questa distinzione dei diversi aspetti riguardanti la lesività del delitto di falsa testimonianza costituisce il fondamento della ricostruzione secondo la quale tutti i reati di falso sono reati contro la prova⁸⁵. Questi ultimi, dunque, presenterebbero, “una comune oggettività giuridica (la genuina e fedele rappresentazione dei fatti rilevanti) distinta dagli interessi connessi alla specifica destinazione probatoria che caratterizza il mezzo di prova e che nella testimonianza deriva dalla sua natura di prova giudiziale, funzionale, quindi al giudizio processuale”⁸⁶.

2.2. False dichiarazioni alle altre parti del processo

In questo gruppo rientrano i reati di cui all’art. 371 bis⁸⁷ e 371 ter⁸⁸. Per comprendere l’oggettività giuridica di tali reati non può prescindersi dalle circostanze che hanno accompagnato la loro introduzione, di cui si dirà nel prosieguo della trattazione.

⁸³ PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Delitti contro l’amministrazione della giustizia*, Milano, 2000, p. 111.

⁸⁴ SIRACUSANO F., *Studio sui reati contro la giurisdizione*, Torino, 2005, p. 158.

⁸⁵ GALLO E., *Il falso processuale*, Padova, 1973, p. 291; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 111.

⁸⁶ PIFFER G., *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit. p. 418.

⁸⁷ L’art. 371 bis prevede che: “Chiunque, nel corso di un procedimento penale, richiesto dal pubblico ministero o dal procuratore della Corte penale internazionale di fornire informazioni ai fini delle indagini, rende dichiarazioni false ovvero tace, in tutto o in parte, ciò che sa intorno ai fatti sui quali viene sentito, è punito con la reclusione fino a quattro anni. [II]. Ferma l’immediata procedibilità nel caso di rifiuto di informazioni, il procedimento penale, negli altri casi, resta sospeso fino a quando nel procedimento nel corso del quale sono state assunte le informazioni sia stata pronunciata sentenza di primo grado ovvero il procedimento sia stato anteriormente definito con archiviazione o con sentenza di non luogo a procedere. [III]. Le disposizioni di cui ai commi primo e secondo si applicano, nell’ipotesi prevista dall’articolo 391-bis, comma 10, del codice di procedura penale, anche quando le informazioni ai fini delle indagini sono richieste dal difensore”.

Tali circostanze, peraltro, hanno alimentato la visione che attribuiva uguale oggettività giuridica ai reati di false informazioni al pubblico ministero e al difensore, individuando il bene giuridico tutelato nel medesimo bene tutelato dal reato di falsa testimonianza.⁸⁹

In letteratura⁹⁰ si è osservato che una tale impostazione si fonda su due equivoci: da un lato l'operare del retaggio inquisitorio, con il conseguente inconscio rifiuto del sistema accusatorio⁹¹. Il che porta a non tenere nella dovuta considerazione elementi fondamentali, tra i quali il meccanismo di formazione della prova e il principio di separatezza delle fasi "sostituite da una sorta di rincorsa tra le parti nell'attribuire uguale crisma di ufficialità al proprio operato. Una gara impossibile e patetica posto che non coinvolge certo l'accusa, iperdotata dal ruolo monopolistico di agenzia del potere punitivo statale, distogliendo contemporaneamente il difensore, e confondendolo, rispetto all'unico suo vero ufficio, pubblico anche questo, e non certo bisognoso di ulteriori riconoscimenti costituzionali, ma rivolto ad un diverso, contrastante e unico scopo: la difesa degli interessi del proprio assistito"⁹².

L'obiettivo della parità delle armi riguarda la formazione della prova in contraddittorio davanti al giudice, non può riguardare la fase delle indagini preliminari, vista la smisurata differenza che corre fra il difensore e l'accusa in termini di mezzi.

⁸⁸ Il testo dell'art. 371 *ter* dispone che: "Nelle ipotesi previste dall'articolo 391-bis, commi 1 e 2, del codice di procedura penale, chiunque, non essendosi avvalso della facoltà di cui alla lettera *d*) del comma 3 del medesimo articolo, rende dichiarazioni false è punito con la reclusione fino a quattro anni. [II]. Il procedimento penale resta sospeso fino a quando nel procedimento nel corso del quale sono state assunte le dichiarazioni sia stata pronunciata sentenza di primo grado ovvero il procedimento sia stato anteriormente definito con archiviazione o con sentenza di non luogo a procedere.

⁸⁹ Così GIUNTA F., *Le innovazioni ai delitti contro l'amministrazione della ingiustizia introdotte dalla legge sulle indagini difensive*, in *Studium iuris*, 2001, p. 1034; PISA P., *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p.292; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 113, per quanto concerne l'assimilazione fra l'art. 372 e l'art. 371 *bis*. La prevalente dottrina, tuttavia, propone una diversificazione dei beni giuridici tutelati dalle fattispecie di cui agli artt. 371 *bis*, 371 *ter* e 372: ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, 15 Ed., integrata e aggiornata a cura di GROSSO C.F., Milano, 2008, p. 462; MOCCIA S. - SCHIAFFO F., voce *False informazioni al pubblico ministero*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma, 1996, p. 8; MANNA A., *Il difensore come pubblico ufficiale: le controverse indicazioni provenienti dalla disciplina delle indagini difensive*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 1278; INSOLERA G., "Linnaffiatore innaffiato", ovvero la tutela penale delle indagini difensive, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 1420; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, I, V ed., BOLOGNA, 2012, p. 359.

⁹⁰ Mette in luce questo fenomeno INSOLERA G., *I delitti di false dichiarazioni al pubblico ministero e al difensore. Alla ricerca del bene giuridico tutelato* cit., p.1037.

⁹¹ A questo proposito NOBILI, *Giusto processo e indagini del difensore: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 5 ss.

⁹² INSOLERA G., *I delitti di false dichiarazioni al pubblico ministero e al difensore. Alla ricerca del bene giuridico tutelato*, cit., p. 1040.

Il secondo equivoco, prosegue l'Autore, è dovuto allo "scivolamento progressivo della nozione di prova"⁹³.

Da questo equivoco nasceva la tesi, si è detto, della medesima oggettività giuridica dei reati di falsa testimonianza, false dichiarazioni al difensore e false informazioni al pubblico ministero. Ora, considerando il reato di false informazioni al difensore, questa ricostruzione appare stridente con il dato normativo: la consumazione del reato non richiede l'uso della falsa dichiarazione. Non può negarsi, d'altra parte, che la lesione al bene veridicità della prova debba essere conseguente all'introduzione nel processo di una prova non genuina. Ammesso e non concesso, dunque, che l'indagine difensiva partecipi dell'attività di formazione della prova in ossequio alla teoria dell'assimilazione - cosa che, lo si ribadisce, non è - non vi sarebbe ragione di incriminare l'autore di una falsa dichiarazione che non sia ancora entrata - e che non si sa se mai entrerà vista la facoltà del difensore di non servirsi delle indagini effettuate - a far parte del materiale probatorio⁹⁴. Tale discrezionalità, oltre a essere intimamente connessa con il ruolo necessariamente parziale del difensore - e proprio per questo motivo - non fa altro che confermare il dato che le indagini difensive non hanno certamente l'obiettivo di ricercare la verità, ma quello di apprestare la migliore strategia difensiva⁹⁵.

L'art. 371 *ter*, dunque, costituisce il presidio della veridicità delle informazioni raccolte dal difensore e poste alla base della strategia difensiva, dato confermato dal fatto che la norma non richiede l'ingresso del mendacio nel materiale processuale. Si pensi al caso in cui il mendacio abbia fuorviato il difensore, influenzando negativamente sul prosieguo delle indagini difensive e sulla stessa strategia difensiva.⁹⁶

Se, dunque, può affermarsi che l'art. 371 *ter* tuteli il diritto di difendersi provando, rimane aperta la questione riguardante l'oggettività giuridica dell'art. 371 *bis*.

⁹³ INSOLERA G., *I delitti di false dichiarazioni al pubblico ministero e al difensore. Alla ricerca del bene giuridico tutelato*, cit., p. 1040; riferendosi con questa espressione all'influenza esercitata sulla nozione di prova e sulla sua genuina formazione, dalla progressiva erosione del sistema accusatorio di cui si è parlato *supra*. L'argomento, tuttavia, sarà ripreso ampiamente in seguito.

⁹⁴ Il che appare evidente se si pensi alla differenza di disciplina prevista dal codice di rito riguardo ai due tipi d'indagine. L'art. 416, comma 2, c.p.p. stabilisce l'obbligo per il pubblico ministero di trasmettere al giudice - in sede di richiesta di rinvio a giudizio - l'intera documentazione concernente le indagini svolte; l'art. 391 *octies*, comma 1, c.p.p., prevede la facoltà - non l'obbligo - per il difensore in sede di indagini e di udienza preliminare di presentare direttamente al giudice gli elementi di prova a favore del proprio assistito.

⁹⁵ MANNA A., *Il difensore come pubblico ufficiale: le controverse indicazioni provenienti dalla disciplina delle indagini difensive*, cit., p. 1278; INSOLERA G., *I delitti di false dichiarazioni al pubblico ministero e al difensore. Alla ricerca del bene giuridico tutelato*, cit., p. 1040.

⁹⁶ INSOLERA G., *I delitti di false dichiarazioni al pubblico ministero e al difensore. Alla ricerca del bene giuridico tutelato*, cit., p. 1040, l'Autore richiama la circostanza in cui il falso abbia impedito al difensore di pervenire a elementi utili ai fini della difesa. Tali elementi potrebbero, infatti, riguardare "un'adeguata argomentazione difensiva, tale da influenzare il convincimento del giudice, una volta che si fosse articolata nelle prove suggerite da un'investigazione difensiva non deviata".

L'assimilazione di questa fattispecie a quella della falsa testimonianza è stata alimentata dalla possibilità che il materiale raccolto dal pubblico ministero durante le indagini possa essere a fondamento della decisione del giudice nei riti premiali, in seguito al "travaso" di materiale probatorio dal fascicolo del pubblico ministero al fascicolo del giudice. Il che riguarda anche il delitto di false informazioni al difensore, poiché il materiale probatorio delle indagini difensive - laddove sia stato depositato ed entrando a far parte, in questo caso, del fascicolo del pubblico ministero – potrebbe anch'esso entrare a far parte del fascicolo del giudice⁹⁷.

L'interrogativo è, dunque se il reato di false informazioni al pubblico ministero sia una fattispecie omogenea – in termini di oggettività giuridica - a quella della falsa testimonianza. Per rispondere al quesito sembra opportuno partire dal dato costituzionale: il comma 4 dell'art 111 Cost. stabilisce che la prova si deve formare nel contraddittorio fra le parti. Al comma 5, è prevista l'utilizzabilità delle informazioni rese al pubblico ministero o al difensore, laddove l'imputato presti il suo consenso. Il che sta a significare che, in questo caso, quelle informazioni unilateralmente assunte acquisirebbero il rango di prova. Desumere da questo dato che l'art. 372 e l'art .371 *bis* abbiano la stessa oggettività giuridica costituisce, secondo attenta dottrina, un grave errore metodologico⁹⁸.

Il dettato costituzionale in materia di prova definisce una fisionomia ben precisa dell'oggettività giuridica dell'art 371 *bis*, sulla quale la disciplina processuale non può e non deve interferire, pena il rovesciamento logico del rapporto norma – bene giuridico tutelato. Il che appare ancor più vero considerando come le varie ipotesi di deroga alla regola del contraddittorio nella formazione della prova non escludono mai l'utilizzabilità delle informazioni rese alla polizia giudiziaria, che sia stata delegata dal pubblico ministero o meno. Il mendacio alla polizia giudiziaria è sanzionato dall'art 378⁹⁹. Non v'è dubbio che il bene giuridico tutelato dal reato di favoreggiamento personale non sia, come si dirà fra breve, la verità della prova. E allora le possibilità rimangono due: o si afferma che la

⁹⁷ A ben vedere questo argomento potrebbe essere posto a fondamento della teoria dell'assimilazione, viste le ultime modifiche che hanno riguardato il giudizio abbreviato, tuttavia – al momento dell'introduzione delle norme in commento - il clima era molto diverso. È ben vero che da anni il processo penale sta subendo la c.d. deriva inquisitoria, ma dedurre da questo l'oggettività giuridica delle false dichiarazioni processuali costituirebbe un'inversione logica del ragionamento.

⁹⁸ INSOLERA G., *I delitti di false dichiarazioni al pubblico ministero e al difensore. Alla ricerca del bene giuridico tutelato*, cit., p. 1041. Secondo l'Autore "ciò altro non sarebbe se non un esempio di utilizzo della "concezione metodologica" del bene giuridico: con la sovrapposizione tra *ratio legis*, scopo della norma e bene giuridico tutelato e la conseguente, ben nota, vanificazione della funzione critica, di legittimazione prenormativa dell'opzione penalistica, che deve caratterizzare, nell'opinione oggi prevalente, la nozione di bene giuridico."

⁹⁹ Il tema sarà affrontato successivamente, in occasione dell'analisi del rapporto fra reato di favoreggiamento e ritrattazione.

tutela della verità della prova è l'oggetto di tutela anche del reato di favoreggiamento personale – in vista della possibile utilizzabilità delle informazioni rese alla polizia giudiziaria – o, ipotesi preferibile, si deve giungere alla conclusione che “per tutto il materiale conoscitivo consentito dall'equivalenza stabilita dal comma 5 dell'art. 111 occorre identificare, sanzionandone la falsità, un diverso oggetto giuridico specifico.”¹⁰⁰

Vi è, poi, un'altra considerazione: affermare che il bene giuridico tutelato dall'art. 371 *bis* – ma lo stesso vale per l'art. 371 *ter* – consista nella tutela della veridicità del materiale probatorio, significherebbe appuntare l'identificazione di quest'ultimo sulla base di un avvenimento successivo e indipendente – dal punto di vista oggettivo e soggettivo – dalla sfera di azione del soggetto attivo. Si è già detto che una tale ricostruzione incontra il limite del dato testuale: il mendacio costituisce illecito di per sé, a prescindere dal suo ingresso nel materiale probatorio. Non resta che concludere, quindi, che l'art. 371 *bis* tuteli – parallelamente e con le dovute distinzioni rispetto all'art. 371 *ter* - l'interesse alla genuinità delle indagini preliminari.¹⁰¹

2.3. False dichiarazioni alla polizia giudiziaria: il favoreggiamento personale mediante mendacio alla polizia giudiziaria.

La tutela della verità, con riferimento al procedimento penale, si articola dunque nella rilevanza penale del mendacio, che si declina nelle singole fattispecie distinte in base al soggetto che riceve la falsa dichiarazione.

La polizia giudiziaria è l'unico dei soggetti a essere privo di una fattispecie incriminatrice dedicata. La falsa dichiarazione resa alla polizia giudiziaria è sempre stata fatta rientrare nell'omnicomprensiva fattispecie di favoreggiamento personale. Della questione si parlerà in seguito, si voglia ora considerare il bene giuridico tutelato dal reato di cui all'art 378¹⁰².

¹⁰⁰ INSOLERA G., *I delitti di false dichiarazioni al pubblico ministero e al difensore. Alla ricerca del bene giuridico tutelato*, cit., p. 1041

¹⁰¹ INSOLERA G., *I delitti di false dichiarazioni al pubblico ministero e al difensore. Alla ricerca del bene giuridico tutelato*, cit., p. 1041.

¹⁰² Il testo della norma è il seguente: “Chiunque, dopo che fu commesso un delitto per il quale la legge stabilisce [la pena di morte o] l'ergastolo o la reclusione, e fuori dei casi di concorso nel medesimo, aiuta taluno a eludere le investigazioni dell'Autorità, comprese quelle svolte da organi della Corte penale internazionale, o a sottrarsi alle ricerche effettuate dai medesimi soggetti, è punito con la reclusione fino a quattro anni. [II]. Quando il delitto commesso è quello previsto dall'articolo 416-bis, si applica, in ogni caso, la pena della reclusione non inferiore a due anni. [III]. Se si tratta di delitti per i quali la legge stabilisce una pena diversa, ovvero di contravvenzioni, la pena è della multa fino a 516 euro. [IV]. Le disposizioni di questo

La costante giurisprudenza¹⁰³ e la dottrina¹⁰⁴ prevalente hanno identificato il bene giuridico tutelato dalla fattispecie favoreggiamento personale nel regolare svolgimento delle investigazione e delle ricerche, quali attività del procedimento penale proprie della fase prodromica al dibattimento.

Si è obiettato che una simile impostazione ha il difetto di identificare lo specifico oggetto di tutela con l'oggetto di tutela della categoria, pur essendo conforme alla costante interpretazione della giurisprudenza che fa del favoreggiamento personale una sorta di norma sussidiaria di chiusura. Attenta dottrina ha, infatti, osservato come “la tutela penale dell'amministrazione della giustizia appare suggellata da una norma omnicomprensiva di chiusura: accanto alla previsione e punizione di condotte specifiche, dall'omissione di rapporto alla falsa testimonianza alla calunnia, la clausola generale dell'”aiutare taluno” si presta a coprire qualsiasi condotta che appaia d'intralcio alla giustizia penale, sia o non sia espressamente tipizzata da altre specifiche fattispecie”.¹⁰⁵

Una delle più indicative applicazioni di questo modo di intendere la fattispecie di cui all'art. 378 è rappresentata dall'orientamento della giurisprudenza che ritiene punibile a titolo di favoreggiamento personale il mendacio reso alla polizia giudiziaria. Con ciò si è “finito con l'attribuire all'art. 378 anche una specifica funzione di tutela della verità e completezza delle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria e quindi di tutela del valore probatorio che esse presentano a vari effetti, pur non rientrando nel novero delle prove in senso proprio, non essendo assunte dal giudice nel contraddittorio fra le parti.”¹⁰⁶

In seguito all'introduzione dell'art. 371 *bis* la funzione di tutela della prova riconosciuta dalla giurisprudenza ha trovato un ulteriore elemento di conforto. Le dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria sono, infatti, per molti aspetti sovrapponibili a quelle rese al pubblico ministero, le due norme – se considerate con riferimento all'interpretazione che ne ha fornito la giurisprudenza – sono divenute assimilabili rispetto alla loro oggettività giuridica¹⁰⁷.

articolo si applicano anche quando la persona aiutata non è imputabile o risulta che non ha commesso il delitto”.

¹⁰³ Si citano: Cass. pen., sez. VI, 20 gennaio 1994, in *Cass. pen.* 1995, p. 2146 e la più recente Cass. pen., sez. V, 16 settembre 2008, n. 43207, in *CED Cass. pen.*, 2008, n. 186120.

¹⁰⁴ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 551, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 406 PAGLIARO A., voce *Favoreggiamento (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, Milano, p. 36; PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 644.

¹⁰⁵ PULITANO' D., *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, Milano, 1984, p. 14.

¹⁰⁶ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 644.

¹⁰⁷ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 644.

L'individuazione del bene giuridico dell'art. 378 nella tutela del valore probatorio delle informazioni rese alla polizia giudiziaria è stata fatta propria anche dalla Corte Costituzionale, con le sentenze 27 dicembre 1999, n. 416¹⁰⁸ e 30 marzo 1999, n. 101¹⁰⁹, che hanno rispettivamente esteso l'applicabilità dell'artt. 384 c.p. e 376 c.p. al reato di favoreggiamento personale compiuto mediante false dichiarazioni alla polizia giudiziaria. La posizione assunta dalla Corte costituzionale in queste due occasioni era, infatti, quella di riconoscere l'omogeneità dei reati di cui all'artt. 371 bis e 378 – realizzato mediante false dichiarazioni alla polizia giudiziaria – sotto il profilo dell'oggettività giuridica.¹¹⁰

L'orientamento della Corte costituzionale sembra, tuttavia, mutato con riferimento alle pronunce 16 ottobre 2000, n. 424¹¹¹ e 23 gennaio 2001, n. 22¹¹², con le quali la Corte ha rispettivamente: negato l'illegittimità costituzionale della mancata applicazione dell'art. 376 alle ipotesi di mendacio reso alla polizia giudiziaria non delegata dal pubblico ministero; dichiarato infondata la questione di illegittimità dell'art. 378 nella parte in cui non prevede l'ipotesi di sospensione del procedimento prevista dall'art. 372 bis.

E' stato rilevato da attenta dottrina¹¹³ che l'attuale conformazione del sistema di tutela della veridicità e completezza delle dichiarazioni rese ai soggetti operanti nelle diverse fasi del procedimento penale – cui hanno contribuito l'inserimento dell'art. 371 bis

¹⁰⁸ Corte Cost., 27 dicembre 1996, n. 416, *Cass. pen.* 1997, p. 954, di cui si parlerà in modo più approfondito *infra*, al cap. 5.

¹⁰⁹ Corte Cost., 30 marzo 1999, n. 101, in *Cass. pen.* 1999, p. 2466, con nota di GULLO A., *Il favoreggiamento personale tra tendenze repressive e nuove esigenze di tutela*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3345; in *Giur. cost.* 1999, p. 922, con nota di SANTORIELLO C., *I rapporti tra favoreggiamento personale e ritrattazione in una (parziale) sentenza di illegittimità costituzionale dell'art. 376 c.p.*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 928; in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 557, con nota di RANZATTO F., *Estesa la ritrattazione al favoreggiamento-mendacio. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 983; in *Leg. pen.* 1999, p. 670 con nota di BELLUTA H., *Operatività della ritrattazione per alcune species di favoreggiamento*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 672. Dell'impostazione della sentenza citata si darà conto successivamente, analizzando il rapporto fra ritrattazione e favoreggiamento.

¹¹⁰ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 645.

¹¹¹ Corte Cost., 16 ottobre 2000, n. 424, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, p. 1604 con nota di RANZATTO F., *Non ritrattabili le dichiarazioni alla polizia giudiziaria non delegata dal p.m.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1608.

¹¹² Corte Cost., 23 gennaio 2001, n. 22, in *Cass. pen.* 2001, p. 1433. La Corte ha affermato in questa occasione che: "è manifestamente infondata, con riferimento agli art. 3, in relazione all'art. 371 bis comma 2 c.p., e 24 cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 378 c.p., nella parte in cui non prevede, analogamente a quanto disposto dall'art. 371 bis comma 2, per le informazioni assunte dal p.m., la sospensione del procedimento instaurato per il reato di favoreggiamento personale nei confronti di chi, richiesto dalla polizia giudiziaria delegata dal p.m., abbia reso dichiarazioni false o, in tutto o in parte, reticenti alla polizia giudiziaria, delegata dal p.m. allo svolgimento delle indagini, in quanto la disciplina di cui all'art. 371 bis, in tema di sospensione necessaria del relativo procedimento, ha natura eccezionale e derogatoria rispetto al principio generale di cui all'art. 2 c.p.p., onde non è estensibile alla fattispecie prevista dall'art. 378 c.p., anche in ragione della diversa oggettività giuridica delle due fattispecie e del fatto che l'eventuale sospensione necessaria del procedimento relativo al reato di favoreggiamento personale mediante false o reticenti dichiarazioni alla polizia giudiziaria delegata dal p.m. potrebbe essere disciplinata dal legislatore con modalità diverse da quelle previste dall' art. 371 bis comma 2 c.p."

¹¹³ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 645.

e i citati interventi della Corte costituzionale – è affetto da alcune incongruenze. Si pensi, per esempio, al fatto che “il mendacio all’autorità giudiziaria non risulta punibile quando non ricorrono tutti gli estremi del reato di favoreggiamento personale”¹¹⁴; alle differenze che intercorrono fra la disciplina di cui agli artt. 372 *bis* 378 sia in termini di trattamento sanzionatorio che di mancata previsione della sospensione del procedimento con riferimento all’art. 378.

Ancora prima dell’entrata in vigore del codice di rito del 1998, come si vedrà meglio in seguito, vi erano già tendenze favorevoli all’estensione della ritrattazione al reato di favoreggiamento personale realizzato mediante mendacio alla polizia giudiziaria. Il che, si notava già allora, avrebbe implicato la ricostruzione del bene giuridico tutelato da tale fattispecie in termini di analogia con quello tutelato dall’art. 372 (che, si ricorda, durante la vigenza del codice di rito del 1930 era applicabile anche alle false informazioni al pubblico ministero): la tutela della prova. In letteratura, quando la riforma del codice di rito era già oggetto di discussione, era già stato rilevato che: “una linea tendente ad accostare la tutela delle informazioni di polizia giudiziaria a quella delle testimonianze rese al giudice, quale abbiamo visto nella prassi del favoreggiamento mendacio e nelle eccezioni di incostituzionalità sull’art 376 c.p., muoverebbe in senso diametralmente opposto alla logica della riforma. Ancor più che nel sistema vigente, reprimere (come favoreggiamento o ad altro titolo) il mendacio alla polizia giudiziaria segnerebbe una distorsione del modello processuale, favorendo le condizioni, non tanto dell’investigazione in astratto, quanto di un’investigazione “probatoria” di polizia, che il nuovo rito processuale vorrebbe definitivamente eliminare”¹¹⁵.

Il che si è puntualmente verificato, come si vedrà meglio in seguito, dopo l’entrata in vigore del nuovo codice di rito che, prevedendo una netta separazione fra la fase delle indagini preliminari e quella del dibattimento, quale sede di formazione della prova nel contraddittorio fra le parti, avrebbe, al contrario, dovuto dissipare – in senso negativo - eventuali dubbi in merito alla funzione di tutela della genuinità della prova del reato di favoreggiamento personale, realizzato mediante mendacio alla polizia giudiziaria.¹¹⁶ A un simile risultato si è giunti a causa delle conseguenze di carattere sistematico promanate dall’introduzione dell’art 371 *bis*¹¹⁷.

¹¹⁴ PIFFER G., *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit. p. 646.

¹¹⁵ PULITANO’ D., *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, cit., p. 252.

¹¹⁶ PIFFER G., *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit. p. 646.

¹¹⁷ L’argomento sarà ripreso in seguito, in occasione dell’analisi delle già citate decisioni della Corte costituzionale.

Altra parte della dottrina, prospettando un'interpretazione restrittiva dell'art. 378 – che escluderebbe l'applicazione di questa fattispecie al mendacio reso alla polizia giudiziaria – è giunta a una diversa ricostruzione dell'oggettività giuridica della norma, in termini di tutela esterna delle attività d'investigazione e ricerca, ai fini della giustizia penale. Una tale impostazione sarebbe senza dubbio preferibile, poiché terrebbe conto della profonda differenza delle condotte riconducibili al reato di favoreggiamento rispetto a quelle previste da altre fattispecie, che attribuiscono rilevanza penale alla violazione di specifici obblighi processuali.¹¹⁸

Questa posizione diventa, tuttavia, difficilmente sostenibile se inserita nell'attuale contesto normativo. Il presupposto da cui muove, infatti, appare inconciliabile con la configurazione del sistema dei reati contro l'amministrazione della giustizia. La presenza dell'art 371 *bis* e le incontestabili similitudini che presenta con la condotta di mendacio all'autorità giudiziaria, rende difficile escludere che il favoreggiamento personale mediante mendacio tuteli la fase delle indagini preliminari anche dal punto di vista interno¹¹⁹.

3. Il catalogo dei reati di cui all'art. 376: la tutela della verità nelle diverse fasi processuali.

Si prenderanno in considerazione le fattispecie di falsa dichiarazione, rilevandone gli aspetti problematici per ciò che attiene alla presente indagine: la funzione svolta in termini di tutela della verità. A questo fine si propone una classificazione che consideri due profili: la fase processuale naturale scenario delle fattispecie e il loro rapporto con la ritrattazione.

I profili classificatori s'intrecciano: le fattispecie si sostanziano in una condotta mendace, ma le differenze che le contraddistinguono sotto il profilo dell'oggettività giuridica – laddove si accolgano e si ritengano sussistenti – condizionano, o perlomeno

¹¹⁸ Così PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 647, che riprende le conclusioni di PULITANO' D., *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, cit., p. 64, che rileva: "in prima approssimazione, il nucleo base del favoreggiamento parrebbe pertanto potersi ravvisare nella "tutela esterna" delle investigazioni e ricerche dell'autorità, in atto o possibili dopo la commissione di un reato [...]. In realtà, la condotta di favoreggiamento – in quanto si risolve in immutazione delle condizioni di svolgimento delle investigazioni e ricerche – solo in senso indiretto può definirsi violazione di un obbligo processuale. La prospettiva di tutela fin qui evidenziata attiene non alle forme del processo, ma a condizioni materiali della sua funzionalità, nei confronti di un determinato soggetto inquisito o ricercato. La delimitazione "sostanziale" della fattispecie trova un aggancio ragionevole, al di là della logica originaria del *concursum subsequens*, appunto in questa non appartenenza del divieto penale al modello processuale formale".

¹¹⁹ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 648; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 389; PADOVANI T., voce *Favoreggiamento*, in *Enc giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 2.

dovrebbero condizionare l'interpretazione delle singole norme e, di conseguenza il loro rapporto con la causa di non punibilità della ritrattazione.

Il profilo del bene giuridico è stato prima analizzato con riferimento soprattutto al soggetto che riceve la falsa dichiarazione, profilo strettamente connesso, per ovvie ragioni alla fase processuale in cui intervengono le dichiarazioni. L'analisi di seguito proposta adotta, quale criterio, il rapporto delle singole fattispecie con la causa di non punibilità della ritrattazione.

3.1. *False informazioni al pubblico ministero*

L'introduzione dell'art 371 *bis*¹²⁰ (*False informazioni al pubblico ministero*) nel codice penale è stata realizzata, in occasione di un intervento legislativo di natura tipicamente emergenziale, dall'art 11 del d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (*Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*).

Il testo originario¹²¹ della norma prevedeva un unico comma e puniva con la reclusione da uno a cinque anni chiunque rendesse false o reticenti dichiarazioni al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria. Il riferimento alle informazioni rese alla polizia giudiziaria fu eliminato dal testo della norma in sede di conversione del d.l., limitando l'operatività della fattispecie alle sole dichiarazioni rese al pubblico ministero.

Il secondo comma fu introdotto dall'art 25 l. 8 agosto 1995, n. 332 (*Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa*), con cui il legislatore ha ridotto il massimo edittale della

¹²⁰ Si veda in argomento: ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, cit., p. 475; CORVI P., *Informazioni false o reticenti nel corso delle indagini preliminari* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 131; DE PASQUALE E, voce *False informazioni al pubblico ministero*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, agg. 2000, p. 280.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 375; INSOLERA G., *I delitti di false dichiarazioni al pubblico ministero e al difensore. Alla ricerca del bene giuridico tutelato*, cit., p. 1037; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, cit., p. 112; PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 364; ROMANO B., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, V ed., Padova, 2013, p. 114; SEVERINI, *I delitti di false dichiarazioni nel processo penale*, cit. p. 124; D'AMBROSIO V., *Commento all'art. 371 bis c.p.*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., Tomo I (artt. 1-413), VI Ed., Milano, 2014, p. 2308; PIFFER G., *Commento all'art. 371 bis c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da DOLCINI E. – GATTA G. L., Tomo II, IV Ed., Milano, 2015, p. 1185

¹²¹ La norma nella sua versione originaria era così formulata: "(False informazioni al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria). Chiunque nel corso di un procedimento penale, richiesto dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria di fornire informazioni ai fini delle indagini, rende dichiarazioni false ovvero tace, in tutto o in parte, ciò che sa intorno ai fatti sui quali viene sentito, è punito con la reclusione da uno a cinque anni".

pena da cinque a quattro anni e ha introdotto un'ipotesi di sospensione *ex lege* del procedimento¹²².

L'intervento legislativo, emanato in seguito alle stragi di Palermo, fu adottato in risposta a gravissimi attentati posti in essere da pericolose organizzazioni criminali. Tuttavia, la stessa dottrina da qualche tempo auspicava un adeguamento della disciplina riguardante i reati contro l'amministrazione della giustizia, in conformità con nuovo codice di rito emanato nel 1988.

Una parte della dottrina, infatti, accolse con favore l'introduzione di questa fattispecie di reato, poiché con essa veniva a colmarsi la lacuna dovuta all'impossibilità di applicare l'art. 372 alla persona informata sui fatti che, sentita dal pubblico ministero, avesse reso dichiarazioni mendaci. In seguito all'entrata in vigore della nuova disciplina processuale, il soggetto sentito durante le indagini preliminari non era più qualificabile come testimone. Tuttavia, si diceva, l'obbligo di rispondere secondo verità doveva ritenersi sussistente sia in capo alla persona informata sui fatti sentita dal pubblico ministero, sia al testimone sentito dal giudice. Si riteneva, inoltre, che tale vuoto normativo non potesse essere colmato dalla possibilità di applicare a queste ipotesi il reato di favoreggiamento personale¹²³.

La dottrina prevalente, tuttavia, criticò l'introduzione della norma, poiché disattendeva ai principi del modello accusatorio, accolti dal nuovo codice di rito¹²⁴. La norma, così formulata, frustrava il principio della formazione della prova in dibattimento, creando uno sbilanciamento degli equilibri processuali in materia probatoria a tutto vantaggio della fase delle indagini preliminari e a discapito di quella dibattimentale. La presenza dell'art. 371 *bis* "favoriva inoltre la tendenza alla cristallizzazione delle indagini preliminari ad opera del pubblico ministero, risolvendosi in uno strumento di coazione

¹²² Il testo del comma introdotto dispone, con involuta sintassi e un sicuramente eccessivo numero di preposizioni, che: "Ferma l'immediata procedibilità nel caso di rifiuto di informazioni, il procedimento penale, negli altri casi, resta sospeso fino a quando nel procedimento nel corso del quale sono state assunte le informazioni sia stata pronunciata sentenza di primo grado ovvero il procedimento sia stato anteriormente definito con archiviazione o con sentenza di non luogo a procedere".

¹²³ Si citano per tutti ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, cit., p. 475; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 376; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, cit., p. 111, che rileva come "l'inserimento si è reso necessario, perché, a seguito dell'introduzione del nuovo codice di procedura penale, le false dichiarazioni rese al pubblico ministero non potevano più essere considerate testimonianze in senso tecnico. Pertanto, non erano più applicabili loro le disposizioni penali sulla falsa testimonianza. D'altra parte, rimaneva l'esigenza di evitare già alla radice –cioè in sede di indagini preliminari– ogni possibile fonte degli errori giudiziari che potessero essere cagionati dalle informazioni false fornite al p.m. Né è scaturita così la nuova norma, la quale ha appunto lo scopo di colmare tale lacuna".

¹²⁴ Per tutti CORDERO F., *Procedura penale*, nona ed. Milano, 2012, p. 220.

psicologica sul dichiarante da parte del pubblico ministero”¹²⁵. Il che appariva stridente rispetto alla nuova disciplina processuale, stante la scelta operata dal legislatore del 1988 di espungere dal codice di procedura penale gli istituti dell’arresto monitorio e dell’arresto in flagranza del testimone. Scelta che trovava la sua motivazione proprio nella finalità di ridurre al minimo lo spazio potenzialmente utilizzabile da parte del pubblico ministero per l’esercizio di pressioni psicologiche. Non solo: tale scelta rispondeva all’obiettivo di rendere il dibattimento il luogo principe di formazione e valutazione della prova.¹²⁶

Questa novella provocò aspre critiche da parte di chi auspicava una rivisitazione della disciplina processuale, troppo sbilanciata nell’attribuzione di facoltà e strumenti a ciascuna delle parti processuali. Era necessaria una limitazione dei poteri del pubblico ministero, così da rendere effettivo il principio della parità tra le parti del processo. Il che, in altri termini, costituiva il rovesciamento delle finalità che avevano ispirato l’intervento del 1992.

Si rese così necessario, dopo soli tre anni, un intervento legislativo che, in qualche modo “aggiustasse il tiro”: la legge 332/1995 modificò l’art. 371 *bis*, diminuendo il massimo edittale della pena prevista dalla norma e introducendo una causa di sospensione del procedimento “all’evidente fine di attenuare il possibile effetto di coazione psicologica del dichiarante”¹²⁷.

La stessa legge, inoltre, modificò l’art. 381 c.p.p., al fine di sancire espressamente il divieto di procedere all’arresto in flagranza per il reato di false informazioni al pubblico ministero. Ciò al fine di porre rimedio alla discutibile prassi giudiziaria di applicare l’arresto ai casi previsti dall’art. 371 *bis*, in base alla mancanza di un esplicito divieto normativo, quale quello previsto dall’art. 476, comma secondo c.p.p. (norma che stabilisce il divieto di arresto del testimone in udienza).

La legge 306/1992 modificò anche l’art. 376, inserendo fra le fattispecie ritrattabili il reato di false informazioni al pubblico ministero. Tale scelta legislativa appare sicuramente ineccepibile in termini di ragionevolezza, stante la forte similitudine della fattispecie introdotta con quella prevista all’art. 372. Tuttavia, come è stato giustamente notato da attenta dottrina, “gli effetti sostanziali della ritrattazione previsti in favore del dichiarante ascoltato in corso di indagini, pur se di potenziale indubbia utilità nel favorire l’accertamento di una verità inizialmente negata, possono dar luogo al rinnovarsi di

¹²⁵ PIFFER G., *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit., p. 366.

¹²⁶ PIFFER G., *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit., p. 367.

¹²⁷ PIFFER G., *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit., p. 368.

perplessità in ordine a un istituto che, garantendo l'impunità a colui che modifichi la propria versione dei fatti in momenti successivi del procedimento, offre il destro a strumentalizzazioni della conoscenza poco compatibili con l'importanza degli obblighi imposti a coloro che sono chiamati a collaborare con la giustizia.”¹²⁸.

È stata, inoltre, discutibile la scelta di non differenziare il termine di efficacia della ritrattazione rispetto a quello previsto dagli artt. 372 e 373. L'individuazione del termine ultimo nel momento della chiusura del dibattimento è, infatti, consono rispetto ai reati (come la falsa testimonianza e la falsa perizia o interpretazione) eventualmente commessi nel corso di quella stessa fase processuale. Non è invece conforme alla *ratio* della ritrattazione prevedere lo stesso termine per il reato di false informazioni al pubblico ministero, poiché in quel momento la lesione della genuinità del patrimonio investigativo non sembra più rimediabile. Meglio sarebbe stato prevedere un termine diverso, anticipandolo al momento della chiusura delle indagini preliminari, cioè al momento conclusivo della fase procedimentale in cui le dichiarazioni sono state raccolte e utilizzate. Il che avrebbe anche permesso di porre l'accento riguardo all'auspicata autonomia delle due fasi (anche se, di fatto, frustrata da numerosi interventi legislativi), garantendo una tutela penale a entrambe i momenti processuali, ma senza confondere il momento delle indagini da quello della formazione della prova.¹²⁹

L'estensione della ritrattazione all'art. 371 *bis* ha inoltre sortito l'effetto di alimentare ulteriormente i dubbi riguardo al suo ambito di operatività. In particolare, nonostante la norma abbia esteso la disciplina dell'art. 376 unicamente alle false dichiarazioni rese al pubblico ministero, proprio questo fatto ha fomentato le perplessità riguardo alla ritrattabilità anche delle informazioni rese alla polizia giudiziaria. Dubbi di questo genere erano già emersi in dottrina con riferimento alle ipotesi del c.d. favoreggiamento-mendacio, tuttavia l'argomento letterale sembrava non lasciare spazio a interpretazioni. Se, infatti, il legislatore avesse voluto prevedere la non punibilità in conseguenza della resipiscenza rispetto a condotte di falsità processuali non espressamente indicate all'art. 376, l'avrebbe fatto specificandolo all'interno della singola norma

¹²⁸ DE PASQUALE E., voce *False informazioni al pubblico ministero*, cit., p. 280.

¹²⁹ Così DE PASQUALE E., voce *False informazioni al pubblico ministero*, cit., p. 280 e PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 368, che, sotto altro profilo rileva anche come “La tecnica modificativa adottata non abbia tenuto conto del peculiare profilo rappresentato dall'utilità di una anticipata ritrattazione delle dichiarazioni rese in corso di indagini alla luce della possibilità di ricorso ai riti alternativi in fase anteriore al dibattimento e del conseguente uso diretto i fini della definizione del processo degli atti contenuti nel fascicolo del P.M.”. Situazione che, come si è detto *supra*, ha portato al ricorso all'interpretazione analogica al fine di ritenere applicabile anche ai riti premiali la fattispecie della ritrattazione.

incriminatrice. Prova di ciò è la circostanza che, laddove il legislatore abbia scelto di farlo, lo ha fatto proprio in questo modo, si pensi a titolo esemplificativo, all'art. 371 c.p.¹³⁰.

Nonostante il tenore delle norme fosse chiaro e univoco, la stessa giurisprudenza aveva più volte rilevato l'identità di *ratio* e struttura fra l'art. 372 e l'art. 378, tutte le volte che fosse commesso tramite false dichiarazioni alla polizia giudiziaria. Sulla scorta di queste argomentazioni, molti tribunali avevano sollevato questione d'illegittimità costituzionale.

È anche vero, tuttavia, che l'entrata in vigore del nuovo codice di rito, che ha portato un mutamento strutturale quale il passaggio al modello accusatorio, e le conseguenti riforme intervenute in materia di reati contro l'amministrazione della giustizia, tese a fornire tutela penale alla fase delle indagini preliminari, hanno certamente spostato i termini della questione, modificando il quadro di riferimento¹³¹.

3.2. *False informazioni al difensore*

Con legge 7 dicembre 2000, n. 397 (*Disposizioni in materia di indagini difensive*) sono state apportate due modifiche alla disciplina dei reati contro l'attività giudiziaria. L'art. 20 della l. 397/2000 ha introdotto l'art. 371 *ter* c.p., che prevede la nuova fattispecie di reato di false dichiarazioni al difensore¹³². Nella descrizione del fatto di reato la norma si riferisce esplicitamente ai primi tre commi dell'art. 391 *bis* c.p.p. (*Colloquio, ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni da parte del difensore*)¹³³. L'art. 19 della stessa legge ha poi modificato l'art. 371 *bis* c.p., introducendovi l'attuale terzo comma.¹³⁴

¹³⁰ L'art 371 c.p., che punisce il falso giuramento della parte nel processo civile, prevede, infatti, al comma secondo, che “Nel caso di giuramento deferito d'ufficio, il colpevole non è punibile, se ritratta il falso prima che sulla domanda giudiziale sia pronunciata sentenza definitiva, anche se non revocabile”.

¹³¹ Così AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006, p. 106

¹³² Il primo comma stabilisce che “Nelle ipotesi previste dall'articolo 391 *bis*, commi 1 e 2, del codice di procedura penale, chiunque, non essendosi avvalso della facoltà di cui alla lettera *d*) del comma 3 del medesimo articolo, rende dichiarazioni false è punito con la reclusione fino a quattro anni”. Il secondo comma contiene una norma di carattere processuale: “Il procedimento penale resta sospeso fino a quando nel procedimento nel corso del quale sono state assunte le dichiarazioni sia stata pronunciata sentenza di primo grado ovvero il procedimento sia stato anteriormente definito con archiviazione o con sentenza di non luogo a procedere”.

¹³³ Questo il contenuto delle disposizioni: “1. Salve le incompatibilità previste dall'articolo 197, comma 1, lettere *c*) e *d*), per acquisire notizie il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici possono conferire con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa. In questo caso, l'acquisizione delle notizie avviene attraverso un colloquio non documentato.- 2. Il difensore o il sostituto possono inoltre chiedere alle persone di cui al comma 1 una dichiarazione scritta ovvero di rendere informazioni da documentare secondo le modalità previste dall'art 391 *ter*.-3. In ogni caso, il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici avvertono le persone indicate nel comma 1: *a*) della propria qualità e dello scopo del colloquio; *b*) se intendono semplicemente

L'introduzione di questa fattispecie di reato è stata parte di un più ampio intervento legislativo che aveva a oggetto la disciplina delle indagini difensive, inserita nel nuovo titolo introdotto nel Libro V del codice di procedura penale (il Titolo VI *bis*, “*Indagini difensive*”). Lo scopo di questo intervento è da rinvenirsi nella volontà da parte del legislatore di dare piena attuazione al diritto di difendersi provando (specificazione del diritto alla prova), eliminando gli elementi di squilibrio che frustravano il principio di parità delle parti nella fase delle indagini preliminari, che in realtà non sono stati eliminati. I poteri attribuiti al pubblico ministero in questa fase, ne tracciavano una posizione privilegiata rispetto a quella del difensore. Nel tentativo di riequilibrare l'assetto dei poteri delle parti, si punta alla realizzazione di una simmetria fra i ruoli del pubblico ministero e del difensore, attribuendo a quest'ultimo poteri e facoltà simili a quelli previsti per il pubblico ministero.¹³⁵

Per questi motivi il legislatore ha inteso fornire tutela penale anche all'attività difensiva, introducendo nell'ordinamento una fattispecie analoga a quella prevista dall'art. 371 *bis*. Conseguenza logica dell'introduzione della nuova fattispecie di reato - e in un certo senso, dovuta in seguito alla sentenza della Corte 101/1999 - è stata l'introduzione dell'art. 371 *ter* nel novero dei reati presupposto dell'art. 376. Diversamente, il difensore sarebbe stato l'unico soggetto a essere sfornito di tutela penale quanto allo svolgimento dell'attività di raccolta di informazioni all'interno del processo¹³⁶.

Parte della dottrina, tuttavia, ha mostrato non poche perplessità quanto ai possibili risvolti applicativi di questa disciplina¹³⁷. Le critiche si appuntano soprattutto sulla pretesa

conferire ovvero ricevere dichiarazioni o assumere informazioni indicando, in tal caso, le modalità e la forma di documentazione; *c*) dell'obbligo di dichiarare se sono sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato; *d*) della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione; *e*) del divieto di rivelare le domande eventualmente formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date; *f*) delle responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione”.

¹³⁴ Che prevede che “Le disposizioni di cui ai commi primo e secondo si applicano, nell'ipotesi prevista dall'articolo 391 *bis*, comma 10, del codice di procedura penale, anche quando le informazioni ai fini delle indagini sono richieste dal difensore”. Il comma 10 della norma richiamata dispone che : “Quando la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa abbia esercitato la facoltà di cui alla lettera *d*) del comma 3 , il pubblico ministero, su richiesta del difensore, ne dispone l'audizione che fissa entro sette giorni dalla richiesta medesima. Tale disposizione non si applica nei confronti delle persone sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento e nei confronti delle persone sottoposte ad indagini o imputate in un diverso procedimento nelle ipotesi previste dall'art 210. L'audizione si svolge alla presenza del difensore che per primo formula le domande. Anche con riferimento alle informazioni richieste dal difensore si applicano le disposizioni dell'articolo 362”.

¹³⁵ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 397.

¹³⁶ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 110.

¹³⁷ Si citano a tal proposito: GIUNTA F., *Le innovazioni ai delitti contro l'amministrazione della ingiustizia introdotte dalla legge sulle indagini difensive*, cit., p. 136; INSOLERA G., *I delitti di false dichiarazioni al pubblico ministero e al difensore. Alla ricerca del bene giuridico tutelato*, cit. p. 1037; PISA

incongruenza del termine che, individuato nella chiusura del dibattimento in modo indiscriminato per tutti i reati presupposto, se applicato agli artt. 371 *bis* e *ter* non sembra essere adeguato¹³⁸. Il che potrebbe portare a effetti distorsivi, tanto che è stata avanzata la proposta di “un modello differenziato di ritrattazione: se tempestiva (resa nella stessa fase) rilevante quale causa di non punibilità; se tardiva, ancorché in grado di influire sul giudizio finale, sulla sentenza, con esclusiva funzione di circostanza attenuante”¹³⁹.

I rischi connessi all'attuale disciplina non sembrano di poco conto. Si pensi a un soggetto che renda false dichiarazioni favorevoli all'indagato; la linea difensiva, basata magari unicamente su queste informazioni, potrebbe crollare se, in dibattimento, il teste ritrattasse.¹⁴⁰

3.3. *Falsa testimonianza e falsa perizia o interpretazione.*

Tali reati consistono in una falsa dichiarazione resa al giudice, il soggetto processuale collocato in posizione di terzietà rispetto alle parti. Fatta eccezione per il reato di falsa interpretazione – poiché l'intervento dell'interprete, laddove necessario, è ovviamente funzionale in tutte le fasi del procedimento, anche quelle prodromiche e successive – la sede naturale di questi reati è il dibattimento¹⁴¹.

Le fattispecie in esame costituiscono le “tradizionali forme d'incriminazione della falsità nel processo”¹⁴². L'esigenza di tutela della “verità” - in termini di genuinità degli elementi sottoposti al vaglio del giudice – assume con riferimento queste fattispecie - il massimo grado di rilevanza, il che parrebbe confermato anche dal rigore sanzionatorio¹⁴³.

P., *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Modifiche al codice penale*, cit., p. 292; D'AMBROSIO V., *Commento all'art. 371 ter c.p.*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., Tomo I (artt. 1-413), VI Ed., Milano, 2014, p. 2314; PIFFER G., *Commento all'art. 371 ter c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da DOLCINI E. – GATTA G. L., Tomo II, IV Ed., Milano, 2015, p. 1190.

¹³⁸ Cfr. *supra*, par. 2.5.

¹³⁹ PISA P., *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Modifiche al codice penale*, cit., p. 292

¹⁴⁰ PISA P., *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Modifiche al codice penale*, cit., p. 294

¹⁴¹ SEVERINI P., *I delitti di false dichiarazioni nel processo penale*, cit., p. 5

¹⁴² SEVERINI P., *I delitti di false dichiarazioni nel processo penale*, cit., p. 5

¹⁴³ La pena prevista per il reato di falsa testimonianza era originariamente la reclusione da sei mesi a tre anni, l'art. 11 comma 2 del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in l. 7 agosto 1992, n. 56 ha innalzato la pena edittale prevedendo la reclusione da due a sei anni. Una simile scelta è stata criticata in letteratura poiché “la scelta sanzionatoria del legislatore del '92 incontra obiezioni sia se si tiene conto della (impropria) progressiva trasformazione dell'indagine preliminare quale luogo in cui si “forma” la prova, sia soprattutto se si pone mente alla mancata graduazione della pena della falsa testimonianza in relazione al reato presupposto”, FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto Penale. Parte speciale*, cit. p. 370. Un'altra opinione negativa sull'argomento è stata espressa da ZANOTTI M., *La disposizione di cui all'art. 11 del d. l. n. 306*

Ciò poiché dichiarazioni false o reticenti rese al giudice possono “ostacolare, infatti, in maniera grave, l’obiettivo cui deve tendere il processo penale, che è quello di accertare la verità reale degli accadimenti, che ne costituiscono il substrato oggettivo”¹⁴⁴.

Quanto detto trova conferma nel diffuso orientamento¹⁴⁵ – condiviso anche dalla giurisprudenza – che ricostruisce queste fattispecie in termini di reati di pericolo, con ciò ritenendo che – ai fini della sussistenza del reato – non sia necessario che il mendacio abbia necessariamente fuorviato il giudice, influenzando sul contenuto della decisione, che costituisce, secondo questa impostazione, il riferimento su cui fondare il giudizio di lesività¹⁴⁶. A ben vedere, tuttavia, considerando la testimonianza nella sua – corretta – qualifica di mezzo di prova, la fattispecie di cui all’art. 372 dovrebbe considerarsi reato di danno. Il mendacio ha, infatti, già interferito sulla genuinità del mezzo di prova. L’attività giudiziaria subisce sempre un danno in seguito dalla condotta di falsa testimonianza: “anche nel caso in cui il giudice non sia stato tratto in inganno dalla falsità e questa non abbia avuto incidenza sulla sua decisione, il solo fatto dell’espletamento della prova falsa –

del 1992 convertito nella l. n. 356/92 relativa alle modifiche all’impianto codicistico della tutela penale dell’amministrazione della giustizia, in AA. VV., *Mafia e criminalità organizzata*, II, Torino, 1995, p.869: “la risposta penale per le falsità processuali si allinea a quella contemplata per il delitto di calunnia, il che può lasciare perplessi circa l’effettiva rispondenza della modifica a ponderate prospettive di politica criminale, dal momento che non è agevolmente spiegabile, infatti, per quale motivo si raggiunga la soglia sanzionatoria della fattispecie di cui all’art 368 c.p. (che, di per sé, trova giustificazione nella sua connotazione plurioffensiva)”.

¹⁴⁴ SEVERINI P., *I delitti di false dichiarazioni nel processo penale*, cit., p. 6, così anche MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1982, p. 900, secondo il quale: “Oggetto specifico della tutela penale è l’interesse concernente il normale funzionamento dell’attività giudiziaria, in quanto conviene assicurare a questa attività la sincerità e la completezza delle prestazioni inerenti al contenuto dei doveri di testimonianza, di perizia, di consulenza tecnica del giudice civile, e di interpretazione”. Quanto all’individuazione dello scopo del processo penale nella ricerca della verità, si segnala che non vi è unanimità della dottrina processualpenalistica.

¹⁴⁵ SEVERINI P., *I delitti di false dichiarazioni nel processo penale*, cit., p. 7; FIANDACA G. - MUSCO E., *Manuale di diritto penale. Parte speciale.*, cit., p. 364: “ai fini della configurabilità del reato non è necessario che il fatto determini una sentenza erronea, ma è sufficiente la possibilità che ciò si verifichi: la falsa testimonianza ha dunque la struttura di un reato di pericolo”; SANTORO A., *Testimonianza, perizia, interpretazione (Falsità in)*, in *Noviss. Dig. XIX*, 1973, Padova, p. 297; MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 5 ed., Milano, 2015, p. 537. In giurisprudenza si vedano, per tutte: Cass. pen., 25 maggio 1989, in *Riv. Pen.* 1990, p. 1067: “Ai fini della sussistenza o meno del delitto di falsa testimonianza, non rileva l’uso che il giudice del processo principale abbia fatto della deposizione o l’esito della sua utilizzazione nell’insieme delle prove di cui disponeva, essendo sufficiente che la dichiarazione fosse pertinente al giudizio e potesse, sia pure astrattamente, influire sulla decisione”. Nello stesso senso Cass. pen., sez. II, 30 gennaio 1995, in *Giur pen.*, II, p. 278: “Il reato di falsa testimonianza, in quanto reato di pericolo, non è escluso dall’esistenza di nullità processuali, salvo il caso limite in cui le stesse facciano venire meno i presupposti del reato, come ad esempio la qualità di testimone o il rapporto con l’autorità giudiziaria”.

¹⁴⁶ PIFFER G., *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit., p. 419.

e a maggior ragione la necessità di dimostrare la falsità della stessa – comporta sempre, quanto meno, un inutile dispendio di attività processuale”¹⁴⁷.

Non sembra vi siano particolari problemi circa la loro natura di reati propri: l’agente deve evidentemente possedere la qualifica soggettiva di testimone, perito o interprete, così come individuata dalle norme processuali¹⁴⁸.

Il soggetto attivo della falsa testimonianza deve essere individuato sulla base di due elementi: la qualifica soggettiva di testimone e la qualifica di Autorità giudiziaria del soggetto che raccoglie le dichiarazioni. Non vi sono, quindi, particolari incertezze nell’affermare che il reato “non si configura se il mendacio, quantunque comunicato dinanzi a un organo giudiziario, si manifesti al di fuori di un esame testimoniale in senso tecnico-processuale¹⁴⁹”. Si pone, tuttavia, il problema se i delitti di falsa testimonianza, falsa perizia o interpretazione possano configurarsi nel caso in cui le dichiarazioni mendaci siano rese nel corso dell’udienza preliminare o dell’incidente probatorio.

Quanto alla qualifica di testimone, essa è individuata, per quanto attiene al processo penale, dagli artt. 194 e ss. c.p.p. Il soggetto assume tale qualifica sia che la deposizione venga assunta nell’udienza dibattimentale o di incidente probatorio, sia che venga assunta in sede di udienza preliminare¹⁵⁰. A fondamento di questa tesi, senza dubbio condivisibile, pare incontrovertibile il dato normativo espresso dalla disposizione di cui all’art. 422 c.p.p.

¹⁴⁷ PIFFER G., *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit., p. 419, nello stesso senso anche LA CUTE G., voce *Falsa testimonianza*, in *Enc. Giur.*, vol XIII, Roma, 1989, p. 6: “La falsa testimonianza è un reato di danno poiché la verità cercata nel giudizio resta alterata [...] ed occorre che il giudice sia stato effettivamente ingannato [...]. Il danno consiste, quindi, nella sottoposizione all’esame del giudicante di una prova consapevolmente falsa, nell’alterazione della fonte di prova”. DI GIOVINE O., voce *Testimonianza (Falsità di)*, cit., p. 302: “il carattere astratto dell’interesse tutelato non lascia adito a dubbi in merito alla natura della fattispecie come fattispecie di danno: il mendacio e la reticenza non possono infatti che infirmare l’attendibilità del mezzo di prova e - specularmente - in tanto hanno rilevanza, in quanto infirmo l’attendibilità della testimonianza”.

¹⁴⁸ SEVERINI *I delitti di false dichiarazioni nel processo penale*, cit., p. 12, FIANDACA G. - MUSCO E., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 365; PAGLIARO P., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 115; PIFFER G., *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit., p. 421. Quanto al processo penale si richiamano gli artt. 194 – 207 e 497 – 500 c.p.p. per il testimone, 220 – 233 e 501 c.p.p. per il perito e 143 – 147 c.p.p. per l’interprete. Una definizione generale di testimone è stata fornita anche dalla giurisprudenza: “testimone, ai fini dell’art 372 c.p., è quel soggetto terzo rispetto alle parti del giudizio che, ammesso a rendere dichiarazioni di scienza su quanto a sua conoscenza in ordine a fatti rilevanti ai fini del decidere, viene chiamato a deporre davanti al giudice e in ambito processuale, nel contraddittorio delle parti, avvertito delle responsabilità penali cui va incontro per le dichiarazioni non corrispondenti a quanto a sua conoscenza, e depone rispondendo alle domande a lui rivolte sui fatti intorno ai quali è chiamato a fare dichiarazioni di scienza”. Cass. pen., 2 marzo 2000, n. 6118, in *Cass. pen.*, 2003, p. 136.

¹⁴⁹ RUGGERO G., voce *Falsa testimonianza*, cit., p. 527, ripreso da FIANDACA MUSCO, *Diritto Penale, Parte Speciale*, cit., p. 384.

¹⁵⁰ PIFFER G., *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit., p. 423. Così anche ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 479; PAGLIARO P., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 115. Di opinione contraria DI GIOVINE O., voce *Testimonianza (Falsità di)*, cit., p. 302, PPREZIOSI S., *Falsa testimonianza e false informazioni al pubblico ministero*, in *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, a cura di COPPI F., Torino, 1996, p. 232.

Tale norma, nell'individuare in capo al giudice per l'udienza preliminare un potere officioso d'integrazione probatoria, dispone che: "Il giudice, se non è possibile procedere immediatamente all'assunzione delle prove, fissa la data della nuova udienza e dispone la citazione dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici e delle persone indicate nell'articolo 210 di cui siano stati ammessi l'audizione o l'interrogatorio."

Qualifica diversa da quella del testimone è quella di persona informata sui fatti, che è assunta dal soggetto che viene sentito dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria. Anche in capo a questo soggetto grava l'obbligo di verità¹⁵¹, ciò che differenzia questa posizione da quella del testimone è il soggetto destinatario delle dichiarazioni; tale differenza si riflette anche sulla definizione degli atti compiuti dai diversi soggetti: testimonianza - per il testimone - e sommarie informazioni - per la persona informata sui fatti -. Questa distinzione è connessa alle diverse funzioni - svolte dal giudice e dal pubblico ministero nella fase predibattimentale - e alla diversa disciplina dei rispettivi atti¹⁵².

Si può, dunque, concludere che la persona informata sui fatti non riveste la qualifica di testimone, il che è confermato dall'autonoma incriminazione della falsa dichiarazione resa dal pubblico ministero, punita dall'art. 371 *bis*.

Quanto al perito e all'interprete l'individuazione del soggetto attivo del reato è anche in questo caso basata su due elementi: il possesso della qualifica soggettiva di perito o interprete e la nomina da parte dell'Autorità giudiziaria¹⁵³. Anche in questo caso – al pari di quanto detto per la falsa testimonianza – trattasi di elemento normativo della fattispecie, il suo contenuto andrà individuato sulla base delle norme processuali¹⁵⁴.

Un problema particolare si pone per il consulente tecnico nominato dal pubblico ministero o dalla parte privata, ai sensi degli artt. 359 e 225 c.p.p. A ben vedere, si può agevolmente affermare che questi soggetti siano privi della qualifica di perito, poiché la loro nomina non proviene dall'Autorità giudiziaria¹⁵⁵. Tale affermazione non è peraltro

¹⁵¹ L'art. 362 c.p.p., infatti, nel disciplinare l'attività di assunzione d'informazioni svolta dal pubblico ministero durante le indagini, richiama l'art. 198 c.p.p., che dispone, oltre ad altri obblighi, l'obbligo in capo al testimone di "rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte. Quanto all'attività di assunzione d'informazioni da parte della polizia giudiziaria, l'art. 351 richiama quanto disposto dall'art. 362.

¹⁵² PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 423.

¹⁵³ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 472.

¹⁵⁴ Ai sensi dell'art. 220 c.p.p. "La perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche". L'art. 221 c.p.p. disciplina le modalità della nomina del perito, che deve essere fatta dal giudice.

¹⁵⁵ FIANDACA G. - MUSCO E., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., 375; ROMANO B., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 81; GRIECO A., *Falsa perizia e interpretazione*, in *I*

smentita dalla modifica normativa introdotta dall'art. 11 d.l. 8 giugno 1992, n. 306, che ha aggiunto il riferimento al consulente tecnico nella formulazione dell'art. 377 c.p. e dell'art. 384 c.p.p., comma 2, norme che contengono un richiamo all'art. 373 c.p. Il citato decreto, infatti, non ha apportato alcuna modifica all'art. 373, il che preclude ogni interpretazione di tendenza estensiva: il perito rimane soggetto diverso dal consulente di parte.¹⁵⁶

Quanto, infine, alla nozione d'interprete, questi è il “soggetto incaricato di rendere possibile, mediante la traduzione in lingua italiana o straniera, la comprensione di uno scritto ovvero la dichiarazione di chi non conosce a lingua italiana o straniera”¹⁵⁷.

3.4. *Favoreggiamento mediante mendacio alla polizia giudiziaria.*

La sussumibilità delle condotte di falsa o reticente dichiarazione alla polizia giudiziaria nella fattispecie di cui all'art. 378 c.p. ha suscitato un lungo dibattito sia in dottrina sia in giurisprudenza. La questione, poi, è stata anche alimentata dal dibattito relativo all'estensione della ritrattazione all'art. 378 c.p., che con questa si interseca, in una complessa compenetrazione.

La rilevanza penale delle false o reticenti dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria va considerata sotto due aspetti: se tale penale rilevanza sussista o meno e – in caso di risposta affermativa – se questa riguardi anche la reticenza o il rifiuto di rispondere, assumendo la forma della condotta omissiva.¹⁵⁸

Quanto al primo aspetto, stante la genericità della formulazione letterale dell'art. 378 c.p., si tratta di stabilire se la condotta di mendacio possa rientrare nella nozione di aiuto richiamata dalla norma, ponendosi con quest'ultima, evidentemente, in un rapporto di genere a specie. L'orientamento favorevole a questa interpretazione fu aspramente

delitti contro l'amministrazione della giustizia, a cura di COPPI F., Torino, 1996, p. 310; PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 472

¹⁵⁶ Così PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 473. Della stessa opinione anche la giurisprudenza, che afferma: “il reato di falsa perizia non è ipotizzabile con riferimento all'attività di consulenti di cui possono avvalersi sia il difensore sia il pubblico ministero: ciò si desume non solo dal principio di stretta legalità sancito dall'art. 1 c.p., che inibisce il ricorso all'interpretazione analogica, ma indirettamente anche dal fatto che in occasione delle modificazioni apportate dall'art. 11 comma 6 del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in l. 7 agosto 1992, n. 56, in tema di subornazione, è stato incluso tra le persone verso le quali si dirige l'opera del subornatore proprio il consulente tecnico, il che contribuisce a far ritenere che l'omessa indicazione del consulente tecnico nella norma dell'art. 373 c.p. sia intenzionale”. Così Cass. pen., sez VI, 26 marzo, 1999, n. 1096, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3425, con nota di RANZATTO F., *Sulla configurabilità del delitto di falsa perizia rispetto al consulente tecnico*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3427.

¹⁵⁷ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 474, si veda anche GRIECO A., *Falsa perizia e interpretazione*, cit. p. 310; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 117, GALLO E., *Il falso processuale*, cit., p. 316.

¹⁵⁸ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 141.

criticato. Durante la vigenza del precedente codice di rito, tutti i mendaci resi ai soggetti del processo penale (quali il giudice, anche istruttore, e il pubblico ministero) trovavano collocazione nella fattispecie della falsa testimonianza¹⁵⁹. Il mendacio alla polizia giudiziaria non poteva rientrare nella fattispecie di cui all'art. 372 c.p., poiché l'attività di quest'ultima non era sorretta, come invece lo erano quella del giudice e del pubblico ministero, dallo scopo di ricerca della verità; di qui l'attrazione di queste condotte nell'alveo dell'art. 378 c.p. Tutto ciò in quanto “in quel sistema processuale il falso giudiziale appariva teso a tutelare la correttezza della formazione della prova, prodromica all'accertamento della verità [...]; l'attività non destinata a produrre frutti probatori (l'attività di indagine della polizia giudiziaria) era coerentemente esclusa dall'ambito applicativo dell'art 372 c.p.”¹⁶⁰.

Una tale interpretazione era motivata dalla presenza del c.d. vuoto di tutela riguardo al mendacio reso alla polizia giudiziaria, poiché tale condotta era priva di un'espressa norma penale che la riguardasse. È stato obiettato, tuttavia, che una simile interpretazione non faceva altro che mascherare l'interpretazione analogica dell'art. 372, camuffandola da interpretazione estensiva dell'art. 378¹⁶¹.

La giurisprudenza è stata – durante la vigenza dell'attuale codice di rito ma anche di quello precedente - costante nel ritenere configurabile la fattispecie di favoreggiamento personale mediante mendacio all'autorità giudiziaria o mediante reticenza.¹⁶² Tale orientamento è stato – seppur indirettamente - confermato anche dall'intervento legislativo che ha posto il divieto del c.d. arresto monitorio “della persona richiesta di fornire informazioni alla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero per reati concernenti il

¹⁵⁹ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 142, che, riprendendo l'analisi di PREZIOSI, *Falsa testimonianza e false informazioni al pubblico ministero*, cit., p. 266-267, precisa: “Gli artt. 225, 232, 384, 391 e 448 c.p.p. evidenziavano una coincidenza di ruoli tra giudice dell'istruzione formale, pubblico ministero nell'istruzione sommaria e giudice del dibattimento, tutti chiamati a “compiere prontamente tutti e soltanto quegli atti che in base agli elementi raccolti e allo svolgimento dell'istruzione apparivano necessari per l'accertamento della “verità” (secondo la formula utilizzata dall'art. 299 c.p.p., ma valida – nella sua sostanza – per l'intero procedimento penale)”.

