

Itinerari di Diritto Penale

Collana diretta da

Giovanni Fiandaca - Enzo Musco - Tullio Padovani - Francesco Palazzo

Dove va il diritto penale, quali sono i suoi itinerari attuali e le sue prevedibili prospettive di sviluppo? Iperτροφία e diritto penale minimo, affermazione simbolica di valori ed efficienza utilitaristica, garantismo individuale e funzionalizzazione politico-criminale nella lotta alle forme di criminalità sistemica, personalismo ed esigenze collettive, sono soltanto alcune delle grandi alternative che l'attuale diritto penale della transizione si trova, oggi più di ieri, a dover affrontare e bilanciare.

Senza contare il riproporsi delle tematiche fondamentali relative ai presupposti soggettivi della responsabilità penale, di cui appare necessario un ripensamento in una prospettiva integrata tra dogmatica e scienze empirico-sociali.

Gli itinerari della prassi divergono peraltro sempre più da quelli della dogmatica, prospettando un diritto penale "reale" che non è più neppure pallida eco del diritto penale iscritto nei principi e nella legge. Anche su questa frattura occorre interrogarsi, per analizzarne le cause e prospettarne i rimedi.

La collana intende raccogliere studi che, nella consapevolezza di questa necessaria ricerca di nuove identità del diritto penale, si propongano percorsi realistici di analisi, aperti anche ad approcci interdisciplinari. In questo unitario intendimento di fondo, la sezione Monografie accoglie quei contributi che guardano alla trama degli itinerari del diritto penale con un più largo giro d'orizzonte e dunque – forse – con una maggiore distanza prospettica verso il passato e verso il futuro, mentre la sezione Saggi accoglie lavori che si concentrano, con dimensioni necessariamente contenute, su momenti attuali o incroci particolari degli itinerari penalistici, per cogliere le loro più significative spezzature, curvature e angolazioni, nelle quali trova espressione il ricorrente trascorrere del "penale".

GIUSEPPE AMARELLI

LA RITRATTAZIONE
E LA RICERCA DELLA VERITÀ



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2006 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN 88-348-6482-4

Composizione: Compograf - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTI-GIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

A mio padre e mia madre, naturalmente.

*Ma anche, nel ricordo di Fabio,
ad Enzo e a Federica.*

«Le differenze possono essere piccole, ma portare a conseguenze radicalmente diverse, come gli aghi degli scambi; il mestiere del chimico consiste in buona parte nel guardarsi da queste differenze, nel conoscerle da vicino, nel prevederne gli effetti. Non solo il mestiere del chimico».

P. LEVI, *Il sistema periodico* (1975),
Torino, 1994, p. 63.

Mi sia permesso esprimere la mia particolare gratitudine al Professore Vincenzo Patalano, insostituibile guida nella formazione universitaria, e non solo, ed ai Professori Sergio Moccia e Klaus Volk per i preziosissimi consigli profusi con rara prodigalità.

Per la stesura di questo lavoro l'autore si è avvalso di un periodo di studio in Germania presso l'*Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften Ludwig Maximilians Universität* di Monaco di Baviera, fruendo di un finanziamento dell'Università degli Studi di Napoli Federico II nell'ambito del *Programma di scambi internazionali tra l'Università degli Studi di Napoli Federico II ed Università ed Istituti di ricerca stranieri per la mobilità di breve durata di docenti e ricercatori*.

INDICE-SOMMARIO

pag.

PREMESSA

1. La ritrattazione: una causa di non punibilità solo apparentemente
aprobematica 1
2. Le difficoltà applicative della ritrattazione: la *vexata quaestio* del-
la sua natura giuridica e della relativa estensibilità ai concorrenti 5

SEZIONE I

LA VERITÀ E IL PROCESSO

CAPITOLO UNICO

L'INTERESSE ALLA RICERCA DELLA VERITÀ E LA RITRATTAZIONE

1. L'interesse alla ricerca della verità come 'obiettivo tendenziale' del
processo e la *ratio* della ritrattazione 19
2. La *querelle* sulla funzione del processo: strumento di pacificazione
sociale attraverso la risoluzione di un conflitto o strumento di at-
tuazione della legge fondato sulla ricerca della verità? 23
 - 2.1. La ricerca della verità nel procedimento penale e la Costitu-
zione 31
3. La ricerca della verità nei diversi sistemi processuali inquisitorio
ed accusatorio. Il nuovo testo dell'art. 111 Cost. ed il chiarimento
di un pericoloso equivoco 34
4. Il problema della verità nel processo: verità processuale *versus* ve-
rità materiale 43
5. La disciplina della ritrattazione e l'interesse di un ordinamento
giuridico alla ricerca della verità attraverso il processo 49