¹⁶⁰ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 143.

¹⁶¹ PULITANO' D., *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, cit., p. 17.

¹⁶² Quanto alla posizione della giurisprudenza prima della riforma processuale si citano: Cass. pen., sez. V, 21 febbraio 1984, in *Cass. pen.* 1985, p. 1825; Cass. pen., sez. I, 11 luglio 1985, in *Cass. pen.* 1987, p. 309; Cass. pen., sez. I, 07 luglio 1986, in *Cass. pen.* 1988, p. 281, secondo cui “Sussiste il delitto di falsa testimonianza allorché le dichiarazioni false o reticenti siano rese da un testimone all'autorità giudiziaria nel corso di un procedimento giurisdizionale, mentre sussiste quello di favoreggiamento quando un soggetto renda dichiarazioni compiacenti o favoreggiatrici nel corso di interrogatori resi alla polizia giudiziaria - quando le false dichiarazioni siano rese alla polizia e all'autorità giudiziaria concorrono entrambi i reati.”

contenuto delle dichiarazioni o il rifiuto dei fornirle”¹⁶³. Altra conferma veniva tratta dall’introduzione dell’art. 371 bis, poiché, come si è detto, in sede di conversione del decreto legge, veniva espunto dalla norma il riferimento alle false dichiarazioni alla polizia giudiziaria.¹⁶⁴

Quanto alla configurazione del reato di favoreggiamento nella forma omissiva, la giurisprudenza, seppur criticata dalla dottrina¹⁶⁵, è stata costante nell’ammetterne la configurabilità, anche in seguito all’entrata in vigore del nuovo codice di rito¹⁶⁶.

4. *La condotta di false dichiarazioni e il concetto di verità: vero oggettivo o vero soggettivo?*

Le norme incriminatrici ora esaminate hanno in comune il riferimento al concetto di falso. Ma un comportamento che non violi il divieto posto da queste norme in che modo può dirsi conforme a verità? In altri termini, ci si domanda quale concetto di vero deve fungere da parametro per valutare la natura mendace di una dichiarazione. Un tale discorso concerne l’elemento oggettivo dei reati ma anche l’aspetto relativo al dolo in quanto nei reati di false dichiarazione i due aspetti presentano notevoli profili di compenetrazione.

Per quanto concerne la condotta commissiva di negazione del vero o affermazione del falso, “la condotta del soggetto si sostanzia in una dichiarazione di scienza concernente

¹⁶³ L’art 26 l. 8 agosto 1995, n. 332, ha così modificato il testo dell’art. 381 bis, comma 4, c.p.p., come si è detto, il riferimento a tali condotte nei confronti della polizia giudiziaria non può che riguardare l’art 378 c.p.

¹⁶⁴ In senso critico RANZATTO F., *Estesa la ritrattazione al favoreggiamento-mendacio. Il commento*, cit., p. 984.

¹⁶⁵ Sul punto ampiamente PULITANO’ D., *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, cit., p. 158 -167.

¹⁶⁶ Cass. pen., sez. VI, 19 aprile 1990, in *Cass. pen.* 1992, p. 947: “L’oggettività giuridica del favoreggiamento personale tutela le investigazioni dell’autorità e le ricerche della polizia giudiziaria anche fuori del processo penale, di tal che lo scopo della incriminazione della condotta tipica è quella di sanzionare l’intralcio comunque arrecato alle indagini della polizia o alle ricerche di questa. Ne deriva che integra il reato di favoreggiamento personale anche una condotta meramente omissiva, che si concreta nel silenzio, nella reticenza o nel rifiuto di dare alla polizia giudiziaria notizie utili ad indagare efficacemente sul reato commesso e sul suo autore”; Cass. pen., sez. VI, 08 giugno 1990, in *Cass. pen.* 1992, p. 946; Cass. pen., sez. VI, 06 giugno 1996, n. 8296, in *Cass. pen.* 1997, p. 2819; Cass. pen., sez. VI, 23 settembre 1998, n. 773, in *Cass. pen.* 2000, p. 604 “La previsione dell’art. 378 c.p. comprende ogni atteggiamento, anche negativo, idoneo ad eludere o fuorviare le investigazioni o ad intralciare le ricerche degli organi di polizia. Ne deriva che è configurabile il reato qualora il soggetto, esaminato dalla polizia giudiziaria, neghi la conoscenza di fatti a lui noti. Nè il delitto è escluso dalla eventuale concomitanza di informazioni già in possesso dell’autorità inquirente. La ricerca della verità in ordine all’accertamento dei reati ha infatti bisogno di una pluralità di elementi, il cui apporto non può essere rimesso al giudizio del singolo. Per la configurabilità del delitto di cui all’art. 378 c.p., inoltre, non si richiede che la giustizia venga effettivamente fuorviata, nè che l’intento di eludere le indagini sia stato concretamente realizzato, giacché il reato è ipotizzabile anche quando l’autorità sia a conoscenza della verità dei fatti ed abbia già conseguito la prova della sicura partecipazione al delitto della persona aiutata”.

determinati fatti, mentre le due forme della condotta si distinguono per il modo con il quale è impostata la narrazione o la risposta alla domanda, vale a dire come asserzione in termini positivi di un dato di fatto o come negazione dello stesso”¹⁶⁷.

Il problema si pone con riguardo alla nozione di verità – o, per converso, alla nozione di falsità - cui fare riferimento nel giudizio di corrispondenza al vero di quanto affermato dal soggetto dichiarante. In altri termini se il concetto di verità da assumere a parametro sia quello che si richiama al vero oggettivo o al vero soggettivo, il che significa attribuire rilievo o meno alla personale percezione di quest’ultimo in merito alle proprie dichiarazioni.

La dottrina è unanime nell’accogliere la teoria del vero soggettivo: ai fini della determinazione della falsità si deve avere a riguardo al contrasto fra quanto dichiarato dal soggetto in merito alla propria percezione del fatto e la diversa percezione che di quel fatto ha, invece, avuto o alla totale mancanza di percezione riguardo a quel fatto. Non rileva, dunque, secondo questa teoria il contrasto fra il fatto così come rappresentato dal soggetto e il fatto così com’è realmente accaduto¹⁶⁸. “Si avrà dunque una deposizione falsa non solo nel caso in cui il testimone riferisca di aver percepito (e memorizzato) un fatto in termini contrari all’effettiva percezione (e memorizzazione) del fatto stesso, ma anche nel caso in cui il testimone riferisca come da lui percepito (e memorizzato) un determinato fatto, che in realtà egli non ha assolutamente percepito, a nulla rilevando in questo caso che il fatto sia o non sia realmente accaduto). In applicazione di tali principi potrà naturalmente aversi falsità anche se il testimone riferisce in termini di certezza una percezione del fatto che egli non ha invece percepito con certezza”¹⁶⁹.

Secondo la teoria del vero soggettivo, dunque, l’obbligo di verità posto in capo al dichiarante consiste nell’obbligo di riferire quanto da lui percepito. Una simile impostazione sembra trovare riscontro anche in base alla formulazione letterale dell’art 372, che impone al testimone l’obbligo di riferire “ciò che sa intorno ai fatti su cui è interrogato”, nessun riferimento, quindi, alla verità oggettiva. È stato inoltre notato che, se fosse ammessa la teoria del vero oggettivo, le dichiarazioni soggettivamente false su fatti veri non avrebbero penale rilevanza¹⁷⁰.

¹⁶⁷ PIFFER G., *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit., p. 436.

¹⁶⁸ Così ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 481; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 388; LA CUTE G., voce *Falsa testimonianza* cit., p. 1; PAGLIARO A. *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 122; RUGGERO G., voce *Falsa testimonianza*, cit. p.531; ROMANO B., *Delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit., p. 133.

¹⁶⁹ PIFFER G., *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit., p. 436.

¹⁷⁰ PIFFER G., *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit., p. 437.

Una delle argomentazioni a favore della teoria del vero soggettivo riguarda l'inoffensività della dichiarazione solo soggettivamente falsa. A ciò è stato tuttavia replicato che anche una tale dichiarazione può essere idonea a ledere il bene amministrazione della giustizia¹⁷¹. Attenta ha dottrina ha, infatti, osservato che: “quando si configurano i reati di falso come delitti contro la prova il giudizio sulla falsità della dichiarazione riguarda la prova, intesa come risultato probatorio. Il mendacio della dichiarazione può essere tratto solo da questo risultato, tanto che per ciò che attiene alla “divergenza” rispetto alla realtà oggettiva, quanto per ciò che attiene alle indicazioni non “veritiere” circa le modalità di conoscenza del fatto. La falsa testimonianza implica una valutazione della prova nel suo complesso, perché solo questa conclusiva rappresentazione del fatto può misurare, in tutto o in parte, la genuinità e la sincerità dell'acquisita testimonianza”¹⁷².

Il tratto peculiare della falsa testimonianza – ma questo vale per tutte le fattispecie finora esaminate, la cui condotta si sostanzia in una falsa dichiarazione – è la forte connotazione psicologica dell'elemento materiale del reato, che richiede la consapevolezza di mentire da parte dell'agente.¹⁷³

Anche la giurisprudenza è costante nell'applicare la teoria del vero soggettivo, facendo – peraltro – rientrare il dato della consapevolezza di mentire all'interno della tipicità del fatto. La Corte ha, infatti, affermato che “nel delitto di falsa testimonianza l'elemento materiale consiste non nella difformità fra le dichiarazioni del testimone e la realtà vera e propria, ma nella difformità tra quanto il teste depone e ciò che egli effettivamente conosce sui fatti in ordine ai quali viene interrogato”¹⁷⁴. Non solo: “il reato di falsa testimonianza sussiste anche se i fatti deposti sono obiettivamente veri, quando il

¹⁷¹ ROMANO B, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 133; SIRACUSANO F., *Studio sui reati contro la giurisdizione*, cit., p. 164. L'Autore, analizzando il caso della dichiarazione vera dal punto di vista oggettivo, ma falsa quanto alle modalità di apprendimento della notizia rileva: “non ricorre l'ipotesi del reato putativo poiché chi depone falsamente il vero non erra credendo di non deporre il vero. Al contrario crede di deporre il vero e, per accentuare (o solo per accentuare) l'attendibilità di questa rappresentazione, svela modalità di conoscenza del “fatto”, rivelatesi poi mendaci”.

¹⁷² SIRACUSANO F., *Studio sui reati contro la giurisdizione*, cit., p. 164.

¹⁷³ SIRACUSANO F., *Studio sui reati contro la giurisdizione*, cit., p. 163; PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 437

¹⁷⁴ Cass. pen., sez. VI, 30 maggio 1995, n. 8639, in *Cass. pen.* 1996, p. 2945; nello stesso senso Cass. pen., sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 5745, in *Cass. pen.*, 2004, p. 508. Con riferimento all'art. 371 bis la Corte ha affermato che: “L'elemento materiale del delitto di false dichiarazioni al pubblico ministero consiste nella mera difformità tra quanto la persona dichiara e ciò che invece effettivamente conosce sui fatti in ordine ai quali è interrogata, essendo dunque del tutto irrilevante ai fini della sussistenza del reato che le false dichiarazioni risultino successivamente ininfluenti ai fini dell'accertamento della verità dei fatti.”. Così Cass. pen., sez. VI, 26 gennaio 2010, n. 7358, in *Cass. pen.* 2011, 1, p. 196.

teste li assuma avvenuti in sua presenza, mentre invece egli non li abbia ne visti né sentiti»¹⁷⁵.

Sembra potersi concludere, dunque, che la genuinità della prova, intesa anche nella sua connotazione processuale, è sempre compromessa dal mendacio, anche quando quest'ultimo non ricada sull'accadimento dei fatti ma ricada su altri elementi della narrazione.

5. Il travagliato rapporto fra il reato di favoreggiamento personale e la ritrattazione

Come si è detto, l'art. 376 ha subito numerose modifiche, dovute alla necessità di adattare la fattispecie della ritrattazione al modello accusatorio, introdotto dal nuovo codice di procedura penale.

Nonostante il carattere tassativo dell'elenco dei reati presupposto di cui all'art. 376 c.p., non sono mancate in dottrina e giurisprudenza tendenze volte ad ampliare in via interpretativa il novero dei reati cui applicare la ritrattazione.

Già prima della riforma del codice di rito la dottrina, nel tentativo di affermare la sovrapposibilità delle condotte di cui agli artt. 378 e 372 trovava un ostacolo nella mancata previsione della ritrattabilità del reato di cui all'art. 378, poiché tale norma non era richiamata dall'art. 376 e – avendo tale norma il carattere dell'eccezionalità – quest'ultimo non poteva essere oggetto d'interpretazione analogica¹⁷⁶. Un simile risultato poteva essere raggiunto solo con un intervento della Corte Costituzionale. Tuttavia in letteratura si era rilevato che il problema era mal posto, giacché prendeva le mosse da premesse errate, dando per scontato che la ritrattazione dovesse estendersi al favoreggiamento – mendacio. Una corretta ricostruzione dell'oggettività giuridica del reato di cui all'art. 378 avrebbe, infatti, portato a concludere per la coerenza sistematica della ritrattabilità della sola falsa testimonianza¹⁷⁷. Le asserite incongruenze, dunque, sono da attribuirsi alla “torsione dell'art. 378 c.p., della sua oggettività giuridica e del suo ambito di applicazione”¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Cass. pen., sez., VI, 4 giugno 1975, Tuntar, in *Cass. pen.*, 1976, p. 361.

¹⁷⁶ PIFFER G., *I delitti contro 'amministrazione della giustizia*, cit., p. 558; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 110.

¹⁷⁷ PULITANO' D., *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, cit., p. 182 – 183, il quale nota che “con lo spezzare o il rallentare un inseguimento od un'apprensione di cose pertinenti alle indagini, la condotta favoreggiatrice ha raggiunto, esaurito e stabilizzato il suo obiettivo; la catena causale turbata non è più ripristinabile, le investigazioni e ricerche devono acconciarsi a condizioni deteriorate. Il

5.1. Le prime pronunce della Corte costituzionale in merito all'applicabilità della ritrattazione al favoreggiamento personale realizzato mediante mendacio alla polizia giudiziaria: tendenze restrittive.

La prima pronuncia della Corte sull'argomento fu emessa nel 1982, quando furono sollevate numerose questioni di legittimità costituzionale in merito alla mancata applicabilità dell'art. 376 al reato di favoreggiamento personale commesso mediante false dichiarazioni.

Le questioni di legittimità furono sollevate in occasione di processi a soggetti imputati del reato di favoreggiamento personale per aver reso delle false dichiarazioni alla polizia giudiziaria, anche se successivamente ritratte.

L'invocata illegittimità della disciplina della ritrattazione, nella parte in cui non prevedeva anche l'art. 378, si fondava sulla presunta violazione degli artt. 3 e 24 Cost. Quanto al primo motivo, si lamentava l'irragionevolezza dell'applicabilità della ritrattazione al solo reato di falsa testimonianza e non al delitto di favoreggiamento costituito da una condotta dichiarativa. Quanto all'art. 24, esso si riteneva violato in quanto chi si fosse reso colpevole di false dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria sarebbe stato leso nel suo diritto di difesa, non potendo successivamente dire al giudice la verità, senza con questo autoaccusarsi per la condotta precedente. Ciò ritenendo che il diritto di difesa includa anche la possibilità di avvalersi di tutte le circostanze favorevoli al dichiarante¹⁷⁹.

La Corte respinse entrambe le censure.

In riferimento all'art. 3 Cost., l'argomento principale, addotto dalla Corte nel sostenere l'infondatezza della questione, si fondava sulla diversa oggettività giuridica dei reati previsti agli artt. 376 e 378 c.p. La Consulta, infatti, sottolinea la seguente distinzione: la falsità testimoniale mette in pericolo l'interesse alla giusta definizione del processo penale, che tale non sarebbe se fosse fondata su presupposti non corrispondenti al vero; il reato di favoreggiamento personale, invece, lede l'attività di investigazione delle autorità, comportandone la vanificazione, o quantomeno il rallentamento. In definitiva, la condotta di favoreggiamento personale causa un intralcio alle investigazioni delle autorità, essendo potenzialmente idoneo a frustrarne le finalità di accertamento e repressione dei reati.

mendacio su dati di rilevanza probatoria, invece, ha effetti per definizione reversibili, mediante la "manifestazione del vero" nei limiti cronologici ritenuti congrui dall'art 376 c.p."

¹⁷⁸ BOTTALICO F., *La ritrattazione*, cit., p. 158

¹⁷⁹ Corte Cost., 13 dicembre 1982, n. 228, in *Giur. cost.*, 1982, p. 2266.

La ritrattazione, nota la Corte, persegue l'obiettivo di "dare soddisfazione all'interesse alla giusta definizione del giudizio principale"¹⁸⁰. Con la previsione di questa causa di non punibilità, il legislatore "ha inteso incoraggiare il ravvedimento operoso del falso testimone, prevedendone la non punibilità, ove la ritrattazione del falso e la manifestazione del vero intervengano in tempo utile ad evitare il pericolo di una decisione fondata su presupposti non veritieri, con conseguente possibile pregiudizio del fine primario di cui s'è detto. Pregiudizio che, evidentemente, una testimonianza veridica e completa, se pur tardivamente resa, può valere ad evitare, attesa l'intima connessione funzionale fra il suo oggetto ed i fatti sui quali è in corso un accertamento giudiziale non ancora compiuto"¹⁸¹.

Se considerata in rapporto all'art. 378, la ritrattazione perde la sua intrinseca attitudine riparatoria: non appare idonea ad evitare la lesione al bene giuridico provocata dalla condotta di favoreggiamento personale, anche se costituita da dichiarazioni false o reticenti. "L'aiuto a eludere le investigazioni dell'autorità o a sottrarsi alle ricerche di questa, che costituisce l'elemento materiale del reato in esame, comporta invero per definizione –anche se non sempre la vanificazione o il rallentamento- comunque un intralcio all'opera d'investigazione dell'autorità. Intralcio che, soprattutto nella fase iniziale delle indagini, cui sembra principalmente riferirsi la norma, è suscettibile di comportare la definitiva frustrazione del fine di assicurare la repressione e l'accertamento dei reati, essendo evidente che il pregiudizio arrecato alla pretesa punitiva dello Stato allorché, grazie alle false dichiarazioni rese dal favoreggiatore alla polizia giudiziaria, il reo si sia sottratto all'arresto o alla cattura, non è tale da poter essere in sé eliso da una respiscenza che intervenga, in ipotesi, quando egli è ormai lontano o non più altrettanto agevolmente reperibile"¹⁸².

Conclude la Corte che "la diversa oggettività giuridica dei due reati comporta un diverso atteggiarsi dell'idoneità della ritrattazione ad evitare la definitiva lesione dell'interesse tutelato da ciascuna delle fattispecie, onde non appare irragionevole che la causa esimente sia contemplata solo per il reato di falsa testimonianza (e per quello di cui all'art. 373 c.p.) e non anche per il favoreggiamento personale"¹⁸³.

Quanto alla presunta violazione dell'art. 24 Cost., la corte liquidò la questione con poche parole. La censura d'illegittimità si fondava sull'impossibilità per il colpevole del

¹⁸⁰ Corte Cost. 228/1982, cit.

¹⁸¹ Corte Cost. 228/1982, cit.

¹⁸² Corte Cost. 228/1982, cit.

¹⁸³ Corte Cost. 228/1982, cit.

reato di favoreggiamento di dire il vero al giudice che lo avesse interrogato sugli stessi fatti, senza con questo autoaccusarsi. La Corte, a questo proposito, nota come il diritto di difesa non venga nemmeno in rilievo, stante la qualifica processuale del soggetto sentito, che rende le sue dichiarazioni in qualità di testimone. Inoltre, conclude la Corte, “deve rilevarsi che la situazione prospettata è comune a tutti i casi in cui il teste si trovi di fronte all’alternativa di manifestare il falso e di confessare, dichiarando il vero, un reato: in tale ipotetico contesto, l’assumere che la norma costituzionale, in tanto sarebbe rispettata, in quanto la manifestazione del vero comportasse l’impunità in ordine al reato confessato, è affermazione che avrebbe senso logico, solo se il diritto di difesa potesse legittimamente riguardarsi in un’accezione semantica che lo consideri sinonimo di rinuncia alla pretesa punitiva da parte dello Stato”¹⁸⁴.

Pochissimo tempo dopo fu sollevata un’altra questione di illegittimità costituzionale, sempre fondata sulla presunta violazione dell’art. 3 Cost, riguardo alla presunta irragionevolezza dell’art. 376 c.p. La Corte respinse la questione¹⁸⁵, ritenendo non ci fossero argomenti nuovi rispetto a quelli già valutati con la precedente sentenza 228/1982.

In merito è stato osservato che con queste pronunce “la Corte Costituzionale non solo pareva ignorare totalmente la fisionomia impressa all’art. 378 c.p. dalla prassi, ma soprattutto non considerava gli intrecci tra diritto processuale e sostanziale che la prassi stessa prepotentemente evidenziava e che rappresentavano il vero fulcro della questione”¹⁸⁶.

5.2. *Il naturale ambito di applicazione della ritrattazione: la condotta dichiarativa, interpretazione correttiva*

L’introduzione del nuovo codice di procedura penale e la riforma dei reati contro l’amministrazione della giustizia hanno riportato a galla i dubbi sulla ragionevolezza della disciplina della ritrattazione. Irragionevolezza che, dopo l’introduzione dell’art. 371 *bis*, sembrava essere ancor più evidente¹⁸⁷. In giurisprudenza, tuttavia, si diffuse la prassi di

¹⁸⁴ Corte Cost. 228/1982, cit.

¹⁸⁵ Corte Cost., 28 gennaio 1983, ord. n.50, in *Giur cost.*, 1983, I, p.211.

¹⁸⁶ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 160.

¹⁸⁷ Poiché, come nota AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 160 la nuova fattispecie prevista da reato di false informazioni al pubblico ministero “aveva indirettamente offerto ai sostenitori della palese irragionevolezza dell’esclusione dall’art 376 c.p. delle ipotesi di favoreggiamento-mendacio, in luogo dell’art 372 c.p., un nuovo *tertium comparationis*, che faceva apparire ancor più infondata la scelta legislativa”.

ricondere tutte le condotte di false dichiarazioni alla polizia giudiziaria alla fattispecie del favoreggiamento personale, sia nel caso in cui la polizia giudiziaria stesse procedendo di propria iniziativa all'assunzione di sommarie informazioni, sia nell'ipotesi in cui stesse agendo su delega del pubblico ministero, come previsto dall'art. 370 c.p.p.

Tale prassi era, inoltre, motivata sulla scorta di due ordini di motivazioni. L'una richiamava il tenore letterale dell'art. 371 *bis*, che si riferisce unicamente alle informazioni mendaci rese al pubblico ministero e non anche a quelle rese alla polizia giudiziaria. A conferma di ciò si rilevava come il legislatore, in sede di conversione del d.l. 306/1992 (con cui è stato introdotto il reato di false informazioni al pubblico ministero) avesse inequivocabilmente voluto restringere tale fattispecie alle sole informazioni rese al pubblico ministero, eliminando dalla norma il riferimento alla polizia giudiziaria¹⁸⁸.

D'altra parte veniva in rilievo un altro tipo di considerazione: l'equiparazione, operata dalla disciplina processuale, degli atti compiuti dal pubblico ministero a quelli compiuti dalla polizia giudiziaria su delega di quest'ultimo non doveva avere alcun effetto sugli istituti di diritto sostanziale, essendo le norme penali sostanziali informate al principio di tassatività e quindi al divieto di analogia. Divieto che sarebbe stato violato dall'estensione analogica delle fattispecie sussumibili nell'art. 371 *bis*, anche se si fosse trattato, di fatto, di analogia *in bonam partem*, poiché finalizzata all'estensione interpretativa di una norma favorevole al reo¹⁸⁹.

Parte della dottrina eccepiva a questo argomentare che, per sussumere le condotte di mendacio alla polizia giudiziaria non fosse necessario ricorrere all'interpretazione analogica. Si trattava, infatti, secondo la dottrina d'interpretazione estensiva: l'art. 371 *bis*, infatti, si riferisce alle dichiarazioni rese "su richiesta" del pubblico ministero, non "davanti" al pubblico ministero, di fatto non escludendo che la raccolta di tali informazioni potesse essere effettuata da un organo delegato¹⁹⁰. Ebbene, gli argomenti normativi sembrano non lasciare spazio a un'interpretazione di questo tipo. Invero la questione è mal posta: trattasi infatti di capire se sia irragionevole la scelta del legislatore di escludere

¹⁸⁸ Così MOCCIA S. - SCHIAFFO F., voce *False informazioni al pubblico ministero*, cit., p. 1.

¹⁸⁹ Si veda in argomento RANZATTO F., *Estesa la ritrattazione al favoreggiamento-mendacio*, cit., p. 982.

¹⁹⁰ *Contra* PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 713: tale interpretazione è ostacolata da una serie di elementi normativi, quali "il tenore letterale della locuzione "Richiesto dal pubblico ministero", la rubrica dell'articolo ("false informazioni al pubblico ministero"), l'intenzione del legislatore, quale emerge dalla modifica della norma in sede di conversione del d.l. n. 306/1992 con l'eliminazione nella rubrica e nel testo dell'articolo del riferimento alla "polizia giudiziaria", ed infine l'ineidoneità dell'istituto della delega –in questo caso del pubblico ministero alla polizia giudiziaria– a conferire al delegato la qualifica soggettiva del delegante".

dall'ambito di operatività della ritrattazione le false dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria, non di qualificare queste alla stregua di condotte rilevanti *ex 371 bis*. Questa potrebbe essere una strada percorribile per giungere all'applicazione dell'art. 376 a questo tipo di condotte ma, oltre a risultare piuttosto contorta, appare inevitabilmente contraria alla lettera della legge e al divieto di applicazione analogica, vigente per le norme incriminatrici e per le norme di carattere eccezionale.

Questo è il contesto in cui si inserisce la sentenza della Corte costituzionale n. 101/1999¹⁹¹, che ha dichiarato “l’illegittimità costituzionale dell’art 376 primo comma del codice penale, nella parte in cui non prevede la ritrattazione come causa di non punibilità per chi, richiesto dalla polizia giudiziaria delegata dal pubblico ministero a norma dell’art 370 c.p.p. di fornire informazioni ai fini delle indagini, abbia reso dichiarazioni false ovvero in tutto o in parte reticenti”.

Nella parte motiva della sentenza la Corte muove dal presupposto che “secondo l’orientamento della giurisprudenza, le false dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria che opera su delega del pubblico ministero, ancorché penalmente illecite, cadono, in ragione del principio di stretta legalità fuori dell’ambito di applicazione dell’art. 371 *bis* c.p.”¹⁹². Per questo motivo la giurisprudenza ritiene che “il silenzio, la reticenza e le dichiarazioni false alla polizia giudiziaria possano integrare –quando ne ricorrano gli elementi della fattispecie- il reato di favoreggiamento personale previsto dall’art. 378 c.p.”¹⁹³.

Di qui la questione “se sia conforme al principio di eguaglianza, come espressione dell’esigenza di razionalità delle scelte legislative, l’esclusione della causa di non punibilità della ritrattazione nel caso delle false dichiarazioni alla polizia giudiziaria specificamente delegata dal pubblico ministero (integranti fattispecie dell’art 378 c.p.), mentre tale causa di non punibilità vale nel caso delle false dichiarazioni rese al pubblico ministero stesso”¹⁹⁴.

La Corte ha ritenuto che la disciplina così risultante fosse irragionevole, poiché: “l’assunzione diretta e personale da parte del pubblico ministero (art. 370, comma 1 primo

¹⁹¹ Corte Cost., 30 marzo 1999, n. 101, in *Dir. pen. proc.* 1999, p.982, con nota di RANZATTO F., *Estesa la ritrattazione al favoreggiamento-mendacio*, cit., p. 983. Sull’argomento si vedano anche: BELLUTA H., *Operatività della ritrattazione per talune specie di favoreggiamento*, cit., p. 772; GULLO A., *Il favoreggiamento personale tra tendenze repressive e nuove esigenze di tutela*, cit., p. 3345; MARCONI G., *La corte Costituzionale estende i margini di applicabilità della ritrattazione*, in *Giur. cost.*, 1999, p.2332; SANTORIELLO C., *I rapporti fra favoreggiamento personale e ritrattazione in una (parziale) sentenza di illegittimità costituzionale dell’art 376 c.p.*, cit., p.928.

¹⁹² Corte cost. 101/1999, cit.

¹⁹³ Corte cost. 101/1999, cit.

¹⁹⁴ Corte cost. 101/1999, cit.

periodo c.p.p.) di informazioni dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini (art. 362 c.p.p.) e l'assunzione delle medesime informazioni, avvalendosi della polizia giudiziaria a ciò delegata (art. 370, comma 1 secondo periodo c.p.p.), costituiscono esclusivamente forme diverse della medesima attività, facente sostanzialmente capo comunque al pubblico ministero nell'esercizio dei poteri che ad esso spettano, quale organo che dirige le indagini preliminari all'esercizio dell'azione penale (artt. 326 e 327 c.p.p.). E' così che da un lato in generale si giustifica l'art. 370, comma 2 c.p.p., il quale per lo svolgimento dell'attività e il compimento degli atti delegati alla polizia giudiziaria rinvia alle forme di garanzia procedurale e alle regole di documentazione previste per le indagini svolte direttamente dal pubblico ministero; e dall'altro si spiega la necessaria equivalenza, quanto a utilizzabilità nel seguito del processo, degli atti diretti e di quelli delegati. Di fronte a tale convergenza di disciplina, corrispondente a un'unitarietà di *ratio* che sorregge le norme relative alle attività di indagine e alla loro valenza processuale, quale che sia l'autorità che procede ad assumere le informazioni –il pubblico ministero o la polizia giudiziaria su delega di questo –, la diversità di trattamento che la norma impugnata introduce, circa gli effetti della ritrattazione nel'un caso e nell'altro, appare priva di ogni ragionevole giustificazione e quindi sicuramente arbitraria”¹⁹⁵.

Le conseguenze che derivano da questa decisione appaiono per un certo verso condivisibili, quantomeno secondo il comune senso di equità. Tuttavia, dal punto di vista strettamente giuridico, le argomentazioni addotte dalla Corte non sembrano essere del tutto convincenti e prestano il fianco ad alcune critiche.

In primo luogo, il fatto che il percorso argomentativo prenda le mosse dalla presa d'atto di una distorta prassi giurisprudenziale non sembra rispondere ad un corretto approccio metodologico della questione. Ebbene tale orientamento, oltretutto non univoco, non avrebbe dovuto essere acquisito dalla Corte quale premessa certa. Avrebbe dovuto essere, piuttosto, sottoposto a un vaglio in termini di coerenza con i principi del diritto penale. Il contenuto del concetto di aiuto richiamato dall'art. 378 c.p., infatti, non sembra possa essere facilmente ricondotto a tutte le condotte di mendacio alla polizia giudiziaria, alle dichiarazioni reticenti e a quelle in forma omissiva. Almeno non senza che possa sorgere qualche dubbio in termini di determinatezza/tassatività al riguardo. La Corte avrebbe dovuto quindi domandarsi se tali condotte fossero sempre penalmente rilevanti o se non

¹⁹⁵ Corte cost. 101/1999, cit.

potessero rientrare “nelle lacune originarie di tutela che fisiologicamente esistono, in forza del principio di frammentarietà, in ogni settore disciplinare del diritto penale”¹⁹⁶. Bene avrebbe fatto la Corte a chiarire se le condotte in parola sono sempre riconducibili al reato di cui all’art 378 c.p. e, se lo sono, in che termini.¹⁹⁷

La Consulta, inoltre, afferma che “tuttavia, ai fini della risoluzione della presente questione di legittimità costituzionale, non è necessario procedere a un raffronto tra i reati previsti negli articoli anzidetti, per trovarvi elementi comuni o elementi differenziali che inducano a prendere posizione circa la razionalità della disposizione impugnata che prevede la ritrattazione come causa di non punibilità solo in un caso e non nell’altro”¹⁹⁸. In altri termini, non è affrontato il tema principale della questione, cioè il raffronto della fattispecie esclusa dall’elenco di cui all’art. 376 con quella più simile a essa che, invece, vi rientra. Se questo avesse condotto al riconoscimento della stessa oggettività giuridica delle due fattispecie, il passaggio successivo avrebbe potuto essere solo e unicamente quello di ritenere illegittimo l’art. 376 nella parte in cui non ricomprende anche l’art. 378 c.p. *tout court*.¹⁹⁹

Alla base delle motivazioni della sentenza in parola ci sono argomentazioni di carattere unicamente processuale. È, infatti, sulla base di argomentazioni processuali che la Corte equipara le condotte di false informazioni rese al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria, cosa che, allora, dovrebbe riportare alla questione riguardante la possibile riconducibilità delle condotte all’art. 371 *bis*. In altri termini se tali condotte sono strutturalmente identiche, non si coglie il motivo per cui non dovrebbero essere equiparate anche ai sensi del reato di false informazioni al pubblico ministero.²⁰⁰

Volendo poi confrontare la decisione in esame con la 228/1982, prima esaminata, risulta che gli argomenti da quest’ultima adottati (l’eterogeneità dei beni tutelati e la differenza cronologica dei due comportamenti) per affermare la ragionevolezza dell’esclusione del reato di favoreggiamento dall’art. 376 c.p., vengono meno in seguito all’introduzione dell’art. 371 *bis*. C’è, infatti, chi ha sostenuto che, seguendo questo percorso argomentativo, la Consulta avrebbe potuto estendere la disciplina dell’art. 376 al reato di favoreggiamento personale “a prescindere da ogni distinzione di attività delegate o

¹⁹⁶ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 113.

¹⁹⁷ Così AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit.; GULLO A., *Il favoreggiamento personale tra tendenze repressive e nuove esigenze di tutela*, cit., p. 3345.

¹⁹⁸ Corte cost. 101/1999, cit.

¹⁹⁹ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 113; GULLO A., *Il favoreggiamento personale tra tendenze repressive e nuove esigenze di tutela*, cit. p. 3345

²⁰⁰ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 114.

non delegate dalla polizia giudiziaria, dal momento che entrambe le fattispecie dell'art. 371 *bis* c.p. e dell'art. 378 c.p. sono poste a presidio del corretto svolgimento dell'attività investigativa, concernono la stessa fase del procedimento penale e, avendo la medesima cornice edittale, risultano espressive dello stesso identico grado di disvalore sociale".²⁰¹

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte presuppone, in effetti, che i reati di false dichiarazioni al pubblico ministero e di favoreggiamento personale siano connotati dalla medesima oggettività giuridica, solo su questo presupposto si può riconoscere come irrazionale una diversificazione nella disciplina di queste fattispecie²⁰². Non molto tempo dopo, infatti, la Corte fu nuovamente sollecitata sul punto. Venne, infatti, sollevata nuovamente questione di legittimità costituzionale dell'art. 376, comma 1, nella parte in cui non prevedeva la ritrattabilità del favoreggiamento commesso tramite dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria non operante su delega del pubblico ministero²⁰³.

La Corte ha rigettato la questione²⁰⁴, ritenendola infondata. Le attività di assunzione d'informazioni da parte della polizia giudiziaria, in via autonoma, e del pubblico ministero, o della polizia giudiziaria da questi delegata, sono, secondo la consulta, da ritenersi differenti. Infatti, "alla diversità soggettiva corrisponde, se non una diversa disciplina delle forme, dell'utilizzabilità e degli obblighi dei dichiaranti, una normale diversità di cadenza temporale, le informazioni assunte dalla polizia giudiziaria riguardano di solito il momento iniziale delle indagini, a contatto immediato con i fatti o con la descrizione dei fatti da cui origineranno le indagini preliminari e poi, eventualmente l'esercizio dell'azione penale"²⁰⁵. Gli interessi protetti che vengono in gioco sono, secondo la Corte, differenti, di qui la ragionevolezza della differenziazione. E dunque, "la ritrattazione, quale prevista dal

²⁰¹ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 115.

²⁰² Da questo punto di vista la sentenza in esame è perfettamente in linea con la precedente decisione 27 dicembre 1996, n. 416, cui venne dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 384, comma 2 c.p. "nella parte in cui non prevede l'esclusione della punibilità per le 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 c.p.p.". Ciò riconoscendo l'identità delle condotte materiali che possono integrare le due fattispecie delittuose e la "omogeneità del bene protetto, non necessariamente identico, ma in ogni caso consistente nella funzionalità di ciascuna fase rispetto agli scopi propri, nei quali le esigenze investigative (massime all'inizio della prima fase del procedimento) e quelle della ricerca della verità (massime alla fine del processo) si sommano intrinsecamente, cosicché gli artt. 378, 371 *bis* 372 c.p. finiscono in pratica per presidiare ciascuno una fase distinta del procedimento e del processo".

²⁰³ La Cassazione continuava a ritenere che le condotte meramente omissive di reticenza davanti alla polizia giudiziaria integrassero sempre il reato di favoreggiamento personale. Si veda Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2000, in *Giur. it.*, 2000, p. 570 con nota di CURSANO R., *Applicabilità della ritrattazione al favoreggiamento personale mediante dichiarazioni reticenti alla polizia giudiziaria*, in *Giur. it.*, 2000, p. 570.

²⁰⁴ Corte cost., 9 ottobre 2000, n. 424, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1815. Per un commento alla decisione si veda RANZATTO F. *Non ritrattabili le dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria non delegata dal P.M.*, cit., p. 1608.

²⁰⁵ Corte cost. 424/2000, cit.

vigente codice penale, è, infatti, finalizzata primariamente a dare soddisfazione all'interesse alla definizione del giudizio penale (nel caso dell'art 372 c.p.) o all'esercizio dell'azione penale (nel caso dell'art. 371 *bis* c.p.) fondati su elementi probatori veridici. Nella ipotesi in cui il mendacio si realizzi tramite dichiarazione alla polizia giudiziaria che agisce di sua iniziativa, presumibilmente nella fase iniziale delle indagini, aiutando l'autore del reato a eludere le investigazioni dell'autorità o a sottrarsi alle ricerche di questa, ciò che costituisce l'elemento materiale del reato di favoreggiamento, la sanzione penale mira primariamente ad assicurare il massimo di efficacia delle indagini e tempestività delle loro conclusioni, obiettivo irrimediabilmente compromesso dalla falsità delle dichiarazioni e non più realizzabile, nemmeno con postume ritrattazioni. Onde, in tal caso, la ritrattazione non conseguirebbe lo scopo, ciò che mostra, sotto questo profilo, l'esistenza di un elemento differenziatore tra il mendacio (a qualunque titolo eventualmente penalmente rilevante) realizzato di fronte alla polizia giudiziaria operante di sua iniziativa, da un lato, ovvero di fronte alla polizia giudiziaria delegata dal pubblico ministero o davanti al pubblico ministero stesso, dall'altro: elemento differenziatore che rende non manifestamente irrazionale la diversa disciplina della ritrattazione dettata nei casi considerati²⁰⁶.

A ben vedere, la Corte non porta fino alle estreme conseguenze le argomentazioni esposte nella sentenza 101/1999. L'incongruenza che sembra caratterizzare le decisioni considerate si spiega con il polimorfismo che caratterizza l'atto di assunzione d'informazioni da parte della polizia giudiziaria: attività che, di fatto, può svolgere molteplici funzioni, spesso molto diverse fra loro. Per questo motivo la ragione giustificatrice della ritrattazione non sempre può realizzarsi se applicata a queste condotte, poiché potrebbe non essere idonea ad annullare gli effetti della dichiarazione mendace.²⁰⁷

La ritrattazione, dunque, ha un senso solo se intervenga a ripristinare la verità rispetto a dichiarazioni alla polizia giudiziaria che “vengano in considerazione nella loro dimensione in senso lato probatoria, in ordine alla ricostruzione di un fatto o alla responsabilità dell'indagato”²⁰⁸. Si pensi al soggetto che fornisca all'indagato un falso alibi: la successiva ritrattazione sarà idonea a rimuovere gli effetti della falsità. Cosa che

²⁰⁶ Corte cost. 424/2000, cit.

²⁰⁷ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 760.

²⁰⁸ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 760.

non potrà avvenire laddove il mendacio abbia avuto l'effetto di rendere possibile la fuga dell'indagato; tale pregiudizio non potrà essere rimosso dalla successiva ritrattazione.²⁰⁹

La Corte ha individuato l'elemento discriminante nella delega del pubblico ministero. In altri termini: all'interno della *species* false dichiarazioni alla polizia giudiziaria, laddove tale delega sussista la ritrattazione è da considerarsi idonea alla rimozione della lesione del bene giuridico, laddove invece non sussista, non è configurabile un'efficace ritrattazione. Non che questo sia un criterio soddisfacente, poiché "l'assenza di una delega da parte del pubblico ministero non è di per sé indicativa di uno specifico oggetto dell'attività di indagine della polizia giudiziaria ed in particolare dell'assenza di quella dimensione probatoria della dichiarazioni acquisite, che costituisce il presupposto per una ritrattazione idonea allo scopo"²¹⁰. Ciò è tanto più vero se si considera la tendenza del legislatore ad ampliare il novero delle ipotesi in cui la polizia giudiziaria agisce autonomamente²¹¹.

Tuttavia, se è da accogliersi la ricostruzione della Corte, che accosta e sovrappone l'oggettività giuridica del reato di false informazioni al pubblico ministero con quello del favoreggiamento personale realizzato mediante mendacio alla polizia giudiziaria, la ritrattazione potrà essere limitata nella sua operatività solo sulla base di un criterio ben preciso. Criterio che, a ben vedere, può essere costituito solo dall'idoneità della manifestazione del vero a rimuovere gli effetti pregiudizievoli del mendacio²¹².

Dal quadro finora delineato emerge un dato incontrovertibile: non è possibile arrivare a risultati soddisfacenti senza un intervento che modifichi la disciplina di reati contro l'amministrazione della giustizia²¹³. Il tentativo di far funzionare istituti pensati per

²⁰⁹ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 761.

²¹⁰ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 761.

²¹¹ Si pensi all'art. 11, comma 1 d. lgs. 28 agosto 2000, n.274, riguardante i reati di competenza del giudice di pace, che dispone: "Acquisita la notizia di reato, la polizia giudiziaria compie di propria iniziativa tutti gli atti di indagine necessari per la ricostruzione del fatto e per l'individuazione del colpevole e ne riferisce al pubblico ministero, con relazione scritta, entro il termine di quattro mesi. Si pensi anche alle modifiche apportate dalla l. 26 marzo 2001, n. 128 agli artt. 327 e 348, comma 3 c.p. L'attuale testo dell'art. 327 c.p. dispone che "Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria che, anche dopo la comunicazione della notizia di reato, continua a svolgere attività di propria iniziativa secondo le modalità indicate nei successivi articoli". L'art 348, comma 3, nella nuova formulazione, prevede che: "Dopo l'intervento del pubblico ministero, la polizia giudiziaria compie gli atti ad essa specificamente delegati a norma dell'articolo 370, esegue le direttive del pubblico ministero ed inoltre svolge di propria iniziativa, informandone prontamente il pubblico ministero, tutte le altre attività di indagine per accertare i reati ovvero richieste da elementi successivamente emersi e assicura le nuove fonti di prova".

²¹² PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 762.

²¹³ Così la maggior parte della dottrina. Si citano, per tutti, MARCONI G., *La corte Costituzionale estende i margini di applicabilità della ritrattazione*, cit., p. 2332, e SANTORIELLO C., *I rapporti fra favoreggiamento personale e ritrattazione in una (parziale) sentenza di illegittimità costituzionale dell'art 376 c.p.*, cit., p. 928.

un sistema che non è più attuale, ma soprattutto il tentativo di applicare questi istituti a fattispecie di nuovo conio, che sono espressione dei nuovi modelli di recente introduzione, non è destinato ad andare a buon fine. Sarebbe auspicabile un intervento legislativo che riordinasse una materia i cui contorni stanno diventando sempre più incerti, a causa dell'alluvionale sovrapporsi d'interventi frammentari e di conseguenti tentativi d'interpretazioni ortopediche, al fine di porre una toppa al cattivo funzionamento del sistema.

5.3. Il “pacchetto sicurezza 2009”: un’ulteriore estensione del novero dei delitti richiamati dall’art. 376

Con riguardo all'estensione della ritrattazione al c.d. favoreggiamento mendacio, si è già detto quanto fosse auspicabile una riforma radicale della disciplina di questa causa di non punibilità. Ebbene, la questione si è ripresentata, in tutta la sua complessità, con l'ennesima - e, per così dire, puntiforme - novella legislativa, introdotta dal c.d. “pacchetto sicurezza” 2009, che ha aggiunto l'art 378 all'elenco dei reati di cui all'art. 376 c.p.

Il sistema di repressione del falso giudiziale, così come risultante in seguito ai citati interventi della Corte Costituzionale, era senza dubbio affetto da numerose contraddizioni: la ritrattazione del favoreggiamento - mendacio era possibile con riferimento a dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria operante su delega del pubblico ministero, non lo era, invece, qualora quest'ultima avesse operato di propria iniziativa. Una parte della dottrina auspicava quindi un intervento legislativo che modificasse l'art. 371 *bis*, rendendolo idoneo a ricomprendere – oltre alle false informazioni al pubblico ministero – anche la condotta di mendacio alla polizia giudiziaria.²¹⁴

Per altro verso, essendo rimasto immutato l'orientamento che riteneva configurabile il concorso di reati fra l'art. 371 *bis* e l'art. 378, la non ritrattabilità del mendacio alla polizia giudiziaria portava a conseguenze paradossali. Poteva, infatti, verificarsi che, nel caso di reiterazione davanti al pubblico ministero del mendacio reso in precedenza alla polizia giudiziaria – solo se non delegata! -, solo il primo potesse essere ritrattato. Con il

²¹⁴In questo senso BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 176; RANZATTO F., *Non ritrattabili le dichiarazioni alla polizia giudiziaria non delegata dal p.m.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1608; AMARELLI G., *La ritrattazione del favoreggiamento-mendacio: prime applicazioni del nuovo art. 376 c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, II, 727; ID., *Anche il favoreggiamento-mendacio aggravato art. 7 d.l. 152/1991 è ritrattabile ai sensi del novellato art. 376 c.p.*, *Dir pen. cont. Riv. Trim*, 2013,1, p. 218.

che la condotta ritrattatoria, rendendo non punibile il mendacio al pubblico ministero o la falsa testimonianza, costituiva al contempo confessione del favoreggiamento.²¹⁵

Le contraddizioni erano alimentate anche da altri fattori, fra i quali: la riforma dell'art 111 Cost. e le conseguenti modifiche apportate dalla legge 63/2001²¹⁶; la novella dell'art. 348 c.p.p.²¹⁷; la sentenza della Corte Costituzionale d'illegittimità dell'art. 384²¹⁸ comma 2 c.p. nella parte in cui non prevedeva l'esclusione della punibilità per il mendacio reso alla polizia giudiziaria, commesso da chi non avrebbe potuto essere obbligato a rendere dichiarazioni o a rispondere in quanto indagato per reato probatoriamente collegato.

L'art. 1, comma 6, l. n. 94 del 2009 ha modificato l'art. 376 c.p., stabilendo, laconicamente, l'estensione della ritrattazione al delitto di favoreggiamento personale previsto dall'art. 378 c.p. La novella consiste nell'inserimento nel testo dell'art 376, dopo le parole "e 373", delle parole "nonché dall'articolo 378", il che significa che la causa di non punibilità della ritrattazione è stata estesa al reato di favoreggiamento personale *in toto*, senza limitazione alcuna rispetto alla tipologia di condotta che costituisca l'aiuto.

In sintesi: la giurisprudenza ha sempre ritenuto che, integrati tutti gli elementi della fattispecie del reato di favoreggiamento personale²¹⁹ (reato presupposto e non concorso da parte dell'autore del favoreggiamento nella commissione di questo) la dichiarazione del falso alla polizia giudiziaria potesse rilevare *ex art. 378*, in quanto qualificabile come una forma di aiuto all'elusione delle investigazioni o alla sottrazione delle ricerche. Tale orientamento ha trovato conferma, seppure indiretta, in seguito all'introduzione dell'art. 381, comma 4 bis, c.p.p. riguardante il divieto di arresto per le falsità eventualmente

²¹⁵ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 177.

²¹⁶ Della c.d. legge sul giusto processo e delle sue ripercussioni sul diritto penale sostanziale si darà conto *infra*.

²¹⁷ Con l. 26 marzo 2001, n. 128 era novellato il comma 3 dell'art 348 c.p.p., che attribuiva, con la nuova formulazione il potere della polizia giudiziaria di svolgere, in seguito all'intervento del pubblico ministero, "di propria iniziativa, informandone prontamente il pubblico ministero, tutte le altre attività di indagine per accertare i reati ovvero richieste da elementi successivamente emersi", al fine di "assicurare le fonti di prova". Come rilevato da BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 177, "E' innegabile che l'ultimo inciso ribadisca la proiezione esoprocedimentale ed endoprocedimentale dell'attività di polizia giudiziaria". Dello stesso avviso BELLUTA H., *Operatività della ritrattazione per alcune species di favoreggiamento*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 672.

²¹⁸ L'art. 384 costituisce l'espressa previsione normativa del principio del *nemo tenetur se detegere* in termini sostanziali. L'argomento sarà approfondito in seguito. Per il momento si noti che, con questa pronuncia, la Corte ribalta l'orientamento precedentemente adottato, ritenendo vi sia una "sostanziale omogeneità del bene protetto" dagli art. 371 bis e 384. La notazione è di BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p.178.

²¹⁹ In argomento si rimanda a: GELARDI M., *L'oggetto giuridico del favoreggiamento come dover essere del processo*, Padova, 1993, p. 120; GIANNELLI F., *Il favoreggiamento personale*, Salerno, 1989, p. 80; PULITANO' D., *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, cit., p. 14; ZANOTTI M., *Studi in tema di favoreggiamento personale*, Padova, 1984, p. 97.

commesse dai soggetti sentiti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria²²⁰. Considerato che il mendacio alla polizia giudiziaria non può integrare gli estremi del reato di cui all'art 371 bis, "il riferimento ai reati concernenti il contenuto delle informazioni fornite alla polizia giudiziaria non può che riguardare proprio il favoreggiamento personale"²²¹.

Nel corso della sua approvazione il testo della norma ha subito una modifica di carattere radicale. Nella sua formulazione originaria la norma, infatti, prevedeva che l'estensione della causa di non punibilità al reato di favoreggiamento fosse limitata alle ipotesi in cui il reato presupposto previsto dall'art. 378 fosse costituito dal reato di cui all'art. 629. Lo scopo precipuo era dunque quello di rafforzare la lotta al delitto di estorsione, offrendo "una maggiore tutela alle vittime di estorsione che, con la propria reticenza effetto delle minacce o delle violenza subite, avessero intralciato le indagini"²²².

Tuttavia venne in considerazione il rilievo per cui la norma, così formulata, avrebbe potuto facilmente essere tacciata d'irragionevolezza, non essendoci un criterio discriminante che giustificasse una tale differenziazione rispetto all'operatività della disciplina²²³. La questione è stata risolta eliminando la limitazione ai casi di favoreggiamento caratterizzati da quello specifico reato presupposto, rendendo l'estensione della ritrattazione priva di limitazioni.

Il risultato di questo curioso, quanto sciatto, iter legislativo è che il nuovo testo dell'art. 376 c.p. "non solo non prevede dunque alcuna limitazione basata sulla tipologia del reato presupposto, ma non fa nemmeno menzione della distinzione tra mendacio alla polizia giudiziaria operante su delega del pubblico ministero e mendacio alla polizia giudiziaria operante di propria iniziativa, distinzione sulla quale era invece imperniata la ricordata giurisprudenza della Corte costituzionale"²²⁴ Né fa il dovuto riferimento al fatto che le sole condotte di favoreggiamento cui è possibile riferirsi sono quelle di natura dichiarativa. Il reato di favoreggiamento è una fattispecie a forma libera: esso può essere

²²⁰ Il testo della disposizione è il seguente: "non è consentito l'arresto della persona richiesta di fornire informazioni dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero per reati concernenti il contenuto delle informazioni o il rifiuto di fornirle".

²²¹ PIFFER G., *Ritrattazione: estensione al delitto di favoreggiamento personale*, in CORBETTA S. - DELLA BELLA A. - GATTA G. L. a cura di, *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, p. 186.

²²² BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 182.

²²³ E' stato, infatti, giustamente rilevato che "La disposizione appariva senza il benché minimo dubbio irrazionale, già per il semplice fatto che non considerava altri reati simili per contesto criminologico – vittimologico, quale l'usura, l'estorsione o lo sfruttamento della prostituzione; sicuro, quindi, era il destino di una declaratoria di incostituzionalità". In questi termini BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 182.

²²⁴ PIFFER G., *Ritrattazione: estensione al delitto di favoreggiamento personale*, cit., p. 640.

integrato da condotte dichiarative ma anche da condotte materiali, si pensi al caso i cui un soggetto fornisca al latitante un mezzo per aiutarlo a fuggire. Evidentemente queste ultime mal si prestano a essere ritrattate, essendo connaturata alla ritrattazione la caratteristica di potersi riferire solo a precedenti condotte di natura dichiarativa²²⁵.

Il mendacio alla polizia giudiziaria, inoltre potrà essere efficacemente ritrattato solo se ciò possa condurre alla rimozione della lesione al bene tutelato²²⁶. In seguito alla modifica legislativa del 2009, questo rimane l'unico criterio che possa sorreggere applicabilità dell'art. 376, essendo venuti i meno i presupposti per il riferimento al criterio costituito dalla presenza o meno della delega del pubblico ministero alla polizia giudiziaria²²⁷. Presupposto per l'applicabilità della ritrattazione è dunque la "dimensione in senso lato probatoria"²²⁸ delle dichiarazioni fornite alla polizia giudiziaria.

Si è detto come la *ratio* della modifica volesse essere la lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso. La pratica mafiosa di taglieggiare i proprietari di attività commerciali che esercitano nelle sue zone di "competenza" è tristemente nota. Questa prassi rimane sommersa spesso a causa del clima di omertà e di timore che aleggia fra le vittime, che non collaborano alle indagini e molte volte negano falsamente di essere a conoscenza di ciò che avviene. Promettere l'impunità a chi, seppur tardivamente, dichiara i fatti di cui è conoscenza è sicuramente un modo per far emergere le attività criminose di stampo mafioso e combattere la capillare infiltrazione del fenomeno nella società. Un simile provvedimento legislativo non potrebbe che essere salutato con favore. Tuttavia, la modifica legislativa che poi è stata approvata di queste finalità non ha che il ricordo: l'obiettivo iniziale risulta del tutto annacquato, se non completamente assente.

Di più: non sembra che i profili d'irragionevolezza sino stati scongiurati. Sembra, infatti, del tutto condivisibile l'opinione di chi nota come integri una lesione del principio di uguaglianza la previsione per cui la ritrattazione è applicabile solo ai casi in cui il favoreggiamento sia integrato da una condotta dichiarativa e non dai casi in cui sia

²²⁵ AMARELLI G., *La ritrattazione del favoreggiamento-mendacio: prime applicazioni del nuovo art. 376 c.p.*, cit., p. 727; concordi: PIFFER G., *Ritrattazione: estensione al delitto di favoreggiamento personale*, cit., p. 641; BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo.*, cit., p. 183; SIRACUSANO F., *Si estende l'area dei reati presupposto della ritrattazione: l'art. 1, n. 6, della l. n. 94 del 15 luglio 2009*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3255.

²²⁶ AMARELLI G., *La ritrattazione del favoreggiamento-mendacio: prime applicazioni del nuovo art. 376 c.p.*, cit., p. 727, nota infatti che ai fini della sussistenza della ritrattazione il giudice deve "sempre verificare, oltre al rispetto formale dei limiti cronologici fissati dalla legge, anche l'effettiva rimozione del danno arrecato allo svolgimento delle attività investigative, attraverso l'attenta valutazione del contenuto della deposizione ritrattatoria".

²²⁷ PIFFER G., *Ritrattazione: estensione al delitto di favoreggiamento personale*, cit., p. 641.

²²⁸ PIFFER G., *Ritrattazione: estensione al delitto di favoreggiamento personale*, cit., p. 641.

realizzato tramite una condotta materiale²²⁹. Effettivamente non sembra che un criterio distintivo fondato esclusivamente sulla modalità con cui viene integrata una fattispecie penale possa essere ritenuto soddisfacente ai fini della valutazione in termini di ragionevolezza.

²²⁹ CORVI A., *Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni amministrative*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. In legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di MAZZA O. - VIGANO' F., Torino, 2009, p. 329.

CAPITOLO TERZO

LA RITRATTAZIONE

1. *La premialità a tutela del processo penale: una difficile composizione d'interessi confliggenti. Profili sostanziali.*

“Al nemico che fugge ponti d'oro”²³⁰. L'importanza che l'ordinamento riconosce al bene giuridico che intende tutelare si evince anche dall'uso della tecnica premiale al fine di rafforzarne la tutela stessa. Alla base della premialità, infatti, v'è sempre un bilanciamento d'interessi contrapposti: da una parte il bene giuridico tutelato dalla norma premiale e dall'altra l'interesse dell'ordinamento alla repressione e punizione delle condotte criminali. Dall'applicazione della tecnica premiale si evince il prevalere del primo.

I reati prima analizzati sono caratterizzati dal fatto di avere un nucleo comune: una condotta di falsa dichiarazione che, in modo o nell'altro possa corrompere la genuinità delle informazioni che fanno ingresso nel procedimento penale. Si è già detto in merito al fatto che non tutti sono ricompresi nell'elenco tassativo dell'art. 376 c.p. e quindi ritrattabili.

Per comprendere la natura della ritrattazione non si può prescindere dall'analisi delle singole fattispecie di falso giudiziale poiché “la riflessione sull'art. 376 c.p. va dunque calibrata non sull'intera ed astratta categoria dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, ma sulle singole fattispecie incriminatrici richiamate, che non esauriscono neppure l'intero catalogo dei reati contro l'attività giudiziaria”.²³¹

La ritrattazione è norma presente nell'originario assetto del codice del 1930, durante la vigenza dell'art. 376 c.p. è accaduto un cambiamento epocale nel sistema penale italiano: il passaggio a un modello processuale tendenzialmente accusatorio. Tuttavia la norma sulla ritrattazione è stata modificata pochissimo. Nonostante la formulazione

²³⁰ La teoria del ponte d'oro è stata alla base dell'orientamento dottrinale, di cui si darà conto *infra* al capitolo 5, che collegava le fattispecie premiali alla resipiscenza del soggetto attivo.

²³¹ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, Milano, 2011, p. 27.

letterale della norma sia rimasta pressoché invariata, la ritrattazione, da strumento di coazione associato all'istituto dell'arresto monitorio²³² - dunque, tutt'altro che utile all'accertamento della verità - è diventata strumento di tutela della genuinità del materiale probatorio. Il che rende evidenti le molteplici connessioni e implicazioni di natura processuale dell'istituto: in seguito al mutamento di rito, la norma ha assunto una funzione del tutto differente dalla precedente.

L'analisi della ritrattazione secondo le categorie del diritto premiale aiuta a comprendere la *ratio* nella norma e può fornire da guida nella soluzione degli aspetti più problematici²³³.

In merito alla ragione giustificatrice che costituisce il fondamento della ritrattazione è possibile individuare due diversi orientamenti. Tale ragione fondante è, evidentemente, la ragione giustificatrice della scelta di non punire, “la ragione di opportunità che determina la rinuncia alla pena”²³⁴. È inutile dire come, dall'individuazione di questo dato derivino delle conseguenze di non poco momento in termini d'interpretazione delle numerose questioni, spesso controverse e problematiche, che riguardano la disciplina della ritrattazione.

La scelta legislativa di mandare esente da pena chi ha commesso un reato può trovare fondamento in due diversi ordini di considerazioni. Il primo può riferirsi alla valutazione positiva del comportamento dell'autore, attribuendo rilevanza all'aspetto soggettivo del comportamento quale indice di una dimensione concernente il foro interno del soggetto e assumendo, per questo, una connotazione di carattere etico-morale che, si noti fin d'ora, mal si concilia con le categorie del diritto penale moderno. Il secondo trova nella valutazione oggettiva del comportamento del colpevole il suo criterio principe, valutazione che si appunta sugli effetti della condotta in termini di rimozione della lesione perpetrata al bene giuridico tutelato dalla norma violata.

La prima ricostruzione, recentemente non ampiamente condivisa in dottrina ma che, tuttavia, sembra fare da sfondo a delle recenti pronunce della giurisprudenza di

²³² Istituto che, come si dirà in seguito, strumentalizzava questa causa di non punibilità, di frustrandone l'obiettivo che oggi le si riconosce.

²³³ Secondo PIFFER G., *Commento all'art. 376*, in *Codice penale commentato*, diretto da DOLCINI E. – GATTA G. L., Tomo II, IV ed., Milano 2015, p. 1222, “Alla base dell'istituto vi è dunque un'opzione di politica criminale, basata sull'uso dello strumento premiale attraverso la promessa al reo, a fronte dell'eliminazione delle conseguenze del reato, non già di una semplice attenuazione di pena, ma della stessa non punibilità per il reato commesso”. Del diritto premiale e del suo ruolo nel sistema penale si parlerà, comunque, in seguito.

²³⁴ ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p.55.

legittimità²³⁵, pone l'accento sull'aspetto soggettivo della condotta. Il rilievo è posto sulla “mutata condizione psicologica del colpevole”²³⁶, la condotta di ritrattazione è presa in considerazione quale sintomo di ravvedimento, segno tangibile del pentimento. In questi termini, la previsione premiale funge da stimolo e incentivo verso un percorso interiore di resipiscenza. La promessa d'impunità s'inserisce e trova giustificazione nella logica del “ponte d'oro”: essa ha la funzione di agevolare una condotta eticamente connotata²³⁷.

Tale impostazione porge il fianco ad alcune critiche: in primo luogo, mal si adatta alla concezione di un diritto penale laico, privo di connotazioni etiche, considerate pure le difficoltà che caratterizzano l'indagine su foro interno del soggetto; ancor di più, è insoddisfacente poiché non offre un ragionevole criterio selettivo delle condotte successive al reato. In altri termini: se l'avvenuto pentimento del reo fosse la ragione fondante la promessa d'impunità, allora non vi sarebbe motivo di riconoscerne la rilevanza solo per alcune fattispecie criminose, la scelta di non punire in caso di pentimento dovrebbe diventare norma di carattere generale.²³⁸

Come già detto in precedenza²³⁹, la ragione giustificatrice della logica premiale è da individuarsi nella particolare importanza attribuita dal legislatore alla tutela di alcuni beni, congiuntamente alla possibilità di rimozione della lesione avvenuta e delle sue conseguenze.

In particolare, la ritrattazione risponde all'esigenza che il processo giunga all'accertamento della verità²⁴⁰. Poco importa che il colpevole ritratti perché mosso da un sincero pentimento o, al contrario, per puri fini utilitaristici, al solo scopo di conquistare l'impunità: il percorso psicologico di ravvedimento rimane sullo sfondo, tanto che, ai fini dell'applicazione della disciplina della ritrattazione, la sua presenza è del tutto indifferente²⁴¹. L'obiettivo primario del legislatore è quello “di tutelare in ogni modo possibile questo bene giuridico così importante, anche con condotte successive alla realizzazione del fatto costituente reato, purché dotate di una necessaria efficienza causale

²³⁵ Della questione della natura oggettiva o soggettiva della ritrattazione si dirà in seguito.

²³⁶ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006, p. 162

²³⁷ In senso critico FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, p. 437.

²³⁸ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 162.

²³⁹ Cfr. *infra*, capitolo 5.

²⁴⁰ Ampiamente, su questo punto, SIRACUSANO F., *Studio sui reati contro la giurisdizione*, Torino, 2005, p. 110; LOMBARDO L. G., *Ricerca della verità e nuovo processo penale*, in *Cass. Pen.*, 1993, p.751; PULITANO D., *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p.950; BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 27.

²⁴¹ ROMANO B., *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: l'aspetto etico del diritto penale ed i confini della subornazione*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1912.

rispetto al risultato positivo che deve essere sempre raggiunto”²⁴². Tutto ciò è ancor più vero se si pensi al fatto che non è sufficiente la mera azione finalizzata a neutralizzare la lesione, poiché quest’ultima deve essere effettivamente rimossa²⁴³.

2. La disciplina della ritrattazione

Si consideri ora la disciplina della ritrattazione, l’indagine si soffermerà in particolar modo sulle questioni attinenti al ruolo della ritrattazione nella ricerca della verità.

L’attuale formulazione dell’articolo 376 c.p. del codice penale è la seguente: “Nei casi previsti dagli artt. 371 *bis*, 371 *ter*, 372 e 373, nonché dall’articolo 378, il colpevole non è punibile se, nel procedimento penale in cui ha prestato il suo ufficio o reso le sue dichiarazioni, ritratta il falso e manifesta il vero non oltre la chiusura del dibattimento.”²⁴⁴

Qualora la falsità sia intervenuta in una causa civile, il colpevole non è punibile se ritratta il falso e manifesta il vero prima che sulla domanda giudiziale sia pronunciata sentenza definitiva, anche se non irrevocabile”.

Il dato testuale permette subito di qualificare la ritrattazione come causa speciale di non punibilità, riferibile all’elenco tassativo di reati formulato dalla norma stessa. Più precisamente si tratta di una causa sopravvenuta di non punibilità che trova la sua ragion d’essere nella messa in atto di un comportamento di segno opposto a quello previsto dalla fattispecie criminosa da parte chi si sia reso colpevole di falsa testimonianza, false informazioni al pubblico ministero, false informazioni al difensore e falsa perizia o

²⁴² AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit. p. 94

²⁴³ PADOVANI T., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981., p. 529.

²⁴⁴ Il testo del primo comma è stato sostituito dall’art. 11, comma 5 del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con mod. in l. 7 agosto 1992, n. 356 (*Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*) al fine di estendere l’applicabilità della ritrattazione all’art 371 *bis* (*False informazioni al pubblico ministero*), introdotto anch’esso dall’art. 11 del d.l. n. 306/1992, e al fine di modificare il limite temporale utile per ritrattare le falsità commesse nel procedimento penale, aggiornando le previsioni della norma agli istituti introdotti con l’entrata in vigore del nuovo codice di rito nel 1988. La formulazione originaria del primo comma dell’art 376 era la seguente: “Nei casi preveduti dagli articoli 372 e 373, il colpevole non è punibile se, nel corso del procedimento penale in cui ha prestato il suo ufficio, ritratta il falso e manifesta il vero prima che l’istruzione sia chiusa con sentenza di non doversi procedere, ovvero prima che il dibattimento sia chiuso, o sia rinviato a cagione della falsità”. In seguito l’art. 22, comma 2, l. 7 dicembre 2000, n.397 (*Disposizioni in materia di indagini difensive*) ha aggiunto il riferimento all’art. 371 *ter* (*False dichiarazioni al difensore*) introdotto dall’art. 20 della stessa legge. Infine, la legge n. 94 del 2009, c.d. “pacchetto sicurezza”, ha incluso il reato di cui all’art. 378 (*Favoreggiamento personale*) fra le fattispecie ritrattabili. A quest’ultima modifica sarà dedicata in seguito una trattazione a parte.

interpretazione. Trattasi, dunque, di un caso speciale di ravvedimento operoso *post patratum crimen*²⁴⁵.

Il tratto peculiare di questa norma emerge dal confronto con la circostanza attenuante prevista all'art 62, n. 6, c.p.²⁴⁶, dalla quale la ritrattazione si differenzia in ordine alla previsione della totale esenzione da pena e alla mancanza del requisito della spontaneità²⁴⁷, potendo essere dettata anche dalla sola volontà di sfuggire all'incriminazione per la falsità commessa²⁴⁸.

La decisione dei compilatori del codice Rocco di scegliere l'obbligatorietà e l'assoluta esenzione da pena segna un punto di rottura rispetto al codice previgente ed ha costituito, durante i lavori preparatori, oggetto di dibattito. Era stata mossa, infatti, un'obiezione a questa impostazione, fondata sull'opportunità di preferire un criterio che permettesse di graduare la diminuzione di pena fino ad arrivare all'esenzione, assegnando al giudice un margine di discrezionalità.²⁴⁹

Questa impostazione voleva tener conto dell'eventualità che la falsità processuale potesse provocare la lesione di beni individuali e dell'impostazione seguita dal codice previgente. Nel codice Zanardelli, infatti, la ritrattazione poteva venire in rilievo secondo la duplice natura di circostanza attenuante o di causa di esclusione della pena.²⁵⁰ Tuttavia i compilatori preferirono un criterio unico di valutazione della ritrattazione, costituito dalla esenzione totale da pena. Ciò sulla base della considerazione che solo la promessa

²⁴⁵ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 94; D'AMBROSIO V., *Commento all'art. 376*, in *Codice penale*, a cura PADOVANI T., VI ed., Milano, 2014, p. 2330 ss.

²⁴⁶ L'elenco delle attenuanti comuni di cui all'art 62 c.p. prevede, infatti, al n. 6 "L'aver, prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni; o l'essersi, prima del giudizio e fuori del caso preveduto dall'ultimo capoverso dell'art. 56, adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato".

²⁴⁷ Così AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit. p. 94, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, XV ed. aggiornata e integrata a cura di GROSSO C. F., Milano, 2008, p. 530; PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, tomo I, *I delitti contro l'attività giudiziaria*, Padova, 2005, p. 548.

²⁴⁸ FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 388

²⁴⁹ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 97.

²⁵⁰ L'art 216 del codice del codice penale del 1889 disciplinava, infatti, la ritrattazione nel seguente modo: "Va esente da pena, per il fatto preveduto dall'art. 214, chi avendo deposto in un procedimento penale, ritratti il falso e manifesti il vero, prima che l'istruzione sia chiusa con sentenza o ordinanza di non darsi luogo a procedimento, ovvero prima che il dibattimento sia chiuso, o prima che la causa sia rinnovata ad altra udienza a cagione della falsa testimonianza. Se la ritrattazione sia fatta i tempo successivo, o se concerna una falsa deposizione in una causa civile, la pena è diminuita da un terzo alla metà, purché la ritrattazione avvenga prima che nella causa in cui fu deposto il falso sia pronunciato il verdetto dai giurati nei giudizi della Corte d'assise, o la sentenza, negli altri giudizi. Se dalla falsa deposizione derivi l'arresto di qualche persona o qualche altro grave nocimento alla medesima, la pena non è diminuita che di un terzo nel caso della prima parte, e di un sesto nel caso del primo capoverso del presente articolo".

d'impunità avrebbe potuto vincere la ritrosia dell'autore del falso a dichiarare il reato commesso e indurlo a collaborare, contribuendo all'accertamento della verità²⁵¹.

2.1. *Ambito di applicazione oggettivo*

La causa di non punibilità in parola opera, come espressamente indicato dalla norma, esclusivamente alla presenza di un presupposto ben preciso: la commissione di uno dei reati tassativamente elencati dalla norma stessa. È dunque necessario il previo accertamento – con ciò non si allude, tuttavia, a un accertamento di natura processuale²⁵² - della tipicità, anti giuridicità e colpevolezza del fatto riconducibile a una delle fattispecie ritrattabili, poiché la ritrattazione potrà operare solo nei confronti dell'autore di un fatto che presenti tutti i requisiti, oggettivi e soggettivi, di una delle fattispecie indicate dalla norma²⁵³.

Il che significa che non potrà parlarsi di ritrattazione quando difetti uno degli elementi costitutivi di tali reati, compreso quello psicologico²⁵⁴. Si pensi al soggetto che, dopo aver reso dichiarazioni mendaci per errore o a causa di una dimenticanza, le modifichi in tutto o in parte, dopo essersi accorto dell'errore o della dimenticanza. È evidente come in questa circostanza non sia possibile ravvisare il dolo, cioè la volontà e rappresentazione di dichiarare il falso. Ne consegue che il soggetto non sarà punito. Ciò non per effetto dell'operare della ritrattazione, ma perché l'accertamento della commissione del reato perverrà a esito negativo in ragione della mancanza di uno degli elementi costitutivi. Il che si tradurrà in un pieno proscioglimento, con la formula “perché il fatto non sussiste”²⁵⁵.

Si pensi, ancora, al teste che, dopo aver dichiarato il falso, modifichi la sua dichiarazione prima di aver terminato la sua deposizione. Nemmeno in questo caso c'è spazio perché possa intervenire la ritrattazione. Qui entra in gioco l'individuazione del

²⁵¹ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 97.

²⁵² Come sarà precisato in seguito, la nozione di “colpevole” cui fa riferimento la norma è sicuramente da intendersi in senso tecnico – cioè del soggetto penalmente responsabile di uno dei reati indicati dalla norma stessa – ma non in senso processuale, il che richiederebbe la presenza di una sentenza di condanna per il reato di falso.

²⁵³ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 102

²⁵⁴ Così AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 102, PETTENATI R., *Ritrattazione della falsa testimonianza e cause estintive della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 557.

²⁵⁵ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 102.

momento consumativo della falsa testimonianza, che è da individuarsi nella conclusione dell'esame testimoniale.²⁵⁶

Il fatto che la disciplina della ritrattazione sia applicabile soltanto al soggetto che si sia reso colpevole di uno dei reati indicati ha costituito la base argomentativa su cui si è basata la critica ad alcune teorie (invero piuttosto risalenti) in merito alla sua natura giuridica. Alcune posizioni dottrinali, infatti, collocavano tale istituto nella categoria delle condizioni di procedibilità o delle condizioni sospensive della punibilità²⁵⁷.

Si è detto come le fattispecie ritrattabili siano tassativamente elencate dall'art. 376 c.p. Ciò, tuttavia, non ha impedito l'insorgere di dubbi in merito alla possibile interpretazione analogica della disciplina della ritrattazione, riguardo all'applicabilità della stessa a fattispecie di reato non espressamente previste dalla norma. Ciò non è dipeso dalla scarsa chiarezza della previsione normativa, ma dalla "sfasatura che si è verificata nell'ambito di tutta la materia dei delitti contro l'amministrazione della giustizia in seguito a radicali mutamenti intervenuti in altri comparti disciplinari"²⁵⁸. I fattori di cambiamento sono stati molti: in particolare l'entrata in vigore del nuovo codice di rito, con la conseguente introduzione del modello processuale di tipo accusatorio; la modifica dell'art. 111 della Costituzione, con l'introduzione dei principi del c.d. giusto processo.

La riforma del codice di rito e la l. cost. 23 novembre 1999 n. 2, che ha modificato l'art 111 Cost. introducendo il principio del contraddittorio per la formazione della prova nel processo penale hanno avuto un impatto notevole sulla disciplina dei reati contro l'amministrazione della giustizia. Ciò ha portato all'introduzione di nuove ipotesi di falsità giudiziali.²⁵⁹ Di qui la progressiva espansione del novero di fattispecie ritrattabili, con conseguenti modifiche del testo dell'art. 376, fatto che "non è, però, bastato a sopire ogni

²⁵⁶ Per la questione riguardante il momento consumativo del delitto di falsa testimonianza si veda PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 480, che lo individua nel momento in cui "è conclusa la deposizione del testimone e quindi con l'esaurimento delle domande che allo stesso vengono rivolte"; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit. p. 490, per il quale "si verifica non appena il teste ha condotto a termine la sua deposizione e il giudice ne ha preso atto, considerandola definitiva"; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 381: "Il reato si consuma nel momento in cui l'esame testimoniale sia stato portato a compimento con l'esaurimento delle domande rivolte al teste"; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, 2000, p. 320: il delitto si consuma "nel momento in cui l'autorità giudiziaria acquisisce definitivamente agli atti la dichiarazione falsa".

²⁵⁷ La questione concernente la natura giuridica e la collocazione dogmatica della ritrattazione appare ancora oggi controversa, per questo motivo sarà trattata con maggiore ampiezza in seguito.

²⁵⁸ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 106.

²⁵⁹ Come si è dato conto *supra*, al capitolo 2.

incertezza sulle condotte di falsità processuale che possono essere scriminate dalla ritrattazione. Anzi, in taluni casi ha contribuito ad alimentarne di nuove²⁶⁰.

Nonostante l'elenco delle fattispecie ritrattabili contenuto nell'art. 376 c.p. sia da considerarsi tassativo e nonostante la norma non possa formare oggetto d'interpretazione analogica²⁶¹, avendo il carattere della eccezionalità ed essendo quindi soggetta alla disciplina di cui all'art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale, la dottrina e la giurisprudenza hanno spesso prospettato soluzioni interpretative di tipo estensivo²⁶².

2.2. Ambito di applicazione soggettivo

Riguardo ai soggetti legittimati a ritrattare, l'art. 376 c.p. li individua in coloro i quali si siano resi colpevoli di uno dei delitti di false informazioni al pubblico ministero, false dichiarazioni al difensore, falsa testimonianza, falsa perizia o interpretazione e favoreggiamento-mendacio. Come sopra accennato, il significato della parola “colpevole” va inteso in senso sostanziale e non in senso processuale²⁶³.

In dottrina e giurisprudenza l'opinione maggioritaria ritiene che tali soggetti siano esclusivamente quelli dotati della qualifica soggettiva relativa al reato presupposto, trattasi, infatti, di reati propri. In altre parole: solo l'autore materiale della falsità giudiziale potrebbe operare la ritrattazione delle dichiarazioni rese²⁶⁴.

Da ciò consegue che il concorrente morale non può ritrattare il mendacio commesso in seguito all'istigazione da lui operata, poiché la ritrattazione può essere compiuta esclusivamente dal soggetto attivo che ha commesso uno dei reati propri – con esclusione del reato di favoreggiamento - indicati dalla norma di non punibilità. Il che significa anche che “una volta che il teste abbia ritrattato non è necessario chiedere ulteriori consensi,

²⁶⁰ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 134.

²⁶¹ D'AMBROSIO V., *Commento all'art. 376*, cit., p. 2330.

²⁶² Dell'argomento si è parlato *supra*, al capitolo 2.

²⁶³ Nota, infatti, BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 101 che “L'opposta tesi si presta a una duplice obiezione: in primo luogo implica che l'autore di uno reato presupposto debba essere sottoposto a procedimento penale e infine condannato: con ciò allontanando in misura abnorme il momento in cui tale soggetto può ritrattare e, pertanto, frustrando lo scopo della norma che è quello di incentivare la ritrattazione in tempo utile affinché il falso non alteri la formazione del convincimento del giudice [...]. In secondo luogo impedirebbe all'autore del falso di ritrattare per scongiurare un procedimento penale o per definire celermente lo stesso, poiché dovrebbe attendere la sua definizione e incorrere nel rischio dello spirare dei termini previsti dall'art. 376 c.p.

²⁶⁴ Così AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 102, cui si rimanda quanto ai numerosi riferimenti.

chiarimenti o smentite all'istigatore della falsa deposizione dal momento che questi comunque è privo della facoltà di ritrattare²⁶⁵.

Altra questione è se la ritrattazione operata dall'autore materiale della falsa dichiarazione possa estendere i suoi effetti al concorrente morale. La soluzione di questo interrogativo ha suscitato un lungo dibattito, poiché presuppone una presa di posizione in merito alla natura giuridica di questa causa di non punibilità. Non vi è accordo in dottrina né in giurisprudenza su questo controverso argomento, che verrà per questo affrontato in modo analitico nel seguito della trattazione.

Altra questione ancora attiene al problema della qualifica processuale del ritrattante: l'art. 376 non prevede che egli sia titolare di una qualifica processuale che faccia sorgere l'obbligo di verità.²⁶⁶

In primo luogo può accadere che il ritrattante rivesta la medesima qualifica processuale che rivestiva quando ha attuato la condotta mendace: può, in effetti, capitare che un soggetto sia sentito, nella fase predibattimentale, in qualità di teste o di persona informata sui fatti e che in seguito, nella stessa fase o in dibattimento, sia sentito di nuovo e ritratti le dichiarazioni rese in precedenza, senza che gli sia stata mossa alcuna contestazione in merito alla falsità commessa.²⁶⁷

Può ritrattare anche chi, in seguito alla falsa dichiarazione, assuma la qualifica d'indagato o imputato per il reato di falso. Si dia il caso di "chi, sentito come testimone in sede d'incidente probatorio, assuma, poi, riguardo alle dichiarazioni rese, la qualità di indagato o imputato nello stesso processo per il reato di falsa testimonianza: anche in tale qualità egli potrà ritrattare"²⁶⁸.

Anche chi rivesta la qualifica di testimone assistito, poiché indagato in un procedimento collegato, può ritrattare. È il caso di chi, indagato per il reato di false informazioni al pubblico ministero, ritratti in occasione della sua deposizione resa in dibattimento nel processo principale.²⁶⁹

²⁶⁵ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 147.

²⁶⁶ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 563, richiamato e condiviso da BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 110.

²⁶⁷ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, loc. cit.

²⁶⁸ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, loc. cit.

²⁶⁹ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 563, nota come, prima della l. n. 63/2001 che ha introdotto a figura del testimone assistito, i soggetti indagati per aver commesso una falsità processuale, venivano sentiti all'interno del processo principale (quello nel cui svolgimento era stata commessa la presunta falsità) in qualità di indagati di procedimento connesso o collegato ex art 210 c.p.p. L'Autore rileva come "secondo una parte della dottrina non poteva ipotizzarsi un'efficace ritrattazione, stante la diversa valenza probatoria del contributo dichiarativo reso da una persona esonerata dall'obbligo di rispondere secondo verità, obbligo che vincolava invece il testimone, mentre secondo altra parte della

In questo caso, tuttavia, deve notarsi come l'intersezione della ritrattazione con le norme processuali crei quello che attenta dottrina ha definito un "cortocircuito normativo"²⁷⁰: se il procedimento per il falso ha il suo inizio durante la pendenza di quello in cui il mendacio è stato commesso, l'efficacia probatoria delle dichiarazioni del ritrattante risulterà menomata. L'attendibilità di entrambe le deposizioni – quella contenente il mendacio, seppur veritiera per una parte e quella contenente la ritrattazione –, infatti, dipenderà dalla conferma del loro contenuto dal raffronto con altri elementi di prova, così come previsto dall'art 192, comma 4, c.p.p.. In tal modo "si verifica un'eterogenesi dei fini: la ritrattazione, pur finalizzata al ripristino della veridicità dell'elemento probatorio compromesso, priva se stessa e quell'elemento della piena dignità di prova, e ciò a detrimento proprio dello scopo ultimo della ricostruzione della verità"²⁷¹.

2.3. I requisiti di efficacia

La disciplina dei requisiti di efficacia della ritrattazione permette di cogliere la strettissima correlazione fra la ritrattazione e la disciplina processuale.

La prima condizione di efficacia posta dalla norma è che la ritrattazione abbia luogo nell'ambito dello stesso procedimento in cui si è verificata la falsità: la struttura di questa disciplina non può che riferirsi ai rapporti tra il procedimento in cui è stato commesso il falso e il procedimento penale che da questo origina, in cui si giudica della commissione del falso stesso²⁷².

La *ratio* sottesa a tale requisito è evidente: "se scopo della ritrattazione è quello di ripristinare la validità dell'elemento probatorio inficiata dal mendacio, è chiaro che il meccanismo riparativo debba radicarsi nel procedimento in cui il falso è stato consumato, in quanto procedimento nel quale il materiale probatorio deve essere valutato."²⁷³ Non solo. Di norma la ritrattazione avverrà in dibattimento – anche in considerazione dell'ampio termine temporale della chiusura del dibattimento – e ciò permette l'esercizio del diritto al contraddittorio delle parti presenti nel processo ove il falso è stato

dottrina, essendo la ritrattazione un istituto sostanziale, riferito dall'art 376 al *colpevole*, non vi erano ostacoli ad estenderne l'operatività in sede di interrogatorio e quindi in sede di esame dibattimentale"

²⁷⁰ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 278.

²⁷¹ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 282.

²⁷² BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 237.

²⁷³ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 237.

commesso²⁷⁴. In tal modo è garantita al massimo grado la rimozione della lesione al bene giuridico tutelato dalla ritrattazione.

Se fosse consentita la ritrattazione nel corso del processo per la falsità, il principio del contraddittorio sarebbe violato, poiché in tal modo la formazione dell'elemento probatorio avverrebbe all'infuori del processo in cui questo elemento deve essere utilizzato per la decisione.²⁷⁵ Ne consegue che la ritrattazione non sarebbe efficace nemmeno se il giudice del processo in cui la falsa dichiarazione è stata resa ne venisse a conoscenza e la utilizzasse ai fini della decisione²⁷⁶.

È possibile concludere – come sarà ribadito in seguito – che l'anima della ritrattazione sia la manifestazione del vero (non già la confessione della falsità commessa): l'obiettivo è il recupero della genuinità dell'elemento probatorio intaccato dalla falsa dichiarazione, recupero possibile solo attraverso l'espletamento del contraddittorio in riferimento a quello stesso elemento. Il luogo della ritrattazione non può che essere quello in cui l'elemento probatorio prende forma. In altri termini. “se il senso della disposizione fosse radicato nella semplice abiura, quest'ultima ben potrebbe esplicitarsi anche in altra sede; ma il suo significato più profondo è di essere co-funzionale alla tutela del contraddittorio, sicché deve esplicitarsi dove tale metodo è stato vulnerato (e, con esso, un elemento probatorio)”²⁷⁷

Da quanto detto finora – e a ulteriore conferma delle conclusioni esposte - discende l'irrelevanza degli esiti del procedimento per la falsità commessa. Rimane efficace la ritrattazione resa nel processo principale anche nel caso in cui il procedimento per il falso sia già concluso con una sentenza di condanna: essa sarà valutata nel giudizio di appello o in Cassazione²⁷⁸. L'opinione della dottrina prevalente²⁷⁹ propende per l'individuazione del

²⁷⁴ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 237.

²⁷⁵ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 238.

²⁷⁶ La dottrina è concorde: BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 238; DOMINIONI, *I limiti cronologici della ritrattazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 513; PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 566; AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 155; di diverso avviso LA CUTE G., voce *Falsa testimonianza*, in *Enc. Giur.*, vol XIII, Roma, 1989, p.8, che ammette la ritrattazione effettuata nel giudizio di falso.

²⁷⁷ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 239.

²⁷⁸ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 566.

²⁷⁹ DOLCE R., voce *Falsa perizia o interpretazione*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 526; PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 177; AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 155. Di contrario avviso BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 240. Secondo l'Autore, infatti, “Non v'è motivo per escludere che la ritrattazione possa costituire motivo di revisione della condanna irrevocabile per falso ex art. 630, comma 1, lett. c) c.p.p.; è evidente che sopravviene alla condanna (perché in caso contrario avrebbe spiegato i suoi effetti) e nel contempo dimostra che il condannato deve essere prosciolto a norma del combinato disposto 631 e 530 c.p.p.. Dalla prospettiva politico-criminale non si giustifica la privazione a danno del soggetto del beneficio premiale (e quindi dell'incentivo a ripristinare la verità) quando sia ancora possibile

limite del passaggio in giudicato della condanna per la falsità: oltre tale limite la ritrattazione non potrebbe più dispiegare alcun effetto premiale.

La norma prevede un altro requisito di efficacia: che la ritrattazione intervenga non oltre la chiusura del dibattimento²⁸⁰.

Il riferimento al limite cronologico della ritrattazione è stato modificato con l'art. 11, comma 5, del d.l. 8 giugno 1992, n. 306²⁸¹, che l'ha sostituito con la locuzione “non oltre a chiusura del dibattimento”, rifacendosi al contenuto della disposizione di cui all'art. 524 c.p.p.

Tale limite cronologico risponde, evidentemente, all'esigenza di eliminare la falsità prima che possa influenzare la decisione del giudice e cioè prima del consolidamento degli elementi di prova²⁸². Il che risulta perfettamente in linea con la natura e la *ratio* dell'istituto: la chiusura del dibattimento è l'ultimo momento utile per riparare la lesione al bene giuridico che, laddove il convincimento del giudice venisse corrotto dalla falsità del materiale probatorio su cui si fonda, diventerebbe definitiva.

L'art. 523, comma 6, c.p.p.²⁸³ stabilisce la possibilità per il giudice del dibattimento di interrompere la discussione per l'assunzione di nuove prove, laddove questo risulti assolutamente necessario. In questo caso permane la possibilità di ritrattare, poiché la discussione non si è ancora conclusa, trattandosi appunto di mera sospensione, e la chiusura del dibattimento non è ancora avvenuta.²⁸⁴

Può accadere che, dopo la fine della discussione, il giudice disponga l'acquisizione di nuove prove. La ritrattazione eventualmente avvenuta in questa sede è da ritenersi valida, dovendosi considerare tale provvedimento nella sostanza equivalente alla revoca di

nell'unico procedimento che rileva per la *ratio* del'istituto, cioè quello *a quo*; le sorti del procedimento *ad quem*, come visto, sono del tutto indifferenti per il teleologismo della ritrattazione”.

²⁸⁰ L'art. 524 c.p.p. individua la chiusura del dibattimento nel momento in cui il presidente del collegio o il giudice del Tribunale in composizione monocratica dichiara chiuso il dibattimento alla fine della discussione.

²⁸¹ L'originaria formulazione dell'art. 376 era la seguente: «Nei casi preveduti dagli artt. 372 e 373, il colpevole non è punibile se, nel procedimento penale in cui ha prestato il suo ufficio, ritratta il falso e manifesta il vero prima che l'istruzione sia chiusa con sentenza di non doversi procedere, ovvero prima che il dibattimento sia chiuso, o sia rinviato a cagione della falsità»

²⁸² PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 566.

²⁸³ Art. 523, comma 6, c.p.p.: «la discussione non può essere interrotta per l'assunzione di nuove prove, se non in caso di assoluta necessità. Se questa si verifica, il giudice provvede a norma dell'art. 507».

²⁸⁴ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 244 secondo il quale la ritrattazione potrebbe integrare proprio il caso di assoluta necessità che legittima l'interruzione della discussione e l'assunzione della nuova prova; PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 566.

quello di chiusura del dibattimento. Tanto che, infatti, successivamente all'assunzione delle nuove prove dovrà aver luogo la riassunzione delle conclusioni delle parti.²⁸⁵

È inoltre possibile la ritrattazione nel giudizio di appello qualora, ovviamente, in sede di appello sia disposta la riapertura del dibattimento, potrà esserci valida ritrattazione solo se l'autore della dichiarazione sia stato sentito per la prima volta in appello e non se abbia già depresso nel giudizio di primo grado. In quest'ultimo caso il termine cui si riferisce la norma sarebbe da individuare nella chiusura del dibattimento di primo grado²⁸⁶. Il che ha senso, giacché, ritenendo il contrario, si produrrebbe una dilatazione spropositata del termine per ritrattare, in contrasto con la *ratio* della norma.

La modifica normativa che ha individuato il termine per ritrattare nella chiusura del dibattimento, pur essendo stata introdotta assieme agli articoli 371 *bis* (False informazioni al pubblico ministero e 371 *ter* (False informazioni al difensore), mal si coordina con queste disposizioni e soprattutto con la previsione della sospensione del procedimento penale per la falsità di cui all'art. 371 *bis* c.p. La scelta del momento cronologico della chiusura del dibattimento è, evidentemente, tarata sul contenuto originario dell'art. 376 c. p., che richiamava i delitti di falsa testimonianza e falsa perizia o interpretazione²⁸⁷ e cioè le condotte di false dichiarazioni rese durante l'istruttoria dibattimentale. I reati di cui agli artt. 371 *bis* e 371 *ter*, invece, puniscono falsità avvenute in momenti anche molto distanti dall'istruttoria dibattimentale e “non necessariamente destinati a interferire su di essa”²⁸⁸.

Sembra doversi accogliere il rilievo di chi sostiene l'inadeguatezza di questo termine riguardo ai reati di false informazioni al pubblico ministero, favoreggiamento personale realizzato mediante mendacio alla polizia giudiziaria²⁸⁹ e false dichiarazioni al difensore²⁹⁰. La natura di queste fattispecie di reato è, infatti, tale da rendere possibile che essi siano commessi anche nelle fasi iniziali delle indagini preliminari. “onde il termine entro il quale è possibile realizzare una valida ritrattazione appare eccessivamente

²⁸⁵ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 244, secondo l'autore, infatti, “la ritrattazione si fonda e si forma [...] sulle prove”; così anche PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 567-568.

²⁸⁶ In questo senso PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 567-568; BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 244; DOLCE R., voce *Falsa perizia o interpretazione*, cit., p. 526 *contra* DI GIOVINE O., voce *Testimonianza (Falsità di)* in *Digesto disc. pen.*, XIV, 1999, p. 298.

²⁸⁷ Dello stesso avviso BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 245.

²⁸⁸ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 245.

²⁸⁹ Dell'estensione, operata dalla Corte costituzionale, della ritrattazione alle ipotesi del reato di favoreggiamento-mendacio si è già detto *supra*, al capitolo 2.

²⁹⁰ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 568.

ampio”²⁹¹; potendosi comunque verificare uno sviamento o un appesantimento delle indagini, causato dalla falsa dichiarazione.

Il tutto è, poi, accentuato dalla sospensione del procedimento per falso, prevista per i delitti di false informazioni al pubblico ministero e false informazioni al difensore. La ragione si rinviene nella necessità di raccogliere elementi probatori relativi alla falsità, cosa che – diversamente da ciò che attiene al reato di falsa testimonianza, dove il falso emerge dal confronto col materiale probatorio già acquisito al dibattimento – potrebbe richiedere più tempo nella fase delle indagini preliminari, laddove il quadro indiziario potrebbe essere ancora indefinito²⁹².

In dottrina²⁹³ si è rilevato che “l’eccessivo slabbramento del termine per ritrattare può francamente risultare criminogeno, o comunque eccessivamente sbilanciato nel favorire il reo”²⁹⁴. Se, da un lato, la sospensione del giudizio per la falsità evita che siano esercitate indebite pressioni sul dichiarante - come avveniva sotto la vigenza del c.d. arresto monitorio – è anche vero che questa, unita all’ampiezza del termine, finisce per rendere vano lo stimolo – determinato dall’impunità – che dovrebbe indurre l’autore del mendacio alla ritrattazione.

Sembrerebbe, in effetti, auspicabile, come rilevato da alcuni Autori²⁹⁵, una diversa previsione dei termini per la ritrattazione per i reati di falsa testimonianza e perizia interpretazione, rispetto agli altri reati di falso, per i quali sarebbe più appropriato individuare il termine nella chiusura delle indagini preliminari.

Con la modifica all’art. 376 c.p. a seguito dell’entrata in vigore del d.l. n. 306 del 1992, il legislatore si è limitato a eliminare dal testo della norma i riferimenti agli istituti

²⁹¹ PIFFER G., *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit., p. 567; PISA, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 296 e BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 245; l’Autore rileva, infatti, che “la possibilità di ritrattare il mendacio fino alla chiusura del dibattimento appare problematica, perché l’illecito potrebbe essere commesso al principio delle indagini preliminari, permanere e spiegare i suoi effetti nel corso delle stesse, radicarsi nelle determinazioni conclusive, propagarsi per tutto il dibattimento per essere neutralizzato solo *in limine* al suo termine, se non dopo per effetto degli artt. 523, comma 6, e 507 c.p.p.”.

²⁹² MOCCIA S. - SCHIAFFO F., voce *False informazioni al pubblico ministero*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma, 1996, p. 1; RANZATTO, *Non ritrattabili le dichiarazioni alla polizia giudiziaria non delegata dal pm*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1611.

²⁹³ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 246.

²⁹⁴ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 246, dello stesso avviso PIFFER G., *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit., p. 567; RANZATTO, *Non ritrattabili le dichiarazioni alla polizia giudiziaria non delegata dal pm*, cit., p. 1611.

²⁹⁵ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 246; ; PISA, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Modifiche al codice penale*, cit., p. 296; RANZATTO, *Non ritrattabili le dichiarazioni alla polizia giudiziaria non delegata dal pm*, cit., p. 1611.

divenuti incompatibili con il codice di rito introdotto nel 1988²⁹⁶. Il legislatore del '92 non ha fornito una disciplina in materia di ritrattazione per tutti i riti in cui manchi la fase dibattimentale.

Il problema non si pone riguardo ai riti speciali che prevedano la chiusura del procedimento in una fase prodromica al dibattimento. Quale può essere l'udienza preliminare: in questa sede potranno essere ascoltate le deposizioni che integrino la fattispecie di ritrattazione di dichiarazioni precedenti "poiché l'espressa previsione di un termine riferito alla fase dibattimentale, implica necessariamente che la ritrattazione è possibile anche nelle fasi a essa prodromiche"²⁹⁷. Trattasi di un caso di applicazione analogica *in bonam partem*, dovendosi escludere che l'applicabilità della ritrattazione possa essere negata sulla base del tipo di rito prescelto, discriminazione che risulterebbe senza dubbio irragionevole²⁹⁸.

Qualche perplessità potrebbe sorgere nell'ipotesi del giudizio abbreviato, in seguito alle modifiche apportate dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479 che, oltre ad aver reso obbligatorio il rito del giudizio abbreviato se richiesto dall'imputato, ha introdotto in capo al giudice il potere di assumere prove. Ciò implica che, avendo il giudice la facoltà di assumere dichiarazioni di testimoni, indagati o imputati in procedimento connesso, ci si debba interrogare sull'applicabilità dell'art. 376 alle deposizioni rese nel giudizio abbreviato²⁹⁹. In seguito alle modifiche legislative di cui si è detto, quindi, si deve concludere in senso positivo in merito all'applicabilità della ritrattazione, individuando il limite temporale nel momento di chiusura della discussione.³⁰⁰ Ciò considerando come tali modifiche abbiano accentuato le similitudini intercorrenti fra il giudizio abbreviato e quello dibattimentale, "in quanto entrambi realizzano una piena cognizione del merito del processo, sfociante in una sentenza, ed entrambe possono costituire sede di formazione della prova"³⁰¹.

Da ultimo: la ritrattazione tardiva (resa oltre il termine di cui all'art. 376, primo comma) potrà essere valutata ai fini dell'applicazione della circostanza attenuante prevista

²⁹⁶ Si trattava della chiusura dell'istruzione con sentenza di non luogo a procedere e del rinvio del dibattimento a cagione della falsità.

²⁹⁷ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 168, in argomento si veda anche ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 490.

²⁹⁸ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 152.

²⁹⁹ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 568.

³⁰⁰ Così AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 156; PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 569; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 388; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, cit., p. 380;

³⁰¹ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 569.

dall'art 62 n. 6³⁰². Con una notazione: a tal fine dovrà valutarsi la sussistenza dell'elemento soggettivo della spontaneità, di grado più intenso rispetto a quello della mera volontarietà, richiesto dall'art. 376.

2.4. *I requisiti di efficacia nel processo civile*

Qualche cenno al secondo comma dell'art. 376.

Questa parte della norma non ha subito alcuna modifica. La condizione di validità della ritrattazione del mendacio commesso nell'ambito di una causa civile è che sulla domanda giudiziale non sia ancora stata pronunciata sentenza definitiva, anche se non irrevocabile. La dottrina³⁰³ è unanime nel ritenere che l'espressione causa civile indichi qualsiasi procedimento diverso da quello penale. Con "sentenza definitiva" il legislatore ha voluto riferirsi alla sentenza che decida il merito della questione; poiché non è richiesto il requisito del passaggio in giudicato, tale espressione ricomprende la sentenza di primo grado, quella in grado di appello e quella emessa in sede di rinvio. La *ratio* è sempre la medesima: come contropartita dell'impunità si richiede la rimozione degli effetti del reato prima che questi possano causare un pregiudizio, anche se non definitivo, alla decisione del giudice³⁰⁴.

Anche in questo caso, come per la ritrattazione delle falsità commesse nell'ambito del procedimento penale, costituisce un limite cronologico, ai fini dell'efficacia, il passaggio in giudicato della sentenza di condanna per il reato di falso³⁰⁵.

A differenza del primo comma dell'art. 376 c.p., la disciplina della ritrattazione della falsità commessa nel processo civile, non prevede che essa debba avvenire all'interno dello stesso procedimento. Tuttavia si segnala un risalente orientamento³⁰⁶ – confermato dalla coeva giurisprudenza di legittimità – che riteneva implicito tale requisito e che quindi riteneva operante la stessa condizione anche per il secondo comma dell'art. 376. Le

³⁰² In questo senso AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 156; PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 570.

³⁰³ Per tutti: AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 154; PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 570; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 388; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, cit.; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale – Parte speciale*, cit., p. 457.

³⁰⁴ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 571.

³⁰⁵ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 572, di contrario avviso BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 248, per le ragioni già esposte *supra*, alla nota n. 40.

³⁰⁶ Si rinvia ai numerosi riferimenti, sia giurisprudenziali che dottrinali, citati in BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 250.

critiche a tale orientamento ponevano l'accento, in primo luogo, sul contrasto con il dato testuale³⁰⁷ e, in secondo luogo, sul fatto una simile posizione si basasse sulla confusione della sede della ritrattazione con il termine. Ciò come se il secondo comma dell'art. 376 con la locuzione “prima che sulla domanda sia pronunciata sentenza definitiva, anche se non irrevocabile” intendesse riferirsi a entrambe i requisiti che, d'altra parte, al primo comma sono però chiaramente distinti³⁰⁸.

L'orientamento opposto si basava sul tenore letterale della norma (che non prevede quel requisito) e sulla *ratio* della stessa, poiché la diversità della disciplina trova fondamento nella diversità di struttura dei processi civile e penale. Quest'ultimo finalizzato all'accertamento del reato e all'attuazione della conseguente pretesa punitiva dello Stato, l'altro diretto alla tutela d'interessi privati, attraverso una giusta composizione della controversia³⁰⁹. Ora la giurisprudenza, in accordo con la dottrina, è costante nel riconoscere piena validità anche alla ritrattazione avvenuta durante il procedimento penale riguardante la falsità commessa in sede civile³¹⁰.

3. *La condotta*

L'art. 376 c.p. subordina l'efficacia della ritrattazione al simultaneo ricorrere delle due fasi precise e distinte di cui si compone la condotta ritrattatoria: la ritrattazione del falso e la manifestazione del vero. Due elementi cumulativi ed essenziali, al fine dell'operare della causa di non punibilità³¹¹.

A tal fine non è sufficiente la semplice dichiarazione di aver mentito: non basta a far scattare la disciplina della ritrattazione che un soggetto dichiari di aver in precedenza detto il falso; tale condotta integra solo una parte di quella tipizzata dall'art. 376³¹². Ciò non comporta, ovviamente, che la ritrattazione del falso debba essere esplicita, ben potendo essere desunta dalla manifestazione del vero³¹³.

³⁰⁷ RUGGERO, voce *Falsa testimonianza*, cit., p. 527.

³⁰⁸ DOMINIONI, *I limiti cronologici della ritrattazione*, cit., p. 515.

³⁰⁹ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 248.

³¹⁰ Sul punto ampiamente PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 573; AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 152.

³¹¹ Così BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 289. L'Autore nota, infatti, come non si possa dubitare che la congiunzione “e”, che separa i due segmenti della condotta, imponga la concomitanza di tali ritrattazione e manifestazione”.

³¹² Così AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 149-150; nello stesso senso BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 293.

³¹³ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 148.

È espressamente richiesto dalla norma che alla confessione del mendacio segua, nel momento immediatamente successivo, un'altra condotta: la manifestazione del vero.³¹⁴ Nessuna efficacia di esclusione della punibilità, dunque, se l'ammissione di aver dichiarato il falso, o aver omesso il vero, non sia accompagnata, contestualmente, dalla rivelazione del vero³¹⁵: vi è l'obbligo, per beneficiare dell'impunità, di riferire tutti gli elementi di cui si è a conoscenza o, laddove si ignori il reale svolgimento dei fatti, di operare una rettifica puntuale delle precedenti dichiarazioni³¹⁶.

Quanto al primo segmento della condotta, la confessione di aver mentito, si è detto che non necessariamente deve essere esplicita. Tale condotta, tuttavia non può consistere in una vaga, nel senso di non univoca, smentita delle precedenti affermazioni, che si risolva nella mera messa in dubbio di quello che in precedenza era stato affermato come certo³¹⁷.

Lo stesso si dica per le “circostanze in cui il colpevole sostituisca solo parzialmente la dichiarazione mendace con quella vera, o in quelle in cui confessi la propria reticenza ma non manifesti il vero, od infine in quelle in cui sostituisca la falsa versione dei fatti con vaghe affermazioni”³¹⁸, quali l'aver smarrito il ricordo dei fatti a causa del trascorrere del tempo.

A questo punto ci si potrebbe chiedere cosa succederebbe se il falso testimone abbia dichiarato il falso ma non conosca nulla dei fatti, in particolare se questi possa ritrattare limitandosi a confessare che nulla sa. Ebbene, la risposta sembra debba essere affermativa, se si considera che, in effetti, l'affermazione di non sapere nulla corrisponde effettivamente al vero. Il soggetto ritratta le precedenti affermazioni e rivela che egli non è

³¹⁴ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 150; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 389; PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 564.

³¹⁵ Sulla questione riguardante la nozione di vero cui la norma fa riferimento, in particolare se debba trattarsi del vero oggettivo o di quello soggettivo (cioè quello che il dichiarante ritiene tale, pur non essendolo) si rimanda a quanto detto *supra*. Tale questione prende le mosse dalle riflessioni riguardo alla condotta che può integrare il reato di falsa testimonianza: se cioè si debba qualificare come tale la dichiarazione del soggetto che non sa di dire il falso, tuttavia, rende delle dichiarazioni che poi si rivelano essere difformi da ciò che realmente è accaduto.

³¹⁶ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 149.

³¹⁷ RUGGERO G., *Profilo sistematico della falsità in giudizio*, Napoli, 1974, p. 248 Secondo l'Autore la ritrattazione del falso “deve comportare il riconoscimento, diretto o indiretto, ma sempre univoco, della falsità, totale o parziale, di una precedente attestazione, e non esaurirsi nel rettificare dichiarazioni errate o colmare semplici dimenticanze”.

³¹⁸ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 150 all'Autore si rimanda anche l'indicazione degli estremi delle decisioni riguardo alla richiamata giurisprudenza. In dottrina si rimanda a FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 389, PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, cit., p. 280; ROMANO B., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, 2000, p. 126.

a conoscenza di elementi utili al processo, il che integra la condotta di manifestazione del vero, che non deve necessariamente essere di contenuto positivo, ma può anche consistere nell'affermazione di non essere in possesso di alcuna informazione. In questo modo la lesione all'interesse processuale della scoperta della verità è comunque rimossa, in conseguenza dell'eliminazione dal materiale probatorio delle false affermazioni rese in precedenza.

L'efficacia premiale della ritrattazione discende, dunque, non dalla confessione del mendacio commesso in precedenza, quanto, piuttosto, dall'idoneità della condotta ritrattatoria a rimuovere la falsità, ripristinando la veridicità del materiale probatorio introdotto nel processo penale³¹⁹.

La ritrattazione, dunque, condivide e conferma la finalità dei delitti presupposto: la tutela della genuinità del materiale probatorio che dovrà formare oggetto di valutazione da parte del giudice³²⁰. Essa, è norma posta a tutela del il primo dei due momenti processuali della formazione della prova e dell'utilizzo del suo contenuto da parte del giudice per giungere al proprio convincimento³²¹. Se fosse, infatti, sufficiente la sola confessione del falso e, dunque “la mancata utilizzazione della prova nella formazione del convincimento impedisse la lesione tipica del diritto, il tempestivo riconoscimento del falso, escludendo la testimonianza incriminata dall'insieme degli elementi probatori, dovrebbe da solo condurre alla non punibilità. Così non è per la disciplina della ritrattazione per la quale è richiesta anche la manifestazione del vero. Il non scaturire la non punibilità dalla mancata lesione del secondo momento dell'attività giudiziaria prova, quindi, che non è esso l'essenziale oggetto della tutela”³²².

Ciò detto, si può apprezzare il ruolo fondamentale, se non addirittura necessario, che la ritrattazione riveste all'interno del sistema dei delitti contro l'amministrazione della giustizia³²³. La ritrattazione assolve, infatti, due funzioni: quella, di carattere pragmatico, di rafforzare la tutela del bene giuridico leso dal mendacio giudiziale e quella di carattere

³¹⁹ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 295, l'Autore fa notare che “la struttura della ritrattazione appare quindi imperniata sul requisito oggettivo, più che su quello soggettivo; o meglio, trova la sua *ratio* in siffatto requisito, perché quello soggettivo da se non è in grado di motivare la concessione della non punibilità al reo”.

³²⁰ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 295.

³²¹ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 296.

³²² RUGGERO G., voce *Falsa testimonianza*, cit., p. 535-536.

³²³ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 296. Alla stessa conclusione giunge LA CUTE G., voce *Falsa testimonianza*, cit., 1989, p. 10.

politico-criminale di contribuire a chiarire l’oggettività giuridica dei delitti di false dichiarazioni³²⁴

4. *L’elemento soggettivo*

Si è già detto come, per la sua efficacia, la disciplina della ritrattazione non richieda il requisito psicologico della spontaneità. È dunque sufficiente che le condotte di ritrattazione abbiano il requisito della volontarietà, nel senso di assenza di coercizione. A nulla rilevano, quindi, le personali motivazioni che spingono il soggetto a ritrattare. Il che significa che la tipicità di tali condotte sussiste, sicuramente, nella circostanza in cui la ritrattazione sia la conseguenza di un effettivo pentimento dell’autore del mendacio, ma anche nell’ipotesi in cui essa sia finalizzata esclusivamente a evitare una possibile condanna per le falsità commesse o sia la conseguenza di reiterate pressioni dell’autorità giudiziaria³²⁵.

Il contenuto del concetto di volontarietà è senz’altro da riferirsi al requisito psichico minimo, richiesto dall’art. 42, che deve sussistere per poter riferire – sul piano oggettivo – un’azione ad un soggetto, in altre parole la *suitas* della condotta. Il concetto di spontaneità contiene un elemento in più: “implica la libera determinazione del soggetto, in assenza di vincoli o stimoli esterni, alla condotta medesima; la seconda implica la prima, ma non viceversa”³²⁶.

L’assenza del requisito della spontaneità, quale indice di pentimento, emerge chiaramente dal dato testuale dell’art. 376 c.p., se confrontato con la descrizione della condotta che integra la circostanza attenuante riportata nella seconda parte del n. 6 dell’art. 62 c.p.³²⁷, laddove tale requisito è esplicitamente richiamato. Il che significa che, perché possa darsi efficacia di circostanza attenuante a un generico comportamento riparatorio (quale quello tipizzato dall’art. 62 n. 6 c.p.), la legge richiede il più intenso elemento psicologico della spontaneità. Perché, invece, possa darsi efficacia alla ritrattazione,

³²⁴ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 297.

³²⁵ Così AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 96; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, cit., p. 475, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit.p. 478; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, cit., p. 382; ROMANO B., *Delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit., p. 126, RUGGERO G., voce *Falsa testimonianza*, cit., p. 537; BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit. p. 291.

³²⁶ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 291

³²⁷ Tale condotta consiste, infatti, ne “l’essersi prima del giudizio e fuori del caso preveduto nell’ultimo capoverso dell’articolo 56, adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato”.

fattispecie con effetto escludente la punibilità, la legge si accontenta del più blando, e diverso, elemento della volontarietà. Ciò è prova della fondamentale importanza che i compilatori hanno voluto assegnare al bene giuridico tutelato: la ricerca della verità, lo scopo primo del processo penale³²⁸. In altri termini: la rimozione dell'offesa al bene giuridico tutelato dall'incriminazione del falso processuale è d'importanza maggiore rispetto a quello di fornire una risposta punitiva nei confronti dell'autore del mendacio.

L'irrelevanza della spontaneità, tuttavia, ha anche un fondamento di carattere pratico. Si pensi, in via esemplificativa al falso testimone – ma tale ragionamento può essere applicato a tutti i reati ritrattabili-. Il soggetto chiamato a rendere dichiarazione davanti al giudice è certamente consapevole della rilevanza penale di un'eventuale falsità, se non altro perché, a mente dell'art. 496, comma 2, c.p.p., prima di rendere la dichiarazione è avvertito dell'obbligo penalmente sanzionato di dire la verità. Non solo, secondo il disposto dell'art. 207, comma 1, c.p.p., se nel corso dell'esame un testimone rende dichiarazioni contraddittorie, incomplete o contrastanti con le prove già acquisite, il presidente o il giudice glielo fa rilevare rinnovandogli, se del caso, l'avvertimento previsto dall'articolo 497 comma 2. Può senz'altro avvenire, quindi, che la ritrattazione sia “psicologicamente motivata dal solo scopo di evitare l'incriminazione”³²⁹. Sarebbe paradossale pretendere il requisito della spontaneità per la validità della ritrattazione operata dal teste ammonito ex art. 496, comma 2, c.p.p. o dell'art 207, comma 1, c.p.p. Ciò porterebbe a dover concludere per l'insussistenza della ritrattazione in tutte le situazioni appena descritte, frustrando, di fatto, la finalità della norma³³⁰.

Il contenuto del requisito della volontarietà si chiarisce pensando al modo in cui in passato questo è stato spesso frustrato dalla pratica del c.d. arresto monitorio. Il vecchio codice di procedura penale, all'art. 236, prevedeva l'arresto in aula del teste, perito o interprete qualora si ritenesse avessero detto il falso o fossero reticenti. Questa possibilità era spesso sfruttata dall'autorità giudiziaria al fine di esercitare pressioni sul dichiarante e costringerlo a ritrattare. Poteva accadere che la persona arrestata, per timore di essere incriminato e per riacquistare la libertà, ritrattasse pur avendo dichiarato il vero che, in qual momento, aveva l'apparenza di essere falso.

³²⁸ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 151.

³²⁹ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p.565; concordi anche PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., p. 130, BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 292.

³³⁰ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 292.

L'art. 476, comma 2, del codice di procedura penale ora vigente pone il divieto di “arresto del testimone in udienza per reati concernenti il contenuto della deposizione”. Il soggetto chiamato a rendere dichiarazioni, dunque, non è più soggetto al timore di essere sottoposto a restrizione della libertà personale qualora, accusato di aver reso una falsa dichiarazione, non ritratti immediatamente. Cosa che costituiva prassi frequente durante la vigenza del precedente codice di rito³³¹.

5. I nodi irrisolti

5.1. La natura giuridica della ritrattazione

Le ricostruzioni dogmatiche che si sono avvicinate riguardo alla ritrattazione sono molteplici, a testimonianza del carattere particolarmente complesso e sfuggente di questo istituto.

Va ricordato che molti dei dubbi ancora oggi presenti nel dibattito dottrinale risalgono alla precedente impostazione dogmatica, affermata durante la vigenza del codice Zanardelli³³². A oggi, invero, tale impostazione non è più ammissibile, giacché incompatibile con la lettera del codice vigente, giova tuttavia farne qualche cenno, dal momento che, con tutta probabilità, è proprio l'abitudine a ragionare secondo categorie ormai superate a rendere ancora oggi controversa la questione, anche se, certamente, in diversi termini.

Nel sistema penale previgente, infatti, la ritrattazione era annoverata tra le condizioni di procedibilità³³³. Già il codice di rito del 1930 aveva precluso questa interpretazione prevedendo l'immediata procedibilità per i delitti di falso di cui all'art. 376 c.p., al punto da prevedere anche la possibilità di arresto in udienza e la sottoposizione a giudizio immediato in questi stessi casi.

Ulteriore conferma dell'attuale impraticabilità di questa teoria è data dall'art. 50, comma secondo, dell'attuale codice di rito, che, individuando il criterio base dell'esercizio

³³¹ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 151; BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 292.

³³² Si rimanda, per le indicazioni bibliografiche, ad AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 161, e a BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 332.

³³³ Non vi era unanimità in argomento, ma la giustificazione di questa impostazione era indicata nell'art. 256 del codice di procedura penale del 1913, che disponeva il divieto di procedere “contro il testimone sino a quando a norma della disposizione dell'art 216 c.p. poteva essere fatta la ritrattazione”.

dell'azione penale nell'officialità, stabilisce che a esso si può derogare solo ed esclusivamente quando sia “necessaria la querela, la richiesta, l'istanza o l'autorizzazione a procedere”. I recenti interventi legislativi, che hanno introdotto cause di sospensione del procedimento per i reati di false informazioni al pubblico ministero e false informazioni al difensore, non lasciano comunque adito al recupero di una simile impostazione. I termini previsti da queste fattispecie, infatti, non coincidono con quelli concernenti l'efficacia della ritrattazione. Non può dunque essere ravvisato alcun nesso fra la procedibilità per questi reati e il termine previsto per la ritrattazione³³⁴.

5.1.1. *La ritrattazione come causa estintiva del reato o della pena: applicabilità dell'art. 182 c.p.*

Una volta stabilita la natura sostanziale dell'istituto, la dottrina ha però elaborato le più varie teorie in merito al suo inquadramento dogmatico³³⁵. Attualmente il panorama dottrinale si divide fra due diverse ricostruzioni: la ritrattazione come causa estintiva del reato o come causa di non punibilità sopravvenuta³³⁶.

Il fulcro della riflessione riguarda quindi la scelta rispetto a due possibili soluzioni: se la ritrattazione costituisca una causa estintiva del reato o una causa di non punibilità in senso stretto. Dalla presa di posizione rispetto a una di queste alternative discende, quale logica conseguenza, la disciplina applicabile alle ipotesi di concorso in uno dei reati presupposto.

Un orientamento piuttosto risalente³³⁷ faceva rientrare la ritrattazione nell'ampia categoria delle cause di non punibilità in senso lato, che annovera al suo interno le cause di non punibilità in senso stretto e le cause estintive del reato e della pena, senza operare fra

³³⁴ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p.463, dello stesso avviso BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 334; AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 174-175; MASTROJENI M. *L'estensione della ritrattazione all'istigatore tra cause di non punibilità e disciplina della partecipazione criminosa*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2003, p 1483; ROMANO B., *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: l'aspetto etico del diritto penale ed i confini della subornazione*, cit., p. 1921.

³³⁵ Per una ricostruzione completa si veda BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 335. L'Autore analizza e critica le soluzioni proposte dalla dottrina più risalente: chi ravvisava nella ritrattazione un limite alla tipicità dei delitti presupposto, chi una causa di sospensione di questi ultimi ovvero una causa di sospensione della punibilità, chi, ancora, una condizione incidente sull'intensità del dolo o sulla capacità a delinquere, ovvero una emenda o ravvedimento operoso del reo.

³³⁶ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 349.

³³⁷ Si vedano, per tutti, PANNAIN R., *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 1950, p. 234 e la più recente posizione di ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 467.

esse alcuna distinzione di sorta.³³⁸ Una tale presa di posizione, invero, si fondava sulla pretesa inammissibilità della categoria delle cause di esclusione della punibilità in senso stretto come insieme autonomo, poiché ritenuta confliggente con il principio, un tempo ritenuto insuperabile, *nullum crimen sine poena*³³⁹.

Le ragioni alla base di questa posizione si basano proprio sugli effetti tipici delle cause di estinzione della punibilità, che sono, appunto, quelli di far venir meno quest'ultima in presenza di un reato già commesso. Il che è proprio quello che succede nel caso della ritrattazione. A dire il vero questo modo di argomentare suona un po' tautologico. Tuttavia, vi è un altro ordine di motivi a sostegno di questa tesi: la ritrattazione è riconducibile ai casi di ravvedimento operoso *post patratum crimen*, trattasi quindi di una delle ipotesi cui il legislatore riconduce l'estinzione della punibilità per ragioni di politica criminale³⁴⁰.

Ebbene, secondo questa soluzione, che assimila le categorie della non punibilità e dell'estinzione della pena e del reato, alla ritrattazione si dovrebbero applicare le norme che disciplinano quest'ultima categoria. In particolare, quanto alla disciplina dell'efficacia della ritrattazione rispetto ai concorrenti, la norma applicabile sarebbe quella all'art. 182³⁴¹ c.p.

Se dovesse concludersi per l'applicazione di questa norma, verrebbe meno anche la necessità di interrogarsi intorno alla natura oggettiva o soggettiva della ritrattazione, in quanto l'argomentare in un senso o nell'altro non farebbe alcuna differenza: non potrebbe comunque configurarsi la possibilità di estensione ai correi. Ciò perché, essendo lo stesso art. 182 c.p. a stabilire che mai, a meno che non sia diversamente previsto, i concorrenti possono beneficiare di una causa di estinzione che non sia a loro riferita. Ne consegue dunque che, secondo questa impostazione, la ritrattazione non ha efficacia rispetto all'istigatore poiché il legislatore, se così avesse voluto, l'avrebbe espressamente previsto all'art. 376 c.p.

³³⁸ Delle cause estintive in senso lato si dirà ampiamente *infra*, al capitolo quinto.

³³⁹ Anche per questo aspetto si rimanda a quanto verrà detto in seguito al, capitolo quinto.

³⁴⁰ Così ROMANO B., *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: l'aspetto etico del diritto penale ed i confini della subornazione*, cit., p. 1912. Di questa categoria facevano parte il c.d. matrimonio riparatore (cioè l'istituto del *subsequens matrimonium*) tra l'autore del reato e la persona offesa nei delitti contro la libertà sessuale, o di corruzione o sottrazione consensuale di minorenni, o di sottrazione di persona incapace (artt. 544, 573, ultimo comma, 574, ultimo comma c.p., oggi abrogati).

³⁴¹ Questo il contenuto della norma: “(Effetti delle cause di estinzione del reato o della pena). Salvo che la legge disponga altrimenti, l'estinzione del reato o della pena ha effetto soltanto per coloro ai quali la causa di estinzione si riferisce”.

5.1.2. *La ritrattazione come causa di non punibilità in senso stretto*

Dell'esistenza della categoria delle cause di esclusione della punibilità in senso stretto si darà conto in seguito, cercando di analizzare gli argomenti che ne dimostrano la consistenza dogmatica e l'autonomia rispetto alle ipotesi in cui alla commissione del reato non segua l'applicazione della sanzione penale.

Ebbene, la ritrattazione sembra rientrare proprio in questa categoria. In primo luogo perché, come si vedrà, una delle caratteristiche delle cause di non punibilità in senso stretto è proprio quella di intervenire su un reato perfetto, cioè integrato in tutti i suoi elementi. Rispetto al soddisfacimento di questo requisito, non lascia dubbi il riferimento normativo, operato dall'art. 376 c.p. al "colpevole".³⁴² Di talché, è possibile escludere l'appartenenza della ritrattazione alla categoria delle cause di esclusione del reato.

Allo stesso modo è da escludersi la qualificazione in termini di causa estintiva del reato o della pena. È pur vero che la ritrattazione ha in comune con questa categoria il fatto di sopraggiungere in seguito alla commissione del reato. Tuttavia si differenzia da queste in ragione della *ratio* della non punibilità, che è di natura premiale. Il fondamento della ritrattazione (e delle altre ipotesi premiali) è "l'avvenuta tutela *in extremis* del bene protetto leso dalla precedente condotta criminosa e non, come invece avviene per le cause di estinzione del reato o della pena, il semplice venir meno dell'interesse statale alla persecuzione di una condotta rispetto alla quale può essere già intervenuta una sentenza di condanna definitiva"³⁴³.

L'intervento di una causa di non punibilità in senso stretto, inoltre, presuppone l'accertamento del reato in tutte le sue componenti³⁴⁴. Tanto che il giudice, qualora rilevi la presenza di una causa estintiva, è tenuto a dichiararne la sussistenza senza più doversi soffermare sulla questione della sussistenza del reato. Per poter decidere relativamente all'intervento di una causa di non punibilità, invece, deve preventivamente accertare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del reato³⁴⁵. E di nuovo, a tal proposito, il riferimento dell'art. 376 c.p. al "colpevole", non sembra lasciare spazio a obiezioni rispetto all'appartenenza della ritrattazione alla categoria delle cause di non punibilità in senso stretto.

³⁴² Così anche AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 181.

³⁴³ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 182.

³⁴⁴ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 332.

³⁴⁵ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 182.

Ancora: le cause di non punibilità in senso stretto, a differenza di quelle estintive³⁴⁶, sono soggette, quanto alla loro efficacia, a un termine perentorio³⁴⁷. Tali limiti temporali, si ricorda, hanno la ben precisa funzione di far sì che “non si perda quella specifica connessione con la minaccia iniziale, facendo apparire il contegno successivo del reo come una forma di osservanza tardiva (ma pur sempre idonea) della norma violata”³⁴⁸. Un ulteriore elemento, questo, a conferma dell’appartenenza della ritrattazione a questa categoria.

5.2. *La ritrattazione e il concorso di persone nel reato. La questione dell’estensibilità ai concorrenti*

Una volta accolta la teoria dell’estraneità della ritrattazione alle cause di estinzione del reato e della pena e la sua appartenenza alle cause di esclusione della sola punibilità, torna a essere rilevante la qualificazione della stessa a proposito della sua dimensione oggettiva o soggettiva³⁴⁹. Il che rileva al fine di individuare la disciplina applicabile nelle ipotesi di concorso di persone.

Il nodo problematico sorge in tutte le ipotesi in cui si verifichi un concorso di persone nella commissione di uno dei reati presupposto che diviene successivamente non punibile in seguito all’intervento della ritrattazione. Una simile situazione pone tre ordini d’interrogativi: se la ritrattazione possa estendersi al concorrente morale³⁵⁰, “la rilevanza penale della condotta del concorrente, a fronte della non punibilità dell’autore materiale del

³⁴⁶ Anche le cause estintive possono, in taluni casi, essere sottoposte a un termine. Tale termine, tuttavia, si differenzia da quello previsto dalle cause di non punibilità in senso stretto in punto funzione, potendo essi intervenire (ad eccezione, per la verità, dell’oblazione) anche dopo un lungo lasso di tempo dalla commissione del reato.

³⁴⁷ Della funzione del termine cui sono soggette le cause di non punibilità in senso stretto, si veda ampiamente *infra* al capitolo quinto.

³⁴⁸ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 205

³⁴⁹ In proposito BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 332, rileva, infatti, che “Nell’approccio a questi temi si potrebbe incorrere in un gravissimo errore metodologico, consistente nel ritenere una corrispondenza biunivoca tra inquadramento dogmatico della ritrattazione e natura oggettiva o soggettiva della causa di non punibilità. La denunciata prospettiva induce a concludere che, ritenuta la ritrattazione una causa estintiva, debba avere natura oggettiva e conseguentemente debba estendersi a tutti i concorrenti; al contrario, prescelta la natura di causa di non punibilità, la ritrattazione avrebbe natura soggettiva e per ciò stesso ristretta al suo solo autore materiale”.

³⁵⁰ Per descriver con maggior chiarezza i termini della questione, si consideri che, poiché i reati presupposto sono tutti rientranti nella categoria dei reati propri, “il problema dell’estensibilità si risolve, dunque, nel problema dell’ampliamento dell’impunità al soggetto privo della qualifica soggettiva e concorrente morale nel delitto – presupposto, non essendo ipotizzabile una forma di concorso materiale nei reati dichiarativi”. Così BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 421.

mendacio per intervenuta ritrattazione³⁵¹; se il concorrente morale possa egli stesso ritrattare il mendacio commesso da altro soggetto.

La questione se gli effetti della ritrattazione possano estendersi in capo al concorrente morale nel reato di falso è argomento complesso e lungamente dibattuto in dottrina e giurisprudenza³⁵².

La soluzione al quesito dipende necessariamente dalla presa di posizione in merito alla natura oggettiva o soggettiva della causa di non punibilità in parola e al suo inquadramento dogmatico. Le posizioni assunte da dottrina e giurisprudenza sull'argomento sono - e sono state - le più varie.

5.2.1. *Natura soggettiva*

Una delle impostazioni dottrinali ritiene che la ritrattazione operata dall'autore materiale della falsità non possa emanare i suoi effetti all'istigatore. All'interno di tale inquadramento, c'è chi ritiene se ne debba porre a fondamento l'art.182 c.p. e concludere, di conseguenza, per l'inapplicabilità della ritrattazione al concorrente istigatore, poiché avrebbe effetto solo in capo al ritrattante.³⁵³ Altra impostazione arriva alla medesima conclusione nel ritenere inefficace la ritrattazione per il concorrente istigatore, ma l'argomentazione si basa su richiamo all'art 119³⁵⁴ c.p. Ciò poiché, ritenendo essere la ritrattazione una causa di esclusione della pena di natura soggettiva, questa avrà efficacia solo nei confronti del ritrattante³⁵⁵. Tuttavia, in entrambe le ricostruzioni si ammette

³⁵¹ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 419;

³⁵² BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 419; cui si rimanda per una disamina completa dei problemi brevemente esposti. In questa sede ci si limiterà ad affrontare le questioni più strettamente connesse all'oggetto dell'indagine.

³⁵³ Così ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 378.

³⁵⁴ Art. 119: “(Valutazione delle circostanze di esclusione della pena). 1. Le circostanze soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono. 2. Le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato”.

³⁵⁵ Questa l'opinione di PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 367. L'Autore ritiene che, in base alla disciplina del concorso di persone nel reato, è possibile una differente ascrizione di responsabilità penale ad ogni singolo concorrente per un diverso fatto; di qui la possibilità che alcuno dei soggetti risponda per quel fatto ed altri no. Tuttavia, le norme sul concorso di persone non indicano quali siano i criteri in base ai quali stabilire se una causa di non punibilità sia efficace per tutti i concorrenti o meno. Per questo, ritiene l'autore, l'unico criterio ammissibile è quello riconducibile al nesso con la condotta dei singoli compartecipi: sono quindi da considerarsi oggettive le cause di non punibilità la cui “struttura sia tale da investire la condotta di tutti i compartecipi”; al contrario, saranno oggettive “quando esse riguardino la condotta di alcuni soltanto”. Ne consegue che “la ritrattazione non gioverà al concorrente, e neanche all'istigatore, se questi sia rimasto passivo o addirittura abbia insistito per evitare la ritrattazione. Se, invece il concorrente ha esercitato pressioni su teste ecc. per ottenere la ritrattazione, l'effetto benefico di questa si estenderà anche a lui”.

l'estensibilità della ritrattazione ai correi, laddove essi l'abbiano sollecitata; delineando un sorta di concorso nella ritrattazione.

La giurisprudenza fu pressoché unanime nell'accogliere questo orientamento, per lo meno fino agli anni ottanta³⁵⁶. Le ragioni si basavano sulla qualificazione della ritrattazione come circostanza di esclusione della punibilità di carattere soggettivo, in quanto strettamente connessa e indice di un particolare stato soggettivo dell'agente: il ravvedimento. Le motivazioni alla base di tale orientamento emergono chiaramente in una sentenza della III sezione della Corte di Cassazione del 1957³⁵⁷: "L'art. 376 c.p. eleva - per ragioni di politica criminale, intese a favorire l'accertamento giudiziario della verità - a causa di non punibilità la ritrattazione, che altrimenti costituirebbe una circostanza attenuante comune: la sua natura è quella stessa della circostanza di cui all'art. 62 n. 6 c.p. e come questa essa ha fondamento in un impulso psichico che, determinato il ravvedimento, induce il reo alla riparazione. Quale esplicazione di un intimo atteggiamento della coscienza, che determina una condizione psicologica del colpevole, essa ha carattere squisitamente soggettivo e perciò, a norma dell'art. 119, comma 1 c.p., ha effetto soltanto riguardo alla persona cui si riferisce. Sotto altro profilo la ritrattazione va considerata circostanza soggettiva, in quanto concerne una qualità personale del colpevole, che deve essere persona la quale ha prestato il suo ufficio in un procedimento penale o civile in qualità di testimone, perito o interprete".

Ad ogni modo, la tesi soggettiva è stata sostenuta sulla scorta del dato normativo desumibile dal combinato disposto degli artt. 119 e 70 c.p. Il testo dell'art. 119 c.p. si riferisce a "circostanze di esclusione della pena", di qui il preteso richiamo all'art. 70 c.p., che riporta un elenco di quelle oggettive e soggettive. La tesi in parola è stata motivata, nel tempo, ricorrendo ad argomentazioni diverse, ma tutte riferibili all'art. 70, comma 1, n. 2 c.p.³⁵⁸

Secondo l'orientamento più antico la ritrattazione è ricondotta alla categoria dell'intensità del dolo: dato che emergerebbe non solo nel corso della commissione del reato, ma anche dal comportamento successivo. Tuttavia, sembra non lasciare spazio a

³⁵⁶ Per un'ampia indicazione delle decisioni in materia si veda PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 456; BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 431.

³⁵⁷ Cass., Sez. III, 28 marzo 1957, con nota di GRANATA L., *La ritrattazione nella falsa testimonianza e la impossibilità giuridica di estensione ai correi*, in *Giust. Pen.*, 1957, II, c. 718. E con nota di SELLAROLI G., *Natura della ritrattazione ed estensione della impunità al concorrente nel delitto di falsa testimonianza. Estensione della ritrattazione al subornatore (art. 376 c.p.)*, in *Giust. pen.*, 1959, c. 496.

³⁵⁸ MASTROJENI M., *L'estensione della ritrattazione all'istigatore tra cause di non punibilità e disciplina della partecipazione criminosa*, cit., p. 1479.

ulteriori obiezioni il rilievo per cui, ai fini della valutazione dell'intensità del dolo, sono ininfluenti i comportamenti successivi al momento consumativo e per questo estranei all'esecuzione dello stesso³⁵⁹.

Un altro orientamento, ben esemplificato dal passo della sentenza citato in precedenza, riconduceva la natura soggettiva della ritrattazione alla sua affinità con l'art. 62, n. 6 c.p. Tuttavia, l'accento posto sulla componente di ravvedimento non appare convincente: la ritrattazione non richiede, a differenza della circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 6 c.p., il requisito della spontaneità, potendo il soggetto essere spinto anche da un mero calcolo di convenienza. Di qui l'ininfluenza dell'eventuale pentimento del soggetto che pone in essere la ritrattazione.³⁶⁰

In conclusione: la teoria soggettiva non sembra convincente per una serie di ragioni.

Partendo dal riferimento al dato normativo, si deve notare come nell'art. 376 non sia presente alcun riferimento a un requisito di tipo soggettivo: l'atteggiamento psichico dell'autore è assolutamente indifferente ai fini di applicazione della norma. Il che vale anche a escludere, come si è detto, la tesi relativa all'affinità con l'art. 62 n.6 c.p.³⁶¹ Nessun riferimento alla spontaneità né ad altro stato soggettivo, è sufficiente la volontarietà della condotta di ritrattazione, dato minimo per far discendere della conseguenze dal comportamento di un soggetto.

Per quanto concerne il richiamo all'art. 70³⁶², comma secondo, c.p., le argomentazioni non sembrano avere fondamento normativo. Ne è privo il richiamo all'intensità del dolo, giacché trattasi di aspetto inerente al momento della consumazione del reato, per nulla influisce sulla valutazione di questo dato la condotta susseguente al reato³⁶³. Allo stesso modo non sembra pertinente il richiamo all'altro elemento richiamato dall'art. 70 c.p.: le "condizioni o qualità personali del colpevole". La qualifica soggettiva richiesta dai reati richiamati dall'art. 376 c.p., rileva solo e soltanto ai fini della qualificazione del fatto come integrante una delle fattispecie da questi delineate. La non

³⁵⁹ SELLAROLI G., *Natura della ritrattazione ed estensione della impunità al concorrente nel delitto di falsa testimonianza*, cit., p. 496.

³⁶⁰ MASTROJENI M. *L'estensione della ritrattazione all'istigatore tra cause di non punibilità e disciplina della partecipazione criminosa*, cit., p. 1479.

³⁶¹ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 214.

³⁶² Art. 70 c.p. dispone al comma 2 che: "sono circostanze soggettive quelle che concernono la intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti fra il colpevole e l'offeso, ovvero che sono inerenti alla persona del colpevole".

³⁶³ Così AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 215; SELLAROLI G., *Natura della ritrattazione ed estensione della impunità al concorrente nel delitto di falsa testimonianza*, cit., p. 476; MASTROJENI M. *L'estensione della ritrattazione all'istigatore tra cause di non punibilità e disciplina della partecipazione criminosa*, cit., p. 1479.

punibilità, si deve ribadire, è connessa agli effetti di elisione dell'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma violata, non certo, in questo caso, alla qualifica soggettiva ricoperta dal ritrattante.³⁶⁴ Altra conferma di quanto detto finora è data dalla totale irrilevanza della ritrattazione resa dopo lo spirare dei termini previsti all'art. 376 c.p., se il legislatore avesse voluto attribuire un qualche rilievo al pentimento del ritrattante non avrebbe previsto dei limiti così rigidi³⁶⁵.

La propensione ad accogliere la tesi della natura oggettiva della ritrattazione si fonda, inoltre, sulla sua “attitudine a incidere sul piano dell'offesa”³⁶⁶. La ritrattazione appare, infatti, intimamente connessa alla tutela del bene giuridico protetto dai delitti presupposto. D'altra parte è difficile ritenere che essa costituisca circostanza connessa a una qualità personale del colpevole, non essendo l'art. 376 c.p. “imperniato sulla qualità di testimone del reo, ma sull'attività dallo stesso prestata”³⁶⁷.

5.2.2. *Natura oggettiva*

Alle conclusioni appena esposte perviene l'orientamento che vede nella ritrattazione una causa di non punibilità di natura oggettiva. La prima sentenza della Corte di Cassazione a sposare questo orientamento, che in precedenza non aveva mai avuto nessun riscontro giurisprudenziale, risale al 1980³⁶⁸. La natura oggettiva della causa di non punibilità in esame si fonda sulle seguenti argomentazioni: “la ritrattazione presuppone la semplice volontarietà e non anche quella spontaneità, che invece l'art. 62 n. 6 c.p. richiede in situazioni affini; non è perciò di per sé indicativa di qualità personali del reo, ma di semplice e forse momentaneo ravvedimento, talvolta ben poco meritevole di essere premiato perché provocato dalle ammonizioni reiterate del giudice o addirittura dall'arresto provvisorio oppure da un calcolo di convenienza del tutto contingente e di effetto momentaneo”³⁶⁹. Ancora: dovendosi qualificare la ritrattazione quale causa di

³⁶⁴ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 215.

³⁶⁵ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 216.

³⁶⁶ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 432.

³⁶⁷ Nota, infatti, BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 433, che “la qualificazione della ritrattazione come causa di non punibilità sopravvenuta ma soprattutto la valorizzazione della sua attitudine a incidere sul piano dell'offesa inducono la dottrina prevalente a ritenere estensibile l'art. 376 c.p. a tutti i concorrenti”.

³⁶⁸ Cass., Sez. III, 10 marzo 1980, in *Cass. pen.*, 1981, Orsolini p.1013. Per un resoconto cronologico della giurisprudenza in materia di ritrattazione, e per i relativi riferimenti, si vedano AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 216 e PIFFER G., *I delitti contro 'amministrazione della giustizia*, cit., p. 479.

³⁶⁹ Cass., Sez. III, 10 marzo 1980, cit.

esclusione della punibilità in senso stretto, in particolare deve essere collocata, fra queste, nel novero di quelle che attengono “all’oggetto del reato, la natura di esso e il danno arrecato e tempestivamente rimosso”³⁷⁰. Essa, inoltre, attiene al profilo oggettivo “in modo ben più qualificante e decisivo di quanto attenga al soggetto da cui proviene l’atto, cioè alle qualità personali del colpevole. In virtù della tempestiva ritrattazione e della manifestazione del vero, infatti, il bene tutelato – il giusto processo: corretto e tempestivo - non subisce il danno temuto. Se ne desume perciò la connaturale e necessaria estensione degli effetti estintivi al correo (istigatore)”³⁷¹.

Stante la molteplicità di soluzioni proposte, sia in dottrina che in giurisprudenza, e il contrasto di orientamenti giurisprudenziali avvenuto con la sentenza del 1980 di cui si è detto. Si è reso necessario l’intervento delle Sezioni Unite della corte di Cassazione³⁷².

La Suprema Corte prende le mosse da una premessa di carattere dogmatico, stabilendo che la ritrattazione non va ricompresa nella categoria delle cause di estinzione del reato o della pena, di qui l’inapplicabilità dell’art 182 c.p. Essa è da ritenersi appartenente alla categoria delle cause di esclusione della pena di carattere oggettivo, per questo soggetta alla disciplina dell’art. 119 c.p., norma generale in materia di valutazione delle circostanze di esclusione della pena in caso di concorso di persone nel reato. In particolare la ritrattazione, afferma la Corte, “ha natura sicuramente oggettiva, e pertanto ricade nell’ambito di applicazione del capoverso dell’art. 119 c.p.”³⁷³ Siffatto inquadramento della ritrattazione “è evidenziato dalla sua stessa natura e dalle finalità che sono alla base della sua configurazione da parte del legislatore”³⁷⁴, poiché essa “si risolve in un impedimento volontario, ma non necessariamente spontaneo, del danno o del pericolo derivante dalla falsità commessa, sicché con essa viene del tutto eliminata la ragione stessa della punibilità della condotta e cioè l’ostacolo alla retta amministrazione della giustizia. Tale impedimento produce, quindi l’effetto di rendere penalmente indifferente la falsità già commessa con la conseguente esclusione della punibilità del reo”³⁷⁵. Per questi motivi “non può trovare alcun giuridico fondamento la pretesa di punire penalmente chi abbia istigato o determinato altri a commettere un fatto riconosciuto, nei confronti del suo autore, come penalmente irrilevante o non punibile”³⁷⁶.

³⁷⁰ Cass., Sez. III, 10 marzo 1980, cit.

³⁷¹ Cass., Sez. III, 10 marzo 1980, cit.

³⁷² Cass., Sez. un. 23 novembre 1985, Cottone, in *Foro it.*, 1987, II, p. 327.

³⁷³ Cass., Sez. un. 23 novembre 1985, cit.

³⁷⁴ Cass., Sez. un. 23 novembre 1985, cit.

³⁷⁵ Cass., Sez. un. 23 novembre 1985, cit.

³⁷⁶ Cass., Sez. un. 23 novembre 1985, cit.

La tesi della natura oggettiva sembra preferibile.

In primo luogo è da condividersi, per i motivi esposti in precedenza, la qualificazione giuridica della ritrattazione in termini di causa di non punibilità in senso stretto, il che porta a ritenere applicabile l'art. 119 c.p., non già l'art. 182 c.p., attinente alla diversa categoria delle cause di estinzione del reato e della pena.³⁷⁷

È pur vero, inoltre, che le cause di non punibilità sopravvenute, costituite da una condotta di segno opposto a quella punita dalla norma incriminatrice, producono di norma i loro effetti solo in capo a chi abbia posto in essere questo comportamento. Tuttavia, non ci sono motivi per escludere che ragioni di pratica opportunità, estranee al disvalore oggettivo e soggettivo del fatto, possano assumere valenza generale e oggettiva e debbano essere per questo riferite a tutti in concorrenti³⁷⁸. In altre parole: “pur essendo la non punibilità in senso stretto fondata su situazioni e accadimenti esterni alla meritevolezza di pena, da collegare di consueto ad un singolo soggetto, ciò non implica di per sé necessariamente un riferimento e quindi una rilevanza esclusivamente personale”³⁷⁹.

Nel caso della ritrattazione, l'esonero da pena si giustifica nei termini della logica premiale, tesa al rafforzamento della tutela del bene giuridico di cui alle norme richiamate dall'art. 376. L'interesse preminente è l'emergere della verità, perseguito attraverso la sollecitazione di una condotta che provochi la rimozione della lesione: raggiunto questo scopo l'interesse a punire viene meno, poiché è venuta meno la dimensione del fatto³⁸⁰. Ancora: questa esigenza politico-criminale sarebbe frustrata dalla mancata estensione della ritrattazione ai compartecipi, i quali avrebbero tutto l'interesse a non far emergere la falsità commessa³⁸¹.

5.2.3. *La sentenza Vanone e la teoria del “concorso nella ritrattazione”*

Nonostante l'intervento delle Sezioni unite della Cassazione sul punto, la giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza Cottone non si adeguò alla soluzione

³⁷⁷ Così anche PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 551; BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 432.

³⁷⁸ Così PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 552; ROMANO B., *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: l'aspetto etico del diritto penale ed i confini della subornazione*, in cit., p. 1912.

³⁷⁹ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 551.

³⁸⁰ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 552.

³⁸¹ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 226; BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 434.

proposta in quella decisione. Al contrario: la Suprema Corte³⁸² ritorna all'orientamento precedente, configurando la ritrattazione come causa di non punibilità di natura soggettiva e ritenendo che l'opposta soluzione non si sia mai affermata in giurisprudenza, essendo frutto di pronunce isolate e non condivise. Il che è vero, tuttavia le motivazioni addotte dalla sentenza Campana non convincono.

Si riportano in breve le argomentazioni sviluppate dalla Corte in questa decisione. La Cassazione muove, innanzitutto dal presupposto che sì, l'intervento della ritrattazione è idoneo a rimuovere la lesione al bene giuridico tutelato dalla norma che punisce la falsità, tuttavia “è anche vero peraltro che un simile effetto rappresenta non un connotato della condotta di ritrattazione, ma soltanto un suo risultato”³⁸³. Il che farebbe presupporre “un atteggiamento soggettivo che assuma valore esponenziale in virtù della forza estintiva della fattispecie criminosa, alla stregua del disposto dell'art. 182 c.p.”³⁸⁴ in quanto rappresenta un “precetto connaturato al fenomeno estintivo ed operante in via generale”³⁸⁵. Ne deriva, quindi la conclusione che “nei confronti dell'istigatore, la ritrattazione non può operare se non ove questi abbia arrecato un decisivo contributo causale alla neutralizzazione del fatto lesivo”³⁸⁶.

Sì è già detto come il ricorso all'art. 182 c.p. non convinca. E non convince per il fatto, già dimostrato, che la ritrattazione non può essere annoverata fra le cause di estinzione del reato o della pena. Trattasi, infatti, di causa di non punibilità in senso stretto.

Nelle interpretazioni giurisprudenziali la questione continua, dunque, a essere controversa, di qui il nuovo intervento delle Sezioni Unite. Con la sentenza Vanone³⁸⁷ la Corte di Cassazione riconferma la tesi della teoria soggettiva. Questa volta la ritrattazione è qualificata come causa sopravvenuta di non punibilità e come “circostanza di carattere soggettivo che può operare nei confronti dell'istigatore, concorrente nel reato di cui all'art. 372 c.p., esclusivamente qualora abbia arrecato un decisivo contributo causale alla neutralizzazione del fatto lesivo dell'interesse alla realizzazione del giusto processo”. La

³⁸² Cass., Sez. VI, 24 maggio 1996, Campana, in *Cass pen.*, 1997, p.2704.

³⁸³ Cass., Sez. VI, 24 maggio 1996, Campana, cit.

³⁸⁴ Cass., Sez. VI, 24 maggio 1996, Campana, cit.

³⁸⁵ Cass., Sez. VI, 24 maggio 1996, Campana, cit.

³⁸⁶ Cass., Sez. VI, 24 maggio 1996, Campana, cit.

³⁸⁷ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Vanone, in *Riv. pen.*, 2002, p. 1061. Per i commenti alla sentenza si citano: GIRONI E., *Ritrattazione di falsa testimonianza: estensibilità all'istigatore e qualità soggettive del destinatario della subornazione.*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 590; MASTROJENI M. *L'estensione della ritrattazione all'istigatore tra cause di non punibilità e disciplina della partecipazione criminosa*, cit., p. 1479; MAGNINI V., *Falsa testimonianza e ritrattazione*, in *Studium iuris*, 2003, p. 510, ROMANO B., *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: l'aspetto etico del diritto penale ed i confini della subornazione*, cit., p. 1912.

motivazione è argomentata in base all'applicabilità dell'art. 119 c.p. che “può essere quantomeno invocato come indice di un principio più generale applicabile, in materia di concorso, anche alle cause speciali di cessazione della punibilità”³⁸⁸. Quanto all'affermazione della natura soggettiva della ritrattazione, per giungere a tale conclusione la Corte muove dal presupposto che, non potendosi a tal fine applicare l'art 70 c.p. “le cui distinzioni riguardano le sole circostanze del reato in senso tecnico”³⁸⁹, la questione vada risolta con riferimento al solo art. 119.

Se, dunque, si accoglie la qualificazione giuridica della ritrattazione come causa di non punibilità, si deve concludere che essa “non esclude l'illiceità penale del fatto, del quale non viene meno alcuno dei suoi elementi essenziali e costitutivi”³⁹⁰. È vero, altresì, che “la punibilità viene esclusa per ragioni di tutela del bene protetto, in una prospettiva essenziale di eliminazione degli effetti ulteriormente lesivi del fatto illecito già realizzato”³⁹¹.

Tuttavia è anche vero che l'intento del legislatore è quello di “premiare il testimone che manifesta il pentimento operoso, favorendo il suo ravvedimento”³⁹². In caso di concorso morale nel reato di falsa testimonianza, quindi, “a fronte dell'unità del fatto sul piano lesivo, sono riscontrabili addebiti soggettivi che restano sempre distintamente e diversamente graduabili e che vanno diversamente valutati”³⁹³. Si devono dunque trarre, secondo la Corte, le seguenti conclusioni: “la ritrattazione, qualora sia estranea alla condotta di istigazione o addirittura con essa configgente, non può riverberare effetti sul medesimo concorrente morale proprio perché è un fatto del terzo e sarebbe ingiusto che apportasse vantaggi a chi nulla ha fatto per suscitarlo”³⁹⁴. Ancora: nel caso in cui “la ritrattazione sia il risultato del comportamento attivo dell'istigatore” e possibile configurare una sorta di concorso nella ritrattazione, che giustificerebbe “l'estensione a entrambe i soggetti dell'esenzione dalla punibilità”³⁹⁵.

³⁸⁸ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, cit.

³⁸⁹ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, cit.

³⁹⁰ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, cit.

³⁹¹ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, cit.

³⁹² Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, cit.

³⁹³ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, cit.

³⁹⁴ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, cit.

³⁹⁵ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, cit.

Con tale pronuncia si è verificato un parziale ritorno alla teoria soggettiva, probabilmente dovuto alla percezione della teoria oggettiva come sostanzialmente iniqua, il che potrebbe ritenersi da qualcuno condivisibile³⁹⁶.

Tuttavia resta l'insostenibilità di siffatta ricostruzione in termini di coerenza con gli enunciati normativi. Affrontare la questione dell'estensibilità o meno al correo della condotta di ritrattazione facendo riferimento al parametro costituito dall'apporto causale di quest'ultimo in riferimento alla condotta stessa, equivale a "introdurre un criterio di imputazione delle cause di non punibilità ai concorrenti di tipo extranormativo, prescindendo dalle disposizioni codicistiche a tal fine predisposte"³⁹⁷.

Il criterio di efficienza causale, infatti, è richiamato dall'art. 110 c.p. al fine di valutare il contributo reso dal partecipe in termini di imputazione del reato al concorrente. La riferibilità delle ipotesi d'impunità o diminuzione di pena è invece disciplinata, per quanto attiene al concorso di persone, dall'art. 119 c.p., che non reca alcun riferimento al ruolo svolto dai correi nella commissione del reato, limitandosi a stabilire i criteri di riferibilità delle cause di esclusione della punibilità³⁹⁸. La categoria del concorso di persone nelle cause di non punibilità non sembra per nulla trovare appigli normativi. La disciplina delle cause di esclusione della punibilità, quanto alla loro applicazione ai correi, è ancorata al solo criterio della loro natura giuridica.³⁹⁹ Natura che, per i motivi sopra esposti, sembra doversi ritenere di carattere oggettivo⁴⁰⁰.

6. Prospettive di riforma

Quanto all'estensibilità della ritrattazione al concorrente, l'assetto dogmatico non lascia spazio a risposte diverse da quella positiva. Tuttavia, vi è chi ritiene che tale interpretazione "sebbene coerente e lineare da un punto di vista dogmatico e tecnico giuridico, fa sorgere più d'una perplessità sotto il profilo politico-criminale, in quanto equipara ingiustamente a livello di conseguenze penali la condotta di chi si sia prodigato per far ritrattare il testimone a quella di chi non abbia collaborato in nessun modo o,

³⁹⁶ ROMANO B., *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: l'aspetto etico del diritto penale ed i confini della subornazione*, cit., p. 204.

³⁹⁷ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 248, in tal senso anche MASTROJENI M., *L'estensione della ritrattazione all'istigatore tra cause di non punibilità e disciplina della partecipazione criminosa*, cit., p. 1479.

³⁹⁸ Così AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 248.

³⁹⁹ ROMANO B., *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: l'aspetto etico del diritto penale ed i confini della subornazione*, cit., p. 1912

⁴⁰⁰ Cfr. *supra*, par. 2.2.

addirittura, abbia cercato di ostacolare la ritrattazione⁴⁰¹. Effettivamente tale dottrina sembra condivisibile quando afferma che, dall'analisi delle sentenze in materia, si può evincere una sensazione d'insoddisfazione, poiché appare frustrata "l'esigenza politico-criminale di ritenere penalmente rilevante ai sensi dell'art. 372 c.p. l'istigazione alla falsa dichiarazione processuale quando a essa non sia seguito un comportamento attivo successivo diretto a far ritrattare il teste"⁴⁰².

Tuttavia, come rileva lo stesso Autore, sicuramente non convince la soluzione di punire l'istigatore, che non abbia partecipato alla ritrattazione "istigando" nuovamente l'autore materiale a ritrattare, a titolo di falsa testimonianza consumata. Nonostante una simile condotta abbia sicuramente un rilievo penale, la comminazione della pena prevista per delitto di cui all'art. 372⁴⁰³ c.p. sembra, e in effetti è, uno sproposito. Se non altro per la palese differenza di disvalore oggettivo che intercorre fra le due ipotesi – fra quella, cioè della condotta materiale di falso consumato e quella dell'istigazione che non va a buon fine, nonostante l'istigatore si opponga, per così dire, alla ritrattazione dell'agente materiale. Né si può dare applicazione all'art. 377 c.p., che commina sì una sanzione minore, ma prevede espressamente che la falsità non sia consumata, il che pone il limite del divieto di applicazione analogica.

Ciò non toglie, insiste l'Autore, che tale condotta sia comunque meritevole di essere penalmente sanzionata. Il che significa che l'unico modo per raggiungere l'obiettivo di "diradare le incertezze sul tema in esame, di evitare creazioni giurisprudenziali di diritto e di adeguare le spuntate proposte ordinamentali nei confronti di questi comportamenti alle funzioni della pena, è quello di provvedere a una modifica normativa"⁴⁰⁴.

L'impostazione di cui si parla prospetta la modifica normativa dell'art. 377 c.p. e in particolare l'aggiunta di un altro comma con il seguente testo: "la stessa disposizione si applica qualora, anche al di fuori delle ipotesi dell'offerta o della promessa di danaro, la

⁴⁰¹ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 249.

⁴⁰² AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 249.

⁴⁰³ L'art. 377 c.p. punisce il reato di intralcio alla giustizia, di cui si è parlato *supra*, si ricorda che la norma ai primi due commi dispone che: "1. Chiunque offre o promette denaro o altra utilità alla persona chiamata a rendere dichiarazioni davanti all'autorità giudiziaria ovvero alla persona richiesta di rilasciare dichiarazioni dal difensore nel corso dell'attività investigativa, o alla persona chiamata a svolgere attività di perito, consulente tecnico o interprete, per indurlo a commettere i reati previsti dagli artt. 371 bis, 371 ter, 372 e 373, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alle pene stabilite negli articoli medesimi, ridotte della metà a due terzi. 2. La stessa disposizione si applica qualora l'offerta o la promessa sia accettata, ma la falsità non sia commessa".

⁴⁰⁴ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 250.

falsità sia commessa ma successivamente ritrattata in modo autonomo dal colpevole alle condizioni e nei termini indicati dall'art. 376 c.p.⁴⁰⁵.

Il che permetterebbe di riconoscere rilevanza penale alla condotta dell'istigatore della falsità che sia ritrattata senza che questi abbia contribuito, con una condotta successiva e di segno contrario a quella istigatoria. Sembra tuttavia che sia difficile giustificare un intervento di questo tipo senza intervenire sulla disciplina del concorso di persone nel reato di cui all'art. 119 c.p. Poiché ciò si risolverebbe nel creare una disciplina speciale, in deroga a quella generale del concorso di persone, in cui la causa di non punibilità della ritrattazione opererebbe sempre in ossequio alla propria natura oggettiva, tranne che in questo caso, in cui l'estensione dell'efficacia al concorrente sarebbe preclusa.

Senza voler entrare nel merito rispetto a valutazioni – certamente condivisibili - in termini di equità, si noti come una tale impostazione si porrebbe in contrasto con la *ratio* della ritrattazione, senza contare che introdurrebbe una deroga, per la verità ingiustificata, alla disciplina di valutazione delle circostanze di esclusione della pena in materia di concorso di persone.

Quanto al primo aspetto, il contrasto con la caratteristica essenziale della ritrattazione è piuttosto evidente: se l'interesse sotteso alla causa di non punibilità è la rimozione degli effetti lesivi della condotta e se, raggiunto questo risultato, l'interesse alla punizione viene meno, questo viene meno in sé e per sé e quindi nei confronti di tutti gli autori del reato. Non essendoci spazio per ulteriori valutazioni di condotte che, sì, potrebbero avere rilevanza penale, ma sono in definitiva – secondo un giudizio *ex post* - prive di carica lesiva. Se, dunque, il principio di necessaria offensività - in termini di diritto penale del fatto - e considerando la volontà del legislatore di non dare rilevanza all'aspetto soggettivo con riguardo alla ritrattazione, questa soluzione non appare praticabile.⁴⁰⁶

Riguardo alla disciplina del concorso, poi, ammettere una tale soluzione vorrebbe dire introdurre una deroga alla differenziazione dei criteri di operatività delle circostanze di esclusione della pena. Il che dovrebbe fondarsi su un criterio di ragionevolezza che

⁴⁰⁵ Una disposizione simile era prevista dal codice Zanardelli.

⁴⁰⁶ Si riporta l'opinione di BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 475, che individua nella sentenza Vanone una soluzione condivisibile ai problemi esposti, in quanto “ rappresenta un equo temperamento delle opposte esigenze repressive e premiali che convergono sul tema. Difatti, ritenere che la non punibilità si estenda anche all'istigatore, ma solo nel caso in cui abbia offerto un efficace contributo causale affinché l'autore del mendacio ritratti, assicura proprio l'esigenza politico-criminale sottesa all'esigenza di estender l'ambito di operatività dell'art. 376 c.p.: la disposizione premiale incentiva l'istigatore, nel senso che costui può ambire all'impunità solo se abbia offerto il proprio efficace contributo non solo inducendo alla commissione del delitto - presupposto, ma anche al ristabilimento della veridicità dell'elemento probatorio compromesso dal falso”.

permettesse di distinguere questo caso dagli altri casi in cui le circostanze oggettive si trasmettono ai concorrenti secondo la regola generale dell'art. 119 c.p. In caso contrario una simile regola dovrebbe valere per tutte le circostanze oggettive: la loro trasmissione dovrebbe avvenire solo a quei soggetti che hanno dato un contributo causale al loro verificarsi, il che vorrebbe dire negare la loro stessa natura oggettiva.

Delle auspicabili riforme concernenti il termine di efficacia della ritrattazione, in relazione alla loro possibile differenziazione connessa al tipo di reato presupposto si è già detto in precedenza. Un ultimo cenno, in sede conclusiva, merita la proposta di modifica avanzata da parte della dottrina, che pone l'accento sulla totale mancanza di tutela accordata all'eventuale soggetto danneggiato dalla falsità.

Una lettura dei reati contro l'amministrazione della giustizia costituzionalmente orientata dovrebbe portare alla conclusione che alcune di tali fattispecie abbiano una natura necessariamente o eventualmente plurioffensiva⁴⁰⁷, poiché dalla loro commissione può derivare anche una lesione di beni di natura strettamente privata.

Si pensi a una falsa testimonianza che si traduca in un'accusa contro un soggetto innocente o alla falsità dichiarata al pubblico ministero che provochi l'iscrizione nel registro degli indagati di una persona totalmente estranea al fatto. In questi casi, salva la configurazione di altre fattispecie criminose, quali per esempio la diffamazione o la calunnia, la persona lesa dal mendacio non è oggetto di tutela penale diretta. Egli, infatti, può al massimo assumere la qualità di danneggiato, laddove abbia subito dei danni risarcibili, tuttavia non quella di persona offesa dal reato⁴⁰⁸.

Nel caso di ritrattazione tempestiva, il soggetto privato eventualmente leso dal mendacio, che pure ha avuto luogo, è privo di qualsiasi tutela penale, poiché la falsità ritrattata è penalmente irrilevante. Di qui il rilievo per cui “nella diversa prospettiva personalistica delineata dalla nostra Carta fondamentale, eventuali problemi non sembrano sorgere attorno all'*an* della tutela dell'interesse attività giudiziaria ma, tutt'al più, rispetto al *quantum*, poiché la diversa gerarchia dei beni giuridici descritta dalla costituzione dovrebbe portare ad imporre dei limiti alla sua tutelabilità”⁴⁰⁹.

Ebbene, dal punto di vista di un diverso valore riconosciuto al bene giuridico, che si componga anche degli interessi del soggetto privato a non essere leso dal mendacio, potrebbe sembrare condivisibile – sempre in ossequio a un certo senso di equità -

⁴⁰⁷ SIRACUSANO F., *Studio sui reati contro la giurisdizione*, cit., p. 113.

⁴⁰⁸ Così AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 250; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 357.

⁴⁰⁹ Così AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 250.

l'opinione di chi ritiene che la ritrattazione dovrebbe essere qualificata come “mera circostanza attenuante speciale dei delitti presupposti tutte le volte in cui la falsa narrazione all'autorità giudiziaria, sebbene tempestivamente ritrattata rispetto ai termini fissati nell'art. 376 c.p., abbia già prodotto effetti dannosi nei confronti di un terzo innocente”⁴¹⁰.

Tale distinzione, in effetti, si giustificherebbe pienamente in considerazione del fatto che, in tal caso, la ritrattazione avrebbe certamente come conseguenza la rimozione della lesione al bene giuridico amministrazione della giustizia, ma non anche la rimozione della lesione causata alla persona che dalla falsità abbia derivato una lesione.

A ben vedere, tuttavia, le critiche mosse a questa teoria appaiono insormontabili: rileva un illustre Autore, infatti, che essa: “soffre di una certa indeterminatezza, non essendo possibile stabilire con precisione cosa debba intendersi per effetto dannoso nei confronti di terzi innocenti, evocando una sovrapposizione tra i concetti di offesa e danno da tenere invece distinti.”⁴¹¹.

E' vero che la mancata possibilità per il soggetto danneggiato di costituirsi parte civile nel processo per la falsità possa sembrare stridente con i principi costituzionali di natura personalistica. E' anche vero, a ben vedere, che la tutela di tipo risarcitorio trova la sua sede naturale nel giudizio civile. Il perseguimento dell'impostazione personalistica non deve portare a una eccessiva dilatazione dell'intervento di natura penale (di per sé conseguente al progressivo attribuire un numero sempre crescente di oggetti di tutela) non appena ci si accorga delle lacune proprie della tipicità di una determinata norma, al fine di colmare tali – presunte - lacune. Nell'ottica del carattere sussidiario del diritto penale, tali lacune si ritengono essere, per così dire, fisiologiche. Non tutti i fatti possono e devono avere rilievo penale, la scelta di attribuire rilevanza penale a un determinato fatto costituisce una scelta di carattere politico – criminale. A questo proposito si pone l'accento, ancora una volta, sulla funzione selettiva del bene giuridico, che dovrebbe avere lo scopo di contenere – e non dilatare – la rilevanza penale della condotta tipica.

⁴¹⁰ Così AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 251.

⁴¹¹ BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., p. 477.

CAPITOLO QUARTO

NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO GARANTISTA

1. *L'art. 384 c.p. Evoluzione della norma*

L'attuale formulazione dell'art. 384 c.p. è il frutto di un susseguirsi di modifiche legislative. La vigente formulazione⁴¹² della norma stabilisce, al primo comma, che: “Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371-bis, 371-ter, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore”. Al secondo comma è prevista l'esclusione della punibilità per i delitti di false informazioni al pubblico ministero o al difensore, falsa testimonianza e falsa perizia o interpretazione “se il fatto è commesso da chi per legge non avrebbe dovuto essere richiesto di fornire informazioni ai fini delle indagini o assunto come testimonia perito, consulente tecnico o interprete ovvero non avrebbe potuto essere obbligato a deporre o comunque a rispondere o avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal rendere informazioni, testimonianza, perizia, consulenza o interpretazione”⁴¹³.

L'art. 384 c.p. è, inoltre, stato oggetto di due interventi della Corte Costituzionale che ne ha dichiarato l'illegittimità dapprima nella parte in cui non prevedeva l'esclusione

⁴¹² L'originaria formulazione è stata sostituita dall'art. 11° comma 7, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con mod. in l. 7 agosto 1992, n. 356, che ha disposto “Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa”. Il testo originario recitava: «Nei casi preveduti dagli artt. 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore. Nei casi preveduti dagli artt. 372 e 373, la punibilità è esclusa se il fatto è commesso da chi per legge non avrebbe dovuto essere assunto come testimonia, perito o interprete, ovvero avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal rendere testimonianza, perizia o interpretazione». Tale modifica aveva lo scopo di estendere l'applicabilità del primo e secondo comma dell'art 384 al reato di false informazioni al pubblico ministero (introdotto dallo stesso d.l. 306/1992, all'art. 11) e di inserire al secondo comma il riferimento al consulente tecnico. La successiva modifica legislativa fu apportata dall'art. 22, comma 4, l. 7 dicembre 2000, n. 397, recante “Disposizioni in materia di indagini difensive”, che aggiunse, in entrambi i commi, il riferimento del delitto di false informazioni al difensore, introdotto dall'art 20 della stessa legge.

⁴¹³ L'inciso “ovvero non avrebbe potuto essere obbligato a deporre o comunque a rispondere” è stato aggiunto dall'art. 21 l. 1 marzo 2001, n. 63, in tema di “Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'articolo 111 della Costituzione”.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

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 del codice di procedura penale⁴¹⁴. In seguito è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale⁴¹⁵ del secondo comma nella parte in cui “non prevede l'esclusione della punibilità per false o reticenti informazioni assunte dalla polizia giudiziaria, fornite da chi non avrebbe potuto essere obbligato a renderle o comunque a rispondere in quanto persona indagata per reato probatoriamente collegato - a norma dell'art. 371, comma 2, lettera b), codice di procedura penale - a quello, commesso da altri, cui le dichiarazioni stesse si riferiscono”.

L'attuale impostazione, che prevede un ambito di operatività assai ampio, ha segnato un punto di rottura con la disciplina contenuta nel codice penale Zanardelli, che prevedeva singole ipotesi di esenzione da pena, subordinate alla presenza di specifici presupposti⁴¹⁶.

Le ipotesi previste al primo e al secondo comma rispondono a *ratio* molto differenti fra loro, tanto da richiedere una trattazione separata.

Il primo comma dell'art. 384 c.p., infatti, si riferisce alle ipotesi in cui un soggetto, legittimamente chiamato a deporre o a rendere informazioni, si trovi in una situazione senza via di uscita. Egli, infatti, è posto davanti a un'alternativa: rispondere secondo verità alla domanda che gli è stata posta dall'Autorità giudiziaria, esponendo sé o un prossimo congiunto al pericolo di nocumento grave alla libertà o all'onore, oppure rendere false dichiarazioni o falsa testimonianza, rendendosi responsabile dei rispettivi reati.

Il secondo comma della norma riguarda, invece, il c.d. testimone apparente⁴¹⁷. Ossia colui che ha illegittimamente assunto la qualifica di testimone o che è stato illegittimamente richiesto di fornire informazioni, poiché non avrebbe dovuto essere

⁴¹⁴ Corte cost., 27 dicembre 1996, n. 416, in *Cass. pen.* 1997, p. 954. Sul punto si veda *infra*.

⁴¹⁵ Corte Cost., 20 marzo 2009, n. 75, in *Guida al dir.*, 2009, 15, p. 69, con nota di: MARZADURI E. – SELMI C., *Senza una rivisitazione organica della materia saranno necessari nuovi apporti integrativi*, in *Guida dir.*, 2009, n. 15, p. 76 e in *Cass. pen.* 2009, 10, p. 2735 con nota di: ARIOLLI G. – MAGNANENSI S., *Favoreggiamento dichiarativo e non punibilità: l'estensione dell'ambito di operatività dell'esimente di cui all'art. 384, comma 2, c.p. ad opera della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.* 2009, 10, p. 3803.

⁴¹⁶ L'art 215 del codice penale 1889, prevedeva, infatti, la non punibilità di “chi, manifestando il vero, esporrebbe inevitabilmente se medesimo od un prossimo congiunto a grave nocumento nella libertà o nell'onore” e di “chi, per le proprie qualità personali da lui dichiarate al giudice, non avrebbe dovuto essere assunto come testimone, o avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal deporre”. Il secondo comma dello stesso articolo stabiliva però che “la pena è soltanto diminuita dalla metà ai due terzi, se la falsa deposizione esponga un'altra persona a procedimento penale od a condanna”. Vi erano poi gli artt. 211, comma 2, e 255, comma 3, che stabilivano l'esclusione della punibilità per chi avesse commesso i reati di autocalunnia e favoreggiamento, al fine di salvare o favorire un prossimo congiunto.

⁴¹⁷ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, p. 235.

sentito come testimone o non avrebbe dovuto essere obbligato a deporre o a rispondere o, infine, non è stato avvisato della facoltà di astenersi dal deporre o rispondere.

2. *La necessità di salvamento*

Il primo comma dell'art. 384, come si è visto, stabilisce la non punibilità di chi, costretto dalla necessità di salvare se o un prossimo congiunto da un grave pregiudizio nella libertà o nell'onore, commetta una serie di reati espressamente elencati dalla norma.

Il primo dato che emerge è, innanzitutto, la maggiore ampiezza del catalogo dei reati rispetto alla norma di cui all'art. 376 c.p. Il che si spiega sulla base della diversa ratio sottesa alle ipotesi di non punibilità stabilita dalle due norme. L'art. 376 introduce, infatti, una delle c.d. cause di non punibilità in senso stretto, rispondendo a una logica di tipo premiale e volendo costituire un "rinforzo" riguardo la messa in atto di condotte riparatorie tali da rimuovere la lesione al bene giuridico. Si sono già analizzate le ragioni sottese alla scelta del legislatore riguardo al catalogo dei reati ritrattabili.

Del tutto diversa la logica sottesa all'art. 384, primo comma. La non punibilità in questo caso è intimamente connessa a una valutazione che richiama alla mente il concetto di "comprensione", in termini di accoglimento della rilevanza scusante riconosciuta alle ragioni metagiuridiche che spingono alla commissione di uno dei reati elencati dalla norma un soggetto vittima di un conflitto interiore.

2.1. *Ratio e inquadramento dogmatico*

La natura giuridica e – di conseguenza – la ratio attribuita dalla dottrina e dalla giurisprudenza alla fattispecie del primo comma dell'art. 384 c.p. sono state oggetto delle interpretazioni più varie.

Nonostante il legislatore, nei lavori preparatori, abbia espressamente definito questa fattispecie un'ipotesi speciale dello stato di necessità⁴¹⁸, una simile impostazione è stata oggetto di dibattito in letteratura⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Si ricorda, peraltro, che nemmeno la natura dello stato di necessità è oggetto di accordo in dottrina, potendosi anche in questo ambito rilevare la presenza di opinioni che riconoscano efficacia scriminante, da una lato, e scusante dall'altro.

⁴¹⁹ FORNASARI G., *Art. 384 – Casi di non punibilità*, in *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di FORNASARI G. – RIONDATO S., Torino, 2013, p. 259.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

È opinione comune che essa trovi fondamento nel principio del *nemo tenetur se detegere*, ossia nel riconoscimento dell'ancestrale istinto di conservazione della libertà e dell'onore – presente in ogni persona – e, per altro verso, nella rilevanza attribuita alla prevalenza – dal punto di vista soggettivo - dei sentimenti familiari⁴²⁰. Vi è chi rileva, tuttavia, che una simile interpretazione del brocardo si discosti dal significato a esso generalmente attribuito in termini di “inammissibilità etico-giuridica di forme di coazione dell'imputato o del potenziale imputato a rendere dichiarazioni autoaccusatorie, apparendo ciò incompatibile col pieno riconoscimento del diritto di difesa, alla previsione dell'art. 384, comma 1 sono in realtà riconducibili anche comportamenti che non costituiscono sicuramente esercizio del diritto di difesa, come ad es. condotte materiali integranti gli stremi della frode processuale o del favoreggiamento personale”⁴²¹.

Secondo tale impostazione è possibile ricondurre l'intera fattispecie prevista dall'art. 384 al principio del *nemo tenetur se detegere*, soltanto accogliendo un'interpretazione ampia e generica di quest'ultimo, “riferendolo cioè a comportamenti comunque pregiudizievoli per il soggetto o per il suo prossimo congiunto”⁴²².

Effettivamente nulla vieterebbe di leggere nell'art. 384, primo comma, l'omologo del principio in parola inteso in senso sostanziale. Con ciò ritenendo l'art 384 la norma di giunzione dei due aspetti – quello processuale e quello sostanziale – del principio citato. Il che, fra l'altro, si porrebbe perfettamente in linea con la diversa natura dei due commi di cui è composta la norma.

⁴²⁰ Così FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, I, V ed., Bologna, 2012, p. 423: “Questa speciale circostanza di non punibilità è giustificata da una duplice considerazione di politica criminale. Il legislatore tiene conto, da un lato, dell'istinto di conservazione che spinge ciascun individuo a evitare di accusare sé medesimo (*nemo tenetur se accusare*); dall'altro della forza difficilmente coercibile dei sentimenti familiari, la quale fa sì che si rifugga dall'esporsi a processo i congiunti: sicché, di fronte al dilemma in cui taluno può trovarsi tra l'osservanza della legge penale e il nocimento proprio o di un prossimo congiunto, l'art 384 rende lecita la scelta a favore dell'istinto di conservazione e della solidarietà familiare”; concorde ANTOLISEI., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, 15 Ed., integrata e aggiornata a cura di GROSSO C.F., Milano, 2008, p. 567; PISANI M., *Casi di non punibilità*, in *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di CATENACCI M., in *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da PALAZZO F. – PALIERO C. E., Torino 2015, p. 602 ZANOTTI M., *Nemo tenetur se detegere. Profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 174; BERTOLINO M., *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2015. Contra SPENA A., *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384¹)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 145: “la figura di cui all'art. 384, primo comma, vista nel suo insieme, è una sorta di chimera giuridica, un “mostro” irriducibile ad una medesima natura, e dal fondamento politico criminale piuttosto dubbio e ambiguo”.

⁴²¹ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, tomo I, *I delitti contro l'attività giudiziaria*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da MARINUCCI G. - DOLCINI E., Padova, 2005, p. 867. L'autore riprende le considerazioni di PULITANO' D., *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1999, p. 1271.

⁴²² PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 866.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

Quanto ai rapporti fra il principio del *nemo tenetur se detegere* e l'art. 384, sembra condivisibile l'opinione di chi ritiene che la valenza strettamente processuale del principio, identificata quale diretto precipitato del diritto di difesa stabilito dall'art 24 Cost, non sia – per ciò stesso – incompatibile con una autonoma valenza di natura esoprocedimentale dello stesso principio così come individuata dall'art. 384 c.p. Siffatta valenza emergerebbe dalla presenza, nel catalogo dei reati di cui al primo comma dell'art. 384, di delitti posti a tutela di beni giuridici che tutelano momenti di natura extra processuale, come i delitti di omessa denuncia o di omissione di referto⁴²³.

In letteratura non vi è unanimità di vedute con riferimento alla natura giuridica della fattispecie in esame. In particolare le posizioni si dividono fra un'interpretazione che dà maggior risalto agli aspetti soggettivi della norma - riconducendo quindi la causa di non punibilità nell'alveo delle cause di esclusione della colpevolezza – e un'interpretazione in chiave oggettiva, che giunge a qualificare la fattispecie di cui all'art. 384 come una causa di giustificazione⁴²⁴.

L'interpretazione soggettiva si fonda sull'assunto che il legislatore abbia inteso dare rilevanza alla situazione personale dell'agente, cosa che emergerebbe dai limiti di carattere soggettivo stabiliti per l'operatività della norma. La necessità che fonda l'esenzione da pena deve, infatti, essere riferita al soggetto agente o a uno dei suoi prossimi congiunti e questi deve personalmente realizzare la condotta necessitata⁴²⁵.

La ricostruzione in chiave soggettiva della norma chiama a sostegno l'interpretazione – comunemente accettata in letteratura, a differenza di quella riferita allo stesso termine presente nell'art 54 – del termine “costretto” in chiave squisitamente personale, peraltro conforme al significato di uso comune del termine. E, in effetti, tale termine va riferito a

⁴²³ ZANOTTI M., *Nemo tenetur se detegere. Profili sostanziali*, cit., p. 188. L'Autore prosegue nell'iter argomentativo, portando il ragionamento alle estreme conseguenze sostenendo che “la norma ordinaria è rilevante, nella sua funzione di limite, non tanto nella parte in cui coincide con il principio costituzionale, quanto piuttosto in quella che ad esso è complementare. È nella proiezione pre-processuale dell'art. 384 c.p. che il canone del *nemo tenetur se detegere* ha modo di evidenziarsi come limite logico dell'ordinamento”. Da ciò conseguirebbe - secondo l'ipotesi citata che, tuttavia, costituisce posizione minoritaria – la natura del concetto di inesigibilità quale principio generale dell'ordinamento, per questo applicabile ai reati non espressamente previsti dall'art. 384, che costituirebbero un mero elenco esemplificativo”. In senso decisamente contrario PULITANO' D., *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, cit. p. 1271.

⁴²⁴ Per una compiuta analisi degli orientamenti proposti in letteratura, si rimanda a TASSINARI D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna, 2012, p. 312.

⁴²⁵ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 866.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

“una situazione di effettivo condizionamento della volontà del soggetto da parte di un fatto esterno”⁴²⁶.

La costrizione agisce, influenzandolo, sul percorso decisionale dell'agente, condizionandolo e costringendolo ad agire per evitare un nocumento ai beni della libertà e dell'onore, propri o di un prossimo congiunto. La norma richiede che il potenziale nocumento sia grave, giacché soltanto in questo caso il nocumento può essere tale da condizionare la capacità di autodeterminarsi⁴²⁷.

Da queste premesse l'interpretazione soggettiva⁴²⁸ trae la conclusione che la fattispecie di cui all'art. 384 non possa essere applicata oggettivamente, ma rientri nella categoria delle cause di esclusione della colpevolezza, in ragione del suo spiccato carattere, per così dire, individuale. Ne consegue, secondo questa impostazione, che la norma non sottenda un bilanciamento d'interessi configgenti di pari rango – operazione propria delle cause di giustificazione, che giunge a rendere penalmente lecito il reato commesso in circostanze in cui venga in considerazione l'interesse ritenuto prevalente - ma solo la scelta di ritenere inesigibile – dando rilevanza alla situazione soggettiva dell'agente - un comportamento conforme alle norme⁴²⁹. L'aver agito in presenza della situazione descritta

⁴²⁶ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 867.

⁴²⁷ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 867.

⁴²⁸ Questa interpretazione ritiene la norma espressione del principio di inesigibilità. In questo senso: FORNASARI G., *Art. 384 – Casi di non punibilità*, in *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 262; MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 5 ed., Milano, 2015; DE FRANCESCO G., *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011, p. 517; PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, p. 458; MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, p. 442.

⁴²⁹ *Contra* MARI A., *L'art. 384 c.p. tra vecchi problemi di inquadramento sistematico e interpretazioni costituzionalmente orientate*, in *Cass. pen.*, 3, 2012. La sentenza in commento ha stabilito che “ai fini dell'applicabilità dell'art. 384, comma 1, c.p., che scrimina o comunque manda esente da responsabilità penale colui che commetta un fatto di favoreggiamento personale perché ha agito per tutelare un proprio (o di un familiare) individuale interesse di libertà o di onore, la nozione di libertà deve essere intesa nella sua più lata interpretazione, in linea con la lettera della norma che non introduce alcuna particolare specificazione, onde vi rientra senz'altro l'esigenza di libertà di evitare un'accusa penale, cioè un procedimento penale o anche soltanto indagini penali, ricollegandosi tale esigenza al diritto inviolabile di difesa (art. 24, comma 2, cost.), che ha valore costituzionale al pari di quello della non fuorviata e giusta amministrazione della giustizia (art. 111 e 112 cost.) che sta alla base dell'incriminazione del favoreggiamento. In questa prospettiva, è comunque irrilevante, ai fini dell'efficacia scriminante, che la situazione di pericolo trovi causa in un fatto accidentale, in un fatto altrui o anche nel fatto proprio e volontario del soggetto agente che realizzi la condotta di favoreggiamento”. *Cass. pen.*, sez. VI, 16 giugno 2011, n. 37398, in *Cass. pen.* 2012, 3, p. 884. L'Autore rileva che la Corte, pur non prendendo espressamente posizione sulla questione, tende a inquadrare tale causa di non punibilità quale scriminante speciale e autonoma e non come una species dello stato di necessità, con conseguente applicazione della medesima anche in caso di stato di pericolo volontariamente causato dall'agente e a ritenere che la tutela del diritto personale alla difesa (sia nel suo aspetto tecnico che in quello di valenza latamente esoprocedimentale) si presenti quale interesse soggettivo perfettamente comparabile e bilanciabile con quello dell'amministrazione della giustizia”.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

dall'art. 384 non influisce sul disvalore oggettivo del fatto realizzato, che pure continua a rimanere antiggiuridico.⁴³⁰

Alla ricostruzione della norma alla stregua di causa scusante, consegue – per parte della dottrina - l'attribuzione di rilevanza all'errore. Il soggetto agente andrà esente da pena se avrà agito rappresentandosi erroneamente la situazione descritta dall'art. 384⁴³¹.

Il ricorso alla categoria dell'inesigibilità, tuttavia, non si traduce – per la prevalente dottrina - nel riconoscere alla stessa il rango di principio generale dell'ordinamento – tanto da essere ritenuta una scusante di carattere generale – del quale l'art. 384 costituirebbe una declinazione.⁴³²

Anche alcune pronunce della Corte di legittimità hanno aderito all'interpretazione c.d. soggettiva dell'art 384, ritenendo che tale orma contenga una causa di non punibilità “basata sul principio della inesigibilità di un comportamento diverso, come tale escludente la colpevolezza, a differenza dell'esimente di cui all'art. 54 c.p. avente natura di causa oggettiva di esclusione della antiggiuridicità”⁴³³.

L'interpretazione oggettiva, al contrario, ritiene la fattispecie dell'art. 384 rientrante nella categoria delle cause di giustificazione.⁴³⁴ Il punto che ha attirato le maggiori critiche a questa impostazione è quello riguardante il rapporto dell'art. 384 – laddove si voglia interpretarlo in chiave oggettiva - e la causa di giustificazione dello stato di necessità di cui all'art. 54. Le due norme presentano senza dubbio forti similitudini. La questione sorge un particolare modo poiché, volendo ravvisare fra le due disposizioni un rapporto di genere a specie, non è chiaro se debbano ritenersi impliciti nell'art. 384 i requisiti – in esso mancanti – che sono invece espressamente previsti all'art. 54, con ciò – di fatto – restringendo la portata applicativa dell'art. 384.

⁴³⁰ PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, 2000, p. 134; ROMANO B., *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 40; ID *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 55; PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 867.

⁴³¹ Così PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, 2000, p. 135.

⁴³² Per questa impostazione vedi ZANOTTI M., *Nemo tenetur se detegere. Profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, cit. p. 178. *Contra* PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 868, PULITANO D., *Nemo tenetur se detegere: Quali profili di diritto sostanziale?*, cit., p. 1271.

⁴³³ Così Cass. pen., sez. I, 03 luglio 1980, Mastini, in *Cass. pen.* 1982, p. 463; in senso conforme Cass. pen., sez. VI, 25 ottobre 1989, Milioto, in *Cass. pen.* 1991, I, p. 2000: “La causa di non punibilità prevista dal comma 1 dell'art. 384 c.p. in relazione ai singoli delitti contro la pubblica amministrazione in esso considerati, postula, come condizione, che ne costituisca anche la ragione giustificatrice, uno stato di necessità, ossia una situazione che non sia determinata dal soggetto attivo, perché basata sul principio della inesigibilità di un comportamento diverso, come tale escludente la colpevolezza (a differenza dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. che ha natura di causa oggettiva di esclusione della antiggiuridicità).”

⁴³⁴ ANTOLISEI., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 515.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

Tale è la posizione di una parte della giurisprudenza, che ritiene implicitamente richiamati i requisiti dell'art. 54, proprio in forza dell'asserito rapporto di specialità fra le due norme: la non volontaria causazione della situazione di pericolo e la necessaria proporzione fra i beni in bilanciamento⁴³⁵. Va segnalato, tuttavia, che in altre occasioni la Corte si è espressa diversamente, non ritenendo doversi applicare i requisiti di cui all'art. 54 anche all'art. 384, giacché la fattispecie delineata da quest'ultimo, pur ritenendola una causa di giustificazione, proprio in forza della sua specialità rispetto allo stato di necessità, non richiederebbe la presenza di tutti i requisiti da esso previsti.⁴³⁶

Come rilevato in letteratura, la qualificazione della norma in parola alla stregua di scriminante – e come tale in rapporto di specialità con l'art. 54 - è espressamente riportata nella Relazione ministeriale sul progetto del codice penale⁴³⁷.

Le critiche all'interpretazione oggettiva si fondano sull'assunto per cui non può ravvisarsi un rapporto di specialità fra l'art. 384 e l'art. 54, poiché l'art. 384 non fa cenno agli elementi della non volontaria causazione della situazione di pericolo, della proporzione tra i beni in conflitto e dell'ingiustizia del nocumento. Secondo questa prospettiva sostenendo l'esistenza di questo rapporto di genere a specie fra le due norme “sembra si voglia semplicemente indicare che l'art. 54 detta i principi generali applicabili a ogni situazione necessitante e ciò al fine di giustificare una inaccettabile applicazione analogica *in malam partem* dell'art. 54”⁴³⁸.

V'è, tuttavia, una terza via, che prospetta la ricostruzione della necessità di salvamento quale causa di giustificazione, pur negando la sussistenza del rapporto di specialità con l'art. 54. Secondo questa impostazione “è preferibile ritenere che ci si trova di fronte alla presenza di una scriminante solo genericamente (per la formula “necessità di salvare”) riconducibile all'art. 54, con il quale non è in rapporto di specialità; pertanto, per

⁴³⁵ Cass. pen., sez. I, 11 febbraio 1991, Oggianu, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1809: “L'esimente di cui all'art. 384 c.p., se ritenuta sussistente, elimina dal fatto il carattere dell'antigiuridicità. Sicché, ove quel fatto fosse presupposto per la realizzazione di un evento diverso non voluto, per tale evento l'autore del fatto non sarà responsabile a meno che non abbia colposamente ecceduto nella scriminante ex art. 55 c.p.”

⁴³⁶ Cass. pen., sez. VI, 15 dicembre 1982, Tomba, in *Cass. pen.*, 1984, p. 875: “La norma contenuta nell'art. 384 c.p. trova la sua ragione d'essere nel principio etico giuridico *nemo tenetur se accusare* e nel riconoscimento della forza incoercibile degli affetti familiari; essa, in sostanza, prevede un'ipotesi speciale dello stato di necessità regolata con norma che deroga a quella generale dell'art. 54 c.p. perché, diversamente da quella stabilita in tale articolo, è applicabile anche se il pericolo sia stato volontariamente causato dal soggetto passivo e possa essere altrimenti evitato”.

⁴³⁷ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 871.

⁴³⁸ Per tutti: PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 871.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

una sua compiuta classificazione, occorrerà fare riferimento agli elementi negativi del fatto di reato”⁴³⁹.

A ogni buon conto, ritornando all'impostazione che ritiene sussistente il rapporto di specialità, questa non sembra potersi ritenere condivisibile. Oltre alle inaccettabili conseguenze interpretative cui perviene una simile interpretazione, essa si espone a un'ulteriore critica, connessa alla dubbia natura giuridica della causa di non punibilità di cui all'art. 54 c.p. La questione della sussistenza – o meno – del descritto rapporto di specialità fra le due norme non sembra avere, infatti, efficacia dirimente. È, infatti, stato rilevato che lo stato di necessità “può articolarsi in modi assai differenti fra loro, o conferendo rilievo all'autoconservazione (e strutturandosi così come scusante che incide solo sul profilo della colpevolezza), ovvero puntando sulla comparazione obiettiva degli interessi in conflitto (ed assumendo di conseguenza la precisa conformazione della causa di giustificazione)”⁴⁴⁰.

E, infatti, gli stessi argomenti posti in letteratura a sostegno della natura scriminante dello stato di necessità, portano a concludere per la totale estraneità della logica sottesa all'art. 54, rispetto a quella dell'art. 384. Fra questi, quello più difficilmente superabile è connesso al fatto che il soccorso di necessità sia ammissibile anche quando provenga da un terzo soggetto, “il che travolge la prospettiva individualistica dell'istinto di conservazione e della inesigibilità di un comportamento diverso”⁴⁴¹.

Può dunque concludersi che debba ritenersi preferibile accogliere l'interpretazione dell'art. 384 in chiave di causa di esclusione della colpevolezza, poiché espressione del principio di inesigibilità del comportamento conforme al diritto.

Ciò, in primo luogo perché il contenuto della norma si riferisce a situazioni di natura psicologica tali “che solo in virtù di quelle può considerare soccombente l'interesse pubblico, in astratto non suscettibile di un giudizio di comparazione con quello afferente all'impunità propria o di prossimi congiunti. La logica ispiratrice dell'esimente non potrebbe essere più distante da quella del bilanciamento obiettivo degli interessi, o della mancanza di danno sociale”⁴⁴².

Ed è proprio questo il motivo per il quale è nata la prassi applicativa favorevole alla tesi dell'implicito richiamo di requisiti di fatto non menzionati nella norma: l'impunità

⁴³⁹ ROMANO B., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, V ed., Padova, 2013, p. 114, che però ritiene l'art. 384 una scriminante.

⁴⁴⁰ ZANOTTI M., *Nemo tenetur se detegere, profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 183.

⁴⁴¹ ZANOTTI M., *Nemo tenetur se detegere, profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 184.

⁴⁴² ZANOTTI M., *Nemo tenetur se detegere, profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 184.

garantita dall'esimente è percepita "come intrinsecamente dannosa per i superiori interessi della Giustizia"⁴⁴³

La scelta politico criminale di attribuire una portata così ampia a questa causa di non punibilità è stata, infatti, criticata anche in letteratura sotto il profilo dell'opportunità: è stato infatti rilevato da parte della dottrina che la tutela del bene oggetto della norma in esame non vale il sacrificio del pubblico interesse alla corretta amministrazione della giustizia. Senza contare le ricadute di natura pratica in termini di tacita accettazione della condotta mendace e di svalutazione del valore probatorio delle dichiarazioni dei soggetti richiamati dalla norma⁴⁴⁴.

2.2. Limiti soggettivi

I requisiti soggettivi di operatività previsti dalla norma segnano delle limitazioni ben precise. L'autore di uno dei reati previsti dall'elenco dell'art. 384 deve averlo commesso con la finalità di salvare se stesso o un prossimo congiunto. La nozione penalistica di prossimo congiunto si rinviene all'art. 307, comma 4, c.p.: "Agli effetti della legge penale, s'intendono per prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione di prossimi congiunti, non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole".

Ne consegue, dunque, che il vincolo familiare rilevante ai fini dell'applicabilità del primo comma dell'art. 384 è quello di coniugio, come espressamente stabilito dall'art. 307 c.p. e non anche la convivenza *more uxorio*. Il che ha portato al sollevamento di numerose questioni di legittimità costituzionale riguardo alla mancata applicabilità della norma al convivente, tutte con riferimento al reato di favoreggiamento personale.

Con la prima pronuncia – la sentenza 18 novembre 1986, n. 237 - la Corte ha ritenuto infondata la questione. Quanto all'art. 29 Cost., infatti, è stato osservato che è infondata "la questione di legittimità costituzionale degli artt. 307 comma 4 e 384 c.p., nella parte in cui non estendono al convivente "*more uxorio*" la scriminante prevista in caso di favoreggiamento personale per il coniuge. L'art. 29 Cost. tutela infatti la famiglia fondata sul matrimonio e non può dunque essere invocato a garanzia di altri aggregati umani pur

⁴⁴³ ZANOTTI M., *Nemo tenetur se detegere, profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 184.

⁴⁴⁴ ANTOLISEI., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p.517. si noti comunque che l'Autore qualifica l'art. 384 alla stregua di causa di giustificazione.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

socialmente apprezzabili, divergenti dal modello che si radica nel rapporto coniugale⁴⁴⁵. Con riferimento all'art 3 Cost., la Corte ha altresì dichiarato inammissibile “la questione di legittimità costituzionale degli artt. 307 comma 4 e 384 c.p., nella parte in cui non estendono al convivente "*more uxorio*" la scriminante prevista in caso di favoreggiamento personale per il coniuge. La prospettata parificazione del convivente al coniuge comporterebbe, infatti, la revisione di varie altre previsioni sostanziali e processuali, con scelte di natura discrezionale che appartengono necessariamente al legislatore”⁴⁴⁶.

In seguito, la Corte è stata di nuovo chiamata a pronunciarsi sul punto e ha confermato l'orientamento già espresso con la sentenza 237/86: “non è fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 384, 378 e 307 c.p., sollevata, in riferimento all'art. 29 Cost., nella parte in cui non prevedono che la causa di non punibilità prevista a favore dei prossimi congiunti sia estesa al convivente *more uxorio*”⁴⁴⁷. La Corte, richiamando la propria giurisprudenza, ha posto in luce la netta diversità della convivenza di fatto, fondata sull'*affectio* quotidiana, liberamente e in ogni istante revocabile, di ciascuna delle parti rispetto al rapporto coniugale, caratterizzato da stabilità e certezza e dalla reciprocità e corrispettività di diritti e doveri che nascono soltanto dal matrimonio, affermando che soltanto quest'ultimo rapporto può ritenersi ricondotto all'ambito della protezione offerta dall'art. 29 Cost. E' stato inoltre ribadito anche che “è inammissibile la medesima questione sollevata in riferimento all'art. 3 Cost. poiché “la questione, dedotta sotto il profilo della irragionevolezza, mira, come risultato, a una decisione additiva che manifestamente eccede i poteri della corte stessa a danno di quelli riservati al legislatore”.

L'orientamento delineato dalle pronunce ora descritte è stato in seguito confermato dall'ordinanza 20 aprile 2004⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ Corte Cost., 18 novembre 1986, n. 237, in *Cass. pen.* 1987, p. 263, con nota critica di LUCCIOLI G., *La famiglia di fatto dinanzi alla Corte costituzionale: ancora un rifiuto di tutela*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 681.

⁴⁴⁶ Corte Cost., 18 novembre 1986, n. 237, cit., che ha inoltre rilevato che “La convivenza di fatto è giuridicamente inapprezzabile concretandosi in un rapporto privo delle caratteristiche di certezza e di stabilità proprie della famiglia legittima specie ove si consideri che la coabitazione può venire a cessare unilateralmente ed in qualsivoglia momento. È pertanto, non fondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 307, comma 4 e 384 c.p.”.

⁴⁴⁷ Corte Cost., 18 gennaio 1996, n. 8, in *Cass. pen.* 1996, p. 1375 e in *Giur. cost.* 1996, p. 81, con nota di ZANOTTI M., *Una questione di costituzionalità mal posta: la facoltà di astensione dal dovere testimoniale del convivente di fatto e l'art 29 cost.*, in *Giur. cost.*, 1, p. 98, e di MANNA A., *L'art 384 c.p. e la “famiglia di fatto”: ancora un ingiustificato “diniego di giustizia” da parte della Corte costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1, p. 90.

⁴⁴⁸ Corte Cost., 20 aprile 2004, n. 121, in *DeG - Dir. e giust.*, 20, 2004, pag. 10, con nota di LIGUORO S., *Codice penale e convivenza more uxorio. La Consulta nega quel che la Cassazione aveva ammesso*, p. 10; *Fam. e dir.*, 2004, p. 330, con nota di PITTARO P., *Il convivente “more uxorio” non può considerarsi prossimo congiunto ai fini della non punibilità del favoreggiamento personale*, p. 330; *Giur. it.*,

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

E' stato rilevato⁴⁴⁹, tuttavia, che la questione non sembra più avere gran rilevanza, in seguito all'introduzione del nuovo codice di rito, che all'art. 199⁴⁵⁰ prevede espressamente per i prossimi congiunti la facoltà di astenersi dal deporre, con l'obbligo per il giudice di avvisarli di tale facoltà. Lo stesso articolo estende la facoltà di astensione al convivente, limitatamente ai fatti appresi durante la convivenza. La presenza di questa norma sembra togliere parte della rilevanza alla mancata estensione dell'art. 384 al convivente *more uxorio*. Ciò poiché l'esercizio di questa facoltà da parte del convivente elimina il problema alla radice, essendo essa applicabile anche al reato di false informazioni al pubblico ministero⁴⁵¹ e alle false dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria⁴⁵²: in questi casi, infatti, il soggetto può rifiutarsi di rispondere. Ma anche perché – secondo parte della giurisprudenza perlomeno – dal mancato esercizio della facoltà di astensione deriverebbe l'obbligo di dire

2003, p. 134, con nota di BARBIERI A., *In tema di applicabilità dell'esimente di cui all'art. 384, comma 1, c.p. ai testimoni prossimi congiunti dell'imputato*, p. 134. Quanto all'art 29 Cost. la Corte ha ribadito che "il matrimonio e la convivenza "more uxorio" sono situazioni diverse e tra loro non comparabili, e solo alla prima appresta tutela l'art. 29 cost. mentre la seconda può trovare tutela soltanto nell'art. 2 cost. Ne consegue che il legislatore non è tenuto a disciplinare in modo omogeneo le due situazioni, e non violano la cost. gli art. 307 e 384 c.p. nella parte in cui non prevedono la non punibilità del convivente "more uxorio" per il delitto di favoreggiamento". Quanto all'art 3 Cost. la Corte ha confermato l'orientamento precedente affermando che "se la distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale non esclude affatto la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'una e dell'altro che possano presentare analogie ai fini del controllo di ragionevolezza a norma dell'art. 3 cost., al di fuori di specifici casi che possono rendere necessaria una identità di disciplina, ogni intervento in tal senso rientra nella sfera di discrezionalità del legislatore, mentre l'assunzione della pretesa identità della posizione spirituale del convivente e del coniuge, rispetto all'altro convivente o all'altro coniuge, rappresenterebbe la premessa per una totale equiparazione delle due situazioni, non corrispondente alla visione fatta propria dalla Costituzione, e determinerebbe ricadute normative consequenziali di portata generale che trascendono l'ambito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale". In questo caso l'ordinanza di rimessione, a differenza delle precedenti, aveva assunto anche la violazione dell'art 2 Cost., la Corte ha comunque ritenuto infondata la questione poiché "la difforme considerazione dei due casi (art. 2 per la convivenza e art. 29 per il coniugio), portano ad escludere che si possa configurare come costituzionalmente necessaria una tutela del rapporto di convivenza che passi attraverso il riconoscimento di una generalizzata esclusione della punibilità delle condotte indicate dall'art. 384 comma 1 c.p., qualora poste in essere per salvare il proprio convivente "more uxorio" da un grave e irreparabile nocumento nella libertà o nell'onore".

⁴⁴⁹ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 905.

⁴⁵⁰ [Facoltà di astensione dei prossimi congiunti] "1. I prossimi congiunti dell'imputato non sono obbligati a deporre. Devono tuttavia deporre quando hanno presentato denuncia, querela o istanza ovvero essi o un loro prossimo congiunto sono offesi dal reato. 2. Il giudice, a pena di nullità, avvisa le persone predette della facoltà di astenersi chiedendo loro se intendono avvalersene. 3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche a chi è legato all'imputato da vincolo di adozione. Si applicano inoltre, limitatamente ai fatti verificatisi o appresi dall'imputato durante la convivenza coniugale: a) a chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso; b) al coniuge separato dell'imputato; c) alla persona nei cui confronti sia intervenuta sentenza di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con l'imputato". Della norma si parlerà in modo più approfondito in seguito.

⁴⁵¹ L'art. 362 c.p.p. prevede espressamente che l'attività di assunzione di informazioni del pubblico ministero durante le indagini preliminari sia soggetta all'applicazione dell'art 199 c.p.p.

⁴⁵² Lo stesso dicasi per le sommarie informazioni raccolte dalla polizia giudiziaria, la cui disciplina richiama, all'art. 351, c.p.p., l'art. 362.

la verità, il cui mancato rispetto non potrebbe essere scriminato in forza dell'art. 384, in quanto verrebbe a mancare il requisito della non volontaria causazione del pericolo⁴⁵³.

Sembra potersi affermare che la reale portata della questione - più volte giunta all'attenzione della Corte costituzionale – relativa alla mancata estensione dell'art. 384, 1 comma, dipenda anche dall'interpretazione che di quest'ultimo si voglia accogliere, soprattutto con riferimento alla sua natura giuridica e al richiamo dei requisiti previsti dall'art. 54, aspetto che sarà affrontato nel prosieguo della trattazione.⁴⁵⁴

2.3. Requisiti oggettivi

Perché possa operare la disciplina di cui all'art 384, il soggetto agente deve aver commesso il reato per evitare a sé o a un prossimo congiunto un grave nocumento alla libertà e all'onore, che potrebbe essere causato “dall'agire conformemente al diritto”⁴⁵⁵.

Per libertà s'intende sia la libertà in senso fisico che in senso morale, potendo la libertà fisica essere pregiudicata dall'inflizione di una pena detentiva o da un provvedimento cautelare, quella morale da una pena accessoria⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Sul punto la giurisprudenza non è conforme. Si è accennato al fatto che tale requisito non è presente fra quelli indicati dall'art 384. V'è tuttavia un orientamento che lo estende alla fattispecie della necessità di salvamento in forza del preteso rapporto di specialità con l'art 54 c.p., che invece vi fa espressa menzione. Il tema sarà approfondito successivamente.

⁴⁵⁴ Il problema rileva ai fini della ritenuta sussistenza o meno del requisito della volontaria causazione del pericolo, in particolare se debba ritenersi applicabile l'art 384 comma 1 al convivente che, sebbene avvisato, non sia avvalso della facoltà di non rispondere e abbia reso dichiarazioni mendaci. Il problema era inoltre riferibile – prima che la Corte Costituzionale aggiungesse l'art 378 al novero dei reati di cui al secondo comma - al convivente che avesse reso dichiarazioni mendaci alla polizia giudiziaria, senza essere stato avvisato dalla facoltà di astensione, poiché l'art 384 non richiama, a differenza del primo comma, il reato di favoreggiamento. Come rilevato da ZANOTTI M., *Una questione di costituzionalità mal posta: la facoltà di astensione dal dovere testimoniale del convivente di fatto e l'art 29 cost.*, cit. p. 98, posto che, in seguito all'introduzione dell'art. 199 c.p.p., al convivente è riconosciuta la facoltà di astenersi dal rispondere. Con riferimento a tutti i reati di false dichiarazioni, compreso quello di favoreggiamento mediante mendacio alla polizia giudiziaria “la corretta valorizzazione della connessa disciplina processuale consente di escludere, immediatamente, ogni rilevanza penale alla dichiarazione reticente, o al silenzio”. Il problema si porrebbe in caso di mendacio. L'alternativa è duplice: “la prima, improntata alla desiderabile ortodossia, in cui la polizia giudiziaria, prima di procedere all'assunzione delle informazioni, adempie all'obbligo di informare il convivente della facoltà di astenersi dal rispondere”, in questo caso o il convivente se ne avvale – e il fatto è lecito – o non se ne avvale e mente, fatto che integra che integra il reato di favoreggiamento personale. “la seconda, invece, rappresenta un punto critico: il soggetto interrogato, non essendo stato informato facoltà che gli compete, rende dichiarazioni false. Non può farsi ricorso, in questo caso, alla previsione dell'art 384, comma 2 c.p.; ciò nondimeno, [...] è proprio l'affinità con la tutela della testimonianza che la figura del favoreggiamento mendacio manifesta a indurre a una soluzione che parifichi la falsa deposizione alla deposizione reticente”.

⁴⁵⁵ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 874.

⁴⁵⁶ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 875.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

Con riferimento alla falsa testimonianza, la giurisprudenza ha affermato l'applicabilità dell'esimente al mendacio commesso dal testimone per evitare di essere incriminato per i fatti oggetto del procedimento in cui ha reso la dichiarazione⁴⁵⁷; lo stesso dicasi con riferimento al reato di favoreggiamento personale⁴⁵⁸.

La causa di non punibilità, tuttavia, è ovviamente applicabile anche qualora il soggetto dichiarante menta per sfuggire all'incriminazione che riguardi fatti estranei all'oggetto del procedimento in cui è resa la dichiarazione⁴⁵⁹.

È altresì applicabile con riferimento al reato di omissione di denuncia, qualora quest'ultima esponga il soggetto obbligato al rischio di un procedimento penale inerente ai fatti oggetto della denuncia⁴⁶⁰.

Quanto al nocimento al bene dell'onore, quest'ultimo va inteso nell'accezione generalmente accolta con riferimento alle norme poste a sua tutela: l'ingiuria – reato ormai depenalizzato – e la diffamazione. L'onore è dunque “il complesso delle condizioni (moralì, intellettuali, fisiche, ecc.) dalle quali dipende il valore sociale della persona in senso soggettivo (sentimento del proprio valore sociale) e oggettivo (reputazione che si gode nella società)”⁴⁶¹. La giurisprudenza ha rilevato che il criterio alla stregua del quale valutare il nocimento all'onore deve essere di natura relativa, parametrato alle

⁴⁵⁷ Cass. pen., sez. VI, 28 maggio 1985, Scianca, in *Cass. pen.* 1987, p. 548: “La causa di non punibilità, prevista dall'art. 384 c.p., ricorre anche nell'ipotesi in cui il testimone abbia reso una falsa deposizione al fine di sottrarsi al pericolo di essere incriminato per gli stessi reati oggetto del giudizio principale, e ciò in applicazione del principio etico giuridico del nostro ordinamento, secondo cui *nemo tenetur se detegere*”.

⁴⁵⁸ Cass. pen., sez. VI, 30/ settembre 2003, n. 44743, in *Cass. pen.* 2005, 9, p. 2592: “non è punibile, ai sensi di cui all'art. 384 c.p., colui che ha posto in essere una condotta di favoreggiamento personale, consistita nel negare, agli agenti della polizia giudiziaria, la presenza nella propria abitazione degli autori di una rapina quando l'agire in modo conforme alla legge avrebbe comportato un'accusa contro se stesso, in contrasto con il principio *nemo tenetur se detegere*, senza che rilevi la circostanza che avrebbero potuto delinearsi altre e diverse possibilità difensive”. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che le false dichiarazioni rese alla polizia non fossero inequivocabilmente dirette a sottrarre i rapinatori alle ricerche della polizia, ma costituissero piuttosto un tentativo di sottrarsi all'imminente pericolo di una inevitabile incriminazione nel reato presupposto, situazione rivelatasi fondata dal momento che l'imputato era stato successivamente arrestato assieme agli autori della rapina.

⁴⁵⁹ Cass. pen., sez. VI, 15 ottobre 1996, n. 2711, in *Cass. pen.* 1998, p. 809: “In materia di casi di non punibilità (art. 384 c.p.), deve escludersi che l'autore di un reato, sentito come testimone in processo a carico di terzo, debba dire il vero anche se ciò comporta una dichiarazione di autoaccusa, e ciò come conseguenza della volontarietà della condotta illecita anteriormente tenuta e della quale, una volta che la stessa sia stata resa nota all'autorità giudiziaria nella sede processuale, egli deve essere chiamato a rispondere; al contrario, la ragione della falsità diretta a stornare pericoli per la propria libertà è compresa nella previsione dell'esimente, quando il nocimento concretamente prospettato non sia altrimenti evitabile”.

⁴⁶⁰ Cass. pen., sez. VI, 20 aprile 1995, n. 7952, in *Cass. pen.* 1996, p. 3666: “non è punibile, ai sensi dell'art. 384 c.p., il pubblico ufficiale che abbia ommesso di denunciare (art. 361 c.p.) la realizzazione di opera edilizia in assenza di concessione, allorquando dalla denuncia derivi la sua esposizione a responsabilità penale per avere, in violazione della normativa urbanistica, autorizzato l'opera per la quale era necessaria la preventiva concessione”.

⁴⁶¹ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 878.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

caratteristiche personali dell'autore riferite al contesto in cui è inserito e alla percezione che di lui ha la società in cui vive e opera⁴⁶². È stato, infatti, sostenuto che l'esimente operi anche quando il dichiarante tema di perdere il posto di lavoro⁴⁶³.

Una parte della dottrina ritiene configurabile la fattispecie di cui all'art 384 anche nel caso di grave nocumento all'integrità fisica, poiché "il danno alla vita e all'integrità personale, pur se non è menzionato nell'articolo in esame, deve a fortiori ritenersi ricompreso nella previsione legislativa"⁴⁶⁴.

La prevalente giurisprudenza è di diverso avviso poiché esclude l'applicabilità dell'art. 384 in caso di pericolo di nocumento all'integrità fisica, ritenendo applicabile – qualora ne ricorrano i presupposti – l'art. 54. Va segnalata, tuttavia, la presenza di un orientamento – seppur minoritario – favorevole all'operatività della causa di non punibilità anche in questo caso.

Va infine segnalato che – ai fini dell'applicabilità dell'art. 384 – la commissione del fatto di reato deve costituire l'unico modo per evitare il nocumento. Il che si desume dai requisiti di gravità e inevitabilità del nocumento.⁴⁶⁵ A tal proposito la giurisprudenza ha precisato che il verificarsi del nocumento deve essere in rapporto di consequenzialità immediata e inderogabile con l'agire conformemente al diritto⁴⁶⁶.

⁴⁶² Cass. pen., sez. I, 11 febbraio 1987, Bellini, in *Cass. pen.* 1989, p. 371: "in ordine all'applicabilità o meno dell'esimente di cui all'art. 384 c.p., il giudice di merito è tenuto a svolgere una indagine diretta ad accertare se uno dei reati ivi previsti sia stato commesso per salvare se stesso o un congiunto da un danno concreto nella libertà o nell'onore". Nella specie l'esimente era stata negata senza valutare che l'agente, imputato di favoreggiamento personale, poteva ritenere di danno alla sua personalità far conoscere che era un consumatore di droga. In senso conforme, accogliendo un concetto relativo di onore,

⁴⁶³ Cass. pen., sez. VI, 16 giugno 2011, n. 37398, in *Cass. pen.*, 03, 2012, p. 884, con nota di MARI A., *L'art. 384 c.p. tra vecchi problemi di inquadramento sistematico e interpretazioni costituzionalmente orientate*, in *Cass. pen.*, 03, 2012, p. 890.

⁴⁶⁴ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 569, il quale rileva anche: se in un processo taluno deponesse il falso per sottrarre sé o un prossimo congiunto a una condanna alla pena capitale, chi si sentirebbe di negargli un beneficio che è concesso a colui che corre soltanto un pregiudizio nell'onore?". Dello stesso avviso FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, p. 406.

⁴⁶⁵ In letteratura PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 885; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 569. In giurisprudenza, Cass. pen., sez. I, 18 dicembre 1989, Zoppini, in *Cass. pen.*, 1991, I, p. 1215: "ai fini della configurabilità dell'ipotesi di non punibilità previste dall'art. 384 comma 1 c.p., il rapporto di necessità tra il fatto delittuoso commesso e lo scopo della conservazione della libertà e dell'onore, proprio o di un prossimo congiunto, è dato dalla gravità e dall'inevitabilità del nocumento, nel senso che questo non può essere evitato senza che sia commesso il fatto costitutivo del delitto. Il nocumento al quale la legge si riferisce è, però, un nocumento non ancora verificatosi, perché non si può salvare se stessi o altri da un danno già avvenuto. Il nocumento, inoltre, deve essere concreto e reale e non soltanto possibile od opinabile dato che la fattispecie prevista dall'art. 384 c.p., contrariamente a quella di cui all'art. 54 c.p., richiede un evento di danno e non di pericolo".

⁴⁶⁶ Così Cass. pen., sez. VI, 10 febbraio 1997, n. 3285, in *Riv. pen.* 1997, p. 580: "perché possa operare la causa di giustificazione speciale prevista dall'art. 384, comma 1, c.p., occorre che il fatto costituente il reato da scriminare si ponga in rapporto di consequenzialità immediata ed inderogabile rispetto alla detta necessità, con la conseguenza che tale nesso ricorre solo quando la commissione di taluno dei reati previsti dalla norma ora ricordata sia strettamente collegabile alle esigenze di tutela e di conservazione della

2.4. I requisiti della proporzione e della non volontaria causazione del pericolo

Si è parlato in precedenza della tendenza restrittiva che connota l'interpretazione dell'art. 384, primo comma, fornita da una parte della giurisprudenza. La restrizione dell'ambito di applicazione della norma deriva dall'orientamento secondo il quale, pur non essendo previsti dalla norma stessa, è considerata necessaria, i fini dell'applicabilità della causa di non punibilità, la presenza di due requisiti. Tali requisiti sono – per così dire – “recuperati” dalla previsione di cui all'art 54 c.p., in forza del preteso rapporto di specialità fra le due norme.

Il primo di questi è costituito dalla relazione di proporzione fra il fatto di reato commesso e l'entità del pericolo.

La prevalente dottrina ritiene non applicabile il requisito della proporzionalità, poiché ciò si tradurrebbe in una interpretazione in *malam partem* della norma in esame, ma non solo. Una simile interpretazione sarebbe impedita dall'impossibilità di esprimere un giudizio di bilanciamento fra beni considerati incomparabili, quali l'interesse pubblico al corretto esercizio dell'amministrazione della giustizia e l'interesse individuale alla conservazione della libertà e dell'onore.⁴⁶⁷

In letteratura è stata, tuttavia, proposta una diversa impostazione, che ricava la necessità del requisito della proporzione anche in relazione all'art. 384 sulla base del richiamo ai principi generali dell'ordinamento e del requisito della gravità del pericolo.⁴⁶⁸

La giurisprudenza si pone in linea con il secondo orientamento descritto, per le stesse ragioni esposte e in forza del più volte richiamato assunto relativo al rapporto di specialità intercorrente con l'art. 54.

Quanto al requisito della non volontaria causazione del pericolo, la necessità della presenza di quest'ultimo costituisce questione controversa.

In letteratura l'opinione prevalente conclude per l'inapplicabilità di questo requisito all'art. 384, soprattutto in forza del tenore letterale della norma stessa e, inoltre, poiché

libertà o dell'onere del soggetto agente o dei prossimi congiunti. L'esimente di cui all'art. 384 c.p. viene, dunque, a rappresentare, con riferimento al delitto previsto dall'art. 369 c.p., un istituto di tutela delle persone che possono subire un nocumento ai beni ivi indicati per effetto di dichiarazioni (o anche del solo silenzio) di chi, essendo a loro legato dall'incoercibile forza degli affetti familiari, resta, per ciò solo, svincolato dal dovere di non autoaccusarsi falsamente”.

⁴⁶⁷ FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit. p. 405.

⁴⁶⁸ In questo senso ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit.; RUGGERO G., voce *Falsa testimonianza*, in *Enc. dir.*, XVI, 1968, Milano, p. 527.

una simile interpretazione si tradurrebbe concretamente in un'applicazione analogica *in malam partem*⁴⁶⁹.

Questa impostazione è accolta da una parte della giurisprudenza, con prevalente riferimento al reato di frode processuale. E, in effetti, ritenere applicabile il requisito della non volontaria causazione del pericolo alla non punibilità in relazione a tale reato si risolverebbe in una interpretazione parzialmente abrogatrice dell'art. 384⁴⁷⁰. La necessaria presenza del requisito è tuttavia stata esclusa anche con riferimento ai reati di falsa testimonianza e false informazioni al pubblico ministero⁴⁷¹.

L'orientamento prevalente, tuttavia, richiede la presenza del requisito della non volontaria causazione del pericolo, ai fini dell'applicabilità dell'art. 384 c.p. Tale assunto viene giustificato ora in base al rapporto di specialità con l'art. 54 c.p., ora in base all'applicazione di un principio generale dell'ordinamento, sempre desunto dall'art. 54, ora – ancora – sulla base dell'assunto per cui tale requisito sarebbe implicito e connaturato alla situazione di necessità.⁴⁷²

3. La violazione del divieto di assunzione d'informazioni o di attribuzione della qualifica soggettiva e dell'obbligo di avvertire della facoltà di astensione.

Il secondo comma dell'art. 384 presenta una valenza prettamente endoprocedimentale. Esso stabilisce una causa di non punibilità in tutti quei casi in cui siano stati commessi i reati di false dichiarazioni rese ai soggetti del processo, ma non vi

⁴⁶⁹ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 886; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 515; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 405; ZANOTTI M., *Studi in tema di favoreggiamento personale*, Padova, 1984, p. 66.

⁴⁷⁰ Così Cass. pen., sez. III, 09 luglio 1996, n. 8699, in *Cass. pen.* 1997, p. 3416: "In caso di frode processuale l'esimente di cui all'art. 384 c.p. è invocabile dal soggetto che abbia commesso l'immutazione allo scopo di eludere le investigazioni e di evitare un procedimento penale, in virtù del principio non esplicito, ma immanente al sistema, nemo tenetur se detegere. Tale causa di non punibilità è applicabile anche quando lo stato di pericolo - per la libertà o per l'onore - sia stato cagionato volontariamente dall'agente".

⁴⁷¹ Così Cass. pen., sez. VI, 07 aprile 2003, n. 26097, in *Cass. pen.* 2004, p. 2398: "Ricorre la causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p. per il reato di false dichiarazioni al p.m. qualora il soggetto che le abbia rese vi sia stato costretto dalla necessità di evitare di accusarsi implicitamente per il delitto di favoreggiamento personale commesso rendendo in precedenza le medesime dichiarazioni alla polizia giudiziaria".

⁴⁷² L'argomento relativo al requisito della non volontaria causazione del pericolo sarà approfondito in seguito, con riferimento al contrasto giurisprudenziale emerso in relazione all'applicabilità dell'art. 384, 1 comma, a chi sia stato precedentemente avvertito della facoltà di non rispondere e renda dichiarazioni mendaci, non avvalendosi di tale facoltà.

sia stato il rispetto delle regole stabilite dal codice di rito in ordine alla disciplina che regola l'acquisizione di informazioni. Trattasi, infatti, di soggetti che si non trovano in una posizione di totale indifferenza rispetto all'oggetto del processo.

È questo il motivo per il quale l'assunzione d'informazioni – in qualunque fase processuale – da parte di questi soggetti deve essere circondata da particolari garanzie, se non addirittura vietata – come nei casi di incompatibilità a testimoniare – costituendo oggetto di un c.d. divieto probatorio.

I reati richiamati dall'art. 384, comma 2, costituiscono anche l'elenco dei reati ritrattabili, a eccezione dell'art. 378, che, come si è rilevato *supra*, è stato aggiunto al catalogo di cui all'art. 376 in seguito a una novella legislativa. La non punibilità prevista dall'art. 384 comma 2 è stata tuttavia estesa al reato di favoreggiamento personale mediante mendacio alla polizia giudiziaria in seguito a una pronuncia della Corte Costituzionale. L'attuale assetto normativo presenta quindi la perfetta sovrapposibilità degli ambiti di operatività dell'art 376 e dell'art 384, comma 2.

3.1. *Natura giuridica*

L'opinione prevalente ritiene che nei casi previsti dal secondo comma dell'art. 384 ci si trovi davanti a un caso di carenza di tipicità.

I reati richiamati dalla norma⁴⁷³, infatti, sono tutti reati propri. Il che significa che la loro configurabilità è connessa alla legittimità della richiesta d'informazioni da parte del difensore o del pubblico ministero o dell'assunzione della qualifica soggettiva di testimone, perito o interprete. La norma disciplina i casi in cui tale legittimità viene meno: quando il soggetto non avrebbe dovuto essere richiesto di fornire informazioni o non avrebbe dovuto essere assunto come testimone, perito, consulente tecnico o interprete; quando non avrebbe potuto essere obbligato a deporre o quando avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal rendere testimonianza, perizia, consulenza o interpretazione.⁴⁷⁴

⁴⁷³ Che – si ricorda – sono le fattispecie di cui agli artt. 371 bis (false informazioni al pubblico ministero), 371 ter (false dichiarazioni al difensore), 372 (falsa testimonianza) e 373 (falsa perizia o interpretazione).

⁴⁷⁴ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 908; nello stesso senso SANTORO A., *Testimonianza, perizia, interpretazione (Falsità in)*, in *Noviss. Dig.* XIX, 1973, Padova, p. 297; VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 631; ROMANO B., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, V ed., Padova, 2013, p. ; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, 2000, p. 118.

3.2. *Ambito di applicazione*

Stante l'esplicito richiamo a una serie di reati, la norma è applicabile soltanto alle fattispecie espressamente richiamate.

Il secondo comma dell'art. 384 è stato tuttavia oggetto di due interventi da parte della Corte Costituzionale – entrambe nelle forme della sentenza c.d. additiva – che ne ha esteso l'ambito di applicazione anche alle “false o reticenti informazioni rese alla polizia giudiziaria, fornite da chi avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal renderle, a norma dell'art 199 c.p.p.”. Ciò in quanto “la diversità di disciplina, (esimente per false dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria, esclusione dell'esimente se rese alla polizia giudiziaria) desumibile dalla formula dell'art. 384 comma 2 c.p., oltre a non trovare alcuna ragione giustificatrice in ordine ai presupposti processuali, che il legislatore ha voluto uguali in ogni caso, non si giustifica né rispetto alle conseguenze né rispetto alla gravità dei comportamenti valutata dal legislatore medesimo; donde l'incostituzionalità del predetto comma 2 dell'art. 384 c.p. nella parte in cui non prevede l'esclusione della punibilità (anche) di chi avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal rendere le informazioni alla polizia giudiziaria previste nell'art. 351 c.p.p.”⁴⁷⁵

In dottrina era stato rilevato che questa pronuncia, applicando un simile ragionamento alla seconda parte del secondo comma dell'art. 384 – quella relativa alla violazione dell'obbligo di avvertimento della facoltà di astenersi – avrebbe spianato la strada all'applicazione dello stesso ragionamento anche alla prima parte della norma – relativa alla violazione del divieto di assunzione di informazioni da persone informate o da testimoni⁴⁷⁶.

E, infatti, ciò è avvenuto con la sentenza della Corte costituzionale 20 marzo 2009, n. 75, con la quale è stato affermato che “è costituzionalmente illegittimo l'art. 384, comma 2, c.p., nella parte in cui non prevede l'esclusione della punibilità per false o reticenti informazioni rese alla polizia giudiziaria da chi non avrebbe potuto essere obbligato a renderle o comunque a rispondere in quanto persona indagata per reato probatoriamente

⁴⁷⁵ Corte Cost., 27 dicembre 1996, n. 416, in *Cass. pen.* 1997, p. 954.

⁴⁷⁶ PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit. p. 911. L'Autore, infatti rilevava come “l'identità di disciplina, ampiamente evidenziata dalla Corte nella motivazione della sentenza, tra testimonianza resa al giudice, informazioni rese al pubblico ministero e sommarie informazioni assunte dalla polizia giudiziaria non è infatti limitata alla facoltà di astenersi dal rendere dichiarazioni (e al correlativo obbligo di avvertire di tale facoltà) prevista dall'art 199 c.p.p., ma si estende (come si osserva nella stessa sentenza) anche ad altre disposizioni (v. ad es. l'art 197 c.p.p.), la violazione delle quali è alla base della previsione di cui all'art. 384, comma 2, prima parte.”

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

collegato – a norma dell’art. 371, comma 2, lettera b), c.p.p. – a quello, realizzato da altri, cui le dichiarazioni si riferiscono. La mancata applicazione della causa di non punibilità, prevista dall’art. 384, comma 2, c.p., a favore di chi abbia commesso, tra gli altri, i reati di falsa testimonianza o false informazioni al pubblico ministero, qualora le informazioni o la testimonianza siano state assunte in modo non legittimo o qualora si verta in un caso in cui il soggetto non avrebbe potuto essere obbligato a deporre o avrebbe dovuto essere avvisato della facoltà di astenersi, anche alle false informazioni alla polizia giudiziaria che, pur non rientrando in una specifica fattispecie criminosa, possono concorrere, con gli altri elementi previsti dalla legge, ad integrare il favoreggiamento personale ex art. 378 c.p., dà luogo ad una disciplina palesemente irragionevole, poiché tra il delitto di false informazioni al pubblico ministero e quello di favoreggiamento dichiarativo, commesso mediante false o reticenti informazioni alla polizia giudiziaria, vi è identità di condotte materiali – mendacio o reticenza – e sostanziale omogeneità del bene protetto, che consiste nella funzionalità di ciascuna fase rispetto agli scopi propri, nei quali le esigenze investigative (agli inizi del procedimento) e quelle della ricerca della verità (nella fase finale del processo) si sommano; e la diversità di trattamento risulta ancor più irrazionale tenuto conto dell’evoluzione normativa del sistema processuale, che ha condotto ad una sostanziale convergenza di disciplina fra le due ipotesi (sent. n. 416 del 1996)»⁴⁷⁷.

La Corte, con questa pronuncia, mette in luce l’irrazionalità della disciplina legislativa, che prevede trattamenti diversi per situazioni uguali. In altri termini, posta l’omogeneità delle fattispecie di dichiarazioni mendaci rese al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria, è palesemente irrazionale che la non punibilità stabilita dalla prima parte del comma 2 dell’art. 384 si applichi alle prime e non alle seconde.

Oltre che riguardo all’elemento materiale della condotta, tale omogeneità emerge con riferimento al bene giuridico tutelato dalle norme incriminanti il mendacio nelle due ipotesi⁴⁷⁸. Secondo la Corte, infatti, esso è costituito dall’integrità dell’attività investigativa, che potrebbe essere compromessa dal mendacio⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ Corte Cost., 20 marzo 2009, n. 75, in Cass. pen. 2009, 10, p. 3803

⁴⁷⁸ Quanto all’omogeneità del bene giuridico tutelato dalle due norme si rimanda a quanto detto *supra*.

⁴⁷⁹ Nota, infatti, ARIOLLI G. – MAGNANENSI S., *Favoreggiamento dichiarativo e non punibilità: l’estensione dell’ambito di operatività dell’esimente di cui all’art. 384, comma 2, c.p. ad opera della Corte costituzionale*; cit., p. 3811, che “tale esigenza accomuna tutti gli atti investigativi delle indagini preliminari, siano essi compiuti dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero. I verbali di entrambe, infatti, possono essere utilizzate per le contestazioni, valutati per la credibilità del teste, in determinate ipotesi acquisiti al fascicolo per il dibattimento e utilizzati per la decisione (art. 500 c.p.p.). Il giudice può disporre, a richiesta di parte, che sia data lettura di entrambe i verbali quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne sia divenuta impossibile la ripetizione (art. 512 c.p.p.), oppure quando si tratta di dichiarazioni di persona residente

Non solo, l'omogeneità delle fattispecie di false informazioni al pubblico ministero e di favoreggiamento emerge anche dal punto di vista dell'evoluzione della disciplina processuale, "che ha assimilato – sul piano dello statuto della prova – le dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria a quelle rilasciate al pubblico ministero. Agli stessi obblighi di rispondere e dire la verità si affianca la medesima valenza e utilizzazione processuale di verbali che raccolgono le dichiarazioni delle persone informate dei fatti"⁴⁸⁰. E in effetti – piaccia o no – questo sembra un dato ormai incontrovertibile.

Sorge ora la necessità di esaminare le regole, stabilite dal codice di rito, che disciplinano il regime dell'assunzione delle diverse qualifiche soggettive, assunte dai soggetti chiamati a rendere dichiarazioni all'interno del procedimento penale. L'attenzione sarà rivolta, quindi, alla disciplina delle incompatibilità a testimoniare e dei limiti all'obbligo di verità. Ciò al fine di esaminare i rapporti di queste norme con l'art. 384 nel tentativo di identificarne l'ambito di operatività.

4. La disciplina processuale della testimonianza. Portata e limiti dell'obbligo di verità

Si rende ora necessario affrontare, pur senza pretesa di completezza vista la complessità della materia e visto l'obiettivo della presente indagine, la disciplina processuale relativa alla testimonianza (richiamata, riguardo agli aspetti che qui interessano, anche dalle norme disciplinanti le altre prove dichiarative). Ciò al fine di comprendere, in primo luogo, gli aspetti legati alla qualifica di testimone, con il conseguente obbligo di verità; ma soprattutto di capire i limiti e la portata di quest'ultimo, con particolare riferimento all'applicabilità, nelle differenti ipotesi, dell'art. 384, comma 1, c.p. Con ciò tentando, inoltre, di chiarire i rapporti fra le fattispecie previste, rispettivamente, al primo e al secondo comma della norma.

Ci si trova davanti a un inestricabile intreccio fra la disciplina processuale e quella sostanziale, laddove la prima – come si vedrà – contribuisce a delimitare e configurare la

all'estero nelle circostanze di cui all'art 512 *bis* c.p.p., nonché di dichiarazioni rese in altri procedimenti, se le stesse sono divenute irripetibili o se le parte ne consentono la lettura (art. 238, commi 3 e 4 c.p.p.) e, infine, in caso di acquisizione consensuale ai sensi degli artt. 431, comma 2, 493, comma 3, 500, comma 7, c.p.p."

⁴⁸⁰ ARIOLLI G. – MAGNANENSI S., *Favoreggiamento dichiarativo e non punibilità: l'estensione dell'ambito di operatività dell'esimente di cui all'art. 384, comma 2, c.p. ad opera della Corte costituzionale*; cit., p. 3811.

seconda, soprattutto con riferimento all'individuazione delle aree di liceità penale riferite al mendacio giudiziale.

4.1. *Incompatibilità con l'ufficio di testimone*

L'art. 197 c.p.p. prevede una serie di eccezioni alla regola generale enunciata dall'art. 196 c.p., che stabilisce la generale capacità a testimoniare propria di ogni persona⁴⁸¹.

La disciplina dell'incompatibilità a testimoniare costituisce, dunque, un'eccezione all'obbligo di testimoniare, operante per i soggetti che, pur possedendo la capacità a testimoniare, non possono legittimamente assumere la qualifica di testimone all'interno di un dato procedimento.

La ragione alla base dell'incompatibilità è duplice: “da un lato, le prime tre ipotesi (lettere *a*, *b*, *c*) vogliono escludere che alcune persone abbiano un obbligo, penalmente sanzionato, di dire vero; e, infatti, tali soggetti non possono testimoniare, bensì possono dare il loro contributo conoscitivo senza un obbligo penale di dire la verità, con quel mezzo di prova che è denominato “esame delle parti” (artt. 208 – 210). Da un altro lato, le situazioni previste nell'art. 197, comma 1, lett. *d*, vogliono escludere che possano comunque deporre quei soggetti che hanno svolto “nel medesimo procedimento” le funzioni di giudice, pubblico ministero o loro ausiliario o altre funzioni ritenute incompatibili con quella di testimone”⁴⁸².

All'interno della disciplina delle incompatibilità a testimoniare è dunque tracciabile una *summa divisio* fra le prime tre ipotesi d'incompatibilità - che riguarda l'ufficio di

⁴⁸¹ Art. 196 c.p.p.: *Capacità a testimoniare*: “1. Ogni persona ha la capacità di testimoniare. 2. Qualora, al fine di valutare le dichiarazioni del testimone, sia necessario verificarne l'idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza, il giudice anche di ufficio può ordinare gli accertamenti opportuni con i mezzi consentiti dalla legge. 3. I risultati degli accertamenti che, a norma del comma 2, siano stati disposti prima dell'esame testimoniale non precludono l'assunzione della testimonianza”. L'attuale formulazione dell'art. 197 c.p.p. è la seguente: *Incompatibilità con l'ufficio di testimone*: “1. Non possono essere assunti come testimoni: *a*) i coimputati del medesimo reato o le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12, comma 1, lettera *a*), salvo che nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444; *b*) salvo quanto previsto dall'articolo 64, comma 3, lettera *c*), le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12, comma 1, lettera *c*), o di un reato collegato a norma dell'articolo 371, comma 2, lettera *b*), prima che nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444; *c*) il responsabile civile e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria; *d*) coloro che nel medesimo procedimento svolgono o hanno svolto la funzione di giudice, pubblico ministero o loro ausiliario nonché il difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva e coloro che hanno formato la documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni assunte ai sensi dell'articolo 391-ter.

⁴⁸² TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, 2014, Milano, p. 221.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

testimone e le parti private – e l'ultima ipotesi che integrerebbe un tipo d'incompatibilità c.d. funzionale⁴⁸³.

Sono dunque incompatibili: secondo il dettato della lettera *a*, gli imputati connessi o collegati (c.d. connessione “forte” ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. *a*), che possono fornire dichiarazioni secondo la disciplina stabilita dall'art 210 c.p.p.⁴⁸⁴ Vale a dire gli imputati concorrenti nello stesso reato, compresi i casi di cooperazione colposa e di condotte indipendenti che hanno determinato un unico evento. L'incompatibilità, che in questo caso riguarda anche il fatto altrui⁴⁸⁵, termina quando intervenga nei confronti del soggetto una sentenza irrevocabile di proscioglimento, condanna o patteggiamento. Una volta intervenuto il giudicato, infatti, la garanzia non ha più ragione di esistere, in ragione del principio del c.d. *ne bis in idem* processuale, per cui nessuno può essere nuovamente processato per uno stesso fatto.⁴⁸⁶

⁴⁸³ BONZANO C., *I mezzi di prova*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da SPANGHER G. – MARANDOLA A. – GARUTI G. – KALB L., 2015, Milano, p. 839.

⁴⁸⁴ L'attuale formulazione dell'art 210 è la seguente: *Esame di persona imputata in un procedimento connesso*. “1. Nel dibattimento, le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12, comma 1, lettera *a*), nei confronti delle quali si procede o si è proceduto separatamente e che non possono assumere l'ufficio di testimone, sono esaminate a richiesta di parte, ovvero, nel caso indicato nell'articolo 195, anche di ufficio. 2. Esse hanno obbligo di presentarsi al giudice, il quale, ove occorra, ne ordina l'accompagnamento coattivo. Si osservano le norme sulla citazione dei testimoni. 3. Le persone indicate nel comma 1 sono assistite da un difensore che ha diritto di partecipare all'esame. In mancanza di un difensore di fiducia è designato un difensore di ufficio. 4. Prima che abbia inizio l'esame, il giudice avverte le persone indicate nel comma 1 che, salvo quanto disposto dall'articolo 66, comma 1, esse hanno facoltà di non rispondere. 5. All'esame si applicano le disposizioni previste dagli articoli 194, 195, 498, 499 e 500. 6. Le disposizioni dei commi precedenti si applicano anche alle persone imputate in un procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lettera *c*), o di un reato collegato a norma dell'articolo 371, comma 2, lettera *b*), che non hanno reso in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato. Tuttavia a tali persone è dato l'avvertimento previsto dall'articolo 64, comma 3, lettera *c*), e, se esse non si avvalgono della facoltà di non rispondere, assumono l'ufficio di testimone. Al loro esame si applicano, in tal caso, oltre alle disposizioni richiamate dal comma 5, anche quelle previste dagli articoli 197-bis e 497”.

⁴⁸⁵ Cass. pen., sez. I, 18 ottobre 2005, n. 40203, CED Cass. pen. 2005, n. 232448: “Il soggetto che renda dichiarazioni dibattimentali in qualità di coimputato nel medesimo delitto (nella specie: omicidio) ai sensi dell'art. 12 comma 1 lett. a) c.p.p., va avvertito che ha facoltà di astenersi dal deporre ma non che, in relazione alle dichiarazioni da lui rese circa la responsabilità di altri, può assumere l'ufficio di testimone, posto che la condizione di soggetti concorrenti nel medesimo reato e avvinti da un nesso inscindibile è radicalmente incompatibile, per il carattere forte della connessione, con l'assunzione del ruolo di testimone”.

⁴⁸⁶ Così TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, 2014, Milano, p. 221, richiamando l'art 649 c.p.p. La norma dispone, infatti, che “1. L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69, comma 2, e 345. 2. Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo”. Gli autori rilevano inoltre come l'esame testimoniale si svolga, in questo caso, con particolari garanzie, quali la necessaria presenza del difensore. A questo proposito si anticipa chela Corte Costituzionale, con sentenza 21 novembre 2006, n. 381 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 3 e 6 dell'art 197 *bis* c.p.p. «nella parte in cui prevedono, rispettivamente, l'assistenza di un difensore e l'applicazione della disposizione di cui all'art. 192, comma 3, del medesimo codice di rito anche per le dichiarazioni rese dalle persone, indicate al comma 1 del medesimo art. 197-bis

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

Sono altresì incompatibili, ai sensi della lettera *b*: gli imputati di procedimenti in connessione debole ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. *c*), anche definita connessione c.d. telelogica, poiché riguarda procedimenti per reati commessi per eseguirne o occultarne altri, e gli imputati in procedimenti probatoriamente collegati ex art. 371, comma 2, lett. *b*.

Anche nei casi di connessione debole l'incompatibilità cessa con la sentenza irrevocabile pronunciata nei confronti del soggetto interessato, ciò per le stesse ragioni sopra esposte con riguardo alle ipotesi di connessione forte.

Vi è poi un'altra eccezione, stabilita dall'art. 64⁴⁸⁷, comma 3, lett. *c*, così come modificato dalla l. 63/2001 di attuazione del giusto processo: qualora gli imputati in connessione debole abbiano reso dichiarazioni concernenti il fatto altrui, possono assumere la qualifica di testimone limitatamente ai fatti oggetto delle dichiarazioni che riguardino la responsabilità di altri. Ciò a patto che siano stati avvertiti a norma dell'art. 64, comma 3, lett. *c* c.p.p. Anche in questo caso la testimonianza è circondata da particolari garanzie, quali la necessaria presenza del difensore⁴⁸⁸.

Sono inoltre incompatibili con l'ufficio di testimone – ai sensi dell'art. 197 lett. *c* - il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria. Essi possono fornire il loro contributo conoscitivo secondo la disciplina dell'esame delle parti, stabilita dall'art. 208 c.p.p., senza l'obbligo penalmente sanzionato di rispondere secondo verità.

Sono infine incompatibili – a norma dell'art. 197 lett. *d* – quei soggetti che abbiano ricoperto nello stesso procedimento la funzione di giudice, pubblico ministero o ausiliario, in ragione del loro coinvolgimento negli atti compiuti, dei quali può essere fornita prova solo mediante i verbali degli stessi⁴⁸⁹. Lo stesso dicasi per il difensore che abbia svolto

c.p.p. nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di assoluzione "per non aver commesso il fatto" divenuta irrevocabile». Il tema verrà comunque approfondito *infra*.

⁴⁸⁷ Art. 64 c.p.p.: *Regole generali per l'interrogatorio* 1. La persona sottoposta alle indagini, anche se in stato di custodia cautelare o se detenuta per altra causa, interviene libera all'interrogatorio, salve le cautele necessarie per prevenire il pericolo di fuga o di violenze. 2. Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interrogata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti. 3. Prima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvertita che: *a*) le sue dichiarazioni potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti; *b*) salvo quanto disposto dall'articolo 66, comma 1, ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, ma comunque il procedimento seguirà il suo corso; *c*) se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall'articolo 197 e le garanzie di cui all'articolo 197-bis. 3-bis. L'inosservanza delle disposizioni di cui al comma 3, lettere *a*) e *b*), rende inutilizzabili le dichiarazioni rese dalla persona interrogata. In mancanza dell'avvertimento di cui al comma 3, lettera *c*), le dichiarazioni eventualmente rese dalla persona interrogata su fatti che concernono la responsabilità di altri non sono utilizzabili nei loro confronti e la persona interrogata non potrà assumere, in ordine a detti fatti, l'ufficio di testimone.

⁴⁸⁸ Si parla infatti di "testimone assistito. Una particolare figura di testimone cui si accennerà in seguito.

⁴⁸⁹ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 222.

indagini difensive e per i soggetti che hanno formato la documentazione a esse relativa. Va precisato che l'incompatibilità del difensore è circoscritta a questo ambito - potendo egli assumere la qualifica di testimone - fermo restando quanto disposto dall'art. 51⁴⁹⁰ del Codice deontologico forense, che stabilisce l'obbligo di rinuncia al mandato nel caso in cui il difensore intenda deporre.

La *ratio* di quest'ultima forma d'incompatibilità è da individuarsi, a differenza delle altre, nella "perdita della neutralità psichica dovuta al compimento di taluni atti"⁴⁹¹.

4.2. *Privilegio contro l'autoincriminazione*

La regola generale stabilita dall'art. 198, comma 1, c.p.p. prevede l'obbligo generale per il testimone di rispondere secondo verità. D'altra parte il testimone potrebbe trovarsi nella situazione in cui il rispetto di quest'obbligo si traduca nell'attribuire a se stesso un fatto di reato, trovandosi "in una penosa alternativa: rendere dichiarazioni incriminando se stesso oppure dire il falso per non ammettere la propria responsabilità"⁴⁹².

A tal proposito l'art. 198, comma 2, c.p.p., prevede, a tutela del testimone, che questi "non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale". Il verificarsi di una simile situazione costituirebbe senz'altro una violazione dell'art. 24 comma 2 Cost. che, garantendo il diritto di difesa, senza dubbio comprende il diritto di ciascuno non essere costretto ad autoaccusarsi. Con tale disciplina, è stato rilevato, trova attuazione una "tutela anticipata del diritto al silenzio"⁴⁹³.

È stato, infatti, affermato in letteratura che "il privilegio è una garanzia eccezionale riconosciuta al testimone, che ha un obbligo di verità; viceversa, il diritto al silenzio è espressione regolare del diritto di difesa dell'imputato, che non ha obblighi di verità. Inoltre, il privilegio ha un oggetto limitato, e cioè il fatto dal quale potrebbe emergere una responsabilità penale a carico del dichiarante (art. 198, comma 2); mentre il diritto al

⁴⁹⁰ Il testo della norma è il seguente: "1. L'avvocato deve astenersi, salvo casi eccezionali, dal deporre, come persona informata sui fatti o come testimone, su circostanze apprese nell'esercizio della propria attività professionale e ad essa inerenti. 2. L'avvocato deve comunque astenersi dal deporre sul contenuto di quanto appreso nel corso di colloqui riservati con colleghi nonché sul contenuto della corrispondenza riservata intercorsa con questi ultimi. 3. Qualora l'avvocato intenda presentarsi come testimone o persona informata sui fatti non deve assumere il mandato e, se lo ha assunto, deve rinunciarvi e non può riassumerlo. 4. La violazione dei doveri di cui ai precedenti commi comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della censura."

⁴⁹¹ BONZANO C., *I mezzi di prova*, cit. p. 839.

⁴⁹² TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 223.

⁴⁹³ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 223.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

silenzio non ha vincoli di oggetto, e cioè riguarda qualsiasi fatto proprio o altrui che l'imputato non intenda esporre".⁴⁹⁴

Stante il carattere esimente di questa disciplina rispetto alla regola generale – vale a dire l'obbligo di deporre – in letteratura si ritiene che sia correttamente identificata con il termine "privilegio"⁴⁹⁵. La ragione per la quale è prevista tale esenzione è costituita dall'attribuzione di rilevanza da parte del legislatore a un interesse privato, che merita di essere tutelato, anche a scapito della ricerca della verità.

La disciplina appena esposta costituisce un divieto probatorio che ha quale destinatario al giudice: laddove il testimone si rifiuti di rispondere a una domanda invocando il diritto a non fornire informazioni dalle quali potrebbe emergere la propria responsabilità penale, il giudice non può esercitare attribuitigli dall'art. 207 c.p.p.⁴⁹⁶. Se il giudice ritiene fondato il ricorso al privilegio contro l'autoincriminazione, il teste non risponde alla domanda.

In caso contrario potrebbe esercitare pressioni affinché risponda ugualmente ricordandogli l'obbligo di rispondere secondo verità. Il testimone, dunque, potrebbe continuare a rifiutarsi di rispondere e non sarebbe punibile per falsa testimonianza ai sensi dell'art. 384, comma 2, poiché versava in una situazione in cui non avrebbe potuto essere obbligato a rispondere⁴⁹⁷.

Qualora il testimone, cedendo alle pressioni, renda dichiarazioni, queste saranno colpite – sul piano processuale – dalla sanzione dell'inutilizzabilità, essendo state raccolte in violazione di un divieto probatorio. Dal punto di vista sostanziale, l'eventuale mendacio sarà privo di rilevanza penale, sempre ai sensi dell'art. 384 comma 2⁴⁹⁸.

Potrebbe capitare, infine, che il testimone risponda – rendendo dichiarazioni autoindizianti – senza avvalersi del privilegio contro l'autoincriminazione. Una simile situazione è disciplinata dall'art. 63, comma 1, che si riferisce all'evenienza che simili

⁴⁹⁴ TONINI P., *Diritto al silenzio e tipologia dei dichiaranti*, in AA. VV., *Giusto processo e prove penali*, Milano, 2001, 71, citazione ripresa da BONZANO C., *I mezzi di prova*, cit. p. 841.

⁴⁹⁵ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 223.

⁴⁹⁶ Art. 207 c.p.p. [*Testimoni sospettati di falsità o reticenza. Testimoni renitenti*]. "Se nel corso dell'esame un testimone rende dichiarazioni contraddittorie, incomplete o contrastanti con le prove già acquisite, il presidente o il giudice glielo fa rilevare rinnovandogli, se del caso, l'avvertimento previsto dall'articolo 497, comma 2. Allo stesso avvertimento provvede se un testimone rifiuta di deporre fuori dei casi espressamente previsti dalla legge e, se il testimone persiste nel rifiuto, dispone l'immediata trasmissione degli atti al pubblico ministero perché proceda a norma di legge. 2. Con la decisione che definisce la fase processuale in cui il testimone ha prestato il suo ufficio, il giudice, se ravvisa indizi del reato previsto dall'articolo 372 del codice penale, ne informa il pubblico ministero trasmettendogli i relativi atti".

⁴⁹⁷ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 225.

⁴⁹⁸ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 226.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

dichiarazioni siano rese alla polizia giudiziaria da chi non rivesta la qualifica di imputato o indagato⁴⁹⁹. La giurisprudenza ritiene, infatti, che a tale norma vada riconosciuto un carattere generale e sia pertanto applicabile anche al dibattimento⁵⁰⁰.

Le dichiarazioni indizianti già rese dal soggetto non potranno essere utilizzate nei confronti di quest'ultimo, potendo però essere legittimamente utilizzate contro l'imputato nel procedimento in cui sono state rese. In proposito in letteratura è stato rilevato che "una simile disciplina, così articolata, è conforme alla *ratio* dell'art. 63, comma 1, posto a tutela del privilegio contro l'autoincriminazione, che sarebbe scalfito se fosse utilizzabile contro il dichiarante quanto egli ha affermato in qualità di teste e, quindi, con l'obbligo penalmente sanzionato di rispondere secondo verità. D'altronde, un ordinamento, che non impone di avvertire il testimone in merito alla possibilità di eccepire il privilegio, deve necessariamente prevedere un recupero di garanzie sotto il profilo dell'inutilizzabilità delle eventuali dichiarazioni auto incriminanti contro colui che le ha rese. In tale ottica, può dirsi accolto nel nostro ordinamento il brocardo latino in base al quale *nemo tenetur se detegere*.⁵⁰¹

4.3. *I testimoni prossimi congiunti dell'imputato*

Come si è detto in precedenza, l'art. 199 stabilisce che i prossimi congiunti dell'imputato non possono essere obbligati a rendere testimonianza. Il legislatore dimostra di riconoscere la prevalente rilevanza dei sentimenti familiari rispetto al pubblico interesse all'accertamento dei fatti.⁵⁰² La nozione di prossimi congiunti, si è detto, va ricavata dalla disposizione di cui all'art. 307 c.p.

È stato rilevato in dottrina che "prediligendo un approccio ancora arcaico (quasi stonato all'interno di un sistema di matrice accusatoria), i *conditores* hanno creato quella

⁴⁹⁹ Art 63 c.p.p.: [*Dichiarazioni indizianti*]"Se davanti all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria una persona non imputata ovvero una persona non sottoposta alle indagini rende dichiarazioni dalle quali emergono indizi di reità a suo carico, l'autorità procedente ne interrompe l'esame, avvertendola che a seguito di tali dichiarazioni potranno essere svolte indagini nei suoi confronti e la invita a nominare un difensore. Le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese. 2. Se la persona doveva essere sentita sin dall'inizio in qualità di imputato o di persona sottoposta alle indagini, le sue dichiarazioni non possono essere utilizzate.

⁵⁰⁰ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 226.

⁵⁰¹ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 226, cui si rimanda per i richiami giurisprudenziali.

⁵⁰² TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 228; ANDREAZZA G., *Considerazioni a margine della sentenza Sez Un. Genovese: la causa di non punibilità dell'art 384 c.p. e la rinuncia alla facoltà di astenersi*, in *Cass. pen.*, 2008, 6, p. 2344.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

che – come ben chiarisce la rubrica della norma di riferimento - resta l'unica forma di testimonianza autenticamente facoltativa, al contempo recando un notevole vulnus all'interesse accertativo sotteso al rito penale⁵⁰³. Rimane valido, tuttavia, il rilievo – precisato meglio in seguito - che attribuisce alla norma anche la funzione di precludere l'ingresso di prove false all'interno del processo penale⁵⁰⁴.

Il giudice ha l'obbligo di avvertire questi soggetti della facoltà di astenersi dal deporre. La violazione di tale obbligo implica la nullità relativa della dichiarazione, secondo quanto disposto dal comma 2 dell'art. 199 c.p.p., e la liceità penale del mendacio, ai sensi dell'art. 384, comma 2, c.p.

Qualora il soggetto - pur essendo stato regolarmente avvisato - decida di rispondere ugualmente alle domande, questi non potrà rispondere solo ad alcune di queste, rendendosi responsabile del reato di falsa testimonianza qualora menta o taccia ciò che sa. Non è invocabile, infatti, in questo caso, la causa di non punibilità di cui al primo comma dell'art. 384.⁵⁰⁵

Il terzo comma dell'art 199 estende la facoltà di astensione e l'obbligo di avvertimento ad altri soggetti. Fra questi vi sono i soggetti legati da un vincolo di adozione, senza limitazione e “limitatamente ai fatti verificatisi o appresi dall'imputato durante la convivenza coniugale: a chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso; al coniuge separato dell'imputato; alla persona nei cui confronti sia intervenuta sentenza di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con l'imputato”.

Tutti i soggetti indicati dalla norma sono tuttavia obbligati ad assumere la qualifica di testimone – come previsto dal comma 1 dell'art. 199 c.p.p - se abbiano presentato denuncia, querela o istanza o se essi o un loro congiunto siano persona offesa in riferimento al reato per cui si procede.⁵⁰⁶ Sembra peraltro condivisibile l'opinione che ritiene applicabile l'art. 384, comma 1, c.p. alle ipotesi di mendacio realizzate da tali soggetti, in quanto non destinatari dell'avviso della facoltà di astensione.⁵⁰⁷

⁵⁰³ BONZANO C., *I mezzi di prova*, cit., p. 845, nello stesso senso TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 229.

⁵⁰⁴ Si veda *infra*.

⁵⁰⁵ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. Il tema verrà approfondito *infra*.

⁵⁰⁶ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 229.

⁵⁰⁷ Come rileva ANDREAZZA G., *Considerazioni a margine della sentenza Sez Un. Genovese: la causa di non punibilità dell'art 384 c.p. e la rinuncia alla facoltà di astenersi*, cit., p. 2344, tuttavia, “l'unico caso in cui un teste può deporre in procedimento a carico del prossimo congiunto senza essere stato legittimamente avvertito della facoltà di astenersi è l'ipotesi, enunciata in via di eccezione rispetto al generale obbligo di avviso dal primo comma dell'art 199 c.p.p., del teste che abbia presentato denuncia, querela o

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

Si deve ora considerare il problema dell'applicabilità dell'art. 384, comma primo, a chi, pur essendo stato avvisato della facoltà di non rispondere, renda dichiarazioni mendaci, non avvalendosi di tale facoltà.

Una parte della dottrina conclude per l'applicabilità del primo comma dell'art. 384 anche in questo caso. Ciò poiché la situazione di necessità andrebbe riferita, secondo questa impostazione, al salvamento dal nocumento e non all'obbligatorietà della deposizione, ritenendo pertanto irrilevante la sussistenza dell'obbligo a testimoniare o a rendere dichiarazioni⁵⁰⁸. Una simile impostazione trova riscontro anche nell'orientamento – seppur minoritario - della giurisprudenza di legittimità che, anche recentemente, ha affermato: “in tema di falsa testimonianza, la causa di non punibilità prevista dall'art. 384, primo 1, c.p. per il caso in cui il fatto sia stato commesso da chi vi sia stato costretto dalla necessità di salvare un prossimo congiunto da un grave ed inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore, opera anche se il soggetto, debitamente avvertito, abbia scelto di non avvalersi della facoltà di astensione prevista dall'art. 199 c.p.p., sempreché la deposizione falsa si rappresenti come unico elemento probatorio suscettibile di contrapporsi validamente, nel procedimento penale a carico del congiunto, ad altri elementi di segno contrario”⁵⁰⁹.

istanza, ovvero sia offeso dal reato: in tali casi, infatti, il legislatore ha ritenuto, quanto a denuncia, querela o istanza, che il soggetto abbia, con tali iniziative, dato prova di avere superato a monte i sentimenti di solidarietà familiare che la facoltà di astensione mira a tutelare e, quanto alla veste di persona offesa, che anche in tal caso vengano meno le ragioni tutela affettiva, alla base, sempre, della facoltà di astensione. Ciò non toglie, tuttavia, salvo a voler introdurre, tra i requisiti della norma, anche quello, in essa però non menzionato, della non volontaria causazione della situazione di pericolo, che non vi siano ostacoli di ordine letterale a che, per l'appunto, l'esimente in questione si applichi al prossimo congiunto già denunciante o querelante (e, dunque, obbligato a rispondere) che deponga il falso onde, evidentemente in forza di un ripensamento nel frattempo maturato, soccorrere l'imputato a lui legato da vincolo di parentela”

⁵⁰⁸ In questo senso ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p.572: “la necessità di cui all'art 384 non si riferisce all'obbligo di rendere la testimonianza, sibbene all'inevitabilità del nocumento che, senza di essa, si sarebbe verificato. Riteniamo, pertanto, che, se il pericolo del detto nocumento effettivamente sussiste allorché il soggetto rinuncia alla facoltà di astenersi da deporre, logicamente non vi siano, di fronte al nostro diritto positivo, ragioni per rifiutare la scriminante”. Concordi FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 424; SCARCELLA *Punibile il falso teste avvisato di astenersi nel processo a carico del prossimo congiunto*, in *Dir pen e proc.*, 2009, p. 167.

⁵⁰⁹ Cassazione penale, sez. VI, 8 ottobre 2002, n. 5354, in *Giur. it.*, 2003, p. 133, con nota di BARBIERI A., *In tema di applicabilità dell'esimente di cui all'art 384, primo comma, c.p. ai testimoni prossimi congiunti dell'imputato*, in *Giur it*, 2004, p. 133. In senso conforme Cass. pen., sez. VI, 4 ottobre 2001, n. 44761, in *Cass. pen.* 2002, p. 3085: “in tema di reato di falsa testimonianza, la causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p., è applicabile anche quando il prossimo congiunto dell'imputato abbia operato la scelta di non avvalersi della facoltà di astenersi dal testimoniare, in quanto la suddetta causa, che trova la sua giustificazione nell'istinto alla conservazione della propria libertà e del proprio onore (nemo tenetur se detegere) e nell'esigenza di tener conto agli stessi fini dei vincoli di solidarietà familiare, presuppone una situazione di necessità, nettamente distinta da quella prevista in via generale dall'art. 54 c.p. poiché non richiede che il pericolo non sia stato causato dall'agente, nella quale il nocumento alla libertà e all'onore è evitabile solo con la commissione di uno dei reati contro l'amministrazione della giustizia. Ne consegue che l'obbligo legale di testimoniare o anche la libera scelta di farlo nell'ipotesi in cui non si eserciti,

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

L'opinione prevalente in giurisprudenza, tuttavia, è sempre stata di segno opposto, ritenendo non applicabile la causa di esclusione della punibilità quando il soggetto si fosse volontariamente esposto al pericolo. Riteneva la Corte che "l'esimente speciale di cui all'art. 384 comma 1 c.p. - secondo cui non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto - non compete all'agente quando la situazione di pericolo sia stata da lui volontariamente causata".⁵¹⁰

Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione, aderendo a quest'ultima impostazione, giacché la scelta concessa al potenziale teste in merito alla facoltà di astenersi fa venir meno l'inevitabilità del nocimento, che potrebbe derivare da una testimonianza veritiera.⁵¹¹

Tuttavia non è questa l'unica ragione. Se la funzione dell'art. 199 è quella di "prevenzione di situazioni in cui la falsa testimonianza sia scriminata dalla norma sostanziale, appare allora intuitiva la ragione per la quale il legislatore avrebbe ritenuto necessario introdurre il formale onere, in capo al giudice, di avvisare della facoltà di astenersi i soggetti titolari di quest'ultima"⁵¹².

In caso contrario l'obbligo dell'avviso – e l'avviso stesso – sarebbero svuotati di qualsiasi valenza, sia essa quella di un divieto rivolto al teste o di far presente a quest'ultimo che sono per lui percorribili due sole alternative. E, infatti, volendo dare un significato all'avviso della facoltà di astenersi, esso deve essere inteso come avvertimento che, qualora il teste decida di proteggere il congiunto, la sola via è quella di non deporre. Se, infatti, scegliendo di rendere dichiarazioni, pur avendo ricevuto l'avviso, mentisse incorrerebbe nel reato di falsa testimonianza⁵¹³.

ove prevista, la facoltà di astenersi non incidono sull'operatività della suddetta esimente." Con nota critica di ROSA M. G., *Sull'applicabilità dell'art 384 comma 1 c.p. al testimone che non si è avvalso della facoltà di non rispondere* in, *Cass pen* 2002, p. 3085. Si precisa, tuttavia, che la sentenza citata riguarda il caso di una testimone cui era stato erroneamente attribuita dal giudice la facoltà di astensione.

⁵¹⁰ Per tutte Cass. pen., sez. VI, 15 dicembre 1998, n. 7823, in *Cass. pen.* 2000, p. 2264.

⁵¹¹ Cass. pen., sez. un., 29 novembre 2007, n. 7208, in *Cass. pen.* 2008, 6, 2339, con nota di ANDREAZZA G., *Considerazioni a margine della sentenza Sez Un. Genovese: la causa di non punibilità dell'art 384 c.p. e la rinuncia alla facoltà di astenersi*, cit., p. 2344; in *Guida al dir* 2008, 10, p. 74 con nota di: AMATO G., *Resta da risolvere il quesito giuridico sulla non punibilità del convivente*, in *Guida al dir* 2008, 10, p. 74, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 162, con nota di SCARCELLA A., *Punibile il falso teste avvisato di astenersi nel processo a carico del prossimo congiunto*, cit. p. 167.

⁵¹² ANDREAZZA G., *Considerazioni a margine della sentenza Sez Un. Genovese: la causa di non punibilità dell'art 384 c.p. e la rinuncia alla facoltà di astenersi*, cit., p. 2344.

⁵¹³ Così ANDREAZZA G., *Considerazioni a margine della sentenza Sez Un. Genovese: la causa di non punibilità dell'art 384 c.p. e la rinuncia alla facoltà di astenersi*, cit., p. 2344: "può qui dirsi che l'avviso contenga anche la formulazione di un divieto implicito a che il teste utilizzi la falsa testimonianza per salvare il prossimo congiunto: poiché obbligo primario del testimone è quello di dire il vero, l'avviso di astensione,

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

La disciplina di cui all'art. 199 c.p.p., dunque, funge da limite all'applicabilità della causa di esclusione della colpevolezza di cui all'art. 384 c.p., di fatto stabilendone l'inoperatività riguardo al teste falso che non abbia esercitato la facoltà di astenersi. È, dunque, questo il caso in cui “un istituto processuale spiega e delimita l'uso di una causa di non punibilità”⁵¹⁴.

Ramane tuttavia irrisolta la questione concernente l'ipotesi in cui la necessità di salvamento sorga in seguito alla decisione del teste di rinunciare alla facoltà di astenersi. Si tratta della circostanza in cui il prossimo congiunto realizzi, solo in seguito alla scelta di deporre, di trovarsi di fronte alla penosa alternativa fra mentire o accusare il congiunto. Il riferimento a questa ipotesi costituisce, inoltre, il fondamento dell'orientamento opposto a quello accolto dalle sezioni unite della Corte⁵¹⁵.

Appare tuttavia condivisibile l'opinione di chi rileva che “ove così si ragionasse [...] la scelta del prossimo congiunto di testimoniare sarebbe sempre revocabile”, con ciò potendo accadere che “il teste, non avvalso inizialmente della facoltà di astensione, muti, poi, addirittura nel corso della stessa deposizione, magari proprio per effetto delle “novità” insorte, avviso, dichiarando di volersi astenere”⁵¹⁶. Il che porterebbe a concludere che una simile situazione darebbe luogo all'insorgere, nuovamente, della possibilità di esercitare il diritto di astensione, potendo ciò ripetersi anche numerose volte nel corso della stessa deposizione⁵¹⁷.

in sostanza, appare inevitabilmente ribadire questo obbligo quasi dicendo al teste che se egli voglia, con le proprie dichiarazioni, non danneggiare il suo prossimo congiunto, ha, come sola possibilità, quella di astenersi”.

⁵¹⁴ ANDREAZZA G., *Considerazioni a margine della sentenza Sez Un. Genovese: la causa di non punibilità dell'art. 384 c.p. e la rinuncia alla facoltà di astenersi*, cit., p. 2344.

⁵¹⁵ In giurisprudenza, si veda *supra*, in dottrina si veda: RUGGERO G., voce *Falsa testimonianza*, in *Enc. dir.*, XVI, 1968, Milano, p. 527, che porta ad esempio il caso in cui il teste si trovi improvvisamente davanti alla necessità di salvare se o un prossimo congiunto, vedendosi rivolta una domanda, per così dire, imprevedibile. Nello stesso senso DI GIOVINE O., voce *Testimonianza (Falsità di)* in *Digesto disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 312, in quanto, dovendosi dare dell'art. 384 un'interpretazione in chiave di inesigibilità, il momento cui riferire la necessità di salvamento è da riferirsi a quello in cui sono rese le dichiarazioni, non a quello in cui viene richiesto al teste di effettuare la scelta in merito all'astensione.

⁵¹⁶ ANDREAZZA G., *Considerazioni a margine della sentenza Sez Un. Genovese: la causa di non punibilità dell'art. 384 c.p. e la rinuncia alla facoltà di astenersi*, cit., p. 2344, che riprende le considerazioni di CORDERO F., *Procedura penale*, nona ed. Milano, 2012, p. 685.

⁵¹⁷ ANDREAZZA G., *Considerazioni a margine della sentenza Sez Un. Genovese: la causa di non punibilità dell'art. 384 c.p. e la rinuncia alla facoltà di astenersi*, cit., p. 2344

4.4. *Il segreto professionale, il segreto d'ufficio e di Stato, il segreto di polizia.*

L'art. 200 c.p.⁵¹⁸. prevede – in capo ad alcuni testimoni in possesso di determinate qualifiche – la facoltà/obbligo di astenersi dal rispondere alle domande, la cui risposta comporterebbe la violazione del segreto professionale. Si tratta di un segreto “qualificato”, poiché la norma riguarda solo i professionisti espressamente indicati⁵¹⁹.

Con il termine “segreto” ci si riferisce a un fatto, sconosciuto alla maggior parte delle persone, che non deve essere portato a conoscenza di altri soggetti. Nella maggior parte dei casi è una notizia riguardante la sfera privata di un soggetto, il quale ha interesse al mantenimento della riservatezza in merito a tale notizia. Tuttavia, “le necessità della vita sociale impongono al privato, al fine di tutelare i propri interessi, a rivolgersi a persone dotate di specifiche competenze; nel fare ciò, il singolo è costretto a riferire notizie riservate”⁵²⁰.

Si deve tenere presente che, all'art. 622 comma 1, il codice penale prevede che debba essere punito “chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto” se dal fatto possa derivare nocumento. Si tratta di un divieto generale, rivolto a chiunque, che riguarda i fatti la cui conoscenza sia connessa all'esercizio di una delle attività descritte dalla norma. Il codice di rito, tuttavia, riconosce rilevanza al segreto professionale solo in riferimento ad alcune categorie di professionisti.

I c.d. professionisti comuni – quelli, cioè, che non rientrano nell'elenco di cui all'art. 200 c.p.p. – hanno sempre l'obbligo di rispondere secondo verità, essendo considerati alla stregua dei testimoni comuni. L'adempimento di tale obbligo, fra l'altro, integra la giusta

⁵¹⁸ [Segreto professionale]: “Non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria: a) i ministri di confessioni religiose, i cui statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano; b) gli avvocati, gli investigatori privati autorizzati, i consulenti tecnici e i notai; c) i medici e i chirurghi, i farmacisti, le ostetriche e ogni altro esercente una professione sanitaria; d) gli esercenti altri uffici o professioni ai quali la legge riconosce la facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale. 2. Il giudice, se ha motivo di dubitare che la dichiarazione resa da tali persone per esimersi dal deporre sia infondata, provvede agli accertamenti necessari. Se risulta infondata, ordina che il testimone deponga. 3. Le disposizioni previste dai commi 1 e 2 si applicano ai giornalisti professionisti iscritti nell'albo professionale, relativamente ai nomi delle persone dalle quali i medesimi hanno avuto notizie di carattere fiduciario nell'esercizio della loro professione. Tuttavia se le notizie sono indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicità può essere accertata solo attraverso l'identificazione della fonte della notizia, il giudice ordina al giornalista di indicare la fonte delle sue informazioni”.

⁵¹⁹ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 231.

⁵²⁰ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 231.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

causa richiamata dall'art 622 c.p., rendendo pertanto lecita la rivelazione del segreto da parte del professionista comune richiesto di rendere la testimonianza.⁵²¹

Quanto ai professionisti c.d. qualificati, indicati all'art. 200 c.p.p., essi hanno l'obbligo – la cui violazione è penalmente sanzionata - di non deporre su fatti protetti dal segreto professionale, qualora la rivelazione possa essere di nocumento al cliente. Poiché, infatti, il codice di rito riconosce la facoltà di astensione dal rispondere, al mancato esercizio di tale facoltà non può essere opposta la “giusta causa” di cui all'art. 622 c.p.⁵²²

Una simile disciplina risponde, evidentemente, a una complessa logica di bilanciamento d'interessi confliggenti. “Da un lato, si colloca l'interesse della Giustizia ad accertare i reati che spinge verso un'applicazione generalizzata dell'obbligo di rispondere secondo verità senza deroghe, né limitazioni di sorta. Da un altro lato, si stagliano gli interessi individuali tutelati dal segreto professionale “qualificato”, volto ad esonerare dall'obbligo di rispondere le persone che per la loro professione sono depositarie di informazioni particolarmente delicate per chi le ha rivelate. Di regola si tratta di situazioni che coinvolgono interessi di rilievo costituzionale, quali l'interesse a professare la propria fede religiosa (art 8 e 19 Cost.), l'interesse a difendersi in ogni tipo di processo (art. 24 Cost.), l'interesse alla salute (art. 32 Cost.); in questi casi il privato è costretto a rivolgersi a un professionista al quale deve confidare fatti riservati”⁵²³.

La disciplina di cui all'art. 200 c.p.p. incontra due limiti. Il primo è costituito dal nesso funzionale che deve sussistere fra l'attività professionale e l'apprendimento della notizia riservata. Il secondo è costituito dall'assenza, in capo al professionista, dell'obbligo di riferire all'autorità giudiziaria il fatto appreso (si pensi, ad esempio all'art. 365 c.p., che stabilisce in capo al medico professionista privato, che abbia “prestato la propria assistenza od opera in casi che possono presentare i caratteri di un delitto pel quale si debba procedere d'ufficio”, l'obbligo di riferire senza ritardo all'Autorità giudiziaria⁵²⁴).

Anche in questo caso, qualora il professionista abbia legittimamente opposto il segreto professionale e il giudice – ritenendo infondata l'eccezione – lo obblighi a deporre

⁵²¹ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 232.

⁵²² TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 232.

⁵²³ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 232.

⁵²⁴ Come precisato da TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 233, ciò accade quando il medico presta assistenza alla persona offesa da un reato procedibile d'ufficio, poiché “viceversa, se il medico professionista privato ha assistito il responsabile di un reato, egli non ha l'obbligo di referto, perché esso “esporrebbe la persona assistita a procedimento penale” (art 365, comma 2, c.p.). Pertanto, in tali casi, il medico può non rispondere secondo le regole ordinarie tracciate dall'art 200. Ove egli risponda è punibile per rivelazione di segreto professionale ai sensi dell'art 622 c.p. salvo che operi una giusta causa (diversa dall'obbligo di rendere dichiarazioni che il medico in queste ipotesi non ha). Ad esempio, tale soggetto potrebbe essere intenzionato a deporre al fine di salvare un innocente da una ingiusta condanna”.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

ugualmente, l'eventuale mendacio commesso dal professionista non sarà punibile ai sensi dell'art. 384 comma 2.

Vi sono, infine, soggetti che, anche se chiamati a deporre come testimoni, hanno l'obbligo - penalmente sanzionato⁵²⁵ - di non rivelare fatti di cui siano venuti a conoscenza in ragione della qualifica pubblica da loro ricoperta. L'art. 201 c.p.p.⁵²⁶ impone al testimone il silenzio su tali fatti, a meno che non vi sia per il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio un obbligo di denuncia, così come previsto dagli artt. 361 e 362 c.p.⁵²⁷ La disciplina dell'opposizione del segreto e dell'eventualità in cui il soggetto sia illegittimamente richiesto nonostante l'opposizione del segreto stesso, è identica a quelle richiamate nelle precedenti ipotesi.

Una particolare ipotesi di segreto d'ufficio è costituita dal segreto di Stato, in ordine al quale l'art. 202 c.p.p. obbliga una serie di soggetti ad astenersi di deporre⁵²⁸, stabilendo per il giudice una procedura di verifica della sussistenza del segreto.

Il codice di rito prevede, infine, la facoltà per i soggetti facenti parte della polizia giudiziaria e dei servizi di sicurezza, di non rivelare i nomi dei loro informatori⁵²⁹. Con il

⁵²⁵ L'art 326 c.p., infatti, punisce "Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, rivela notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, o ne agevola in qualsiasi modo la conoscenza". I fatti coperti da segreto d'ufficio sono stabiliti con legge o regolamento, nell'interesse al buon andamento della pubblica amministrazione, che verrebbe leso qualora venissero rese pubbliche notizie inerenti l'esercizio della pubblica funzione. Così TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 235.

⁵²⁶ Art. 201, comma 1, c.p.p.: *Segreto d'ufficio*. "Salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferire all'autorità giudiziaria, i pubblici ufficiali, i pubblici impiegati e gli incaricati di un pubblico servizio hanno l'obbligo di astenersi dal deporre su fatti conosciuti per ragioni del loro ufficio che devono rimanere segreti".

⁵²⁷ L'art. 361 punisce "il pubblico ufficiale, il quale omette o ritarda di denunciare all'Autorità giudiziaria, o ad un'altra Autorità che a quella abbia obbligo di riferirne, un reato di cui ha avuto notizia nell'esercizio o a causa delle sue funzioni". L'art 362 prevede la responsabilità penale dell'incaricato di pubblico servizio per le omissioni descritte all'articolo precedente.

⁵²⁸ *Segreto di stato*. "1. I pubblici ufficiali, i pubblici impiegati e gli incaricati di un pubblico servizio hanno l'obbligo di astenersi dal deporre su fatti coperti dal segreto di Stato. 2. Se il testimone oppone un segreto di Stato, l'autorità giudiziaria ne informa il Presidente del Consiglio dei Ministri, ai fini dell'eventuale conferma, sospendendo ogni iniziativa volta ad acquisire la notizia oggetto del segreto. 3. Qualora il segreto sia confermato e per la definizione del processo risulti essenziale la conoscenza di quanto coperto dal segreto di Stato, il giudice dichiara non doversi procedere per l'esistenza del segreto di Stato. 4. Se entro trenta giorni dalla notificazione della richiesta il Presidente del Consiglio dei Ministri non dà conferma del segreto, l'autorità giudiziaria acquisisce la notizia e provvede per l'ulteriore corso del procedimento. 5. L'opposizione del segreto di Stato, confermata con atto motivato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, inibisce all'autorità giudiziaria l'acquisizione e l'utilizzazione, anche indiretta, delle notizie coperte dal segreto. 6. Non è, in ogni caso, precluso all'autorità giudiziaria di procedere in base a elementi autonomi e indipendenti dagli atti, documenti e cose coperti dal segreto. 7. Quando è sollevato conflitto di attribuzione nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri, qualora il conflitto sia risolto nel senso dell'insussistenza del segreto di Stato, il Presidente del Consiglio dei Ministri non può più opporlo con riferimento al medesimo oggetto. Qualora il conflitto sia risolto nel senso della sussistenza del segreto di Stato, l'autorità giudiziaria non può né acquisire né utilizzare, direttamente o indirettamente, atti o documenti sui quali è stato opposto il segreto di Stato. 8. In nessun caso il segreto di Stato è opponibile alla Corte costituzionale. La Corte adotta le necessarie garanzie per la segretezza del procedimento".

limite, però, dell'inutilizzabilità di quanto affermato *de relato*, qualora non venga sentito il teste diretto.

4.5. *Il diritto al silenzio*

L'imputato è, ovviamente, incompatibile con l'ufficio di testimone. Egli può fornire il suo contributo probatorio attraverso il mezzo di prova denominato esame delle parti. L'esame dell'imputato nel proprio procedimento è circondato da particolari garanzie, in ossequio all'art. 24, comma 2, Cost. che, riconoscendo il diritto di difesa, è norma posta a tutela – anche – del diritto al silenzio⁵³⁰.

Una di queste garanzie è rappresentata dalla facoltà di mentire, non essendo soggetto all'obbligo di rispondere secondo verità. Non rivestendo la qualifica di testimone, infatti, egli non può commettere il reato di cui all'art. 372 c.p., poiché il fatto è scusato ai sensi dell'art. 384, comma 1, c.p.

Tale norma, dunque, si fonda sul bilanciamento “tra due esigenze: da un alto, quella di riconoscere la più ampia tutela all'imputato che, nel processo penale, vede messi a rischio beni individuali di somma rilevanza; da un altro lato, la necessità di proteggere l'amministrazione della Giustizia attraverso la repressione dei reati commessi con dichiarazioni mendaci”⁵³¹.

Si deve inoltre rilevare che qualora l'imputato, rendendo una testimonianza mendace, si renda responsabile di simulazione di reato o calunnia, questi sarà punibile, poiché l'operatività dell'art. 834, comma 1, è esclusa in riferimento a queste fattispecie⁵³². La facoltà di mentire incontra dunque un limite: l'accusa di un innocente o l'inutile attivazione della macchina giudiziaria costituiscono lesioni a beni giuridici la cui

⁵²⁹ [Informatori della polizia giudiziaria e dei servizi di sicurezza.] 1. Il giudice non può obbligare gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria nonché il personale dipendente dai servizi per le informazioni e la sicurezza militare o democratica (1) a rivelare i nomi dei loro informatori. Se questi non sono esaminati come testimoni, le informazioni da essi fornite non possono essere acquisite né utilizzate”.

⁵³⁰ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 257.

⁵³¹ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 257.

⁵³² È stato affermato dalla giurisprudenza di legittimità la calunnia commessa dall'imputato nell'esercizio del suo diritto difesa può essere scriminata ex art. 51 c.p. Così Cass. pen., sez. VI, 08 febbraio 2001, n. 13118, in *Foro it.* 2002, II, p. 648: “L'imputato nell'esercizio del suo "ius defendendi" può legittimamente negare, anche mentendo, la veridicità delle testimonianze a lui sfavorevoli purché l'implicita accusa di falsa testimonianza o di calunnia costituisca conseguenza indiretta e non voluta dell'atteggiamento difensivo e purché sussista un rigoroso rapporto funzionale tra la confutazione dell'imputazione e la condotta dell'imputato”. La Corte, tuttavia, ha precisato che “Sono travalicati i limiti del legittimo esercizio del diritto di difesa se l'imputato, al fine di scagionarsi, formula nei confronti dei propri accusatori, di cui conosce l'innocenza, incolpazioni specifiche, circostanziate e determinate che nessuna attinenza possiedono con l'oggetto dell'imputazione a proprio carico”.

importanza è, evidentemente, massima, tanto da non permettere un bilanciamento di valori⁵³³.

Questa ricostruzione appare senz'altro condivisibile, poiché è innegabile che l'art. 384, comma 1, costituisca l'esito di una tensione ad assicurare tutela a due esigenze contrapposte. Ciò, però, con la precisazione che con l'espressione bilanciamento di valori non si debba intendere il giudizio che sta alla base delle c.d. cause di giustificazione. Giacché una simile lettura della norma è condivisibile avendo riguardo all'aspetto prettamente processuale, relativo alle garanzie accordate all'imputato. Dal punto di vista sostanziale, come ampiamente esposto *supra*, la norma continua a doversi considerare una causa di esclusione della colpevolezza, nei termini della inesigibilità.

La disciplina dell'esame dell'imputato prevede, inoltre, la garanzia costituita dal diritto a restare silenzioso, la facoltà – cioè – di rifiutarsi di rispondere a qualsiasi domanda⁵³⁴. L'esercizio di questa facoltà, tuttavia, può comportare, dal punto di vista processuale, un giudizio negativo sulla credibilità dell'imputato, poiché “il silenzio può dimostrare che egli vuole nascondere qualcosa”⁵³⁵.

4.6 *L'imputato connesso o collegato e la qualifica di testimone assistito.*

Questo particolare istituto risponde alla necessità di far entrare nel processo il contributo probatorio di soggetti che sono a loro volta imputati in procedimenti che hanno “un legame giuridico qualificato”⁵³⁶ con quello nel quale sono chiamati a deporre. La disciplina risulta piuttosto complessa, poiché sono stabiliti regimi differenti in relazione alla consistenza del legame che unisce i procedimenti.

Al legame più stretto corrisponde una disciplina che prevede garanzie in tutto simili a quelle proprie dell'imputato nel proprio procedimento. Al legame meno intenso, al punto da poter operare una scissione tra il fatto altrui e quello proprio corrisponde “un

⁵³³ Così TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 257.

⁵³⁴ Come rilevato da TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 25, la disciplina dell'esame dell'imputato non prevede un esplicito richiamo agli avvertimenti di cui all'art. 64 c.p.p. La Corte costituzionale, tuttavia, ha stabilito la correttezza di una “interpretazione che consente di rendere applicabile la disciplina degli avvisi anche all'istituto dell'esame, sul presupposto dell'esistenza di una consistente serie di dati sostanziali che inducono ad escludere che la qualità del dichiarante, in rapporto allo stadio raggiunto dal procedimento, possa essere assunta a decisivo parametro di distinzione e che depongono per l'appartenenza dell'interrogatorio e dell'esame - entrambi atti a contenuto dichiarativo, agevolmente inquadrabili nel novero degli strumenti difensivi ed aventi connotazioni probatorie, e assistiti dalla garanzia del "nemo tenetur se detegere" - ad un medesimo "genus". Corte Cost., 4 giugno 2003, n. 191, in *Cass. pen.* 2003, p. 3012.

⁵³⁵ TONINI P., *Manuale di procedura penale*, XVI ed., Milano, 2015, p. 309.

⁵³⁶ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 268.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

meccanismo attraverso il quale è possibile far assumere obblighi più o meno intensi al dichiarante, assimilandolo in alcuni casi al testimone⁵³⁷.

L'attuale volto del regime delle incompatibilità a testimoniare è il frutto di un intervento legislativo, la l. 1 marzo 2001, n. 63. Con la disciplina in essa contenuta, che ha radicalmente modificato il contenuto e i limiti del diritto al silenzio, il legislatore ha inteso dare maggior rilievo ai principi costituzionali – introdotti con la novella dell'art 111 Cost. – del diritto al contraddittorio nella formazione della prova e del diritto a confrontarsi con il proprio accusatore⁵³⁸.

Come si è visto, la disciplina dell'incompatibilità a testimoniare, stabilita dall'art. 197 c.p.p, individua una serie di soggetti, facendo riferimento alle norme che disciplinano i diversi aspetti che può assumere il legame giuridicamente rilevante fra procedimenti. Attraverso tale richiamo, vengono individuate alcune categorie di dichiaranti, a ciascuna delle quali viene riferita una specifica disciplina.

In linea generale – come già rilevato – nei casi d'incompatibilità a testimoniare, i soggetti in questione hanno facoltà di mentire e non possono rendersi colpevoli del reato di falsa testimonianza, per le ragioni sopra esposte⁵³⁹.

Ai sensi dell'art. 197 *bis*, comma 1 c.p.p., l'imputato può tuttavia legittimamente assumere la qualifica di testimone in talune ipotesi⁵⁴⁰.

⁵³⁷ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 268.

⁵³⁸ TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 268.

⁵³⁹ Cfr. par. 4.1.

⁵⁴⁰ L'art. 6 l. 1° marzo 2001, n. 631, ha, infatti, introdotto l'art 197 *bis* c.p.p. [*Personae imputate o giudicate in un procedimento connesso o per reato collegato che assumono l'ufficio di testimone*] 1. L'imputato in un procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12 o di un reato collegato a norma dell'articolo 371, comma 2, lettera *b*), può essere sempre sentito come testimone quando nei suoi confronti è stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444. 2. L'imputato in un procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lettera *c*), o di un reato collegato a norma dell'articolo 371, comma 2, lettera *b*), può essere sentito come testimone, inoltre, nel caso previsto dall'articolo 64, comma 3, lettera *c*). 3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 il testimone è assistito da un difensore. In mancanza di difensore di fiducia è designato un difensore di ufficio. 4. Nel caso previsto dal comma 1 il testimone non può essere obbligato a deporre sui fatti per i quali è stata pronunciata in giudizio sentenza di condanna nei suoi confronti, se nel procedimento egli aveva negato la propria responsabilità ovvero non aveva reso alcuna dichiarazione. Nel caso previsto dal comma 2 il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti che concernono la propria responsabilità in ordine al reato per cui si procede o si è proceduto nei suoi confronti. 5. In ogni caso le dichiarazioni rese dai soggetti di cui al presente articolo non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese nel procedimento a suo carico, nel procedimento di revisione della sentenza di condanna ed in qualsiasi giudizio civile o amministrativo relativo al fatto oggetto dei procedimenti e delle sentenze suddette. 6. Alle dichiarazioni rese dalle persone che assumono l'ufficio di testimone ai sensi del presente articolo si applica la disposizione di cui all'articolo 192, comma 3.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

È il caso dell'imputato in procedimento connesso (art. 12 c.p.p) o collegato (art. 371, comma 2, lett. b), che può sempre essere sentito come teste in seguito al passaggio in giudicato della sentenza che lo riguarda, compresa quella di patteggiamento.

In secondo luogo, l'imputato può assumere la qualifica di testimone anche prima di quel momento, nel processo connesso *ex art. 12, comma, lett. c) c.p.p.* – c.d. connessione teleologica – e nel processo collegato *ex art. 371, comma 2, lett. b), c.p.p.*, qualora abbia reso dichiarazioni riguardanti la responsabilità di altri. L'art. 64, comma 3, lett. c), c.p.p.⁵⁴¹, stabilisce, infatti, che la persona sottoposta a indagini, prima che abbia inizio l'interrogatorio, deve essere avvertita che “se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall'articolo 197 e le garanzie di cui all'articolo 197-bis”. L'imputato non avvertito ai sensi di questa norma, non potrà assumere, in ordine a detti fatti, l'ufficio di testimone. Le dichiarazioni eventualmente rese dalla persona interrogata su fatti che concernono la responsabilità di altri non sono, inoltre, utilizzabili nei loro confronti⁵⁴².

L'esame dibattimentale dell'imputato nelle situazioni ora descritte, si svolge nelle forme dell'art. 210, comma 6, c.p.p, che trova applicazione anche nel caso di interrogatorio da parte del pubblico ministero. Il quale stabilisce che, qualora non abbiano reso dichiarazioni riguardo alla responsabilità di altri, deve essere dato loro l'avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, c.p.p. Se non viene esercitato il diritto all'astensione, questi soggetti assumono la qualifica di testimone, seppure assistiti da un difensore, di qui l'espressione “testimone assistito”.

In tutte le circostanze appena descritte, laddove l'imputato legittimamente assuma la qualifica di testimone, egli può rendersi responsabile del reato di falsa testimonianza, in caso di mendacio o reticenza.

È necessario tuttavia, precisare che l'assunzione dell'ufficio di testimone avviene unicamente a proposito dei fatti che concernono la responsabilità di altri ed è quindi connessa all'oggetto delle dichiarazioni. Con riferimento a fatti concernenti la propria responsabilità si riepande il c.d. diritto al silenzio, poiché il soggetto “riacquista” la

⁵⁴¹ L'originario comma 3 è stato sostituito con i commi 3 e 3-bis dall'art. 2 l. 1° marzo 2001, n. 63. Il testo del comma era il seguente: «3. Prima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvertita che, salvo quanto disposto dall'articolo 66, comma 1, ha facoltà di non rispondere e che, se anche non risponde, il procedimento seguirà il suo corso».

⁵⁴² Così come stabilito dall'art. 64, comma 3 *bis*, c.p.p.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

qualifica d'imputato. Da ciò deriva la definizione, ormai di uso comune, di "testimone intermittente"⁵⁴³

Va ricordato sul punto l'intervento della Corte Costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'applicazione della disciplina della testimonianza assistita ai giudicati irrevocabili con la formula assolutoria "per non aver commesso il fatto".

La Corte ha, infatti, rilevato che: "è costituzionalmente illegittimo l'art. 197 bis, commi 3 e 6, c.p.p., nella parte in cui prevede l'assistenza di un difensore e l'applicazione della regola di valutazione della prova di cui all'art. 192, comma 3, c.p.p. anche per le persone, indicate nel comma 1 dello stesso art. 197 bis, nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza definitiva di assoluzione "per non aver commesso il fatto". L'assoggettamento delle dichiarazioni del coimputato, o dell'imputato in procedimento connesso o di reato collegato, già assolto "per non aver commesso il fatto", alla necessità di *corroboration* con riscontri esterni comporta una compromissione del valore probatorio delle relative dichiarazioni testimoniali priva di razionale giustificazione, poiché la sentenza irrevocabile di assoluzione con detta formula attesta incontrovertibilmente la estraneità del soggetto alla reg giudicanda ed elide ogni possibile relazione con la vicenda processuale nel cui ambito è resa la testimonianza; ne consegue che l'aprioristica valutazione negativa del contributo probatorio offerto da un soggetto ormai immune – in forza del giudicato assolutorio - da ogni interesse all'esito del giudizio risulta irragionevole e in contrasto con il principio di eguaglianza, sia per l'ingiustificata disparità di trattamento rispetto alle dichiarazioni rese dal teste ordinario - e ciò nonostante le tipologie di dichiaranti in comparazione risultino omogenee - sia per l'ingiustificata parificazione ai soggetti dichiaranti ex art. 210 c.p.p., che costituiscono tipologia distinta e non assimilabile, sia infine per la necessità dell'assistenza difensiva, che tale normativa statuisce anche per il dichiarante già coimputato o imputato di reato connesso o di reato collegato, poi assolto "per non aver commesso il fatto"⁵⁴⁴.

⁵⁴³ Così TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 307, cui si rimanda per un'analisi critica dell'istituto della testimonianza assistita. Sul tema si rimanda anche a: ORLANDI R., *Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema di incompatibilità a testimoniare*, in *Il giusto processo, tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di KOSTORIS R. E., Torino, 2002, p. 153; DANIELE M., *La testimonianza "assistita" e l'esame degli imputati in procedimenti connessi, Il giusto processo, tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di KOSTORIS R. E., Torino, 2002, p. 196.

⁵⁴⁴ Corte Cost., 21 novembre 2006, n. 381, in *Giur. cost.*, 2006, 6, p. 3972, con nota critica di: MAZZA O., *Lo strano caso del testimone – imputato assolto per non aver commesso il fatto*, in *Giur. cost.*, 2006, 6, p. 3980; in *Guida al dir.* 2006, 46, p. 71, con nota di FRIGO G., *Operazione di maquillage costituzionale sulla figura del "testimone assistito"*, in *Guida al dir.*, fasc. 46, 2006, p. 75; in *Cass. pen.*, 2007, 2, p. 486, con nota di critica di DI BITONTO M. L., *La Corte costituzionale riapre il dibattito sulla*

Questa pronuncia offre lo spunto per alcune riflessioni, in particolare, riguardo all'approfondimento in tema di applicabilità dell'art. 384 al testimone assistito.

Una parte della dottrina, condividendo l'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale, ritiene che “il giudicato assolutorio svuoti di significato la previsione di un'assistenza difensiva, garanzia sorretta dalla necessità palesata dal principio del *nemo tenetur se detegere*, cui pone fine proprio la pronuncia di non colpevolezza, anche in considerazione dell'ulteriore copertura offerta dall'ordinamento con l'introduzione del principio del *ne bis in idem*”⁵⁴⁵. Secondo questa impostazione la *ratio* dell'art. 197 *bis* risponderebbe alla necessità di assoggettare all'obbligo di testimoniare anche soggetti coinvolti – in modo più o meno stretto – nelle vicende oggetto del processo, pur prevedendo una disciplina, per così dire, tarata in base al grado di coinvolgimento dei soggetti stessi. E, in effetti, non sembrano esservi dubbi in proposito, la disciplina della testimonianza assistita costituisce l'esito del tentativo volto a rendere quanto più ampia possibile l'acquisizione di materiale probatorio utile alla decisione – anche quando esso provenga da soggetti non del tutto estranei ai fatti – pur contemperando questa esigenza con il principio del *nemo tenetur se detegere*. Ciò che non convince di questa impostazione è la conclusione secondo cui “proprio tale logica sottesa all'istituto de quo consenta di ritenere la decisione [...] autentica attuazione della volontà legislativa”⁵⁴⁶.

L'iter argomentativo esposto nella pronuncia in commento risulta, secondo quanto sostenuto da parte della letteratura⁵⁴⁷, censurabile fondamentalmente per due ordini di ragioni.

In via preliminare è da condividersi l'osservazione secondo cui non è automatico che “la formula adottata nel dispositivo corrisponda a un accertamento positivo dell'innocenza, o meglio dell'estraneità al fatto, del soggetto nei cui confronti si è proceduto”. Con il che l'Autore non intende richiamarsi all'istituto dell'assoluzione per insufficienza di prove, ma solo rilevare che “dal punto di vista della ricostruzione fattuale, non è consentito postulare

testimonianza assistita, in *Cass. pen.*, 2, 2007, pag. 491; in *DeG - Dir. e giust.* 2006, 45, p. 55, con nota di BRIZIARELLI G., *Sforbiciata alla testimonianza assistita. L'assolto è parificato al teste ordinario. L'obbligo di un legale? Vulnus all'eguaglianza sostanziale*, in *DeG - Dir. e giust.*, 45, 2006, p. 53; in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, 1, p. 301, con nota di CATALANO E. M., *I confini della testimonianza assistita nel prisma del sindacato di ragionevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, 1, p. 301.

⁵⁴⁵ BRIZIARELLI G., *Sforbiciata alla testimonianza assistita. L'assolto è parificato al teste ordinario. L'obbligo di un legale? Vulnus all'eguaglianza sostanziale*, cit. p. 54.

⁵⁴⁶ BRIZIARELLI G., *Sforbiciata alla testimonianza assistita. L'assolto è parificato al teste ordinario. L'obbligo di un legale? Vulnus all'eguaglianza sostanziale*, p. 54.

⁵⁴⁷ MAZZA O., *Lo strano caso del testimone – imputato assolto per non aver commesso il fatto*, cit. p. 3981; DI BITONTO M. L., *La Corte costituzionale riapre il dibattito sulla testimonianza assistita*, cit. p. 491.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

un'indefettibile corrispondenza fra la formula assolutoria in questione e un positivo e pieno accertamento di innocenza⁵⁴⁸.

Da ciò consegue – e questa è la seconda osservazione che, si ritiene, debba essere condivisa - come il ragionamento della Corte si fondi su una premessa già – di per sé – fallace: il fatto che il giudicato assolutorio per non aver commesso il fatto spazzi via ogni tipo di coinvolgimento dell'imputato connesso o collegato nel processo in cui è chiamato a rendere testimonianza⁵⁴⁹.

È, infatti, del tutto condivisibile il rilievo per cui: “dopo che un individuo ha subito un processo penale e dopo che è stato costretto a difendersi da un'accusa, non potrà mai essere, come invece afferma la Corte Costituzionale, terzo e indifferente rispetto all'originario addebito⁵⁵⁰”. L'irrevocabilità della sentenza assolutoria, infatti, non garantisce di per se stessa il sorgere del totale disinteresse da parte di un soggetto in relazione alle vicende processuali dei coimputati. Ciò poiché “vi sarà sempre, quantomeno, il preciso interesse a che venga ribadita, anche nella diversa sede processuale, l'estraneità al reato oggetto dell'originaria imputazione. Con la conseguenza che la testimonianza *post iudicatum* risulterà sempre condizionata dall'insopprimibile esigenza del dichiarante di proseguire nell'esercizio del diritto di autodifesa anche dopo la formazione del giudicato⁵⁵¹”.

Può senza dubbio affermarsi – e qui si giunge alla considerazione sui rapporti fra la testimonianza assistita e l'applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. - che il giudicato irrevocabile sia al sicuro dal rischio penale. Il che non esclude, però, che questi non abbia interesse a tutelare la propria innocenza anche fuori dalla sede processuale, per esempio presso l'opinione pubblica. E, infatti, “potrebbe trovarsi

⁵⁴⁸ MAZZA O., *Lo strano caso del testimone – imputato assolto per non aver commesso il fatto*, cit. p. 3981.

⁵⁴⁹ Nello stesso senso DI BITONTO M. L., *La Corte costituzionale riapre il dibattito sulla testimonianza assistita*, cit. p. 491, che osserva come la pronuncia del giudice penale “rappresenta niente più che un mero surrogato della verità, che diviene socialmente accettabile esclusivamente in ragione delle particolari modalità di accertamento impiegate. E, infatti, il giudicato penale non si estende all'accertamento contenuto nella sentenza, inerendo esclusivamente al momento imperativo della decisione giurisdizionale, non già ai giudizi di fatto o di diritto che ne costituiscono le premesse. Il che significa che per l'ordinamento nemmeno l'intervenuta irrevocabilità della sentenza, sia pure di condanna, è in grado di conferire all'accertamento in essa contenuto il crisma della verità indiscutibile, in quanto il giudizio fondato su prove è, per definizione, epistemologicamente incerto. In conclusione, asserire che nei confronti del destinatario di una pronuncia di assoluzione per non aver commesso il fatto l'ordinamento abbia attestato in maniera incontrovertibile l'estraneità di tale persona ai fatti contestati appare un'affermazione scorretta, contrastante con i peculiari caratteri dell'accertamento penale”.

⁵⁵⁰ MAZZA O., *Lo strano caso del testimone – imputato assolto per non aver commesso il fatto*, cit. p. 3981.

⁵⁵¹ MAZZA O., *Lo strano caso del testimone – imputato assolto per non aver commesso il fatto*, cit. p. 3981.

CAPITOLO QUARTO – NEMO TENETUR SE DETEGERE. IL CONTRAPPESO
GARANTISTA

concretamente nella angosciosa alternativa fra il rispettare l'obbligo di rispondere secondo verità, fornendo così elementi anche in suo danno, e la necessità di tutelare la propria reputazione, magari già minata dal fatto stesso di essere stato in precedenza processato⁵⁵².

Non potendo esercitare la facoltà di astenersi dal rispondere, poiché – essendo già stato giudicato – la sua posizione non è tutelata dal principio del *nemo tenetur se detegere*, il giudicato potrebbe risolversi nel rendere una testimonianza mendace, al fine di proteggere la reputazione. Il che farebbe scattare l'applicazione dell'art. 384, comma primo, trattandosi di una situazione di pericolo di grave nocimento all'onore.⁵⁵³

Si può dunque concludere che, contrariamente a quanto potrebbe apparire, l'interpretazione fornita da Corte costituzionale non sembra affatto rispettosa della *ratio* di cui all'art. 197 bis, che – si ricorda – si sostanzia nella tutela anche della genuinità del materiale probatorio che trova ingresso nel processo, poiché prevede il meccanismo dei riscontri delle deposizioni dei testimoni assistiti. L'effetto dell'interpretazione proposta dalla Corte, se letta insieme all'operare della causa di non punibilità di cui all'art. 384, comma primo, non è altro che quello di permettere l'ingresso nel processo di contributi conoscitivi di dubbia genuinità.

⁵⁵² MAZZA O., *Lo strano caso del testimone – imputato assolto per non aver commesso il fatto*, cit. p. 3981.

⁵⁵³ MAZZA O., *Lo strano caso del testimone – imputato assolto per non aver commesso il fatto*, cit. p. 3981; nello stesso senso DANIELE M., *La testimonianza “assistita” e l'esame degli imputati in procedimenti connessi, Il giusto processo, tra contraddittorio e diritto al silenzio*, cit. p. 210.

CAPITOLO QUINTO

IL PREZZO DELLA VERITA': NON PUNIBILITA' E DIRITTO PREMIALE FRA INTENTI DEFLATTIVI E TENUTA DEL SISTEMA

1. *La punibilità come categoria autonoma*

Lo studio della punibilità come categoria autonoma del diritto penale (per chi le riconosca questo attributo) è stato caratterizzato da una notevole frammentarietà e da un periodo di scarso interesse, soprattutto nell'ordinamento italiano. L'attenzione per questo aspetto si è acuita in anni piuttosto recenti, in conseguenza della proliferazione di fattispecie incidenti, in senso diminuyente o negativo, sulla punibilità di fatti che costituiscono un reato già di per sé perfetto, se per tale si debba intendere un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole. La definizione di queste ultime ha incontrato non poche difficoltà, sia dal punto di vista della sistemazione dogmatica (stante la loro natura eterogenea), sia dal punto di vista dell'individuazione delle ragioni giustificatrici, che dovrebbero costituire il fondamento.

L'apporto fondamentale all'elaborazione concettuale si deve alla dottrina tedesca⁵⁵⁴ che, nel corso dell'ottocento, si interroga sul rapporto fra reato e punibilità. In questa sede, sembra opportuno fare un breve riferimento ai punti essenziali del pensiero di un Autore in particolare, al fine di individuare le basi concettuali che hanno influenzato la riflessione italiana. Con l'obiettivo di individuare gli aspetti controversi che si ripercuotono sulla definizione e collocazione sistematica dei fattori escludenti la punibilità⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ Per una trattazione più ampia dell'argomento: DI MARTINO A., *La sequenza infranta, profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, p. 50 e PATERNITI F., *Contributo allo studio della punibilità*, Torino, 2008, p. 7.

⁵⁵⁵ La locuzione usata è deliberatamente vaga, il contenuto sarà meglio identificato in seguito.

In particolare appaiono rilevanti due notazioni, la cui individuazione si deve a Ernst Beling⁵⁵⁶, fautore di una concezione quadripartita del reato, composto, secondo l'Autore, da fatto tipico, antigiridicità, colpevolezza e punibilità. Quello che in questa sede interessa rilevare di questa dottrina è, in primo luogo, il legame intercorrente fra la punibilità e la fattispecie astratta, nesso tale da permettere di attribuire all'illecito penale un surplus di significato (dato da quelle che l'Autore chiama "condizioni ulteriori della minaccia penale"), e, in secondo luogo, come questa ulteriore significazione sia in grado di rendere la norma maggiormente duttile, ossia di aumentarne la possibilità di aderenza al caso concreto. Tali "condizioni ulteriori della minaccia penale", infatti, permettono l'ingresso nel sistema di valutazioni diverse da quelle connesse all'illiceità penale. In altre parole, posto che le norme incriminatrici descrivono fatti, cui l'ordinamento giuridico riconduce una punizione, e che per loro natura sono fattispecie generali e astratte, la categoria della punibilità contribuirebbe a elevare il tasso di elasticità del sistema, rendendolo maggiormente duttile. Quest'ultima, dunque, pur essendo in un rapporto di stretta dipendenza con le norme incriminatrici, avrebbe la funzione di introdurre, in ciascuna di queste, valutazioni inerenti allo scopo perseguito, incidendo sulla loro applicazione.

Il grande rilievo di questa elaborazione sta ne "l'identificazione di un nucleo centrale che attrae la materia del divieto, differenziato dall'ambiente periferico della fattispecie penale; la conseguente individuazione di elementi che possono essere tuttavia rilevanti ai fini della sola punibilità dei fatti ad esso conformi, perché esprimono il precipitato tecnico di interessi comunque direttamente legati al significato e quindi al sorgere di una completa pretesa punitiva; lo stretto collegamento fra la struttura del fatto tipico e gli elementi che orientano la pretesa punitiva verso esiti modificativi o eliminativi della stessa; la necessità di una categorizzazione unitaria e la delineazione del rapporto fra condizioni positive e condizioni in negativo della punibilità; l'individuazione delle ipotesi di eliminazione

⁵⁵⁶ Per una trattazione approfondita del pensiero di questo Autore e per i riferimenti bibliografici si veda DI MARTINO, *La sequenza infranta, profili della dissociazione tra reato e pena*, cit., p. 30.

retroattiva della pretesa punitiva e la loro differenziazione concettuale rispetto ai casi di non punibilità originaria⁵⁵⁷.

Tuttavia non è obiettivo di questo lavoro proporre uno studio che abbia a oggetto la punibilità, quanto, piuttosto, una riflessione in merito alle cause che la escludono, che fornisca un contributo per meglio comprendere le questioni finora affrontate. I riferimenti appena citati vogliono costituire un semplice cenno alle vastissime implicazioni dell'argomento che s'intende trattare e con il quale si vuole concludere il presente lavoro. È proprio la portata di queste implicazioni che rende particolarmente difficoltoso avvicinarsi all'argomento della punibilità, senza essere costretti a tralasciarne alcuni aspetti. L'oggetto dell'analisi, come si è detto, è costituito da quelle particolari cause di esclusione della punibilità che, pur escludendo l'applicazione della sanzione penale, non intervengono sulla qualificazione del fatto come reato e, soprattutto, su loro ruolo in relazione alle valutazioni di politica criminale alla base delle scelte legislative.

1.1. Le cause di non punibilità in senso stretto: una categoria, in passato, controversa

La difficoltà di definire questa categoria deriva da una moltitudine di fattori, primo fra questi il loro carattere eterogeneo, difficilmente riconducibile a un concetto unitario. In secondo luogo, la loro collocazione sistematica implica una presa di posizione rispetto all'istituto della punibilità, investendo temi di teoria generale del reato e valutazioni rispetto all'operatività del principio *nullum crimen sine poena*. A questo proposito, si rileva come, ammettendo la punibilità fra gli elementi costitutivi del reato, la presenza di una delle cause di non punibilità negherebbe l'esistenza del reato stesso. In caso contrario, collocando questi elementi al di fuori della struttura del reato, si ammetterebbe la possibilità che un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole non fosse punito. Il che comporterebbe la negazione del suddetto principio.⁵⁵⁸

⁵⁵⁷ DI MARTINO, *La sequenza infranta, profili della dissociazione tra reato e pena*, cit., p. 32.

⁵⁵⁸ La questione non è di poco momento. Se ne terrà conto in seguito, pur senza pretesa di completezza, al fine di accennare agli aspetti strettamente connessi alla natura giuridica delle cause di non punibilità in senso stretto.

Esistono delle situazioni caratterizzate dall'inapplicabilità della sanzione a un determinato fatto. Le cause di questo fenomeno sono numerose e variegata e al loro interno si citano le cause di giustificazione, che escludono l'antigiuridicità del fatto, le cause scusanti, che escludono la colpevolezza e le cause di esclusione della punibilità, oggetto del presente discorso. Queste ultime hanno una rilevanza autonoma, poiché disciplinate da principi diversi rispetto alle altre cause che implicano la non applicazione della sanzione penale⁵⁵⁹.

L'autonomia della categoria è stata messa in forte discussione in passato, tuttavia ad oggi sembra essere pacifica⁵⁶⁰, soprattutto alla luce dei molteplici interventi legislativi che ne hanno disegnato una figura ampia, anche se particolarmente sfaccettata. Ma soprattutto hanno dimostrato che la punibilità è oggi uno degli ambiti d'intervento privilegiati dal legislatore per introdurre nel sistema opzioni di politica criminale specifiche e ulteriori rispetto a quelle che stanno alla base delle valutazioni che fondano le fattispecie incriminatrici.

Lo stesso codice penale, quando parla di "non punibilità", usa l'espressione in un senso, per così dire, omnicomprensivo, riferendosi a tutte le ipotesi in cui un fatto non è colpito dalla sanzione penale, quale che ne sia il motivo.

L'espressione "cause di non punibilità" è da sempre stata usata con diverse accezioni. Al fine di delimitare l'oggetto della presente analisi, sembra tuttora utile riferirsi al fondamentale studio di Giuliano Vassalli⁵⁶¹: l'Autore propone una classificazione dei significati attribuiti a questa categoria⁵⁶² e individua, all'interno di essa, quella costituita dalle cause di non punibilità in senso stretto.

In una prima accezione di matrice processuale, la più lata, le cause di non punibilità ricomprenderebbero "situazioni o circostanze, oggettive come soggettive, preesistenti alla commissione del fatto o a esso sopravvenute, a esso collegate o da esso indipendenti, attinenti al merito o alla procedura"⁵⁶³ da cui discenda la mancata

⁵⁵⁹ Così VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 609, PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, 1995, p. 528.

⁵⁶⁰ In questo senso anche COCCO G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, vol. II, *Punibilità e pene*, Padova, 2009, p. 87.

⁵⁶¹ VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 609.

⁵⁶² Classificazione ripresa, in tempi più recenti, anche da PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit., p. 525.

⁵⁶³ VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 609.

applicazione della sanzione penale. Si pensi all'art. 129, comma 1 c.p.p.⁵⁶⁴, che con l'espressione "cause di non punibilità" si riferisce all'insussistenza del fatto, alla non commissione di questo dal soggetto imputato, al fatto che non costituisce reato, all'estinzione di quest'ultimo e alla mancanza di una condizione di procedibilità. Una tale interpretazione della categoria delle cause di non punibilità, ancora oggi diffusa in giurisprudenza è particolarmente ampia: vi sono fatte rientrare tutte le ipotesi di proscioglimento, comprese quelle fondate sulla non imputabilità o non punibilità del soggetto agente, anche se queste presupporrebbero l'accertamento di un fatto illecito.⁵⁶⁵

Il secondo significato attribuito alle espressioni "cause di non punibilità", "cause di esclusione della punibilità" o "cause di esclusione della pena" (tali e tante le definizioni usate per il medesimo concetto) ha, invece, carattere sostanziale. Non ricomprende quindi le declaratorie ex art. 129 c.p.p., tuttavia assume una portata amplissima, riferendosi a tutte le cause che estinguono la responsabilità penale, alle scriminanti e alle scusanti. Il che contrasta con la differente disciplina, sia processuale sia sostanziale, delle cause estintive rispetto alle cause di esclusione della sola punibilità. Tanto che, chi adotta questa sistemazione, è poi portato a introdurre ulteriori distinzioni interne alla categoria⁵⁶⁶.

L'accezione più usata, tuttavia, sembra essere quella che fa riferimento a tutti i fattori che escludono il reato (nel senso che impediscono che la fattispecie si compia) e, di conseguenza, la sanzione penale. Lo scopo è segnare una demarcazione rispetto alle cause di estinzione del reato e della pena, caratterizzate dal fatto di intervenire in un momento successivo alla commissione del fatto o alla condanna definitiva.⁵⁶⁷

Questa sistemazione, invero, rispecchia quella del codice vigente sia per quanto riguarda la distinzione rispetto alle cause che escludono la responsabilità penale, sia riguardo al loro inserimento in un unico gruppo. All'interno di questo insieme, dottrina e giurisprudenza operano ulteriori classificazioni, individuando le

⁵⁶⁴ [Obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità] In ogni stato e grado del processo, il giudice, il quale riconosce che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità, lo dichiara di ufficio con sentenza

⁵⁶⁵ PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit., p. 527, per i riferimenti in giurisprudenza e letteratura si rimanda a PATERNITI F., *Contributo allo studio della punibilità*, cit., p. 83.

⁵⁶⁶ PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit., p. 527.

⁵⁶⁷ VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 609.

cause di esclusione del fatto o della tipicità, le cause di giustificazione (scriminanti), le cause di esclusione della colpevolezza (scusanti o esimenti) e, infine, le cause di esclusione della pena in senso stretto. L'intento del codice è dunque quello di distinguere tutte queste ipotesi dalle cause estintive, caratterizzate da una disciplina specifica, lasciando alla dottrina e alla giurisprudenza il compito di individuare ulteriori distinzioni interne alla categoria.

L'Autore notava come questo criterio, ancorché utilizzato dal codice, abbia scarso valore scientifico, poiché trascura l'analisi della *ratio* che giustifica l'esclusione della punibilità. A tal fine è necessario distinguere le cause di esclusione del fatto o della tipicità, quelle di esclusione dell'antigiuridicità, quelle di esclusione della colpevolezza e quelle di esclusione della sola punibilità.

La stessa esistenza delle cause di esclusione della punibilità in senso stretto⁵⁶⁸, in quanto categoria autonoma, non era pacifica in dottrina: la sua negazione dipendeva, come già accennato, dall'assunto in base al quale non è concepibile un reato senza punizione. Non c'era (e non c'è tuttora) unanimità nemmeno riguardo ai singoli elementi che compongono la categoria. Tuttavia l'Autore⁵⁶⁹ ne rilevava l'importanza dogmatica, in ordine all'elevato numero di ipotesi che si potevano ricondurre alla categoria, rinvenibili nel codice e nelle leggi speciali. Rilievo che oggi sembra più che mai attuale, considerato il proliferare di queste ipotesi.

Da vari autori⁵⁷⁰ si riconosceva già in passato l'esistenza della categoria: i motivi erano i più vari, ma il dato comune si riferiva all'effetto di escludere solo la punibilità, non il reato. Il riferimento era ai casi in cui la sanzione penale è esclusa per effetto di un comportamento successivo del reo (art. 376, 387⁵⁷¹ c.p.) o in ragione di situazioni o rapporti personali preesistenti alla commissione del reato (art. 649,

⁵⁶⁸ Una precisazione di carattere terminologico: le espressioni "cause di non punibilità in senso stretto", "cause di esclusione della sola punibilità", "cause di esclusione della pena" e "cause di esenzione da pena", sono usate come sinonimi.

⁵⁶⁹ VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 609.

⁵⁷⁰ Fra questi, come si è detto, VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 609, PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit., p. 528, ma anche ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p.55, RUGGERO G., *Punibilità*, in *Enc. dir.* vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 527.

⁵⁷¹ La norma, rubricata *Colpa del custode*, dispone che: "1. Chiunque, preposto per ragione del suo ufficio alla custodia, anche temporanea, di una persona arrestata o detenuta per un reato, ne cagiona, per colpa, l'evasione, è punito con la reclusione fino a tre anni o con la multa da 103 euro a 1.032 euro. 2. Il colpevole non è punibile se nel termine di tre mesi dall'evasione procura la cattura della persona evasa o la presentazione di lei all'autorità"

307, 418 c.p.). Come si dirà meglio in seguito, in questi casi il fatto che permanga la punibilità dei concorrenti non lascia dubbi riguardo alla qualificazione del fatto come reato.

1.2. *La dissociazione fra reato e pena*

Si deve innanzitutto rilevare che in dottrina, fra chi considera quella delle cause di esclusione della punibilità una categoria autonoma, possono essere individuate due impostazioni sistematiche. Vi è chi, ritenendo la punibilità un elemento del reato o, quantomeno, che in assenza di questa non si possa parlare di reato perfetto, le include, assieme alle cause di esclusione della tipicità, dell'antigiuridicità e della colpevolezza, nell'insieme delle cause di esclusione del reato⁵⁷². Altri, come si è detto⁵⁷³, la considerano elemento che interviene in un momento successivo alla perfezione del reato (seppure precedente rispetto all'ambito di intervento delle cause estintive, dato ormai pacifico) e che provoca l'effetto dell'esenzione da pena per il soggetto, in ragione di valutazioni di politica criminale o di altra natura⁵⁷⁴. Il che significa attribuire alle cause di esclusione della sola punibilità la qualifica di "presupposti di applicabilità della pena non riconducibili al solo reato"⁵⁷⁵, come se costituissero delle "condizioni negative" della punibilità, operando allo stesso modo delle condizioni obiettive di punibilità ma rimanendo elementi esterni alla fattispecie incriminatrice. Dal punto di vista sistematico, dunque, andrebbero collocate, come già aveva fatto Vassalli⁵⁷⁶, nell'ambito della punibilità in senso stretto, come cause estintive della sola punibilità, che intervengono, appunto, alla presenza di un fatto di reato già completo nei suoi elementi essenziali.

Deve darsi atto, tuttavia, che in passato parte della dottrina⁵⁷⁷ riteneva che le cause di non punibilità in senso stretto non potessero formare una categoria autonoma e per questo venivano ricondotte, di volta in volta, alla carenza di tipicità, antigiuridicità o colpevolezza. Le obiezioni erano indirizzate soprattutto nei confronti

⁵⁷² Così COCCO G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 80.

⁵⁷³ Cfr nota 15.

⁵⁷⁴ Questo aspetto verrà trattato con maggiore ampiezza in seguito.

⁵⁷⁵ VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 609.

⁵⁷⁶ VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 609.

⁵⁷⁷ Per un elenco esaustivo dei riferimenti bibliografici in argomento, si rinvia a VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 609.

di chi le collocava fuori dagli elementi del reato, assimilandole alle cause estintive, poiché non escludendo il reato, al contrario, lo presuppongono.

Finché la punibilità fosse stata considerata un elemento del reato, anche se considerata categoria autonoma, l'orientamento che le negava questo carattere aveva un solo argomento su cui basare le sue obiezioni: la lamentata sovrapposizione dei concetti di punibilità e antigiuridicità. A ben vedere, tuttavia, già notava Vassalli come coloro che “postulano una separazione fra antigiuridicità e punibilità, ad altra antigiuridicità non intendono riferirsi se non a quella che va intesa in senso del tutto generale (e oggettivo), nella quale si esprime il contrasto fra un determinato fatto e l'ordinamento giuridico visto in modo unitario”⁵⁷⁸. Ebbene, la dottrina in parola contrapponeva a questo concetto di antigiuridicità quello di antigiuridicità penale (da qui discendeva l'assunto per cui la punibilità era ritenuta una sorta di “doppione” rispetto all'antigiuridicità), consistente nella previsione della fattispecie incriminatrice che qualifica un fatto come reato, facendone discendere, in linea consequenziale, l'inammissibilità di un fatto penalmente illecito che non sia, per ciò stesso, anche punibile.

Tuttavia sembra del tutto condivisibile l'opinione espressa da Vassalli nel suo studio⁵⁷⁹, il quale notava come nell'insieme dei fatti non punibili penalmente vi fossero fatti considerati leciti dall'ordinamento giuridico nel suo insieme e fatti qualificati come illeciti da altri settori dell'ordinamento che, tuttavia, non venivano colpiti dalla sanzione penale. Era questo, dunque, il concetto di antigiuridicità (che è quello tuttora accolto) cui si riferivano le concezioni che, vedendo nell'antigiuridicità un elemento essenziale del reato, vi affiancavano, quale ulteriore elemento, quello di punibilità. Considerando la questione da questo punto di vista, dunque, non avrebbe dovuto destare perplessità una categoria autonoma di cause che, pur non incidendo sulla tipicità del fatto, né sull'antigiuridicità, né sulla colpevolezza, escluda la punibilità, facendo per questo venir meno il carattere di reato del fatto.

La questione si complicava laddove si fosse sostenuto che tali cause escludessero la punibilità quale semplice conseguenza dell'illecito, lasciando intatta la qualificazione del fatto come reato. Di tal che la punibilità sarebbe stata un insieme di condizioni al verificarsi delle quali l'infrazione della pena poteva

⁵⁷⁸ VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 609.

⁵⁷⁹ VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 609.

effettivamente seguire alla commissione di un reato. L'obiezione fondamentale a questa teorica si fondava sull'assunto che riteneva non potesse essere pensabile un precetto penale senza l'effettiva comminazione di una sanzione: l'esistenza di una causa di non punibilità originaria, quantomeno, non poteva che determinare l'impossibilità di considerare un fatto come reato.

La definizione della questione dipendeva in larga misura dall'operatività riconosciuta al principio "*nullum crimen sine poena*", in particolare alla concezione del rapporto fra precetto e sanzione penale. Il nodo del problema stava nella pretesa indissolubilità dei due elementi della norma penale (il precetto e la sanzione) e nella concezione della norma giuridica penale. Questione, ancora oggi, tutt'altro che risolta.

Altra parte della dottrina⁵⁸⁰ sosteneva, tuttavia, che porre il problema in questi termini avrebbe significato incorrere in un vizio logico: l'identificazione dell'essenza di un fatto con la sua conseguenza. Non si vedeva il motivo per cui il legislatore non avesse potuto, dopo aver reputato una serie d'interessi meritevoli di tutela penale in via, per così dire, "generale", per una serie di ragioni (politica criminale, opportunità, etc.), esentare da pena una serie di soggetti in seguito ad una valutazione di natura "particolare", riferita cioè a determinate situazioni. Con il che non si voleva intendere tale particolarità nel senso di "personalità", nel suo significato discriminatorio, dei motivi di esenzione da pena; ci si voleva riferire a situazioni prestabilite, che avrebbero potuto riguardare qualsiasi soggetto dell'ordinamento. L'esenzione da pena, in questi casi, avrebbe avuto pertanto natura eccezionale e avrebbe lasciato intatta la qualificazione del fatto come reato, prova di questo sarebbe stata la punibilità del correo non incluso nell'operare della causa di non punibilità (argomento tuttora inconfutabile). La conclusione era dunque questa: la norma penale esprime un divieto valido in potenza per tutti i soggetti dell'ordinamento, tale divieto, però, si attua nella comminatoria della sanzione solo nei confronti di alcuni di questi.

E' sembrato opportuno questo *excursus* di carattere storico poiché le questioni relative al rapporto fra precetto e sanzione sono ancora oggi ampiamente dibattute e

⁵⁸⁰ Fra cui lo stesso VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 609.

ben lontane dall'approdare a una soluzione condivisa. Nemmeno l'intervento della Corte Costituzionale ha portato all'affievolirsi del dibattito.

La Consulta, con la sentenza del 23 marzo 1988 n. 369, prende posizione sull'argomento. Esaminando una questione di legittimità costituzionale relativa a un condono edilizio⁵⁸¹, la Corte afferma che l'inquadramento di questa fattispecie "presuppone, sistematicamente, una netta distinzione, se non una separazione, tra reato e punibilità"⁵⁸². Quanto alle precedenti impostazioni dottrinali che non riuscivano a dare una sistemazione autonoma alla punibilità, sulla base della pretesa indissolubilità fra questa e il fatto di reato, la Corte nota come "il legislatore moderno, repentinamente destando la dottrina e la giurisprudenza da sogni dommatici, non solo dà per scontato che la punibilità abbia una consistenza autonoma, un valore autonomo, rispetto al reato ma dimostra che la medesima può essere usata per ottenere dall'autore dell'illecito prestazioni utili a fini spesso estranei alla tutela del bene offeso dal reato"⁵⁸³. L'intervento della Corte ha reso insostenibili gli assunti che negavano l'esistenza dello stesso concetto di punibilità, riconducendola, di volta in volta, al venir meno di uno degli elementi del reato. Tuttavia non è valso a sopire la questione della sua natura giuridica: se dunque sia indipendente o meno dalla struttura del reato.

Tale pronuncia presta il fianco ad alcune critiche, soprattutto riguardo agli sviluppi pratici conseguenti alle affermazioni della Corte⁵⁸⁴. In particolare, a proposito dell'avvallo accordato al nuovo modo di utilizzare la punibilità da parte del legislatore, con il rischio di "trasformare l'approccio disincantato e attento al reale, in lettura apologetica e giustificante"⁵⁸⁵. La Corte, legittimando il ricorso alla non punibilità anche laddove si manifesti in anomale forme clemenziali di non punibilità sopravvenuta, ne fonda la legittimità costituzionale sulla "natura accessoria ed estranea alla tutela di beni giuridici costituzionali della tipologia degli illeciti

⁵⁸¹ L'argomento sarà affrontato meglio in seguito, a proposito delle varie forme che può assumere l'uso delle fattispecie premiali da parte del legislatore.

⁵⁸² Corte cost 369/1988.

⁵⁸³ Corte cost. 369/1988.

⁵⁸⁴ Si veda, in argomento, INSOLERA G., *Condono fiscale: sezioni unite, Corte costituzionale, sogni dogmatici del penalista e prevaricazione del legislatore. Nota a Cass. Sez. Un. 6.7.1990*, in *Foro it.*, 1991, II, p. 85.

⁵⁸⁵ INSOLERA G., *Condono fiscale: sezioni unite, Corte costituzionale, sogni dogmatici del penalista e prevaricazione del legislatore*, cit., p. 85.

interessati”⁵⁸⁶. Il punto debole del ragionamento della Corte sta proprio in questo: nel darsi “per ammesso e scontato quel modo di legiferare che, successivamente, rende necessario quel ricorso a forme anomale di clemenza”⁵⁸⁷

2. Inquadramento dogmatico

Permangono, dunque, due impostazioni: l’una colloca la punibilità fra gli elementi del reato, assieme a tipicità, antigiuridicità e colpevolezza⁵⁸⁸; l’altra ne fa un istituto indipendente dal reato. E’ indubbio, tuttavia, che l’aver rilevato nella valutazione politica l’elemento comune alle cause di non punibilità in senso stretto, non sia sufficiente a far chiarezza sulla loro posizione sistematica⁵⁸⁹.

Una recente dottrina⁵⁹⁰ ritiene addirittura che un elemento vago come il concetto di “politica criminale” non costituisca nemmeno un fondamento sufficiente su cui basare la loro autonomia sistematica, di talché ricorre al principio di sussidiarietà per giustificarne l’inclusione all’interno della struttura del reato. A questo proposito, però, basti osservare come l’intero sistema penale sia basato su valutazioni di tipo politico. Quello che riesce difficile comprendere è per quale motivo si debba sostenere la vaghezza di questo criterio con riferimento alle fattispecie di non punibilità, con effetti *in bonam partem*, e lo si ritenga invece idoneo a fondare la norma penale. Se si dovesse portare alle estreme conseguenze questo assunto, si dovrebbero allora trovare dei criteri positivi che giustificassero ogni singolo intervento penale. Non basterebbe il rispetto dei principi costituzionali, garantisti sì, ma non idonei a fondare degli obblighi d’incriminazione. Solo tali obblighi dovrebbero costituire, se si volesse seguire fino alle estreme conseguenze la dottrina in esame, un fondamento sufficientemente solido. Il principio di

⁵⁸⁶ INSOLERA G., *Condono fiscale: sezioni unite, Corte costituzionale, sogni dogmatici del penalista e prevaricazione del legislatore*, cit., p. 85

⁵⁸⁷ INSOLERA G., *Condono fiscale: sezioni unite, Corte costituzionale, sogni dogmatici del penalista e prevaricazione del legislatore*, cit., p. 85. L’argomento sarà ulteriormente approfondito al capitolo successivo.

⁵⁸⁸ Anche manualistiche recenti accolgono la concezione quadripartita del reato: si veda, per tutti, MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 5 ed., Milano, 2015, p. 370.

⁵⁸⁹ Così già VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 609.

⁵⁹⁰ COCCO G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 83.

sussidiarietà, inoltre, permea tutto l'ordinamento penale, non si vede il motivo per cui il suo operare debba essere confinato all'interno della struttura del reato. Di più: il riconoscimento dell'autonomia sistematica delle cause di non punibilità, circoscrivendo e rendendo più "capillare" l'intervento della singola norma penale, non è che un'espressione di tale principio.

Con riguardo al dato normativo, non possono essere tratti argomenti che portino a escludere l'esistenza della categoria in quanto indipendente dalla struttura del reato. Quanto alle situazioni in cui il codice si riferisce alla "non punibilità", non sembrano esserci motivazioni che impediscano di riferirle tanto alle scriminanti e alle scusanti che alle cause di esclusione della sola punibilità. Al contrario, degli argomenti a supporto possono essere desunti dalla stessa legge⁵⁹¹. Si pensi agli artt. 202, primo comma, e 203, primo comma.⁵⁹² Poiché uno dei presupposti per l'applicazione delle misure di sicurezza è la commissione di un reato e poiché il riferimento operato dall'art. 203 comprende soggetti non imputabili e non punibili, appare chiaro l'implicito riconoscimento dell'esistenza di cause, simili negli effetti alle cause di non imputabilità ma di natura diversa da queste, che impediscano l'inflizione della sanzione penale, pur lasciando permanere il reato. Il che le renderebbe diverse dalle scusanti e dalle scriminanti. Si noti come, secondo questa interpretazione, il soggetto non punibile che avesse commesso un reato, se ritenuto socialmente pericoloso, sarebbe passibile di applicazione di una misura di sicurezza.⁵⁹³

L'unica interpretazione possibile sembra essere questa, se si concorda con la teoria, qui accolta, che colloca la punibilità in un momento successivo alla commissione del reato. Tuttavia, non si può negare che una tale soluzione lascia

⁵⁹¹ PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit., p. 527.

⁵⁹² I quali, rispettivamente, dispongono che: "Le misure di sicurezza possono essere applicate solo alle persone socialmente pericolose, che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato" e che: "Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile e non punibile, la quale ha commesso uno dei fatti indicati nell'articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati".

⁵⁹³ GROSSO, *Cause di giustificazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, VI, Roma 1988, p. 276; RUGGERO G., *Punibilità*, in *Enc. dir. cit.*, p. 527. *Contra* COCCO G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit.p. L'Autore nota come all'intervento di una causa di non punibilità consegua l'ablazione di ogni conseguenza penale: non è da ritenersi ammissibile l'applicazione delle misure di sicurezza. L'argomentazione deriva dall'assunto secondo cui il fondamento della non punibilità sia da rinvenirsi nello scopo della pena, poiché "le considerazioni sui fini della pena che ne escludono l'applicazione valgono a maggior ragione per le misure di sicurezza".

insoddisfatti, soprattutto in un sistema dove le misure di sicurezza in nulla si differenziano, sotto il profilo esecutivo rispetto alla pena detentiva. Le perplessità aumentano, inoltre, se si considera che l'applicazione di tali misure non offre le stesse garanzie che governano la pena, poiché non soggiace al principio di irretroattività. Il problema, invero, è di rilievo, tuttavia non sembra che il dato normativo permetta di pervenire a una soluzione diversa. In questo senso sarebbe forse auspicabile una modifica legislativa che rendesse più chiara la disciplina.

Sul piano dogmatico, il problema riguardante l'inclusione o meno della categoria all'interno degli elementi del reato è stato posto in termini chiari da Vassalli⁵⁹⁴: la domanda da porsi è se in presenza di una causa di non punibilità venga meno un elemento del reato e, in caso di risposta affermativa, quale sia l'elemento escluso da ognuna di esse. Qualora, tuttavia, si giunga ad affermare che nessun elemento del reato sia condizionato da queste nella sua esistenza, ferma restando l'esenzione da pena, sarebbe possibile affermare l'autonomia della categoria. In altri termini: una volta stabilito che queste situazioni non sono inquadrabili in altre categorie che abbiano la conseguenza di elidere uno degli elementi del reato, questo "equivale a dire che la loro presenza è compatibile con la sussistenza di un fatto illecito e colpevole".⁵⁹⁵

Consideriamo l'elemento dell'antigiuridicità. Come si è detto, con questo concetto ci si riferisce alla contrarietà di un fatto a tutto l'ordinamento giuridico. Le cause di non punibilità non possono quindi essere assimilate alle cause di giustificazione, perché intervengono su un fatto considerato illecito dall'ordinamento.⁵⁹⁶ Quello che cambia fra fatto scriminato e fatto non punibile è la sostanza del fatto stesso, sulla quale si appunta il giudizio di disvalore dell'ordinamento. Si pensi al figlio che commetta un furto nei confronti del padre o al soggetto che ritratti la falsa testimonianza, il fatto in sé rimane illecito: può essere impedito e fondare la pretesa di risarcimento del danno.⁵⁹⁷ Tuttavia non è punibile,

⁵⁹⁴ VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 609, cit., ma anche PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit, p. 537 che afferma la compatibilità della loro presenza con un fatto illecito e colpevole.

⁵⁹⁵ PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit., p. 527.

⁵⁹⁶ Così sia VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 609, cit. che PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit., p. 527.

⁵⁹⁷ Sulla questione della responsabilità civile nascente dal fatto non punibile cfr *infra*.

perche l'ordinamento attribuisce un rilievo particolare alla condotta successiva al reato o alla situazione personale del soggetto che l'ha commesso.

Né può dirsi escluso l'elemento psicologico. Le obiezioni a tale affermazione si fondano sull'inesigibilità di un comportamento diverso da parte dell'autore. Il che potrebbe anche essere compatibile con le ipotesi degli artt. 307 terzo comma e 418 terzo comma c.p. in cui assume rilievo il vincolo di parentela del reo con i compartecipi nei reati di tipo associativo. Tuttavia un simile assunto non regge in riferimento alle ipotesi di furto tra congiunti⁵⁹⁸ né in quella della ritrattazione.

Rimane il fatto tipico. Chi nega autonomia sistematica alle cause di non punibilità in senso stretto considera queste situazioni come se fossero il "rovescio del reato proprio"⁵⁹⁹: il soggetto attivo può essere chiunque, tranne quei soggetti non punibili in seguito all'intervento di una causa che ne escluda la punibilità. Come se la fattispecie penale avesse dei limiti appartenenti alla sua stessa essenza: superati quelli, si ricadrebbe fuori dai confini della tipicità. Ebbene, questa posizione non riesce a conciliarsi con alcune delle norme del codice. Prima fra tutte quella che punisce il concorso in un reato commesso da un soggetto non punibile: se il fatto non può definirsi reato, nessuno dovrebbe essere punibile per quel fatto. Il che non può voler dire altro che la valutazione d'illiceità da parte dell'ordinamento rispetto a quel fatto non cambia, quello che rileva è la scelta di non punire un soggetto, perché si ritrova a essere in una delle situazioni descritte dalle cause di non punibilità. La differenza con il reato proprio sta in questo: la qualifica soggettiva è, se non un presupposto del reato, un elemento senza il quale l'interesse a punire viene meno, la mancanza della qualifica si traduce nella carenza di un elemento del reato, facendo venir meno la tipicità del fatto.

L'unico argomento che si potrebbe opporre all'autonomia delle cause di non punibilità consiste nell'impossibilità di concepire un reato non punibile⁶⁰⁰. Altra dottrina⁶⁰¹ risolve la questione facendo della punibilità il quarto elemento del reato. Il che non sembra condivisibile: è vero che la norma penale si riconosce come tale proprio in virtù della natura della sanzione che commina, tuttavia non per questo

⁵⁹⁸ PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit., p. 527.

⁵⁹⁹ VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 609

⁶⁰⁰ PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit., p. 540.

⁶⁰¹ Il tema fu affrontato in un saggio fondamentale da PETROCELLI B., *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 669.

deve valere il contrario. In altri termini: non è dimostrabile che la punibilità sia una condizione necessaria per l'esistenza del reato: innanzitutto perché non attiene a nessuno degli elementi che lo compongono⁶⁰² e, inoltre, perché la stessa esistenza delle condizioni di punibilità dimostra come sia ammissibile la dissociazione del reato dalla pena.⁶⁰³

Se la pena minacciata dalla norma non è messa in atto, nonostante sia stato commesso un illecito penale, non cambia la valutazione del disvalore del fatto operata in via generale e astratta. Può cambiare il disvalore attribuito a uno specifico fatto commesso da un soggetto che si trovi in una particolare situazione, per ragioni predeterminate dalla legge, che possono avere diversa natura. Come se le cause di non punibilità avessero lo scopo di rendere la norma maggiormente adattabile ai singoli casi, in un certo senso rendendola più "concreta". Ecco che, da questo punto di vista, appare plausibile, se non auspicabile, l'autonomo operare delle due componenti della norma penale. Se dunque l'applicabilità concreta della sanzione penale venga meno, non per questo si deve asserire che venga meno la natura penale del precetto che minaccia quella sanzione, né che l'interesse tutelato da quella norma non sia più meritevole di questa tutela.

Per negare la categoria delle cause di esclusione della punibilità si dovrebbe quindi affermare che il reato può essere tale solo se concorrono tutti gli elementi necessari all'applicabilità della sanzione.⁶⁰⁴

3. La legittimità costituzionale delle cause di non punibilità in senso stretto

Per capire quali siano gli spazi e i limiti del controllo riguardo alla legittimità costituzionale delle cause di non punibilità sono necessarie alcune premesse.

Il problema è da ricondursi⁶⁰⁵, ancora una volta, alla possibile esistenza di un reato perfetto cui non segua una punizione; la questione si compone di due aspetti fra loro complementari: la valutazione di tipo politico che sta alla base della non

⁶⁰² Cfr. *infra*.

⁶⁰³ PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit., p. 540.

⁶⁰⁴ VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 609.

⁶⁰⁵ STORTONI L., *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 626.

punibilità e l'operare delle cause di non punibilità su fatti penalmente illeciti. La riflessione trova fondamento nell'osservazione sviluppata da un'autorevole dottrina⁶⁰⁶ che sostiene la necessità del rispetto costituzionale anche in merito alle norme penali di favore. Se questo non dovesse aver luogo, si prospetterebbe il rischio dell'introduzione nell'ordinamento di norme discriminatorie. Questo permetterebbe, inoltre, al legislatore di creare degli spazi immuni al controllo costituzionale, agendo sulla costruzione della fattispecie penale; basterebbe, infatti, impostare la norma con valenza positiva per eludere il controllo di legittimità.

3.1. *Obblighi costituzionali di tutela penale*

Le cause di non punibilità, si è detto, intervengono su un fatto penalmente illecito, cui dovrebbe seguire l'applicazione di una sanzione; questo non avviene, in via eccezionale, laddove operi una di queste cause. Evidentemente si tratta di situazioni potenzialmente pericolose dal punto di vista della garanzia costituzionale del principio di uguaglianza, tanto più ove si tenga conto del fatto che queste eccezioni sono fondate su elementi piuttosto vaghi, quali sono quelli basati su valutazioni di opportunità politica. Si pensi a quanto detto supra in merito agli interventi della Corte sull'art 376 e 384, o alla querelle sull'esclusione del convivente more uxorio dai soggetti di cui al primo comma dell'art 384.

Il problema è, inoltre, strettamente connesso con quello del controllo di costituzionalità in materia penale: se, come si è detto, bastasse agire sulla formulazione della norma penale, dandole una veste "positiva" sotto forma di norma che esclude la punibilità per sfuggire al sindacato costituzionale, la funzione di questo sarebbe del tutto svilita anche con riguardo alle norme incriminatrici. Senza contare che anche la teorica del bene giuridico⁶⁰⁷, quali che siano i suoi limiti,

⁶⁰⁶ BRICOLA F., *Il 2° e 3° comma dell'art. 25*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA G., 1981, p. 959.

⁶⁰⁷ Questa la teoria che iscrive la tutela penale nelle garanzie dettate dalla Carta costituzionale, affermando che detta tutela dovrebbe essere prevista esclusivamente per i beni di rilevanza costituzionale.

perderebbe di senso se non fosse configurabile un controllo costituzionale sulle norme che impediscono l'applicabilità della sanzione.

Affrontare la questione del controllo di legittimità sulle norme di favore significa, dunque, collocarla nell'ambito dei principi costituzionali in materia penale, soprattutto con riguardo a quello delle eccezioni *in malam partem*. Tale sarebbe l'effetto, infatti, se una causa di non punibilità fosse dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale.

Che la Costituzione sia ispirata da una concezione profondamente garantista è, invero, al di fuori di ogni dubbio. Ispirazione condivisa dalla dottrina che ha cercato di individuare dei limiti per il diritto penale, costituiti dalla necessaria offensività di un bene giuridico di rango costituzionale. Il che porta con sé la conseguente possibilità che intervenga una pronuncia d'illegittimità costituzionale sulla norma incriminatrice che non sia in armonia con questo principio.

Si deve notare, tuttavia, come in questa dottrina il richiamo ai beni costituzionali sia "operato solo in funzione di giustificazione del sacrificio della libertà"⁶⁰⁸, non quindi come fondamenti per un obbligo di tutela penale. Per dirla con le parole dello stesso Bricola⁶⁰⁹, "rimane, quindi, oggetto di una situazione oggettiva non doverosa la configurazione da parte del legislatore dei fatti lesivi dei valori sopra delineati come reati e non come illeciti extrapenali". Dai principi costituzionali è dunque possibile ricavare soltanto limiti di tipo negativo.

La teorica del bene giuridico è il punto di partenza concettuale per capire se, e in che termini, si debba parlare di controllo costituzionale in merito alle cause di non punibilità. Innanzitutto perché da questa dottrina si sviluppa logicamente l'elaborazione in materia di eventuali obblighi costituzionali di penalizzazione. Anche se va detto sin d'ora che la prospettazione non sembra in alcun modo essere una conseguenza necessaria del collegamento fra tutela penale e beni costituzionalmente garantiti.

Se, dunque, fossero effettivamente ravvisabili nella costituzione degli obblighi di penalizzazione, ne discenderebbe l'imposizione per il legislatore di attuare una

⁶⁰⁸ STORTONI L., *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., p. 626.

⁶⁰⁹ BRICOLA F., *Il 2° e 3° comma dell'art. 25*, cit., p. 960.

funzione “promozionale” di alcuni beni giuridici attraverso la norma penale⁶¹⁰, cosa che comporterebbe, peraltro, una limitazione di non poco conto del potere legislativo. Questo modo di vedere, del resto, bene si sposa con le tendenze che negli ultimi anni hanno caratterizzato il diritto penale, ponendo l’accento sulla sua funzione di supplenza.

Tuttavia sembra del tutto condivisibile la dottrina che ritiene inammissibile la possibilità di eccezioni d’illegittimità *in malam partem* che si fondino sul preteso obbligo di penalizzazione⁶¹¹, sulla base delle implicazioni che questo comporterebbe. L’assunto di queste teorie si fonda sull’identificazione delle funzioni del diritto penale con quelle dello stato sociale⁶¹²; ebbene, un tale assunto comporterebbe il sovvertimento degli stessi valori costituzionali perché “sconvolge il rapporto libertà-autorità che la stessa Carta Costituzionale delinea”⁶¹³. Respingere questa tesi non significa, tuttavia, disconoscere i valori di tipo sociale e solidaristico che la Costituzione impone di perseguire; si deve semplicemente prendere atto che è lo stesso assetto costituzionale che evita di imporre al legislatore ambiti di tutela penale, per così dire, coatta. Il risultato sarebbe attribuire alla Corte costituzionale quelle valutazioni di politica criminale che spettano al legislatore, seppur nel rispetto dei limiti e delle garanzie sanciti dalla Costituzione. Se la Corte, invece di giudicare della compatibilità costituzionale di una norma, avesse il potere di operare valutazioni di politica legislativa, scegliendone, di fatto, il contenuto, verrebbe meno il contenuto di garanzia che l’attribuzione di questa scelta al legislatore vuole assicurare. Il che comporterebbe la violazione del principio di riserva di legge in materia penale, senza considerare che, se fosse la Corte a scegliere il contenuto della norma, avverrebbe una sovrapposizione dei ruoli di controllore e controllato.

Il tema non può essere approfondito in questa sede, tuttavia il richiamo alla teoria degli obblighi di penalizzazione è strettamente connesso alla riflessione sul controllo costituzionale in merito alle cause di non punibilità. Se non altro perché permette di asserire che le ragioni giustificatrici di questo controllo non sono da

⁶¹⁰ Si pensi a beni di carattere individuale e collettivo, quali la tutela ambientale, o alla pretesa funzione, attribuita al diritto penale, di incidere sulla coscienza sociale, funzione che si tradurrebbe nell’inculcare valori non ancora percepiti come tali.

⁶¹¹ In questo senso: BRICOLA F., *Il 2° e 3° comma dell’art. 25*, cit., p. 961 e PULITANO’ D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484.

⁶¹² PULITANO’ D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, cit. p. 484.

⁶¹³ STORTONI L., *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., p. 626.

ricercare in questa teorica. È ovvio che, laddove si ritenessero esistenti obblighi di questa natura, le cause di non punibilità dovrebbero, a maggior ragione, sottostare al vaglio della Corte. Ma non è necessariamente vero il contrario: la *ratio* del controllo di legittimità sulle norme che escludono la punibilità è da ricercarsi altrove.

3.2. *Il contenuto del controllo di legittimità sulle cause di non punibilità. Profili sostanziali.*

Si deve notare innanzitutto come, in quest'ambito, non valgano le obiezioni rilevate contro la teorica degli obblighi di penalizzazione. Fra la norma incriminatrice e la norma escludente la punibilità intercorre un rapporto di regola-eccezione⁶¹⁴, ne consegue che il controllo di legittimità relativo alle cause di non punibilità non è soggetto alle critiche né porta alle conseguenze di cui si è detto in merito agli obblighi di incriminazione. Il legislatore ha già valutato le opzioni politico-criminali secondo il dettato costituzionale, è, dunque, auspicabile un controllo di legittimità sulle norme che intervengono su questa scelta, limitandola.

Non v'è dubbio che anche le cause di non punibilità debbano conformarsi ai principi di riserva di legge e tassatività⁶¹⁵; qualche riflessione ulteriore merita l'applicazione del principio di irretroattività. In questa sede ci si vuole limitare a rilevare l'inapplicabilità del principio in parola al caso in cui la norma di non punibilità disponga soltanto per il passato⁶¹⁶. Sembra, infatti, che questa situazione non possa essere fatta rientrare nella disciplina della successione di leggi, in quanto non si tratta di una modifica della fattispecie penale. La norma che interviene sulla punibilità non provoca un mutamento di uno degli elementi del reato, poiché riguarda un elemento esterno a esso risultando, piuttosto, assimilabile a quello che si verifica in caso di amnistia⁶¹⁷. Il che permette di dire che la previsione retroattiva di non punibilità non si pone in contrasto con il principio di retroattività.

⁶¹⁴ Come si è cercato di dimostrare *supra*.

⁶¹⁵ Si veda, comunque, su questo argomento STORTONI L., *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., p. 626; così anche COCCO G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 90.

⁶¹⁶ Nel caso in cui la non punibilità sia disposta anche per il futuro, la disciplina di riferimento sarà quella del terzo comma dell'art. 2 c.p., trattandosi di mutamento di disciplina, e non di depenalizzazione, stante l'estraneità della punibilità alla struttura del reato. Si veda STORTONI L., *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., p. 626

⁶¹⁷ STORTONI L., *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., p. 626

Fra chi ammette il sindacato di costituzionalità rispetto alle norme di non punibilità, non c'è unanimità di vedute riguardo al contenuto di tale controllo. Vi è, infatti, chi ne riduce la portata al rispetto del principio di ragionevolezza, individuando l'unico potenziale contrasto con la Costituzione solo laddove la causa di non punibilità leda l'equilibrio del sistema. In altri termini, l'unico parametro di legittimità costituzionale sarebbe ravvisabile nel principio di uguaglianza (inteso quale criterio di ragionevolezza). Nessuna censura, quindi, sul contenuto politico-criminale della scelta di non punire, purché questa opzione non abbia esiti discriminatori. Sembra del tutto condivisibile l'opinione⁶¹⁸ che ritiene questa impostazione eccessivamente limitativa e che, proprio per questo motivo, conduca a uno svuotamento di significato di tale controllo. Il pericolo di effetti discriminatori, infatti, lungi dall'essere considerato un fattore di scarsa importanza, si situa proprio all'interno della *ratio* sottostante alla scelta di non punibilità che non sia in armonia con i valori espressi dalla Carta fondamentale. In altri termini: "Le comprensibili e contingenti ragioni politiche che inducono a lasciare il più possibile libero il legislatore nell'uso, come strumento di politica criminale, della non punibilità di fronte a forme particolarmente pericolose del fenomeno criminale organizzato, non possono legittimare un tale strappo ai principi generali e costituzionali dell'ordinamento penale"⁶¹⁹. Sarebbe dunque auspicabile un controllo costituzionale che garantisca l'armonia delle scelte legislative con i principi costituzionali. Più in linea con il carattere garantista della Costituzione sarebbe, dunque, un controllo di legittimità che coinvolgesse anche il contenuto della scelta di non punire. In questo modo, inoltre, si ridurrebbe la possibilità che il legislatore sfugga a questo controllo con operazioni di tecnica legislativa, tali da camuffare, con accorgimenti di tipo formale, norme che incidono retroattivamente sugli elementi costitutivi della fattispecie penale tentando di farle sembrare norme che incidono sulla sola punibilità.

Per individuare i limiti del controllo di legittimità, non si può prescindere dalla natura giuridica delle cause di non punibilità: viene qui in rilievo, in particolare, la loro diversità rispetto alle cause di giustificazione⁶²⁰: il fatto non punito continua a

⁶¹⁸ STORTONI L., *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., p. 626.

⁶¹⁹ STORTONI L., *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., p. 626.

⁶²⁰ La differenza sta, per quello che qui interessa notare, nella diversa incidenza che cause di giustificazione e cause di non punibilità hanno sulla struttura del reato. Come si è detto in precedenza, le prime intervengono sull'antigiuridicità del fatto, eliminandola e facendo venire meno, di

rimanere penalmente illecito. Ovviamente questo sposta i termini della questione⁶²¹, dal momento che “il giudizio di comparazione tra gli interessi è ipotizzabile solo nel settore delle cause di giustificazione”⁶²². Anche le cause di non punibilità, tuttavia, devono trovare una ragione giustificatrice nei valori costituzionali, pur potendo riconoscere, in quest’ambito, una maggiore discrezionalità al legislatore. Il che si traduce nella configurabilità di limitazioni meno stringenti⁶²³. La legittimità delle cause di esclusione della punibilità va allora collegata alla ragione che sta alla base della scelta di non punire. Una volta individuato il fondamento, il parametro del controllo sarà costituito dalla capacità di tutela del bene giuridico che la norma si propone di realizzare. In altri termini: ancora una volta sembra auspicabile il collegamento con i beni giuridici di rilievo costituzionale, non solo riguardo alle norme incriminatrici, ma anche per le cause di esclusione della punibilità. Tuttavia, spesso, anche se non sempre, le cause di non punibilità mirano a una tutela complementare dello stesso interesse protetto dall’incriminazione (si pensi alla ritrattazione). In questo caso la scelta di non punire si fonda sulla necessità di rafforzare la tutela del bene giuridico protetto dalla norma penale, in una logica di tipo premiale⁶²⁴.

Quanto detto finora non vale certamente a escludere l’importanza da attribuirsi, al principio di ragionevolezza, di cui l’art 3 della Costituzione è il fondamento. Pur non essendo, come si è detto, questo l’unico parametro da tenere in considerazione.

Il riferimento a questo principio assume rilevanza nell’ambito di ogni singola causa, poiché permette di verificare l’omogeneità delle situazioni esentate da pena con la *ratio* che fonda l’esclusione stessa⁶²⁵. Sarà da ritenere illegittima la norma di favore che escluda l’esenzione da pena per un fatto assimilabile a quelli ritenuti non

conseguenza, uno degli elementi del reato. Le seconde, collocandosi al di fuori della struttura del reato, non incidono sulla sua esistenza, ma sulla punibilità. Se, infatti, le scriminanti si collocano nella relazione liceità-illiceità, le cause di esclusione della punibilità attengono al rapporto reato-pena (così STORTONI L., *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., p. 626.

⁶²¹L’Autore nota come il controllo di legittimità sulle scriminanti sia strettamente connesso alla loro incidenza sulla qualificazione di un fatto come reato, il che significa che esso deve avere le medesime caratteristiche di quello effettuato sulla stessa norma incriminatrice. In altri termini, la finalità del controllo è, in entrambe i casi quella di “accertare l’idoneità dell’interesse espresso dalla causa di giustificazione ad annullare, nell’ambito della sua operatività, il disvalore espresso dal fatto incriminato”.

⁶²² BRICOLA F., *Il 2° e 3° comma dell’art. 25*, cit., p. 963.

⁶²³ BRICOLA F., *Il 2° e 3° comma dell’art. 25*, cit. p. 964.

⁶²⁴ Sull’argomento si dirà di più in seguito.

⁶²⁵ STORTONI L., *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., p. 626.

punibili e, ovviamente, anche la disposizione che comprenda fra situazioni non punibili un caso del tutto dissimile da quelle. Questa valutazione va eseguita con cautela: la peculiarità degli istituti sta proprio nell'elemento discrezionale che deve rimanere in capo al legislatore; le cause di non punibilità sono degli strumenti che rispondono alla funzione di "taratura" del sistema. Proprio il ruolo di rendere le norme penali maggiormente adattabili alle fattispecie concrete, fa sì che esse debbano operare in modo specifico, per così dire, "chirurgico". E' essenziale alla loro natura la riferibilità a singoli casi, precisamente individuati.⁶²⁶.

4. *Il regime applicativo*

Veniamo ora ad analizzare la disciplina delle cause di non punibilità in senso stretto, nel tentativo di individuare un nucleo unitario di principi a esse applicabile.

Sul punto non c'è armonia di opinioni; tuttavia una caratteristica comune alle cause di non punibilità emerge laddove si mettano in contrapposizione alle cause di giustificazione⁶²⁷. Il fatto su cui insistono le prime va esente da pena, pur essendo un fatto di reato e, come tale, illecito, impedibile, passibile di difesa legittima e produttivo dell'obbligo di risarcimento del danno patrimoniale. Tuttavia tali e tanti fattori di differenza vengono a perdersi laddove il confronto avvenga con le cause di esclusione della colpevolezza, che comportano il venir meno della qualifica del fatto come reato, escludendo, appunto, la colpevolezza.

⁶²⁶ Per l'analisi delle possibili sentenze d'illegittimità e delle loro conseguenze si veda STORTONI L., *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., p. 626. L'Autore opera una distinzione basata sul diverso atteggiarsi della determinazione della sfera di efficacia della norma di non punibilità. Si dia il caso di una norma che non contempli un caso di non punibilità che, invece, avrebbe dovuto rientrarvi. Questa situazione può verificarsi o in forza di una previsione espressa di esclusione di quel fatto o perché questo implicitamente non è incluso nell'ambito definito dalla norma. Entrambe le situazioni possono verificarsi anche nel caso, opposto, di una norma di esenzione da pena che ricomprenda un fatto che non dovrebbe rientrarvi. La questione appare problematica nel caso in cui la previsione contraria al principio di ragionevolezza non risulti esplicitata: la Corte non potrebbe, come nell'altro caso, espungere solo la parte della previsione contraria a tale principio.

⁶²⁷ VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 628.

4.1. *Il divieto di analogia*

Se consideriamo le cause di esclusione del reato, appare evidente come queste vadano considerate alla stregua di situazioni in cui viene a mancare uno degli elementi dell'illecito penale. Ne deriva che il loro operare è perfettamente ammissibile anche laddove non sia espressamente previsto dalla norma.

Una delle differenze individuabili fra le cause di esclusione della sola punibilità e quelle che fanno venir meno il reato è "l'impossibilità di riconoscere cause di esclusione della pena fuori dei casi espressamente stabiliti dalla legge".⁶²⁸ Se, infatti, si riconosce l'operare del principio *nullum crimen sine poena* (sulla cui esistenza non si può obiettare, se con questo ci si riferisca al fatto che nel nostro ordinamento la commissione di un fatto tipico, anti giuridico e colpevole sia seguita dalla sanzione penale), le eccezioni a questo principio non possono che trovare la loro fonte in una espressa previsione di legge. Ma v'è un'altra ragione che impedisce l'interpretazione analogica: non c'è, invero, una *ratio* omogenea che accomuni le cause di non punibilità.⁶²⁹ Queste, infatti, non possono avere altro fondamento comune che non sia il richiamo alle ragioni di opportunità politica.⁶³⁰

Altra dottrina⁶³¹ ritiene operativo il divieto di analogia ma non in forza del carattere speciale delle norme di non punibilità. Né ritiene che la punibilità sia un elemento esterno al reato che si fondi su ragioni pratiche di opportunità politica. La conclusione cui giunge, tuttavia, rispetto all'applicazione del divieto di analogia è la medesima, fondata sull'assunto che solo le cause di giustificazione rispondono all'applicazione dei principi generali dell'ordinamento e sono quindi suscettibili di interpretazione analogica.

4.2. *La rilevanza dell'errore*

Consideriamo ora l'applicabilità dell'art. 59 c.p., riguardo all'operatività della disciplina dell'errore di fatto e dell'errore di diritto su legge extrapenale, che si

⁶²⁸ VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 629.

⁶²⁹ PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit., p. 527.

⁶³⁰ Così VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 629 e PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit., p. 527.

⁶³¹ COCCO G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 94.

traduca in errore sul fatto. Non paiono esserci dubbi in merito all'operare oggettivo della causa di non punibilità, vale a dire della sua applicabilità, anche se non conosciuta dall'agente. La non punibilità si fonda, infatti, su valutazioni che nulla hanno a che vedere con l'atteggiamento del soggetto agente. Per questo motivo esse rilevano "per ciò che significano e già per la sola circostanza di essere obiettivamente presenti".⁶³²

Il problema si pone riguardo all'operatività della disciplina dell'errore quando la causa di non punibilità sia solo putativa, cioè ritenuta per errore esistente dal soggetto agente. L'argomento letterale farebbe propendere per una risposta affermativa; non v'è differenza, infatti, fra il primo comma (che si riferisce all'operatività oggettiva) e il terzo comma (che disciplina le situazioni putative) dell'art 59 c.p.: entrambe parlano di "circostanze di esclusione della pena".

Tuttavia, se è vero che la punibilità non costituisce un elemento del reato, essa non può "sussistere come tale ancorché la pena non sia applicabile".⁶³³ Ne consegue che l'errore sull'esistenza di una causa di non punibilità non potrà essere valutato a favore dell'agente, poiché ricade su elementi esterni al reato.⁶³⁴ Il sistema non lascia spazi interpretativi: non si può che affermare la totale irrilevanza dell'errore.⁶³⁵ Si potrebbe sostenere diversamente solo collocando le cause di non punibilità in senso stretto all'interno della struttura del reato, ma non è possibile farlo laddove si riconducano queste ultime a situazioni estranee al giudizio su disvalore del fatto, che si scompone negli elementi della tipicità, antigiuridicità e colpevolezza.⁶³⁶

Alla conclusione opposta perviene la dottrina⁶³⁷ che, pur ritenendo la punibilità un elemento interno al reato, conclude ugualmente per l'irrilevanza dell'errore. Ciò sulla base della natura volontaria delle condotte che portano alla non punibilità, ne discende che l'errore non potrebbe mai cadere sulla condotta stessa ma, piuttosto, sulle sue conseguenze. Secondo l'Autore la punibilità sarebbe strettamente connessa alla "giustificazione sociale della pena [...] cosicché di fronte alla finalità che deve

⁶³² ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 55.

⁶³³ PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit., p. 527.

⁶³⁴ ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 55.

⁶³⁵ ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 55.

⁶³⁶ ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 55. Diversamente, nel senso che la vaghezza dell'art 59 c.p. potrebbe indurre a ricomprendere le cause di non punibilità in senso stretto nella disciplina dell'errore, VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 620.

⁶³⁷ COCCO G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 94.

soddisfare la pena il reo appare come oggetto e non come soggetto”.⁶³⁸ Rispetto a queste conclusioni basti obiettare la loro completa estraneità rispetto alle cause di non punibilità originarie. Si pensi al soggetto che presti aiuto a un partecipe a un’associazione credendo erroneamente sussistente un vincolo di parentela. Il fatto è punibile, non per la ragioni appena riportate, bensì perché l’errore che ricada su elementi esterni del reato non ha rilevanza scusante.⁶³⁹

4.3. *Applicabilità ai concorrenti*

Anche in questo caso il dato letterale non tiene conto della distinzione fra cause di esclusione del reato e cause di esclusione della sola punibilità. L’art. 119 c.p. si riferisce genericamente alle “circostanze che escludono la pena”, dando rilevanza ad una sola distinzione: quella intercorrente fra circostanze soggettive e oggettive. Le prime hanno efficacia solo nei confronti del soggetto cui si riferiscono, le seconde sono invece riferibili a tutti i concorrenti.

Questa previsione è parimenti riferibile alle cause di esclusione del reato e a quelle che escludono la sola punibilità. Va detto che, in quest’ultimo caso, sono presenti una serie di casi dubbi, che non trovano unanimità di vedute in dottrina.⁶⁴⁰ Spesso si pone l’accento sul carattere personale delle cause di esclusione della punibilità, ritenendole applicabili al solo agente caratterizzato da quella particolare posizione. Tuttavia, vi è chi⁶⁴¹ ritiene che solo in linea generale l’applicabilità delle cause di non punibilità non sia estensibile ai concorrenti, data la loro attinenza alle “condizioni dell’agente, il suo rapporto con l’offeso o un suo ulteriore comportamento”.⁶⁴²

Questo, infatti, non è sempre vero: se si ammette l’esistenza di cause di non punibilità di natura oggettiva, la loro efficacia potrà essere estesa a tutti i concorrenti. La valutazione politica sottostante alla scelta di non punire, infatti, ben può avere una

⁶³⁸ COCCO G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p.

⁶³⁹ Questo profilo era all’origine (ma tornerà a essere attuale) del contrasto tra dottrina e giurisprudenza circa la natura giuridica della reazione legittima ad atti arbitrari del pubblico ufficiale (oggi prevista dall’art 393 bis c.p.).

⁶⁴⁰ Si pensi al caso della ritrattazione, la cui natura di causa oggettiva o soggettiva è ancora controversa.

⁶⁴¹ PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit., p. 527 ma anche ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 55.

⁶⁴² PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit., p. 527.

valenza in se stessa, svincolata dal giudizio oggettivo e soggettivo sul fatto, ed essere quindi riferibile a tutti i correi. In definitiva, si può affermare che, se la rinuncia a punire trova il suo fondamento in ragioni estranee alla meritevolezza di pena⁶⁴³, cioè nei casi in cui l'opzione politico criminale si basi su elementi di natura oggettiva che fondino la decisione di non punire, "sarà da collegare in consueto ad un singolo soggetto, ma non implica di per sé necessariamente un riferimento e quindi una rilevanza esclusivamente personale".⁶⁴⁴ Anche la Corte costituzionale⁶⁴⁵ è intervenuta sul punto, stabilendo che "sarebbe irrazionale che un'estinzione determinata da un dato che attiene all'oggettività lesiva del fatto giovi ad uno e non ad altro concorrente".

Si pensi alla condotta susseguente al reato che restauri la lesione al bene giuridico: anche se messa in atto da uno solo dei concorrenti, si deve ritenere estensibile a tutti i correi poiché costituisce, ai sensi dell'art 119, una circostanza oggettiva.⁶⁴⁶

4.4. *Il risarcimento del danno da reato non punibile*

Un'altra questione di difficile soluzione è se il fatto esentato da pena possa essere fonte della responsabilità civile per danno ingiusto. Nessun dubbio sull'illiceità del fatto esentato pena laddove non sia intervenuta una causa di giustificazione né una causa di esclusione della colpevolezza: le cause di non punibilità, secondo la teoria qui accolta non incidono sulla qualificazione del fatto come penalmente illecito. L'obbligo di risarcire il danno ingiusto permane. Non solo: "uno dei punti di riferimento più validi per stabilire se in determinati casi di non punibilità contemplati dalla legge penale si sia o meno in presenza di una causa di

⁶⁴³ Sull'argomento si tornerà in seguito.

⁶⁴⁴ ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 98.

⁶⁴⁵ Corte cost., 31 marzo 1988, n. 370, in *Foro it.* 1989, I, p. 2424: "è infondata, in riferimento all'art. 3 cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 l. 28 febbraio 1985 n. 47, nella parte in cui non prevede che la sospensione del giudizio e l'estinzione del reato possano applicarsi ai soggetti non legittimati a richiedere la concessione in sanatoria ex art. 13 della stessa legge". Nella motivazione la Corte ha chiarito che, nel caso di reato urbanistico plurisoggettivo, la concessione in sanatoria giova anche al concorrente che non ne abbia fatto normale richiesta in sede amministrativa.

⁶⁴⁶ In questo senso anche COCCO G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 98.

esclusione della sola punibilità rimane proprio quello della permanenza o meno dell'obbligo del risarcimento del danno a carico dell'autore del fatto".⁶⁴⁷

Tuttavia questo non giova, se si voglia stabilire la risarcibilità o meno del danno non patrimoniale. Per farlo si deve indagare se l'intervento di una causa di non punibilità lasci permanere la natura di reato del fatto. La soluzione dipende, ancora una volta, dall'ammissibilità di un reato non punito: per chi la ammetta, l'obbligo di risarcimento del danno non patrimoniale non può che essere una logica conseguenza. L'art 185, secondo comma, c.p., ricomprende nell'obbligo di risarcimento del danno da reato anche il danno non patrimoniale. La disposizione risponde alla finalità di dare rilevanza al reato anche come illecito civile, dalla qual cosa discende che l'eventuale mancanza di punizione non fa venir meno l'antigiuridicità che la norma penale ha stabilito in relazione ad esso.⁶⁴⁸

La sentenza che accerta la sussistenza di una causa di non punibilità rimane pur sempre una sentenza di proscioglimento, il che significa che non si può dar luogo all'applicazione dell'art 651 c.p.p., perché la norma riguarda espressamente solo le sentenze di condanna. Tuttavia questo non impedisce una differente valutazione in sede civile fra la sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato e quella assolutoria che dichiara la presenza di una causa di non punibilità. Quest'ultima ha comunque efficacia di giudicato riguardo i fatti materiali oggetto del processo penale, il cui accertamento, in base all'art 654 c.p.p., fa stato, seppur esclusivamente nei confronti delle parti intervenute nel giudizio penale.⁶⁴⁹

Approda a conclusioni diverse, invece, l'orientamento⁶⁵⁰ che ritiene la punibilità un elemento del reato: per le ragioni finora esposte, infatti, è del tutto coerente ritenere che, laddove il fatto non sia qualificabile come reato, non dia luogo al risarcimento del danno ex art. 185 c.p.

⁶⁴⁷ VSSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 635.

⁶⁴⁸ PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit., p. 527.

⁶⁴⁹ STORTONI L., *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 397.

⁶⁵⁰ COCCO G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 86.

5. *Un insieme eterogeneo*

La natura multiforme della categoria rende difficoltoso tracciarne dei confini definiti. Non sembra qui opportuno analizzare tutte le speciali cause di non punibilità rintracciabili nel codice o nelle leggi collegate⁶⁵¹, tuttavia, ai fini della presente indagine, ciò che interessa rilevare è come venga usato un tale strumento dal legislatore.

Si ricordano, comunque, le principali ipotesi che sono solitamente ricondotte alla categoria delle cause di non punibilità in senso stretto. Sono solitamente ricomprese nelle cause originarie le immunità personali stabilite dal diritto pubblico interno e dal diritto internazionale; la non punibilità dei prossimi congiunti che abbiano prestato assistenza ai partecipi di cospirazione o banda armata (art. 307 c.p.) o agli associati per delinquere (art. 418 c.p.); la non punibilità di alcuni delitti contro il patrimonio per rapporti di parentela e convivenza; la non punibilità delle offese contenute in documenti scritti o pronunciate i discorsi davanti alle autorità giudiziarie o amministrative (art. 598 c.p.).

Vi sono poi cause di non punibilità sopravvenuta, connesse a un comportamento del reo successivo alla commissione del fatto, per esemplificare: la desistenza volontaria nel tentativo (art. 56 c.p. comma terzo); la non punibilità per i reati di cospirazione o banda armata in caso di scioglimento o recesso (art. 308 e 309 c.p.); la ritrattazione della falsa testimonianza (art. 376 c.p.); la non punibilità del custode che procura la cattura dell'evaso (art. 387 c.p.) e, infine, la non punibilità del falsario che impedisce la contraffazione o la circolazione di monete o valori (art. 463 c.p.).

In passato era opinione diffusa in dottrina che la non imputabilità fosse una causa personale di esclusione da pena, si riteneva, infatti, che non potesse costituire un presupposto della colpevolezza, ma che fosse attinente all'aspetto della sola punibilità, perché esterna agli elementi del fatto.⁶⁵² Non è il caso di approfondire le ragioni a sostegno di questa tesi. Ora è pacifico, soprattutto in seguito alla sentenza

⁶⁵¹ Per una rassegna si veda PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit., p. 527

⁶⁵² Per tutti STORTONI L., *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 397.

della Corte Costituzionale n. 364 del 1988⁶⁵³, che una tale sistemazione dell'imputabilità non può essere ritenuta legittima⁶⁵⁴. Perché sussista la colpevolezza, infatti, deve essere possibile muovere un rimprovero al soggetto che ha violato la norma penale. Il che non è possibile, laddove manchi, in tutto o in parte, la capacità di intendere o di volere; ne discende, dunque, che l'imputabilità trova la sua sistemazione all'interno del concetto di colpevolezza. Di più: ne costituisce un presupposto.

5.1. Cause originarie e sopravvenute

Non c'è mai stata armonia in dottrina rispetto ai singoli elementi che dovrebbero far parte delle cause di esclusione della punibilità. Il punto cruciale sta nella collocazione delle situazioni in cui la non punibilità derivi da un fatto successivo alla commissione del reato, in particolare quando questo sia costituito da un comportamento dello stesso soggetto agente⁶⁵⁵.

Vi era un'autorevole dottrina⁶⁵⁶ che faceva rientrare queste ipotesi nelle cause di estinzione del reato; sembra tuttavia che questo orientamento non concordasse con la lettera della legge: la disciplina dettata unicamente per l'estinzione non permette che vi siano ricondotte anche le cause di non punibilità sopravvenuta⁶⁵⁷. Senza considerare che avrebbe provocato ripercussioni notevoli dal punto di vista pratico, quali l'applicazione dell'art 182 c.p., da cui sarebbe conseguita l'efficacia meramente personale delle suddette cause.

Vi era, al contrario, anche chi rinveniva nelle cause di non punibilità sopravvenute le uniche componenti dell'insieme delle cause di non punibilità in senso stretto, escludendo quelle preesistenti al momento di commissione del reato. A questo proposito sembrava difficile, però, escludere dalla categoria almeno tre

⁶⁵³ Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. cost.* 1988, I, p. 1504.

⁶⁵⁴ Con questa decisione ha trovato conferma la c.d. concezione normativa della colpevolezza.

⁶⁵⁵ VASSALLI G., *Punibilità*, cit., p. 609.

⁶⁵⁶ Per tutti PANNAIN R., *Manuale di diritto penale*, Torino 1950, p. 456.

⁶⁵⁷ In effetti, come notava VASSALLI G., *Punibilità*, cit., p. 609, "il concetto di cause estintive del reato è assunto sia dal codice penale che dal codice di procedura penale in senso tecnico e rigoroso in tutta una serie di disposizioni, sì che sembra difficile estendere la disciplina dettata per i relativi istituti a situazioni alle quali la stessa legge dà il diverso nome di cause di non punibilità".

ipotesi⁶⁵⁸ presenti nel codice penale: rispettivamente gli artt. 307, 418 e 649 c.p. La ragione giustificatrice è da rinvenirsi, in tutte le ipotesi, nel vincolo di parentela; come se l'ordinamento non volesse porre un soggetto in una situazione senza uscita: disobbedire alla norma penale o "tradire" un prossimo congiunto. C'è anche chi, come si è detto, ravvisa in queste ipotesi una specie di reato proprio in negativo, tuttavia l'obiezione fondata sulla punibilità dei concorrenti sembra non lasciare spazio a questa interpretazione: possono essere ricomprese in questa anche le cause originarie, come il rapporto di parentela⁶⁵⁹.

Certamente sono riconducibili alla categoria dei fattori escludenti la punibilità anche le cause sopravvenute: quelle derivanti da un comportamento del reo di segno opposto rispetto a quello tenuto al momento della commissione del reato.⁶⁶⁰ Queste incidono sull'applicazione della pena, pur presupponendo l'accertamento di un fatto qualificato come reato e sono caratterizzate dalla presenza di elementi costanti. Deve, innanzitutto, trattarsi di un comportamento di segno opposto a quello che costituisce reato; deve inoltre essere volontario, non indotto da coercizione esterna, ma non rileva l'effettivo pentimento del soggetto, che può agire anche in base a un mero calcolo di opportunità, al solo scopo di guadagnarsi l'impunità. Tale comportamento rileva soltanto se porta all'eliminazione della lesione al bene giuridico causata dal reato o se riesce ad attenuarne la portata.

La norma incriminatrice e quella che prevede la non punibilità sono contemporaneamente vigenti, riguardo a un fatto che, costituendo già reato ai sensi della prima, può non essere seguito da pena se occorrono le condizioni per la non punibilità. Questo assetto "contribuisce alla realizzazione del principio di sussidiarietà che, oltre a limitare l'intervento penale, ha una funzione di depenalizzazione in concreto"⁶⁶¹. Il che è, inoltre, perfettamente in linea con il principio di offensività; inoltre, la rinuncia a punire reati la cui portata lesiva sia in seguito eliminata contribuisce a rafforzare l'idea del diritto penale come *ultima ratio*.

⁶⁵⁸ Cfr VASSALLI G., *Punibilità*, cit., p. 609. L'Autore proponeva una lunga analisi arrivando a ritenere, per esclusione, che l'insieme delle cause di non punibilità originarie fosse costituito da tre norme.

⁶⁵⁹ Si pensi, a titolo esemplificativo agli artt. 649 e 307 c.p.

⁶⁶⁰ Come, ad esempio, gli artt. 376 e 387 c.p.

⁶⁶¹ PATERNITI F., *Contributo allo studio della punibilità*, cit., p. 80.

5.2. *Natura oggettiva e soggettiva*

Un'altra delle possibili classificazioni interne alla categoria attiene all'operare oggettivo o soggettivo delle cause di esclusione della mera punibilità.

In riferimento alle cause soggettive, il riscontro della loro esistenza è supportato anche dal dato normativo: si pensi all'art 648 c.p. che qualifica espressamente come reato il fatto commesso da un soggetto non punibile. Sono tali tutte quelle situazioni che attengono a una caratteristica personale del soggetto, un esempio per tutti: il vincolo di parentela.

Per quanto attiene alle cause oggettive, autorevole dottrina notava già in passato che “così come esistono condizioni positive della punibilità, le quali operano spesso in senso oggettivo, nei confronti di quanti abbiano concorso nel fatto, parimenti possono esistere condizioni negative della punibilità stessa, operative per determinati reati e concernenti tutti i possibili autori del fatto”.⁶⁶² Il problema attiene all'analisi delle singole norme: è condivisibile l'osservazione che non sia auspicabile un eccessivo ampliamento della categoria. Tale estensione produrrebbe degli effetti *in malam partem*, circa l'ammissibilità dell'interpretazione analogica e l'inapplicabilità della disciplina dell'errore dirimente sull'esistenza oggettiva della causa di non punibilità.⁶⁶³

Tuttavia, non ci sono particolari ragioni per negare che possano esistere valutazioni di opportunità politica che non siano connesse al fatto da un punto di vista oggettivo o soggettivo, ma che siano riferibili a tutti gli autori del fatto. Il dato normativo non offre argomentazioni contrarie a quest'affermazione. L'art. 119 stesso opera una simile distinzione fra circostanze oggettive e soggettive di esclusione della pena.⁶⁶⁴ Si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 599.

⁶⁶² VASSALLI G., *Punibilità*, cit., p. 630.

⁶⁶³ VASSALLI G., *Punibilità*, cit., p. 620.

⁶⁶⁴ Così rileva PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit., p. 527.

6. *Le ragioni della rinuncia a punire*

Veniamo adesso alla valutazione dei motivi che sottostanno alla scelta di esentare da pena un determinato fatto. Una recentissima dottrina⁶⁶⁵ fonda la concezione quadripartita del reato sostenendo l'inammissibilità delle ragioni di politica criminale quale fondamento della categoria della non punibilità.

L'Autore risolve il problema dogmatico della giustificazione dell'esistenza di illeciti penali non sanzionati facendo della punibilità il quarto elemento del reato, sostenendo però, al contempo che "il reato è perfetto e realizza la propria illiceità anche se l'ordinamento non fa luogo all'applicazione della pena"⁶⁶⁶. Il che appare un controsenso, ma soprattutto svuota di significato l'aggiunta del quarto elemento alla struttura del reato. Perché non trae da questo le dovute conseguenze: se la punibilità fa parte della struttura del reato, a prescindere dalle implicazioni alla base di questo assunto, la logica conseguenza dovrebbe consistere nella pretesa inesistenza del reato stesso laddove manchi la punibilità. In caso contrario non si vede l'utilità pratica, in termini di conseguenze sistematiche, di questo "ritocco" alla struttura del reato. Tanto è vero che le conclusioni cui perviene in merito ai principi e alla disciplina applicabili alle cause di non punibilità sono del tutto simili a quelle che si traggono considerando quest'ultima un elemento esterno al reato.

Quello che qui rileva, però, è l'analisi delle ragioni giustificatrici che fondano la mancata applicazione della pena. Lo stesso Autore ne tratta in modo diffuso, tali ragioni ineriscono ai principi di politica criminale, al concetto di meritevolezza e necessità della pena e a ragioni extrapenali. Tutte sono ritenute inidonee a costituire il fondamento della punibilità, poiché "non hanno una rilevanza sistematica propria e costituiscono principi generali di natura sostanziale che servono a dare contenuto alle categorie di reato"⁶⁶⁷.

Tuttavia, questa concezione non sembra da accogliersi, laddove s'intenda dare alle cause di non punibilità in senso stretto una funzione tesa a garantire una maggiore adattabilità della norma penale al caso concreto. Come se le cause di non punibilità fossero degli elementi in grado di rendere il sistema maggiormente

⁶⁶⁵ COCCO G., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 87.

⁶⁶⁶ COCCO G., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 90.

⁶⁶⁷ COCCO G., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 90.

elastico. Si è dimostrato finora che è possibile individuare una disciplina e dei principi informatori che le regolino, pur lasciandole al di fuori degli elementi del reato. L'ancoraggio del loro fondamento a ragioni di opportunità politica o a valutazioni relative alla meritevolezza di pena non desta perplessità se rapportato alle cause di esclusione del reato.

Le cause di giustificazione trovano il loro fondamento nel bilanciamento di interessi: il fatto scriminato “nella concreta situazione non assume una connotazione negativa”⁶⁶⁸. E' pur vero che l'intero ordinamento è espressione di valutazione d'interessi, il che vale anche per le cause di esclusione della colpevolezza, ma la portata dell'interesse sotteso alla causa di giustificazione è tale che impedisce il sorgere di un giudizio negativo.⁶⁶⁹

Le cause di esclusione della colpevolezza non attengono alla valutazione del fatto: il giudizio di disvalore oggettivo permane. L'ordinamento rinuncia alla punizione in considerazione del particolare stato psicologico in cui il soggetto si è venuto a trovare.

Ancora diverso è il fondamento delle cause di esclusione della punibilità. In questo caso l'ordinamento non reagisce alla violazione della norma penale in considerazione d'interessi che non attengono alla meritevolezza di pena intesa come possibilità di muovere un rimprovero, totalmente estranei alla valutazione oggettiva e soggettiva del fatto.⁶⁷⁰ Sono valutazioni che attengono a “mere ragioni di opportunità pratica”.⁶⁷¹

Si pensi alla non punibilità del furto fra congiunti (art. 649 c.p.): la ragione del mancato intervento della sanzione penale è da individuarsi nella tutela dei rapporti familiari, preservandoli da interventi potenzialmente disgreganti. Oppure si pensi ai casi di particolari recessi attivi, qual è, ad esempio, l'art. 308, terzo comma, c.p. che stabilisce la non punibilità del cospiratore che provochi lo scioglimento dell'associazione. In tal caso il dato che viene in rilievo è il comportamento successivo alla commissione del reato, ma è pur sempre una ragione di politica

⁶⁶⁸ ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 55.

⁶⁶⁹ ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 55.

⁶⁷⁰ Così VASSALLI G., *Punibilità*, cit., p. 609, STORTONI L., *Premesse ad uno studio sulla “punibilità”*, cit., p. 398; PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, cit., p. 527.

⁶⁷¹ ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 60.

criminale che sta alla base della norma⁶⁷²: quale può essere, in questo caso, fornire un incentivo finalizzato alla collaborazione del soggetto.

Alcuni Autori prospettano una concezione della colpevolezza fondata sulla necessaria funzione preventiva della pena⁶⁷³. In proposito sembra da accogliersi il pensiero di chi⁶⁷⁴ non ritiene condivisibile questa interpretazione, poiché confonde l'aspetto della colpevolezza con quello della mera non punibilità. Le situazioni, infatti, differiscono: da una parte l'ordinamento rinuncia a punire per una sorta di "comprensione" verso il soggetto, dovuta alla particolare situazione psicologica che si trova ad affrontare; dall'altra c'è una rivalutazione in concreto di un giudizio di disvalore espresso in via generale nei confronti di un determinato fatto: si tratta di una sorta di "ripensamento" che, "anche in vista di utilitaristici risultati politico-criminali"⁶⁷⁵, porta a soprassedere alle conseguenze del giudizio di colpevolezza.

Ricondurre queste situazioni nell'ambito delle scusanti vuol dire non tenere conto del dato oggettivo, che è fattore comune a tutte le cause di non punibilità, che il fatto cui si riferiscono è già tipico, antiggiuridico e colpevole, in base ad una valutazione che l'ordinamento ha già espresso nella norma incriminatrice. Anzi, rispetto alle cause di giustificazione e alle cause di esclusione della colpevolezza, è proprio il compiuto disvalore del fatto il discrimine che caratterizza le cause di non punibilità in senso stretto.⁶⁷⁶

È dunque possibile individuare un criterio comune nei casi di non punibilità in cui l'ordinamento rinuncia alla punizione in nome della protezione di entità di primaria importanza⁶⁷⁷. In altri casi, riconducibili alle ipotesi di ravvedimento, le ragioni sono le più varie, ma tutte riconducibili, in ultima analisi, "alla valutazione dell'opportunità di un incoraggiamento, di uno stimolo"⁶⁷⁸. La non punibilità trova giustificazione, in questi casi nell'obiettivo di rafforzamento della tutela del bene giuridico che di volta in volta viene in rilievo, che consiste nella promessa d'impunità, quale incentivo alla rimozione dell'offesa:

⁶⁷² ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 62.

⁶⁷³ Per tutti COCCO G., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 90.

⁶⁷⁴ ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 62.

⁶⁷⁵ ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 63.

⁶⁷⁶ ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 64.

⁶⁷⁷ PATERNITI F., *Contributo allo studio della punibilità*, cit., p. 70.

⁶⁷⁸ PATERNITI F., *Contributo allo studio della punibilità*, cit., p. 72.

7. Il diritto premiale: funzioni e limiti. Tutela rafforzata o giustizia contrattata?

Si è tentato finora di delimitare i contorni della non punibilità, individuandone i principi regolatori e l'operatività come categoria a sé del diritto penale. Ebbene, questa tematica dimostra tutta la sua attualità, se considerata in connessione con la logica premiale, che ha conosciuto un periodo di notevole espansione.

Non sembra essere rilevante, ai nostri fini, una qualificazione del potere punitivo nei termini di potestà o di diritto soggettivo⁶⁷⁹. È l'esercizio dello stesso potere che fonda l'emanazione della norma penale a permettere e giustificare, nei limiti della legittimità costituzionale, la rinuncia alla punizione di alcuni fatti. In altri termini: attraverso le norme che escludono la punibilità, il legislatore delimita l'ambito di applicazione delle fattispecie penali da questi stabilite. O, almeno, così sembrava essere fino a quando l'ordinamento non ha conosciuto fattispecie di non punibilità simili nella struttura a quelle previste dal codice Rocco, ma del tutto diverse nel contenuto e nei fini.

Come si è detto⁶⁸⁰, la rilevanza autonoma della punibilità, pur essendo tuttora controversa, è ormai difficilmente negabile. Soprattutto volendo sostenere che la teoria del reato spieghi quando e perché si è puniti, mentre la teoria della punibilità mira autonomamente a giustificare la deviazione dalla regola. Di più: lo stesso legislatore ha dimostrato di considerare la punibilità come momento autonomo di passaggio dal reato alla pena, riconoscendo in essa una fase dotata di una sorta di sviluppo cronologico, fino a renderla "oggetto di un rapporto di scambio"⁶⁸¹.

Ciò che qui interessa esaminare è l'atteggiarsi della punibilità nella fase successiva all'accertamento della responsabilità penale in capo all'autore di un determinato fatto. In particolare l'operare delle fattispecie di non punibilità sopravvenuta che sono state introdotte in occasione di numerosi interventi legislativi. Rispetto all'analisi svolta⁶⁸² precedenza, tali disposizioni vanno inquadrare nella

⁶⁷⁹ Si vedano, comunque, sul tema per tutti: VASSALLI, G., *Potestà punitiva*, in *Enc dir*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 793 e ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., aggiornata e integrata da Conti, Milano, 2003, p. 433.

⁶⁸⁰ Cfr. *supra*.

⁶⁸¹ PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 398.

⁶⁸² Cfr. *supra*.

categoria delle cause di non punibilità in senso stretto. Si nota sin d'ora, tuttavia, che la fisionomia del diritto premiale e della stessa categoria della non punibilità hanno subito, in seguito all'introduzione di tali norme, una metamorfosi che le ha rese del tutto dissimili, in quanto a *ratio* e finalità, dalle categorie tracciate dal codice Rocco.

I modi di intendere la premialità sono molteplici⁶⁸³. Secondo la più ampia delle concezioni rientrano in questa definizione tutte le situazioni in cui l'ordinamento riconosce un vantaggio in relazione ad un comportamento del soggetto, che può inerire al contenuto dell'illecito, alla valutazione della colpevolezza, o alla fase dell'esecuzione della pena. Intendere il diritto premiale in questo modo risponde alla volontà di evidenziare l'inversione di tendenza del diritto penale moderno, rispetto alla precedente concezione di stampo repressivo. In una seconda accezione⁶⁸⁴, la premialità appartiene unicamente alla fase dell'esecuzione della pena e comprende tutti i vantaggi di cui può godere il condannato, connessi all'accertamento del mutamento in positivo della sua personalità.

In tempi piuttosto recenti si è affermata una diversa concezione della premialità, connessa allo sviluppo della legislazione dell'emergenza, che diventa una "relazione di scambio tra la prestazione di un comportamento di collaborazione processuale con l'autorità giudiziaria e un vantaggio alternativo in termini di non punibilità o di attenuazione di pena come controprestazione"⁶⁸⁵.

L'uso del diritto premiale in questa terza accezione ha trovato giustificazione in una visione del diritto penale che non si limita a riconoscerci unicamente uno strumento di difesa sociale⁶⁸⁶. Si fa strada l'attribuzione di una funzione promozionale al diritto penale, che si sostanzia nell'attribuire ad esso "il compito di realizzare i principi sanciti nella Costituzione e ancora inattuati nella società reale e rispetto all'accoglimento dei quali le strutture dei rapporti economico-sociali e le forme del diritto più immediatamente rappresentative di tali rapporti mostrano

⁶⁸³ MUSCO E., *La premialità nel diritto penale*, in *La legislazione premiale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Milano, 1987, p. 243.

⁶⁸⁴ MANTOVANI F., *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, in *Diritto premiale e sistema penale*, 1983, p. 356.

⁶⁸⁵ MUSCO E., *La premialità nel diritto penale*, cit., p. 243.

⁶⁸⁶ Così BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I *Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, tomo II, a cura di CANESTRARI S. – MELCHIONDA A., Milano 1997, p. 1457; MUSCO E., *La premialità nel diritto penale*, cit., p. 243.

resistenze e impermeabilità”⁶⁸⁷. Il che rende evidente la particolare connessione che lega i concetti di promozionalità e premialità. Quest’ultima può essere definita, in termini di teoria generale, come “comminatoria di una sanzione positiva la quale, anziché concretarsi in una conseguenza peggiorativa dello *status* o del patrimonio dell’inadempiente a un comando o a un divieto, si concreta in un premio, ossia in una conseguenza favorevole nella quale si sostanzia l’incoraggiamento a tenere il comportamento desiderabile determinato dalla norma”⁶⁸⁸.

L’aspetto controverso riguarda la compatibilità di questa tecnica con l’assetto fondamentale del diritto penale, caratterizzato dal rapporto reato-pena. Le difficoltà svaniscono, tuttavia, una volta abbandonato l’assunto che vede una corrispondenza biunivoca fra funzione di promozione e premio⁶⁸⁹. Il diritto penale è in grado di svolgere una funzione promozionale, non necessariamente connessa alla premialità, attraverso particolari tecniche di redazione della norma incriminatrice e scegliendo di tutelare beni relativi a una progressione sociale della collettività.⁶⁹⁰ La qual cosa non comporta l’esclusione della tecnica premiale dal campo del diritto penale, laddove per tale non s’intenda la previsione di un qualunque effetto positivo, ma ci si voglia riferire, con questa locuzione, a “quelle tecniche di incoraggiamento che si muovono parallelamente alle tecniche sanzionatorie di tipo afflittivo”⁶⁹¹, tali da costituire uno stimolo per il soggetto ad uniformarsi allo stesso precetto in precedenza violato.

7.1. *Le fattispecie premiali nel sistema del codice Rocco.*

Se considerate in chiave teleologica, è facile assimilare le cause sopravvenute di non punibilità alle circostanze attenuanti fondate su una condotta successiva al

⁶⁸⁷ BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 1460.

⁶⁸⁸ BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 1460.

⁶⁸⁹ L’Autore rileva come aspetto sanzionatorio e funzione promozionale abbiano rivelato la loro compatibilità nella configurazione delle fattispecie di natura omissiva, in quanto “l’imposizione di un obbligo di attivarsi penalmente sanzionato si presenta mezzo idoneo a perseguire scopi promozionali e a tutelare interessi e valori che, seppur previsti dalla Costituzione, non formano attualmente oggetto di tutela penale”. Con la notazione che, oltre alla tecnica omissiva, è anche la tipologia del bene tutelato a partecipare della finalità promozionale. Il che dovrebbe condizionare la scelta di tutela e orientarla, sempre in base ad una connessione con i beni costituzionalmente garantiti, verso interessi già adeguatamente configurati in altri luoghi dell’ordinamento e oggetto di una percezione sociale già piuttosto consolidata.

⁶⁹⁰ BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 1462.

⁶⁹¹ BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 1462.

reato⁶⁹²; ciò al fine di individuare le ragioni sottese alle scelte premiali nell'impianto originario del codice.

Il comune denominatore è costituito dalla caratteristica reintegratoria della condotta rispetto all'offesa del bene tutelato dalla fattispecie di reato⁶⁹³. Il comportamento del reo successivo alla commissione del reato rileva in proporzione al grado di riparazione della lesione: se parziale, sarà fonte di una diminuzione di pena, se totale, comporterà la non punibilità. Ne consegue l'irrilevanza del momento soggettivo: ciò che conta non è l'effettivo pentimento del soggetto, quanto l'idoneità dell'azione alla riparazione dell'offesa⁶⁹⁴. In questo modo, le norme incidenti in senso diminutivo o escludente rispetto alla pena hanno la medesima funzione della norma incriminatrice, poiché hanno lo scopo di tutelare lo stesso interesse.

La logica premiale, dunque, svolge una funzione di tutela dei beni, laddove si presti a fungere da incentivo al compimento di un'azione che consista "nell'eliminazione o attenuazione del danno o del pericolo in cui si è concretata l'offesa, cioè nella salvaguardia sia pure tardiva dell'interesse protetto o anche di interessi correlati"⁶⁹⁵. Il nesso con la tutela dei beni verrebbe a perdersi se l'azione incoraggiata si risolvesse nel dare rilevanza all'atteggiamento interiore del soggetto, richiedendo unicamente l'espressione di un significato diverso da quello contenuto dalla condotta incriminata.⁶⁹⁶

In questo modo la protezione di beni ritenuti particolarmente importanti è assicurata anche da scelte normative che attribuiscono rilevanza al comportamento successivo al reato, fungendo da stimolo alla riparazione dell'offesa.

La possibilità di regressione soggiace in tutte le ipotesi previste dal codice a dei limiti temporali⁶⁹⁷, che hanno un significato preciso.⁶⁹⁸

⁶⁹² PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 400.

⁶⁹³ Così PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 401, BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 1463; STORTONI L., *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., p. 626, PULITANO' D., *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Riv. It. Dir. proc.pen.*, 1986, p. 1005.

⁶⁹⁴ PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 402.

⁶⁹⁵ BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 1470.

⁶⁹⁶ BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 1470.

⁶⁹⁷ Si pensi, a titolo esemplificativo, all'art 376 c.p., 463, 655.

⁶⁹⁸ PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 412.

In primo luogo, l'imposizione di soglie temporali quale condizione di efficacia della regressione risponde all'esigenza di garantire l'utilità della reintegrazione dell'offesa. Tuttavia non sempre l'efficacia reintegratoria si esaurisce nel momento successivo al limite temporale: l'esigenza allora diventerebbe quella di non annacquare la percezione della connessione fra le due fattispecie. In altri termini: il comportamento successivo "deve apparire come osservanza di quello stesso precetto che è stato violato"⁶⁹⁹, in ossequio alla funzione di prevenzione generale. Solo così la presenza della norma premiale non verrà percepita quale eccezione rispetto alla norma incriminatrice, ma come momento ulteriore per ribadire la tutela del bene protetto da quest'ultima.

Dal punto di vista della prevenzione speciale, inoltre, questi comportamenti potrebbero anche essere assunti quale dato oggettivo del venir meno della necessità di punire. Fermo restando il disinteresse per le motivazioni interne che hanno spinto il reo a tenere tale atteggiamento; nessuno spazio è lasciato all'indagine sul foro interno del soggetto, rilevando unicamente la volontarietà del comportamento in termini oggettivi, quale mancanza di coercizione.

Il che risulterebbe essere perfettamente in linea con quanto si è detto finora: se le disposizioni premiali rispondono alla finalità generalpreventiva e perseguono gli stessi scopi della fattispecie incriminatrice, "è inevitabile che debbano assumerne in linea di principio le medesime caratteristiche in termini di materialità obiettiva rilevante sul piano dell'offensività"⁷⁰⁰.

Tutto ciò è pienamente condivisibile, tuttavia, lo sono di meno i successivi rilievi proposti dall'Autore⁷⁰¹. Secondo questa impostazione il codice Rocco disegnerebbe la non punibilità come un insieme di fattori che fanno venir meno la necessità di pena, facendosi portatore di una concezione oggettiva, coerente con le teorie del diritto penale del fatto. Il che, come nota attenta dottrina⁷⁰², è meno vero di quello che sembra. L'opzione per un diritto penale di natura oggettiva è sconfessata dagli ampi spazi riservati dal codice alla valutazione dell'atteggiamento interiore. Il

⁶⁹⁹ PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze, "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 412.

⁷⁰⁰ PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 413.

⁷⁰¹ PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 415.

⁷⁰² BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 1470.

fatto che sia rispettato il principio oggettivo “è l’espressione di un regime che si sentiva solido e che, per fronteggiare il pericolo proveniente soprattutto dai reati associativi, non aveva bisogno di ricorrere alla dissociazione e di incoraggiare, a livello esplicito di fattispecie, forme di delazione processuale”⁷⁰³.

Tuttavia in questa sede è sufficiente notare come, a prescindere dalle motivazioni politiche sottostanti, l’insieme delle norme premiali del codice Rocco risulta coerente, in termini di *ratio* e di disciplina, con il diritto penale del fatto.

In seguito agli interventi legislativi di tipo premiale, è emerso il carattere della punibilità quale momento cronologicamente rilevante fra reato e pena, quale “fase” individuabile prima della comminazione sanzionatoria, all’interno della quale entrano in gioco degli elementi ulteriori, ma non teleologicamente distinti, rispetto alla fattispecie di reato.

La questione diventa comunque di difficile soluzione nel momento in cui la non punibilità viene usata come oggetto di scambio⁷⁰⁴, quando l’ordinamento offre la possibilità di “barattare” l’impunità in cambio dell’aiuto finalizzato al conseguimento di scopi estranei alla tutela del bene protetto dalla norma violata. Il che, come si vedrà, è ormai diventata prassi alquanto diffusa.

7.2. La collaborazione processuale

Il fenomeno in parola trova il suo punto d’origine nell’introduzione di fattispecie premiali finalizzate a incoraggiare la collaborazione processuale dell’imputato. Questo è il meccanismo principe impiegato dalla c.d. legislazione “dell’emergenza”: l’ordinamento, di fatto soccombente di fronte agli ormai diffusi fenomeni di terrorismo, non può fare altro che piegarsi e scendere a patti con la criminalità organizzata, cercando, e trovando, nei soggetti che ne fanno parte dei preziosi alleati⁷⁰⁵.

⁷⁰³ BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 1470.

⁷⁰⁴ PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, cit., p. 420.

⁷⁰⁵ Per un elenco delle fattispecie in parola si veda PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, cit., p. 420.

Questo fenomeno segna certamente un punto di rottura rispetto all'impianto del codice Rocco, eliminando di fatto dalla concezione premiale il nesso fra reintegrazione del bene e offesa tipica.⁷⁰⁶

Il comportamento processuale dell'imputato appartiene, dal punto di vista sostanziale, al genere delle condotte susseguenti al reato, elemento, annoverato dall'art. 133, di cui il giudice deve tenere conto ai fini della commisurazione della pena. Ma la questione riguarda, in questo caso, un aspetto particolare: se sia ammissibile "un meccanismo normativo complesso che di fatto promuove la collaborazione processuale a tecnica privilegiata di indagine, e che su questa falsariga ricostruisce istituti processuali e sostanziali adattandoli allo scopo così perseguito"⁷⁰⁷.

L'introduzione di questi strumenti premiali ha provocato un acceso dibattito in dottrina, che ha sollevato profonde critiche⁷⁰⁸ rispetto a questa tecnica normativa. Tuttavia in questa sede interessa rilevare, i punti di difformità rispetto alla disciplina codicistica del ravvedimento, di cui sono state individuate le caratteristiche. Ciò per porre l'accento sull'evoluzione del concetto di non punibilità, che diventa momento autonomo, strumento svincolato da logiche reintegratorie.

Le disposizioni contenute nel d.l. 525/1979 e nella l.304/1982 possono essere suddivise al loro interno in due categorie: fattispecie di natura premiale imperniate sul principio di offensività, in linea rispetto a quelle collocate nel codice Rocco, e fattispecie basate sulla collaborazione processuale, diverse da quelle fino a quel momento conosciute⁷⁰⁹. Si deve tuttavia subito notare come le prime siano arricchite, rispetto a quelle codicistiche, dalla presenza di elementi soggettivi o comunque passibili di tramutarsi in comportamenti processuali⁷¹⁰. Le condotte previste in

⁷⁰⁶ PULITANO' D., *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, cit. 1006.

⁷⁰⁷ PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 420.

⁷⁰⁸ Si rimanda, per tutti, a MUSCO E., *La premialità nel diritto penale*, cit., p. 245; PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 423, ID., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p.529 e PULITANO' D., *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, cit. 1006.

⁷⁰⁹ PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 421.

⁷¹⁰ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla dissociazione di cui all'art 289 bis 4° comma c.p.; o alla causa di non punibilità introdotta dall'art 1 l'accomma lett b) della l 304/1982, laddove assieme al recesso deve essere fornita "ogni informazione sulla struttura e sulla organizzazione dell'associazione o della banda"; infine, all'art. 2 1°comma della stessa legge che, introducendo un'attenuante basata su

queste disposizioni sono connotate da un ulteriore elemento di diversità: la possibilità di essere tenute in tutto l'arco di tempo in cui si svolge il processo, fino alla pronuncia della sentenza di condanna definitiva. Ne deriva che "le soglie temporali cui il codice Rocco vincola la rilevanza dei comportamenti antagonistici all'offesa sono dunque abbattute".⁷¹¹ Il significato di tali soglie, tuttavia, è proprio quello di non spezzare il nesso fra precetto e sanzione⁷¹², rendendo efficace solo il ravvedimento che intervenga prima che si concretizzi la minaccia penale (e quindi prima dell'inizio della fase dibattimentale). La vicinanza temporale fra commissione del fatto e ravvedimento, inoltre, mantiene viva, come si è detto, la percezione del nesso con la reintegrazione dell'offesa, che si traduce in osservanza, seppur tardiva, della norma penale violata.

Si voglia ora tornare alle condotte di collaborazione processuale, che, oltre a rappresentare il nucleo della disciplina dell'emergenza, hanno suscitato notevoli perplessità quanto agli aspetti sistematici e di politica criminale. La giustificazione di tale scelta legislativa non può che essere quella della logica degli estremi rimedi ai mali estremi. Questa è stata la soluzione contingente approntata dall'ordinamento, una volta presa coscienza dell'incapacità di fronteggiare efficacemente il fenomeno del terrorismo. Non si può negare che ciò abbia inciso fortemente sull'impianto del sistema repressivo.

Dal punto di vista sostanziale, si deve notare innanzitutto come l'entità del premio sia posta in diretta relazione con la misura della collaborazione. Il che si tramuta in un capovolgimento del rapporto di proporzione fra gravità dell'offesa e entità della pena: i soggetti di minor spicco all'interno dell'associazione, potendo fornire informazioni meno significative rispetto ai loro capi, verranno puniti più gravemente rispetto a questi ultimi⁷¹³. Effettivamente, come ha notato certa dottrina⁷¹⁴, non necessariamente il nesso di proporzionalità va ravvisato nel rapporto

condotte antagonistiche, ne ammette l'operatività anche durante il processo, cosa che, come rileva PADOVANI *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 421, in quella fase non può che tradursi in una condotta di tipo collaborativo o "in forme di dissociazione ideologica attiva".

⁷¹¹ PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 423.

⁷¹² Cfr *supra*.

⁷¹³ PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 425.

⁷¹⁴ PULITANO' D., *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, cit. 1006.

fra pena e fatto commesso, potendosi ravvisare nella proporzione un mero limite massimo, potendosi discostare da esso verso il basso, tenuto conto di ragioni di natura specialpreventiva. Ma non è questo il caso: gli sconti o le esenzioni da pena non sono ragguagliati ad una valutazione di pericolosità sociale, bensì alla portata delle rivelazioni effettuate. Il premio riconosciuto all'autore del reato è totalmente svincolato rispetto alla valutazione degli elementi oggettivi e soggettivi del fatto commesso.⁷¹⁵

Sembra del tutto condivisibile il rilievo di un'attenta dottrina⁷¹⁶ che rileva il collegamento di queste fattispecie premiali al fallimento della funzione generalpreventiva: il meccanismo dell'incentivo su cui si fonda la legislazione dell'emergenza ha lo scopo di "supplire alla carenza degli strumenti di ricerca e di indagine, per rimediare in qualche modo all'incapacità del sistema di fronteggiare il fenomeno terroristico in modo istituzionalmente regolare".⁷¹⁷

La legislazione dell'emergenza ha suscitato fervidi dibattiti in dottrina, che ne hanno proposto interpretazioni divergenti⁷¹⁸. Vi è comunque accordo rispetto ad alcune questioni.

Il risultato di questi interventi legislativi ha portato con sé delle conseguenze di non poco momento. Allo scompaginamento delle logiche di commisurazione della pena si è sommato l'effetto profondamente discriminatorio di una disciplina fondata sull'*aut-aut*. Il sistema offre due alternative secche: collaborare, beneficiando dei notevoli sconti di pena, o essere qualificati come "irriducibili", subendo il trattamento sanzionatorio notevolmente aggravato previsto per i reati a finalità terroristica o di eversione dell'ordinamento costituzionale. Il che si traduce in una profonda lesione del principio costituzionale di difesa, quale diritto di rispondere alle

⁷¹⁵ PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 426. Così anche MUSCO E., *La premialità nel diritto penale*, cit., p. 246.

⁷¹⁶ PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 428.

⁷¹⁷ PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 428.

⁷¹⁸ Si citano, a titolo esemplificativo, le diverse posizioni di BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 1470, cit. e PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 428. riguardo al fatto che la disciplina della collaborazione processuale costituisca o meno una rottura rispetto alle norme del codice, in punto di coerenza con il principio di offensività.

accuse tacendo o negando,⁷¹⁹ e del fondamentale principio del *nemo tenetur se detegere*⁷²⁰.

È pur vero che si è trattato di una disciplina contingente, che avrebbe dovuto esaurire i suoi effetti una volta che si fosse conclusa la situazione di emergenza. Tralasciando le considerazioni in merito all'efficacia e all'effettiva necessità di un sistema così congegnato⁷²¹, quello che in questa sede interessa rilevare è che le conseguenze di questo modo di intendere il diritto premiale non sono svanite con la fine di quel particolare periodo storico⁷²². L'uso della collaborazione processuale non è da tutti considerato un male di per sé, a condizione che non si risolva in una svalutazione dei principi costituzionali a tutela del giusto processo. Anche se non del tutto compiuta in questa fase, perché un nesso reintegratorio dell'offesa, seppur a volte labile, permane, si apre la strada all'idea della punibilità quale "asso nella manica", che ha in seguito conosciuto un periodo di grande utilizzo. Il passo si compie successivamente: essa diventa merce di scambio, il principale strumento con cui il legislatore riesce ad ottenere il conseguimento di obiettivi altrimenti irraggiungibili: il rispetto delle norme che egli stesso ha posto. Come si vedrà qui di seguito, la promessa d'impunità diviene il principale mezzo per combattere fenomeni d'illegalità di massa.

8. *I c.d. atti di clemenza atipici*

Nonostante alcune questioni abbiano suscitato discordanza di opinioni in dottrina, l'impianto del codice rocco riguardo alla non punibilità poteva essere inquadrato, quanto alla *ratio* delle singole cause, facendo ricorso alle nozioni di meritevolezza e bisogno di pena.

La legislazione speciale ha introdotto, negli ultimi trent'anni, una serie d'ipotesi di non punibilità difficilmente inquadrabili, soprattutto riguardo ai loro rapporti con le cause estintive del reato. Rispetto alle ipotesi premiali previste dal

⁷¹⁹ PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., 428.

⁷²⁰ In relazione all'operatività e alla rilevanza costituzionale di questo principio, si rimanda a ZANOTTI M., *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p.174.

⁷²¹ Sull'argomento si veda MUSCO E., *La premialità nel diritto penale*, cit., p. 246.

⁷²² PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 430.

codice Rocco, queste cause di non punibilità sopravvenuta presentano inoltre alcune differenze sostanziali, tali per cui non possono essere assimilate, in termini di *ratio*, alle prime. Nasce così una fase di ripensamento della punibilità, avvallata, anche dalla Corte Costituzionale⁷²³, che porta a individuarne la *ratio* in ragioni opportunità, svincolate da considerazioni in merito al bisogno di pena⁷²⁴.

In anni piuttosto recenti, si è assistito a una serie d'interventi legislativi, soprattutto in materia fiscale ed edilizia (ma ultimamente anche in materia di emersione del lavoro nero), tutti finalizzati ad un unico scopo: fungere da incentivo al ripristino della legalità, in ambiti disciplinari, anche penalmente rilevanti, oggetto di violazioni di massa. Ciò che accomuna tali interventi è il carattere negoziale: la promessa d'impunità in cambio del pagamento di una somma, per così dire, forfettaria cui consegue, appunto, la non punibilità per eventuali reati emersi in seguito a questa sorta di autodafé.

Al fine di individuare una disciplina applicabile alle cause di non punibilità introdotte da queste norme, si deve innanzitutto risolvere la questione riguardante la loro natura sostanziale. Si deve cioè capire se trattasi d'ipotesi di amnistia "mascherata". In caso affermativo l'interrogativo si sposta sulla questione concernente l'ammissibilità di atti di clemenza atipici, rispetto a quelli previsti dall'art 79 Cost⁷²⁵.

Ebbene, tali provvedimenti appaiono equiparabili quanto agli effetti all'istituto dell'amnistia condizionata. Tuttavia sembra condivisibile l'opinione che ne rileva la differenza in punto di funzione, poiché "collegano la non punibilità a condotte idonee alla reintegrazione del bene offeso o alla tutela di beni diversi da quello protetto dalla norma incriminatrice, ma comunque interni al sistema e soggetti alla logica del bilanciamento giuridico".⁷²⁶ Il che porta a ricondurli nell'ambito della premialità.

⁷²³ Nella più volte citata sentenza n. 369/1988.

⁷²⁴ Corte Cost. 369/1988

⁷²⁵ RUGA RIVA C., *Sanatorie, condoni, "indultino": forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, in *Riv trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 191.

⁷²⁶ RUGA RIVA C., *Sanatorie, condoni, "indultino": forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, cit., p. 191. L'Autore individua in quest'aspetto la differenza rispetto agli atti di clemenza tipici, che avrebbero "un significato prettamente politico, di perdono in ragione della valutazione di fattori eccezionali e tendenzialmente irripetibili che rendono inopportuna la punizione attuale di determinati fatti".

Volendo accogliere questa distinzione, si deve riconoscere, quale suo presupposto, un “generale potere di clemenza”⁷²⁷ in capo al legislatore. Ebbene, i provvedimenti in parola non sono riconducibili ai tradizionali istituti del diritto penale, così come tracciati dal codice Rocco. Di nuovo il legislatore fa leva sulla promessa d’impunità, al fine di influenzare la condotta susseguente al reato, in un modo sconosciuto al sistema penale precedente. Non solo: l’intervento non è più giustificato dalla necessità di fronteggiare situazioni di particolare minaccia sociale, come nel caso della legislazione dell’emergenza.

8.1. *I condoni edilizi*

La materia di urbanistica ed edilizia è stata oggetto di numerosi interventi volti a regolarizzare posizioni abusive.⁷²⁸

In particolare, la l. 47/1985 è stato il primo intervento ad introdurre la possibilità di sanatoria delle posizioni abusive in seguito al pagamento di una somma a titolo di oblazione, cui veniva fatta conseguire l’estinzione di alcuni reati urbanistici⁷²⁹. Il contesto in cui questa legge viene emanata è caratterizzato dalla dilagante illegalità in materia edilizia, cui lo Stato non riesce a far fronte a causa della pressoché totale incapacità di ottenere il rispetto delle leggi. Fenomeno gravemente acuito dal clima di corruzione e di clientelismo politico.⁷³⁰ Lo scopo è dunque il raggiungimento di un’apparente legalità, sanando *ex post* l’illegittimità di alcune posizioni. Non si deve tuttavia trascurare che questo tipo d’interventi provocano un notevole afflusso di denaro nelle casse dello Stato.

L’introduzione del “condono edilizio” (così chiamato, impropriamente) ha suscitato molte perplessità, che sfociarono nella prospettazione di numerose questioni di legittimità costituzionale, basate sulla censura che individuava in questo tipo d’interventi delle forme di “amnistia mascherata”, in violazione dell’art 79 Cost.

⁷²⁷ Così Corte Cost 369/1988.

⁷²⁸ Si citano qui, a titolo esemplificativo, le leggi 28 febbraio 1985 n. 47 “Norme in materia di controllo dell’attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere abusive”, 724/94 e 326/2003

⁷²⁹ L’art. 38 della l. 47/85 dispone, infatti, che “ove nei confronti del richiedente la sanatoria sia intervenuta sentenza definitiva di condanna per i reati previsti dal comma precedente, viene fatta annotazione dell’oblazione nel casellario giudiziale. In tale caso non si tiene conto della condanna ai fini dell’applicazione della recidiva e del beneficio della sospensione condizionale della pena”.

⁷³⁰ CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2005, p. 465.

La Corte ha respinto tali censure, sostenendo che tale intervento “non può esser ricondotto ai tradizionali (forse arcaici) istituti di clemenza o, comunque, estintivi del reato, perché possiede una propria, particolare ragion d’essere e così una propria fisionomia: esso va studiato a sé, singolarmente, a prescindere da ogni formalistico, inattuale avvicinamento a vecchie formule o ad antichi istituti”⁷³¹. Sulla scia di queste argomentazioni, la Corte prende atto della consistenza autonoma della categoria della punibilità⁷³² e del fatto che il legislatore, inoltre, ne fa un uso di carattere negoziale, poiché, con la promessa di impunità, “orienta, dirige la condotta del reo susseguente al reato al raggiungimento di fini dallo stesso legislatore desiderati”⁷³³. La Consulta afferma inoltre la sua “incompetenza” a operare valutazioni in merito alle scelte alle scelte che hanno portato a questo orientamento, fermi restando i vincoli costituzionali al potere di clemenza di cui si è detto in precedenza⁷³⁴.

È stabilito dalla Consulta, quindi, che la sanatoria edilizia non è riconducibile all’ammnistia condizionata, poiché tale istituto produce il suo effetto estintivo in forma immediata, senza la necessità di alcun intervento fattuale. Diversamente, nella fattispecie del condono edilizio, “l’oblazione non estingue di per sé il reato, ma è solo l’ultimo elemento di una complessa fattispecie estintiva, la quale almeno di regola (salvo il caso di opere insanabili), produce un effetto estintivo (del reato) e un effetto costitutivo (della concessione della sanatoria amministrativa). Ne consegue che poiché gli effetti previsti dalle norme impugnate si producono non come ulteriori conseguenze d’una diretta preliminare estinzione della punibilità astratta di alcune norme incriminatrici, bensì soltanto a seguito delle manifestazioni di concreta volontà degli interessati e dell’autorità amministrativa, tali effetti derivano da una complessa fattispecie mediatrice e, pertanto, da un meccanismo ontologicamente diverso da quello con il quale opera l’ammnistia”⁷³⁵.

⁷³¹ Corte Cost. 369/1988.

⁷³² Cfr. *supra*.

⁷³³ Corte Cost. 369/1988.

⁷³⁴ Cfr. *supra*.

⁷³⁵ Corte Cost. 369/1988.

8.2. *Il condono fiscale e lo scudo fiscale.*

L'uso della sanatoria in ambito penale ha interessato anche la materia fiscale, nelle forme del "condono tributario" e dello "scudo fiscale", finalizzato, quest'ultimo, a incentivare il rientro dei capitali dall'estero. Il ricorso alle forme di "ravvedimento" (termine usato in modo improprio) ha cominciato ad affermarsi in seguito alla riforma della disciplina dell'amnistia, operata dalla l. cost. 6 marzo 1992 n.1, nel tentativo di porre fine all'uso distorsivo dell'istituto, che ormai aveva preso piede.⁷³⁶ Fino alla riforma il legislatore era solito accompagnare i "condoni tributari" a provvedimenti di amnistia per i reati tributari, in modo che chi volesse sanare la propria situazione fiscale non corresse il rischio di autodenunciarsi e conseguisse l'impunità per i reati tributari commessi⁷³⁷. Anche in questo caso, come nella materia edilizia, è facile intravedere l'effetto positivo di queste manovre per le casse dell'Erario.

Tuttavia, dopo la riforma del '92, questo sistema è diventato impraticabile; il legislatore ha allora cominciato a usare soluzioni alternative, introducendo cause di non punibilità sopravvenuta "ispirate a un generico criterio perdonistico e legate a comportamenti di ravvedimento dei contribuenti"⁷³⁸. Un esempio, per tutti, è costituito dalla legge finanziaria del 2003 che, lungi dal costituire una novità dal punto di vista della tecnica normativa, stupisce per l'elevato numero dei condoni ivi previsti.⁷³⁹

La locuzione "scudo fiscale" si riferisce a un complesso meccanismo finalizzato all'emersione di liquidità, attività finanziarie o immobiliari detenute

⁷³⁶ L'amnistia, erede degli atti di clemenza monarchici, è stata oggetto di fenomeni di applicazione incontrollata, oltre che illegittima, spesso orientata a scopi puramente deflattivi dei procedimenti penali o in correlazione a problematiche di sovraffollamento delle carceri. Il che ha minato fortemente l'efficacia deterrente dell'apparato penale. Questo il conteso in cui s'inserisce la riforma dell'istituto, attuata con legge costituzionale n. 79 del 1992 che, modificando l'art. 79 Cost., ha stabilito che "l'amnistia e l'indulto sono concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale. La legge che concede l'amnistia o l'indulto stabilisce il termine per la loro applicazione. In ogni caso l'amnistia e l'indulto non possono applicarsi ai reati commessi successivamente alla presentazione del disegno di legge".

⁷³⁷ CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 466.

⁷³⁸ CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 468.

⁷³⁹ RUGA RIVA C., *Sanatorie, condoni, "indultino": forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, cit., p. 199.

all'estero all'insaputa del fisco italiano⁷⁴⁰. Il soggetto che dichiara allo Stato italiano l'esistenza di queste posizioni unitamente al versamento di una cifra forfettaria, calcolata in percentuale rispetto al valore del capitale "emerso", potrà godere dell'impunità per i reati tributari connessi, ad eccezioni di alcune fattispecie particolarmente gravi.

La disciplina in questione potrebbe trovare qualche connessione con il principio di offensività laddove l'impunità fosse concessa in seguito al pagamento dell'intera somma evasa. Fino agli inizi degli anni Settanta tutti i provvedimenti di amnistia e condono in materia tributaria presentavano un dato costante: la corresponsione dell'intera somma dovuta e l'adempimento degli obblighi di denuncia e dichiarazione. Così non è più: le moderne discipline dei condoni prevedono il versamento di una somma forfettaria in cambio della possibilità di godere dei benefici premiali. L'estinzione della punibilità è barattata in cambio di un "corrispettivo che non ha alcun rapporto reale con l'offesa realizzata"⁷⁴¹. La giustificazione di questa prassi legislativa c'è, ma è di natura quanto mai "profana", configurandosi nella necessità di fare cassa in momenti di particolare difficoltà per le finanze statali.

8.3. *I limiti alla potestà di clemenza*

La già citata sentenza della Corte Costituzionale n 369/1988 ha individuato i vincoli costituzionali cui il potere di clemenza è assoggettato: notando come "tute le volte in cui si rompe il nesso costante tra reato e punibilità e quest'ultima viene utilizzata per fini estranei a quelli relativi alla difesa dei beni tutelati attraverso l'incriminazione penale, tale uso, nell'incidere negativamente su principio di eguaglianza ex art. 3 Cost., deve trovare la sua giustificazione nel quadro costituzionale che determina il fondamento e i limiti dell'intervento punitivo dello

⁷⁴⁰ RUGA RIVA C., *Sanatorie, condoni, "indultino": forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, cit., p. 199.

⁷⁴¹ PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 437.

Stato”⁷⁴². Il che significa affermare l’identità di *ratio* a fondamento della fattispecie incriminatrice e della norma di non punibilità.

La legittimità delle fattispecie di non punibilità si basa, quindi, sulla loro coerenza rispetto al sistema penale e deve trovare fondamento nella coerenza rispetto agli scopi perseguiti da quest’ultimo. La Consulta giunge a formulare il principio per cui l’esenzione da pena deve essere valutata “in funzione delle finalità proprie della pena: ove l’estinzione della punibilità irrazionalmente contrastasse con tali finalità, ove risultasse variante arbitraria, tale, come è stato esattamente sottolineato, da svilire il senso stesso della comminatoria edittale e della punizione, non potrebbe considerarsi costituzionalmente legittima”⁷⁴³. La Corte, dopo queste riflessioni, giunge a ritenere legittima la disciplina del condono edilizio sottoposta al suo vaglio.

Vi è un’altra pronuncia, ove si ripete l’operazione di salvataggio anche questa volta in materia di condoni edilizi. Con la sentenza n. 427 del 6.9.1995 la Consulta afferma la legittimità della disciplina in esame in forza di “ragioni contingenti e straordinarie di natura finanziaria”⁷⁴⁴, ribadendo la coerenza del condono “con le finalità proprie della pena, cioè con la difesa degli stessi beni tutelati attraverso l’incriminazione”⁷⁴⁵. Di più: rispetto alla lamentata assenza di bilanciamento con altri valori costituzionali, la Corte afferma che la disciplina in parola “risponde adeguatamente alla finalità di realizzare un contemperamento dei valori in giuoco, quelli del paesaggio, della salute, della conformità dell’iniziativa economica privata all’utilità sociale, della funzione sociale della proprietà, da una parte, e quelli, pure di fondamentale rilevanza sul piano della dignità umana, dell’abitazione e del lavoro, dall’altra”⁷⁴⁶.

Queste pronunce introducono un fattore di novità rispetto all’assetto precedente: il controllo costituzionale si apre, nell’operazione di bilanciamento, alla valutazione di interessi che, oltre a essere diversi rispetto alla finalità della pena, sono di natura extrapenale. Il che conduce inevitabilmente a un ripensamento degli scopi e delle finalità della pena: quando il controllo sulla gestione della punibilità si fonda su un bilanciamento che coinvolge anche interessi diversi rispetto a quelli posti

⁷⁴² Corte Cost., 31 marzo 1988, n. 369, in *Foro it.*, 1989, I, p. 3383.

⁷⁴³ Corte Cost., 31 marzo 1988, n. 369.

⁷⁴⁴ Corte Cost., 12 settembre 1995, n. 427, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1996, p. 637.

⁷⁴⁵ Corte Cost., 12 settembre 1995, n. 427, cit.

⁷⁴⁶ Corte Cost., 12 settembre 1995, n. 427, cit.

alla base della fattispecie incriminatrice, il fondamento su cui poggia la pena subisce inevitabilmente uno scossone⁷⁴⁷.

Si può allora affermare, coerentemente con quanto si è detto in precedenza⁷⁴⁸, che il fondamento della non punibilità ha subito un mutamento strutturale rispetto alla configurazione che ne aveva fatto il codice Rocco. Il nesso con la meritevolezza e il bisogno di pena appare, allo stato attuale delle cose, annacquato, se non del tutto sparito. Le alluvionali stratificazioni d'interventi legislativi e le innovative pronunce della Corte Costituzionale hanno fatto della non punibilità uno strumento negoziale, un corrispettivo da offrire al fine di incentivare determinati comportamenti, non più strettamente connessi con la reintegrazione dell'offesa, intesa alla maniera del codice Rocco. Le ragioni della rinuncia a punire sono oramai da ricercarsi nel campo delle scelte di opportunità politica⁷⁴⁹. Il che riporta al tema della necessità di approntare un sistema di controllo costituzionale che ne definisca i limiti, senza tuttavia fermarsi al mero controllo di ragionevolezza. Di nuovo sembra fondamentale il riferimento al bene giuridico, che dovrebbe fungere da criterio di selezione⁷⁵⁰.

9. *La proliferazione delle fattispecie penali*

Uno degli aspetti più interessanti relativi all'evoluzione della logica premiale è la sua stretta connessione col fenomeno della dilagante proliferazione delle fattispecie penali. Come ha notato autorevole dottrina, sembra si possa individuare “una sorta di parallelismo tra inflazione del diritto penale e non solo o non tanto diffusione delle cause di non punibilità (...), ma anche modificazione della struttura tradizionale di queste e, talvolta, definizione di nuove tipologie non riconducibili a quelle generali definite dal codice ma ad esse in qualche modo collegate, secondo un

⁷⁴⁷ DONINI M., “Non punibilità e idea negoziale” in *Ind. pen.*, 2001, p. 1035.

⁷⁴⁸ Cfr. *supra*.

⁷⁴⁹ Si badi che con il concetto di opportunità politica non s'intende qui richiamare quello di perdono sotteso agli istituti di clemenza “tradizionali”, ma la decisione del legislatore di usare la non punibilità all'interno di un rapporto di reciproco scambio, al fine di ottenere un risultato ben preciso.

⁷⁵⁰ Riguardo alla natura del controllo di legittimità sulle fattispecie di esenzione da pena e al loro raccordo con i beni di rilievo costituzionale, cfr. *supra*.

opus mixtum che crea pressoché sempre almeno problemi esegetici (quando non anche sintattici) e spesso di compatibilità con i principi costituzionali”⁷⁵¹.

In questi termini la non punibilità finisce per diventare un modo per evitare di affrontare la questione della scarsa effettività delle norme penali. Questa mancanza di effettività, poi, è da ricondursi proprio all’ipertrofia del diritto penale e, nondimeno, all’incapacità di porre in essere interventi efficaci di fronte a situazioni di emergenza, laddove, effettivamente, la scelta dell’intervento penale non sembra suscitare dubbio alcuno⁷⁵².

Considerato da una diversa prospettiva, l’uso della non punibilità al fine nascondere e contrastare il fenomeno dell’ineffettività, diventa un mezzo per il perseguimento di scopi diversi e ulteriori da quelli essenziali per il diritto penale. Ed è proprio in questo meccanismo che si annida il pericolo che “questa dissociazione fra scopo e beni conduca al baratto dei mezzi per il perseguimento degli scopi”⁷⁵³. Un esempio di questa prassi è costituito proprio dalle fattispecie premiali in materia edilizia e tributaria analizzate in precedenza. L’impunità non ha non più la funzione di apprestare una tutela rinforzata a determinate categorie di beni giuridici, ma diventa il segno tangibile dell’ineffettività della norma penale.

⁷⁵¹ DI MARTINO A., *La sequenza infranta, profili della dissociazione tra reato e pena*, cit., p. 221.

⁷⁵² DI MARTINO A., *La sequenza infranta, profili della dissociazione tra reato e pena*, cit., p. 221.

⁷⁵³ DI MARTINO A., *La sequenza infranta, profili della dissociazione tra reato e pena*, cit., p. 222.

CONCLUSIONI

Non è – e non è mai stata - pacifica in letteratura la questione, la cui risposta affermativa sembrerebbe di primo acchito intuitiva, riguardante il rapporto fra finalità del processo e ricerca della verità. I dubbi, per quel che interessa rilevare in questa sede, si sono appuntati riguardo alla presenza o meno, nel novero delle finalità proprie del processo, dello scopo di accertamento della verità dei fatti posti alla base della decisione.

E, infatti, un processo indifferente alla verità soffrirebbe senza dubbio di una insuperabile carenza di legittimazione presso l'opinione pubblica. Carenza, peraltro, inaccettabile soprattutto in sede penale. In questo senso il nesso con la ricerca della verità pare essere imprescindibile.

Spesso la ricerca della verità – quale interesse superiore e ineludibile del processo, come effettivamente è, peraltro – si è prestata a fungere da ragione giustificatrice per quella giurisprudenza che ha contribuito, a volte, ad accentuare la c.d. deriva inquisitoria.

Emerge – sotto mentite spoglie – in queste pronunce il preteso contrasto fra un processo garantista e rispettoso della persona umana, e ricerca della verità. Come se questi elementi fossero incompatibili. Ma quale migliore garanzia può auspicarsi se non un processo che pervenga a una decisione il cui contenuto sia fondato e – per così dire - giustificato dall'ancoraggio della decisione giudiziale alla verità?

Il preteso contrasto fra garanzie e ricerca della verità, sembra essere fonte di un grosso equivoco. Il metodo del contraddittorio, anziché acuirlo, risolve questo contrasto, laddove esso sia considerato nella sua doppia funzione: fonte di garanzia per l'accusato e miglior metodo per la ricostruzione dei fatti.

Si è dunque cercato di dimostrare come le impostazioni che sostengono la contrapposizione fra il modello accusatorio – con il relativo metodo del contraddittorio - e la tensione all'accertamento della verità, siano frutto di un equivoco. Tale equivoco si fonda sull'attribuzione di una funzione, per così dire, sminuita al principio del contraddittorio.

Sotto l'egida della ricerca della verità – com'è noto – sono stati perpetrati i più terribili abusi. Quella del processo inquisitorio è storia nota. È inoltre un fatto tristemente noto che in questo momento, nel mondo, le violazioni dei diritti umani – nel nome della verità - siano all'ordine del giorno.

La domanda da porsi è, allora, se un ragionamento fondato sulle dicotomie appena descritte possa essere di qualche utilità nel rifuggire da questi abusi, che costituiscono, purtroppo, parte della cultura giuridica contemporanea.

La risposta non può che essere negativa. Riconoscendo al contraddittorio la sua duplice funzione di presidio del diritto di difesa e di metodo idoneo ad avvicinarsi a una ricostruzione di fatti più possibile aderente a ciò che è realmente accaduto, è possibile concludere che la presenza di regole atte a garantire la persona sottoposta a procedimento penale non sono, da questo punto di vista, in antitesi con le esigenze di accertamento. Ciò, lo si ripete, in ragione dei due volti del contraddittorio: garanzia per l'imputato ma anche metodo utile alla ricerca della verità.

Le contrapposizioni fra modelli processuali sono in realtà fondate su dicotomie che riguardano altri aspetti, connessi, appunto, al metodo di accertamento. Che ogni processo – che voglia definirsi “giusto” e avere una qualche pretesa di credibilità dal punto di vista sociale – tenda all'accertamento della verità è un dato difficilmente confutabile. Ciò che muta sono i metodi ritenuti più idonei a perseguire un tale obiettivo. Il legislatore stabilisce, a questo scopo, le regole di formazione della prova, aderendo al modello ritenuto più efficace. In questa prospettiva va collocato il principio del contraddittorio.

Ma la valenza del principio del contraddittorio così inteso sarebbe poca cosa se non gravasse sui dichiaranti un obbligo di verità. In questo senso è possibile affermare che il fondamento politico-criminale delle fattispecie di falso giudiziale sia assicurare lo svolgimento del contraddittorio. Il presidio costituito dalle fattispecie concernenti i falsi giudiziali mostra così il suo ruolo e la sua importanza.

Se il fondamento politico criminale è comune a queste fattispecie, altrettanto non può dirsi in merito alla loro oggettività giuridica. La ricostruzione del bene giuridico tutelato da ciascuna norma non può non tenere conto del fenomeno di stratificazione normativa che ha interessato questo specifico ambito – dovuto alle esigenze di adattamento al nuovo rito – e delle strette connessioni con la disciplina processuale. Il riferimento alla mutata disciplina processuale – e il coordinamento delle singole fattispecie - è, infatti, un'operazione imprescindibile per giungere a un'interpretazione che voglia mantenere una certa coerenza al sistema. Coerenza che, come si evince dai molteplici interventi della Corte Costituzionale, soprattutto con riferimento agli artt. 376 e 384, non sempre è facile ritrovare.

L'oggettività giuridica dei mendaci giudiziali è, per questo motivo, strettamente connessa al soggetto che riceve la falsa dichiarazione. Con ciò assumendo particolare rilievo la fase processuale in cui intervengono le dichiarazioni.

Un altro apporto interpretativo è dato dai rapporti delle singole previsioni incriminatrici con la causa di non punibilità della ritrattazione. E, infatti, l'importanza che l'ordinamento riconosce al bene giuridico che intende tutelare si evince anche dall'uso della tecnica premiale al fine di rafforzarne la tutela stessa. Alla base della premialità, infatti, v'è sempre un bilanciamento d'interessi contrapposti: da una parte il bene giuridico tutelato dalla norma premiale e dall'altra l'interesse dell'ordinamento alla repressione e punizione delle condotte criminali. Dall'applicazione della tecnica premiale si evince il prevalere del primo.

I reati ritrattabili sono caratterizzati dal fatto di avere un nucleo comune: una condotta di falsa dichiarazione che, in modo o nell'altro possa corrompere la genuinità delle informazioni che fanno ingresso nel procedimento penale. L'ordinamento premia – nel tentativo di incentivarla - la condotta di chi, dopo aver reso una dichiarazione mendace, rimuova la falsità commessa.

La tutela penale della verità – nella sua veste “rafforzata” - si articola dunque nella rilevanza penale del mendacio, che si declina nelle singole fattispecie distinte in base al soggetto processuale che riceve la falsa dichiarazione.

L'esigenza di tutela della “verità” - in termini di genuinità degli elementi sottoposti al vaglio del giudice – assume con riferimento ai reati di falsa testimonianza e falsa perizia - il massimo grado di rilevanza, il che parrebbe confermato anche dal rigore sanzionatorio. Il mendacio reso durante la formazione della prova all'interno del dibattimento costituisce, infatti, la massima lesione della genuinità del materiale probatorio posto alla base del libero convincimento del giudice.

In seguito all'introduzione del nuovo rito - non essendo più riconducibile nell'alveo dell'art. 372 il reato di false informazioni al pubblico ministero – la necessità di tutelare la genuinità del materiale raccolto durante le indagini preliminari ha richiesto l'introduzione dell'art. 371 *bis*. Il che ha provocato un notevole *vulnus* al principio della parità delle parti, tanto da richiedere un ulteriore intervento legislativo. Nel tentativo di riequilibrare l'assetto dei poteri delle parti, infatti, il legislatore ha cercato di realizzare una simmetria fra i ruoli del pubblico ministero e del difensore, attribuendo a quest'ultimo poteri e facoltà simili a quelli previsti per il pubblico ministero. In seguito all'introduzione della disciplina delle indagini difensive – anzi, contestualmente a essa – viene, infatti, introdotto il delitto di

false informazioni al difensore, con lo scopo di non lasciare sfornita di tutela penale la genuinità del materiale su cui si fonda l'attività di difesa.

Le due norme ora richiamate sono state aggiunte al catalogo dei delitti ritrattabili. Cosa che pare essere poco conforme alla *ratio* della ritrattazione stessa. Prevedere lo stesso termine (la chiusura del dibattimento) per la ritrattabilità delle false informazioni rese al pubblico ministero e al difensore frustra le finalità stesse della causa di non punibilità. Meglio sarebbe stato prevedere un termine *ad hoc*, coincidente con la conclusione delle indagini preliminari, cioè al momento conclusivo della fase procedimentale in cui le dichiarazioni sono state raccolte e utilizzate. Giacché dopo quel momento la lesione della genuinità del materiale raccolto dal pubblico ministero e dal difensore non sembra più rimediabile. Entrambe le strategie – quella accusatoria e quella difensiva - sono ormai impostate sulla base di quel materiale.

Emerge un dato: la polizia giudiziaria è l'unico dei soggetti che partecipano al procedimento a essere privo di una fattispecie incriminatrice dedicata, con riferimento alla genuinità del materiale raccolto. La falsa dichiarazione resa alla polizia giudiziaria è sempre stata fatta rientrare nell'omnicomprensiva fattispecie di favoreggiamento personale. Il che ha portato, fra l'altro, a ritenere irragionevole la mancata previsione dell'art. 378 nel novero dei reati ritrattabili. L'estensione della ritrattazione all'art. 371 *bis* ha inoltre sortito l'effetto di alimentare ulteriormente i dubbi riguardo all'ambito di operatività dell'art. 376.

Tuttavia, la tendenza – ormai costante e pacifica - ad assimilare l'attività di assunzione delle informazioni da parte della polizia giudiziaria a quella delle dichiarazioni rese al pubblico ministero o al giudice con la testimonianza non va esente da critiche. Questa si è consolidata dapprima con la prassi applicativa del c.d. favoreggiamento – mendacio e, in seguito, in relazione alle questioni di incostituzionalità dell'art. 376. A ben vedere la repressione del mendacio alla polizia giudiziaria non sembra conforme al modello accusatorio. Ciò porta, infatti, a rafforzare l'idea di “un'investigazione probatoria di polizia” che la riforma processuale avrebbe, per la verità, inteso eliminare.

A rendere la norma più conforme all'attuale modello processuale potrebbe aiutare una diversa ricostruzione dell'oggettività giuridica, in termini di tutela esterna delle attività d'investigazione e ricerca, ai fini della giustizia penale. Una tale impostazione sarebbe senza dubbio preferibile, poiché terrebbe conto della profonda differenza delle condotte riconducibili al reato di favoreggiamento rispetto a quelle previste da altre fattispecie, che attribuiscono rilevanza penale alla violazione di specifici obblighi processuali.

CONCLUSIONI

La vicenda del favoreggiamento personale mediante mendacio alla polizia giudiziaria costituisce l'esempio lampante delle difficoltà di ricostruzione del sistema dei falsi giudiziari, dovute all'intreccio di molteplici fattori, connessi soprattutto all'intrinseco legame che questa materia dimostra di avere con la disciplina processuale.

Il primo dato è costituito dal fatto che la giurisprudenza è stata – durante la vigenza dell'attuale codice di rito ma anche di quello precedente - costante nel ritenere configurabile la fattispecie di favoreggiamento personale mediante mendacio all'autorità giudiziaria o mediante reticenza.

Oltre alle perplessità di ordine processuale sopra esposte, Sicuramente sarebbe stato meglio prevedere una fattispecie a se stante, laddove si ritenesse – peraltro – necessaria la tutela penale del mendacio reso alla polizia giudiziaria. Una simile soluzione avrebbe dissipato le perplessità che - dal punto di vista sostanziale - riguardano il problema della più ampia configurazione dell'elemento oggettivo – costituito dalla condotta di aiuto - che non è per nulla sovrapponibile alle altre ipotesi di false dichiarazioni.

La ritrattazione - con riferimento all'art. 378 c.p. - perde la sua intrinseca attitudine riparatoria: non appare idonea a evitare la lesione al bene giuridico provocata dalla condotta di favoreggiamento personale, anche se costituita da dichiarazioni false o reticenti. Tuttavia, l'effetto della mancata estensione al mendacio reso alla polizia giudiziaria avrebbe avuto un effetto paradossale in caso di reiterazione del mendacio in un momento processuale successivo: la condotta ritrattatoria, rendendo non punibile il mendacio al pubblico ministero o la falsa testimonianza, avrebbe costituito al contempo confessione del favoreggiamento precedentemente commesso.

Si è visto come – piaccia o no – sia ormai difficile confutare l'interpretazione che accosta e sovrappone l'oggettività giuridica del reato di false informazioni al pubblico ministero con quella del favoreggiamento personale realizzato mediante mendacio alla polizia giudiziaria. L'attuale assetto del sistema – che costituisce il risultato d'interventi normativi e interpretativi affermatasi nella prassi - rende, infatti, irragionevole l'esclusione dell'art. 378 dal novero dei reati ritrattabili. Non solo, sotto il profilo processuale non si può non tenere conto del fatto che – con buona pace del principio di separazione delle fasi – spesso le dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria, in seguito a varie vicende processuali, arrivano a far parte del materiale probatorio su cui si fonda la decisione del giudice.

Tuttavia, l'estensione della ritrattazione a questa fattispecie avrebbe potuto almeno essere limitata nella sua operatività sulla base di un criterio ben preciso. Criterio che, a ben

vedere, potrebbe essere costituito dall'idoneità della manifestazione del vero a rimuovere gli effetti pregiudizievoli del mendacio.

Dal quadro finora delineato emerge un dato incontrovertibile: la difficoltà di arrivare a risultati soddisfacenti – in termini di ragionevolezza e, al contempo, coerenza con il modello accusatorio - senza un intervento che modifichi la disciplina dei reati di falso giudiziale.

Le contraddizioni sono alimentate anche da altri fattori, fra i quali: la riforma dell'art 111 Cost. e le conseguenti modifiche apportate dalla legge 63/2001; la novella dell'art. 348 c.p.p.; la sentenza della Corte Costituzionale d'illegittimità dell'art. 384 comma 2 c.p. nella parte in cui non prevedeva l'esclusione della punibilità per il mendacio reso alla polizia giudiziaria, commesso da chi non avrebbe potuto essere obbligato a rendere dichiarazioni o a rispondere in quanto indagato per reato probatoriamente collegato. Tutti questi elementi rendono difficile distinguere in via interpretativa l'oggettività giuridica del reato di favoreggiamento – mendacio rispetto agli altri falsi giudiziali.

Il tutto si ripercuote anche riguardo alle difficoltà interpretative che interessano l'istituto della ritrattazione. L'art. 376, si diceva, ha subito, in seguito all'entrata in vigore del nuovo codice di rito, numerose modifiche, che hanno rivelato la difficoltà di adattare questo istituto al nuovo modello processuale.

Tali difficoltà, a dire il vero non sono dovute a ragioni legate a caratteristiche intrinseche alla ritrattazione, quanto piuttosto alla miopia sistematica di taluni interventi legislativi. Poco sarebbe bastato a rendere più fluido l'operare di questa causa di non punibilità, senza dover necessariamente ricorrere a una riforma sistematica dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, per'altro necessaria, ma per ragioni diverse.

Si pensi alla questione dei termini di efficacia della ritrattazione: un loro adeguamento appare necessario, nel rispetto della *ratio* della causa di non punibilità in parola. Sarebbe, inoltre auspicabile una loro differenziazione, tale da scindere l'operatività dell'art. 376, in modo da farla risultare sintonica rispetto alla divisione delle fasi processuali relative alla indagini preliminari e al dibattimento. Ciò allo scopo di sottolineare la differenziazione fra queste due fasi, in ossequio alla scelta operata in favore del modello accusatorio, già minacciato da numerose derive inquisitorie.

Una notazione particolare riguardo all'ultima novella legislativa, quella concernente l'estensione al reato di favoreggiamento personale: evidente esempio di sciatteria legislativa. Oltre alle già citate perplessità in termini di rispetto del principio di eguaglianza, non si può fare ameno di notare come un simile modo di intervenire, crei più

problemi di quanti ne risolva. Al contrario: pensata riguardo a finalità di contrasto alla criminalità organizzata, nella sua realizzazione pratica questa modifica legislativa rischia di trasformarsi in un fattore criminogeno, nella misura in cui rischia di incentivare condotte favoreggiatrici nella certezza della futura impunità. Per questo motivo l'interpretazione di questa norma deve risolversi nell'attribuire efficacia alle sole condotte di ritrattazione idonee a ripristinare la verità, ma soprattutto idonee alla totale rimozione dell'offesa.

Si è delineato un quadro che denota la massima tensione alla verità, la cui tutela è contraddistinta dalla previsione di numerose fattispecie e dall'uso della tecnica premiale. La disciplina della tutela della verità incontra un limite nel principio del *nemo tenetur se detegere*, il cui riferimento dal punto di vista sostanziale è costituito dalla norma di cui all'art. 384.

Quanto al primo comma, il dato che emerge è, innanzitutto, la maggiore ampiezza del catalogo dei reati rispetto alla norma di cui all'art. 376 c.p. Il che si spiega sulla base della diversa *ratio* sottesa alle ipotesi di non punibilità stabilita dalle due norme. L'art. 376 introduce, infatti, una delle c.d. cause di non punibilità in senso stretto, rispondendo a una logica di tipo premiale e volendo costituire un incentivo riguardo alla messa in atto di condotte riparatorie tali da rimuovere la lesione al bene giuridico.

La non punibilità prevista dall'art. 384 risponde a un'esigenza politico - criminale di altra natura.

Quanto alle ipotesi previste dal primo comma, infatti, la *ratio* della norma è intimamente connessa a una valutazione che richiama alla mente il concetto di "comprensione", in termini di accoglimento della rilevanza scusante riconosciuta alle ragioni metagiuridiche che spingono il soggetto - vittima di un conflitto interiore - alla commissione di uno dei reati elencati dalla norma.

Nonostante le opinioni di segno diverso, sembra che nulla vieti di leggere nell'art. 384, primo comma, l'omologo del principio del *nemo tenetur se detegere* inteso in senso sostanziale. Con ciò ritenendo l'art. 384 la norma di giunzione dei due aspetti – quello processuale e quello sostanziale – del principio citato. Il che, fra l'altro, si porrebbe perfettamente in linea con la diversa natura dei due commi di cui è composta la norma stessa.

E, infatti, quanto ai rapporti fra il principio del *nemo tenetur se detegere* e l'art. 384, la valenza strettamente processuale del principio, identificata quale diretto precipitato del diritto di difesa stabilito dall'art. 24 Cost., non sembra essere – per ciò stesso – incompatibile con un'autonoma valenza di natura esoprocedimentale dello stesso principio

così come individuata dall'art. 384 c.p. Siffatta valenza emergerebbe dalla presenza, nel catalogo dei reati di cui al primo comma dell'art. 384, di delitti posti a tutela di beni giuridici che tutelano momenti di natura extra processuale, come i delitti di omessa denuncia o di omissione di referto.

L'art. 384 delinea una sfera di liceità indubbiamente molto ampia. La scelta politico - criminale di attribuire una portata così ampia a questa causa di non punibilità è stata criticata anche in letteratura sotto il profilo dell'opportunità: la tutela del bene oggetto della norma in esame non varrebbe il sacrificio del pubblico interesse alla corretta amministrazione della giustizia. Senza contare le ricadute di natura pratica in termini di tacita accettazione della condotta mendace e di svalutazione del valore probatorio delle dichiarazioni dei soggetti richiamati dalla norma.

Il secondo comma della norma si riferisce a situazioni in cui la tensione fra i beni in conflitto è massima. La norma individua, sulla base del richiamo agli istituti processuali, delle ipotesi di carenza di tipicità del fatto.

Le interazioni fra aspetti sostanziali e processuali sono, in questo caso, di estrema rilevanza. Si pensi alla disciplina di cui all'art. 199 c.p.p., il quale funge da limite all'applicabilità della causa di esclusione della colpevolezza di cui all'art. 384 c.p., di fatto stabilendone l'inoperatività riguardo al teste falso che non abbia esercitato la facoltà di astenersi. È, dunque, questo il caso in cui la disciplina processuale contribuisce a definire e limitare il contenuto di una causa di non punibilità.

La difficoltà di raggiungere un bilanciamento di valori, senza incorrere in interpretazioni distorsive del sistema, appare evidente in riferimento alla disciplina del c.d., diritto al silenzio. Alla maggiore espansione di quest'ultimo corrisponde una simmetrica compressione dell'altrettanto fondamentale diritto di confrontarsi con il proprio accusatore, anch'esso espressione del diritto di difesa.

All'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice, infatti, era stata rilevata l'esigenza di ridurre l'ampiezza la portata del diritto al silenzio, così come risultava disciplinato. E, in effetti, con il successivo intervento legislativo si cercò di limitarne la portata, prevedendo l'istituto della testimonianza assistita. Non sembrano esservi dubbi in proposito: la disciplina della testimonianza assistita costituisce l'esito del tentativo volto a rendere quanto più ampia possibile l'acquisizione di materiale probatorio utile alla decisione – anche quando esso provenga da soggetti non del tutto estranei ai fatti - pur contemperando questa esigenza con il principio del *nemo tenetur se detegere*.

Anche in questo caso l'intervento della giurisprudenza costituzionale, nel tentativo di ridurre ulteriormente la portata del diritto al silenzio, si è risolto nella frustrazione degli obiettivi di tutela della genuinità del materiale probatorio. E, infatti, la *ratio* sottesa alla disciplina di cui di cui all'art. 197 *bis* – si ricorda – è costituita anche dalla tutela della genuinità del materiale probatorio che trova ingresso nel processo, poiché prevede il meccanismo dei riscontri delle deposizioni dei testimoni assistiti. L'effetto dell'interpretazione proposta dalla Corte Costituzionale di eliminare dal novero dei testimoni assistiti il giudicato irrevocabile perché non ha commesso il fatto, se letta insieme all'operare della causa di non punibilità di cui all'art. 384, comma primo, non è altro che quello di permettere l'ingresso nel processo di contributi conoscitivi di dubbia genuinità.

Il quadro ora delineato può essere meglio compreso se inserito nel contesto delle vicende riguardanti la metamorfosi dell'istituto della punibilità.

Le cause che escludono la sola punibilità formano un insieme eterogeneo, per questo controverso sotto molti punti di vista. Non vi sono più dubbi riguardo alla loro autonomia, tuttavia permangono incertezze rispetto alla loro collocazione sistematica, rispetto al reato.

La loro sistemazione in un momento successivo alla commissione del reato non sembra porre problemi di particolare rilevanza. Nonostante la vaghezza del dato normativo, o forse proprio per questo fatto, si è cercato di dimostrare come questa posizione non provochi conseguenze sistematiche di natura distorsiva. Una volta superata la pretesa inscindibilità fra precetto e sanzione, non sembrano permanere ostacoli di sorta. L'unico dato che, come si è detto suscita perplessità, è quello relativo al permanere dell'applicabilità delle misure di sicurezza. A questo proposito si deve anche tenere conto che il problema sorge qui come conseguenza di una prassi per nulla rispettosa del dettato normativo: le misure di sicurezza poco si differenziano, nel loro momento attuativo, dalla pena detentiva. In considerazione di questo dato di fatto sarebbe allora auspicabile un intervento legislativo che disciplinasse esplicitamente i rapporti fra queste e le cause di non punibilità in senso stretto.

Si diceva, dunque, che non sono rilevabili particolari difficoltà che ostino all'indipendenza della cause escludenti la sola punibilità rispetto alla qualificazione di un fatto come reato. È possibile individuare, a livello costituzionale, dei principi che ne permettano il controllo di legittimità ed è possibile trovare, a livello legislativo, una disciplina loro applicabile che risponda a dei principi comuni, seppur con le dovute distinzioni riguardo al carattere oggettivo o soggettivo della loro natura, come del resto avviene per tutte le circostanze.

Un ulteriore elemento comune si riscontra nelle ragioni giustificatrici che fondano la rinuncia a punire. La tutela di un bene particolarmente rilevante per l'ordinamento può, infatti, concretarsi nell'astensione dall'intervento penale rispetto a entità, come la famiglia, che s'intende proteggere dal possibile effetto disgregante della sanzione penale. Dall'altro lato, la stessa finalità di protezione si riscontra nelle fattispecie premiali che si configurano come incentivo alla rimozione dell'offesa apportata dal fatto di reato al bene giuridico di volta in volta considerato dalla norma. Il che risulta essere perfettamente in linea con il principio di necessaria offensività che, nonostante sia ancora discusso in dottrina, ancora il diritto penale alla difesa di beni costituzionalmente rilevanti.

Ebbene, alla base dell'esclusione della punibilità stanno dunque ragioni politiche criminali. L'obiezione che rileva l'inidoneità di queste valutazioni a fondare un istituto così rilevante come la punibilità, si basa su loro carattere "sfuggente". Tali ragioni, tuttavia, sono la base del diritto penale: la stessa Costituzione attribuisce al legislatore il compito di fare queste scelte, pur nel rispetto dei principi in essa contenuti. Non si deve trovare nulla di strano, dunque, se dopo aver concretato le opzioni politico-criminali nella norma incriminatrice, il legislatore dia spazio ad ulteriori valutazioni che portino all'esclusione della punibilità in riferimento a determinati fatti. Al contrario, questo permette alla norma penale di avere un maggior grado di elasticità, rendendola meno rigida per questo idonea a raggiungere un maggior grado di tutela. Sembra per questo auspicabile il permanere, con i dovuti limiti, di un settore non contaminato da formalistiche smanie classificatorie.

Alcuni beni, ritenuti particolarmente rilevanti per la loro importanza politico-sociale, richiedono una tutela massima. Una tutela che si protragga anche oltre il momento della loro lesione penalmente rilevante. Questo fine si realizza tramite la previsione di fattispecie incidenti in senso negativo sulla punibilità, che premiano con l'impunità condotte susseguenti al reato che si traducano in una reintegrazione dell'offesa al bene tutelato dalla norma penale.

Questa, in effetti, sembra essere l'essenza della logica premiale. Logica che ha avuto particolare fortuna negli ultimi anni, seppur con qualche variazione sul tema rispetto all'impianto codicistico: non sempre, infatti, il bene tutelato dalla norma premiale è il medesimo rispetto a quello tutelato dalla norma incriminatrice. Il che non sembra essere un male in sé, laddove la logica sia il bilanciamento fra beni pari importanza e rilievo. Desta, piuttosto, qualche perplessità la prassi, ormai invalsa, di "svendere" l'impunità per ottenere un risultato contingente, per far fronte alle particolari necessità del momento che, a

differenza della situazione verificatasi durante la minaccia terroristica, nulla hanno a che fare con il carattere dell'eccezionalità.

La questione si spiega agevolmente pensando al fenomeno della proliferazione delle fattispecie penali cui si è assistito in tempi recenti. L'uso, o l'abuso, del diritto penale è diventato lo strumento principe per far rispettare norme poste in altri settori dell'ordinamento: l'inasprimento sanzionatorio collegato alla penalizzazione di alcune fattispecie sembra concepito secondo una visione "taumaturgica", con buona pace della teorica del diritto penale minimo. Come se la penalizzazione di una fattispecie ne garantiscesse, sol per questo, il rispetto, salvo poi vanificare tale intento introducendo una serie d'istituti, sostanziali e processuali, rivolti a finalità deflattive del contenzioso o a contrastare il fenomeno del sovraffollamento delle carceri, che minano la percezione dell'effettività della norma penale. Il risultato è quello che si suole definire un circolo vizioso. C'è da chiedersi se non sia più efficiente un sistema caratterizzato da un numero ragionevolmente contenuto di norme penali, magari a tutela dei beni più rilevanti per la convivenza sociale, di cui fosse in grado di garantire l'effettiva osservanza.

Se poi a questo si aggiunge il dato dell'insostenibile mole del carico giudiziale, anch'essa fronteggiata con soluzioni di natura premiale - che del principio della formazione della prova in dibattimento non hanno che il ricordo - l'unica certezza ad emergere è il dubbio sulla tenuta del sistema, in termini di coerenza ai principi.

BIBLIOGRAFIA

- AGLIASTRO M., *Commento all'art. 198 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale*, Tomo I, a cura di TRANCHINA G. – CANZIO G., Milano, 2012, p. 852.
- AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006.
- AMARELLI G., *La ritrattazione del favoreggiamento-mendacio: prime applicazioni del nuovo art. 376 c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, II, 727.
- AMARELLI G., *Anche il favoreggiamento-mendacio aggravato art. 7 d.l. 152/1991 è ritrattabile ai sensi del novellato art. 376 c.p.*, *Dir pen. cont. Riv. Trim.*, 2013, 1, p.218.
- AMODIO E., *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1422.
- ANDREAZZA G., *Considerazioni a margine della sentenza Sez Un. Genovese: la causa di non punibilità dell'art 384 c.p. e la rinuncia alla facoltà di astenersi*, in *Cass. pen.*, 2008, 6, p. 2344.
- ANDREAZZA G., *Commento agli artt. 204 – 210*, in *Codice di procedura penale*, Tomo I, a cura di TRANCHINA G. – CANZIO G., Milano, 2012, p. 876.
- ANDREAZZA G., *Commento agli artt. 197 – 197 bis*, in *Codice di procedura penale*, Tomo I, a cura di TRANCHINA G. – CANZIO G., Milano, 2012, p. 840.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., aggiornata e integrata da CONTI L., Milano, 2003.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, 15 Ed., integrata e aggiornata a cura di GROSSO C.F., Milano, 2008.
- AMATO G., *Resta da risolvere il quesito giuridico sulla non punibilità del convivente*, in *Guida al dir.*, 2008, 10, p. 74.
- ARIOLLI G. – MAGNANENSI S., *Favoreggiamento dichiarativo e non punibilità: l'estensione dell'ambito di operatività dell'esimente di cui all'art. 384, comma 2, c.p. ad opera della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.* 2009, 10, p. 3803.
- BARBIERI A., *In tema di applicabilità dell'esimente di cui all'art. 384, comma 1, c.p. ai testimoni prossimi congiunti dell'imputato*, in *Giur. it.*, 2003, p. 134.
- BELLUTA H., *Operatività della ritrattazione per alcune species di favoreggiamento*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 672.

- BERTOLINO M., *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2015.
- BONZANO C., *I mezzi di prova*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da SPANGHER G. – MARANDOLA A. – GARUTI G. – KALB L., 2015, Milano, p. 839.
- BOTTALICO F., *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*. Milano, 2011.
- BRICOLA F., *Il 2° e 3° comma dell'art. 25*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA G., 1981, p. 959.
- BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I *Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, tomo II, a cura di CANESTRARI S. – MELCHIONDA A., Milano, 1997, p. 1457.
- BRIZIARELLI G., *Sforbiciata alla testimonianza assistita. L'assolto è parificato al teste ordinario. L'obbligo di un legale? Vulnus all'eguaglianza sostanziale*, in *DeG - Dir. e giust.*, 45, 2006, p. 53.
- CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2005.
- CATALANO E. M., *I confini della testimonianza assistita nel prisma del sindacato di ragionevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, 1, p. 301.
- COCCO G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, vol. II, *Punibilità e pene*, Padova, 2009, p. 87.
- CONTI C., *Profili penalistici della testimonianza assistita: l'esimente dell'art. 384, c.p. tra diritto al silenzio e diritto a confrontarsi con l'accusatore*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 840.
- CONTI G., *Un freno alla facoltà di non rispondere per non vanificare il contraddittorio*, in *D&G* 10 novembre 2001, p. 26.
- COPPI F., *Prefazione*, in *I delitti contro l'Amministrazione della giustizia*, Torino, 1996.
- CORDERO F., *Procedura penale*, nona ed. Milano, 2012.
- CORVI P., *Informazioni false o reticenti nel corso delle indagini preliminari* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 131.
- CORVI A., *Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni amministrative*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. In legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di MAZZA O. - VIGANO' F., Torino, 2009.

- CURSANO R., *Applicabilità della ritrattazione al favoreggiamento personale mediante dichiarazioni reticenti alla polizia giudiziaria*, in *Giur. it.*, 2000, p. 570.
- D'AMBROSIO V., *Commento all'art. 371 bis c.p.*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., Tomo I (artt. 1-413), VI Ed., Milano, 2014, p. 2308.
- D'AMBROSIO V., *Commento all'art. 371 ter c.p.*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., Tomo I (artt. 1-413), VI Ed., Milano, 2014, p. 2314.
- D'AMBROSIO V., *Commento all'art. 372 c.p.*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., Tomo I (artt. 1-413), VI Ed., Milano, 2014, p. 2315.
- D'AMBROSIO V., *Commento all'art. 373 c.p.*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., Tomo I (artt. 1-413), VI Ed., Milano, 2014, p. 2319.
- D'AMBROSIO V., *Commento all'art. 376 c.p.*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., Tomo I (artt. 1-413), VI Ed., Milano, 2014, p. 2329.
- D'AMBROSIO V., *Commento all'art. 378 c.p.*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., Tomo I (artt. 1-413), VI Ed., Milano, 2014, p. 2337.
- D'AMBROSIO V., *Commento all'art. 384 c.p.*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., Tomo I (artt. 1-413), VI Ed., Milano, 2014, p. 2356.
- DANIELE M., *La testimonianza "assistita" e l'esame degli imputati in procedimenti connessi, Il giusto processo, tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di KOSTORIS R. E., Torino, 2002, p. 196.
- DE FRANCESCO G., *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011.
- DE PASQUALE G., voce *False informazioni al pubblico ministero*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, agg 2000, p. 280
- DI BITONTO M. L., *La Corte costituzionale riapre il dibattito sulla testimonianza assistita*, in *Cass. pen.*, 2, 2007, pag. 491.
- DI BITONTO M. L., *Quali garanzie per la deposizione del tossicodipendente cessionario di sostanze stupefacenti?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 4067.
- DI GIOVINE O., voce *Testimonianza (Falsità di)* in *Digesto disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 312.
- DI MARTINO A., *La sequenza infranta, profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, p. 50.
- DOLCE R., voce *Falsa perizia o interpretazione*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 522.
- DOMINIONI O., *I limiti cronologici della ritrattazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 513.
- DONINI M., *"Non punibilità e idea negoziale"* in *Ind. pen.*, 2001, p. 1035.

- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2011.
- FERRUA P., *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1065.
- FERRUA P., *Il "giusto processo"*, Bologna, 2012.
- FERRUA P., *La sentenza Costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1455.
- FERRUA P., *Processo penale e verità*, in *Dem. dir.*, 2000, p. 207.
- FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, I, V ed., Bologna, 2012.
- FRIGO G., *Operazione di maquillage costituzionale sulla figura del "testimone assistito"*, in *Guida al dir.*, fasc. 46, 2006, p. 75.
- FORNASARI G., *Art. 384 – Casi di non punibilità*, in *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di FORNASARI G. – RIONDATO S., Torino, 2013.
- FORNASARI G., *Nemo tenetur se detegere sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce dei recenti contrasti giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 907.
- GALLO E., *Il falso processuale*, Padova, 1973.
- GELARDI M., *L'oggetto giuridico del favoreggiamento come dover essere del processo*, Padova, 1993.
- GIANNELLI F., *Il favoreggiamento personale*, Milano, 1989.
- GIRONI E., *Ritrattazione di falsa testimonianza: estensibilità all'istigatore e qualità soggettive del destinatario della subornazione.*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 590.
- GIUNTA F., *Le innovazioni ai delitti contro l'amministrazione della ingiustizia introdotte dalla legge sulle indagini difensive*, in *Studium iuris*, 2001, p. 437.
- GRANATA L., *La ritrattazione nella falsa testimonianza e la impossibilità giuridica di estensione ai correi*, in *Giust. Pen.*, 1957, II, c. 718
- GRIECO *Falsa perizia e interpretazione*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di COPPI F., Torino, 1996, p. 310.
- GROSSO, *Cause di giustificazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, VI, Roma 1988, p. 276.
- GULLO A., *Il favoreggiamento personale tra tendenze repressive e nuove esigenze di tutela*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3345
- IACOVIELLO F. M., *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte Costituzionale*, *Cass. pen.*, 1992, p. 2031.
- INSOLERA G., *I delitti di false dichiarazioni al pubblico ministero e al difensore. Alla ricerca del bene giuridico tutelato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 8, p. 1037.

- INSOLERA G., *Condono fiscale: Sezioni unite, Corte costituzionale, sogni dogmatici del penalista e prevaricazione del legislatore. Nota a Cass. Sez. Un. 6.7.1990*, in *Foro it.*, 1991, II, p. 85.
- INSOLERA G., “*L’innaffiatore innaffiato*”, ovvero la tutela penale delle indagini difensive, in, *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 1420
- LA CUTE G., voce *Falsa testimonianza*, in *Enc. Giur.*, vol. XIII, Roma, 1989.
- LIGUORO S., *Codice penale e convivenza more uxorio. La Consulta nega quel che la Cassazione aveva ammesso*, in *DeG - Dir. e giust.*, 20, 2004, p. 10.
- LOMBARDO L. G., *Ricerca della verità e nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 751.
- LOTTINI G., *Il favoreggiamento dell’acquirente di modeste quantità di sostanza stupefacente*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 353.
- LUCCIOLI G., *La famiglia di fatto dinanzi alla Corte costituzionale: ancora un rifiuto di tutela*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 681.
- MAGNINI V., *Falsa testimonianza e ritrattazione*, in *Studium iuris*, 2003, p. 510.
- MANNA A., *Il difensore come pubblico ufficiale: le controverse indicazioni provenienti dalla disciplina delle indagini difensive*, in, *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 1278.
- MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015.
- MANNA A., *L’art 384 c.p. e la “famiglia di fatto”: ancora un ingiustificato “diniego di giustizia” da parte della Corte costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1, p. 90.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1982.
- MANTOVANI F., *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, in *Diritto premiale e sistema penale*, 1983, p. 356.
- MARCONI G., *La corte Costituzionale estende i margini di applicabilità della ritrattazione*, in *Giur cost.*, 1999, p.2332.
- MARI A., *L’art. 384 c.p. tra vecchi problemi di inquadramento sistematico e interpretazioni costituzionalmente orientate*, in *Cass. pen.*, 3, 2012, 1670.
- MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, vol. I, III ed., Milano, 2001.
- MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 5 ed., Milano, 2015.
- MARZADURI E. – SELMI C., *Senza una rivisitazione organica della materia saranno necessari nuovi apporti integrativi*, in *Guida dir.*, 2009, n. 15, p. 76.

- MASTROJENI M., *L'estensione della ritrattazione all'istigatore tra cause di non punibilità e disciplina della partecipazione criminosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1479.
- MAZZA O., *Lo strano caso del testimone – imputato assolto per non aver commesso il fatto*, in *Giur. cost.*, 2006, 6, p. 3980.
- MOCCIA S. - SCHIAFFO F., voce *False informazioni al pubblico ministero*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma, 1996, p. 1.
- MUSCO E., *La premialità nel diritto penale*, in *La legislazione premiale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Milano, 1987, p. 243.
- NOBILI, *Giusto processo e indagini del difensore: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 5.
- ORLANDI R., *Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema di incompatibilità a testimoniare*, in *Il giusto processo, tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di KOSTORIS R. E., Torino, 2002, p. 153.
- PADOVANI T., *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 916.
- PADOVANI T., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981., p. 529.
- PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 398.
- PADOVANI T., voce *Favoreggiamento*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 2.
- PAGLIARO A., voce *Favoreggiamento (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, Milano, p. 36.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, 2000, p. 111.
- PANNAIN R., *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 1950.
- PATERNITI F., *Contributo allo studio della punibilità*, Torino, 2008, p. 7.
- PERDONO' G. L., *Prime applicazioni, nella giurisprudenza di merito, dei più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità e costituzionale sulla causa di non punibilità dell'art 384 c.p.*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 2536.
- PETROCELLI B., *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 669.
- PETTENATI R., *Ritrattazione della falsa testimonianza e cause estintive della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 557.

- PESTELLI G., *L'art 384 c.p. e il convivente more uxorio: i termini di un rapporto negato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 486.
- PIFFER G., *I delitti contro 'amministrazione della giustizia*, tomo I, *I delitti contro l'attività giudiziaria*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da MARINUCCI G. - DOLCINI E., Padova, 2005.
- PIFFER G., *Commento all'art. 371 bis c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da DOLCINI E. – GATTA G. L., Tomo II, IV Ed., Milano, 2015, p. 1185.
- PIFFER G., *Commento all'art. 371 ter c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da DOLCINI E. – GATTA G. L., Tomo II, IV Ed., Milano, 2015, p. 1190.
- PIFFER G., *Commento all'art. 372 c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da DOLCINI E. – GATTA G. L., Tomo II, IV Ed., Milano, 2015, p. 1194.
- PIFFER G., *Commento all'art. 373 c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da DOLCINI E. – GATTA G. L., Tomo II, IV Ed., Milano, 2015, p. 1204.
- PIFFER G., *Commento all'art. 376 c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da DOLCINI E. – GATTA G. L., Tomo II, IV Ed., Milano, 2015, p. 1221.
- PIFFER G., *Commento all'art. 378 c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da DOLCINI E. – GATTA G. L., Tomo II, IV Ed., Milano, 2015, p. 1242.
- PIFFER G., *Commento all'art. 384 c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da DOLCINI E. – GATTA G. L., Tomo II, IV Ed., Milano, 2015, p. 1297.
- PIFFER G., *Ritrattazione: estensione al delitto di favoreggiamento personale*, in CORBETTA S., DELLA BELLA A., GATTA G.L. a cura di, *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009.
- PIFFER G., *Le modifiche al codice penale, in commento alla legge 1° marzo 2001, n. 63*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 890.
- PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione della)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, 1995, p. 528.
- PISA P., *La Riforma dei reati contro l'amministrazione della giustizia tra adeguamenti "tecnici" e nuove esigenze di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 814.
- PISA P., *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Modifiche al codice penale*, in *Dir pen. proc.*, 2001.
- PISANI M., *Casi di non punibilità*, in *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di CATENACCI M., in *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da PALAZZO F. – PALIERO C. E., Torino 2015.

- PITTARO P., *Il convivente "more uxorio" non può considerarsi prossimo congiunto ai fini della non punibilità del favoreggiamento personale*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 330.
- PREZIOSI, *Falsa testimonianza e false informazioni al pubblico ministero*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di COPPI F., Torino, 1996 p. 232.
- PULITANO' D., *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1271.
- PULITANO' D., *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, Milano, 1984.
- PULITANO' D., *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2005, p. 951.
- PULITANO' D., *Sulla tutela penale della giustizia penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, Torino, 2001, p. 1266.
- PULITANO' D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484.
- PULITANO' D., *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1005.
- RANDAZZO E., *L'interpretazione dell'art. 507 c.p.p. dopo le decisioni delle Sezioni Unite e della Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2235.
- RANZATTO F., *Estesa la ritrattazione al favoreggiamento-mendacio. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 983.
- RANZATTO F., *Non ritrattabili le dichiarazioni alla polizia giudiziaria non delegata dal p.m.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1608.
- RANZATTO F., *Sulla configurabilità del delitto di falsa perizia rispetto al consulente tecnico*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3427.
- ROMANO B., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, V ed., Padova, 2013, p. 114.
- ROMANO B., *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 40.
- ROMANO B., *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: l'aspetto etico del diritto penale ed i confini della subornazione*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1912.
- ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 55.
- ROSA M. G., *Sull'applicabilità dell'art 384 comma 1 c.p. al testimone che non si è avvalso della facoltà di non rispondere*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3085.

- RUGA RIVA C., *Sanatorie, condoni, "indultino": forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 191.
- RUGGERO G., voce *Falsa testimonianza*, in *Enc. dir.*, XVI, 1968, Milano, p. 527.
- RUGGERO G., *Profilo sistematico della falsità in giudizio*, Napoli, 1974.
- RUGGERO G., *Punibilità*, in *Enc. dir.* vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 527.
- SANTORIELLO C., *I rapporti tra favoreggiamento personale e ritrattazione in una (parziale) sentenza di illegittimità costituzionale dell'art 376 c.p.*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 928.
- SANTORO A., *Testimonianza, perizia, interpretazione (Falsità in)*, in *Noviss. Dig.* XIX, 1973, Padova, p. 297.
- SANTORO V., *Il cambio da coimputato a teste esalta il confronto*, in *Guida dir.*, 2001, 13, p. 44.
- SCARCELLA F., *Punibile il falso teste avvisato di astenersi nel processo a carico del prossimo congiunto*, in *Dir pen e proc.*, 2009, p. 167.
- SELLAROLI G., *Natura della ritrattazione ed estensione della impunità al concorrente nel delitto di falsa testimonianza. Estensione della ritrattazione al subornatore (art. 376 c.p.)*, in *Giust. pen.*, 1959, c. 496.
- SEVERINI P., *I delitti di false dichiarazioni nel processo penale (dopo la L. 7.12.2000, n. 397)*, Padova, 2003
- SIRACUSANO F., *Studio sui reati contro la giurisdizione*, Torino, 2005.
- SIRACUSANO F., *Si estende l'area dei reati presupposto della ritrattazione: l'art. 1, n. 6, della l. n. 94 del 15 luglio 2009*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3255.
- SPENA A., *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384^l)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 145.
- STORTONI L., *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 626.
- STORTONI L., *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 397.
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*. Milano, 1992.
- TASSINARI D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna, 2012, p. 312.
- TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2015.
- TONINI P., *Cade la concezione massimalistica del principio di immediatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1137.

- TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014.
- TONINI P., *Diritto al silenzio e tipologia dei dichiaranti*, in AA. VV., *Giusto processo e prove penali*, Milano, 2001, 71.
- VARRASO G., *Commento agli artt. 199 – 202 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale*, Tomo I, a cura di TRANCHINA G. – CANZIO G., Milano, 2012, p. 870.
- VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 631.
- VASSALLI, G., *Potestà punitiva*, in *Enc dir*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 793.
- ZANOTTI M., *La disposizione di cui all'art. 11 del d. l. n. 306 del 1992 convertito nella l. n. 356/92 relativa alle modifiche all'impianto codicistico della tutela penale dell'amministrazione della giustizia*, in AA. VV., *Mafia e criminalità organizzata*, II, Torino, 1995.
- ID., *Studi in tema di favoreggiamento personale*, Padova, 1984.
- ZANOTTI M., *Nemo tenetur se detegere. Profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 174.
- ZANOTTI M., *Una questione di costituzionalità mal posta: la facoltà di astensione dal dovere testimoniale del convivente di fatto e l'art 29 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1, p. 98.