SEZIONE II
EVOLUZIONE STORICA
E CARATTERI DELLA RITRATTAZIONE

CAPITOLO I
LA RITRATTAZIONE DELLE FALSE DICHIARAZIONI
PROCESSUALI NEI CODICI PREUNITARI
E NEL CODICE ZANARDELLI

- | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. L'emersione dell'amministrazione della giustizia come interesse meritevole di tutela penale nel pensiero giuridico del XVIII e XIX secolo e la rilevanza della ritrattazione come esimente | 55 |
| 2. La disciplina della ritrattazione nei codici preunitari | 60 |
| 3. La disciplina dei delitti contro l'amministrazione della giustizia e della ritrattazione nel codice penale del 1889. La scelta a favore di una natura giuridica alternativa della ritrattazione: esimente/attenuante | 67 |
| 4. I contrasti sull'inquadramento dommatico e sulla natura della ritrattazione sotto la vigenza del codice penale del 1889 | 72 |

CAPITOLO II
L'INTERESSE TUTELATO, I PRESUPPOSTI APPLICATIVI
ED I LIMITI DI OPERATIVITÀ DELLA RITRATTAZIONE
NEL SISTEMA PENALE VIGENTE

- | | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. L'amministrazione della giustizia e la ricerca della verità nel codice penale del 1930 | 76 |
| 1.1. La rivalutazione dell'interesse al corretto esercizio della funzione giurisdizionale alla luce della Costituzione | 79 |
| 1.1.1. Esigenze di bilanciamento di interessi e possibili riforme del Titolo III della parte speciale | 81 |
| 1.1.2. Ipotesi di ridefinizione del significato e del contenuto del bene giuridico 'amministrazione della giustizia', <i>sub specie</i> 'attività giudiziaria' | 85 |
| 2. La ritrattazione quale strumento di tutela a posteriori del bene giuridico tutelato | 94 |
| 3. Nozione ed effetti giuridici della ritrattazione: le scelte dei compilatori del codice penale del 1930 | 97 |
| 4. Il presupposto applicativo: la precedente consumazione di uno dei reati indicati dall'art. 376 c.p. | 102 |
| 5. Il progressivo ampliamento dell'elenco tassativo dei reati-presup- | |

	<i>pag.</i>
posto: l'inclusione dei delitti di false informazioni al pubblico ministero (art. 371 <i>bis</i> c.p.) e di false dichiarazioni al difensore (art. 371 <i>ter</i> c.p.)	106
6. Il dubbio sull'applicabilità della ritrattazione alle ipotesi di favoreggiamento personale realizzate attraverso false dichiarazioni alla polizia giudiziaria (il c.d. 'favoreggiamento-mendacio')	109
6.1. I primi interventi della Corte Costituzionale sulla applicabilità della ritrattazione alle ipotesi di 'favoreggiamento-mendacio': le ripetute dichiarazioni di infondatezza della questione	110
6.2. Le recenti riforme del processo penale e dei reati contro l'amministrazione della giustizia ed il riproporsi del problema	113
6.3. La sentenza n. 101 del 1999 e la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 376 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità delle false dichiarazioni alla polizia giudiziaria delegata dal pubblico ministero. Una pronuncia solo in parte condivisibile	115
6.4. La sentenza n. 424 del 2000 ed il rigetto della questione di legittimità costituzionale relativa alla non applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 376 c.p. alle ipotesi di false dichiarazioni alla polizia giudiziaria	122
6.5. La questione della ritrattabilità delle dichiarazioni alla polizia giudiziaria non delegata ancora al vaglio della Corte Costituzionale: l'ord. n. 244 del 2002 ne rileva la manifesta infondatezza	128
7. I dubbi sulla disciplina della ritrattazione del falso giuramento (art. 371, secondo comma, c.p.) e la sentenza della Corte Costituzionale n. 490 del 1995	128
8. Incertezze interpretative sull'estensibilità della ritrattazione a condotte di falso processuale non esplicitamente elencate nell'art. 376 c.p.: in particolare i delitti di simulazione di reato (art. 367 c.p.), calunnia (art. 368 c.p.), false informazioni al P.M., falsa testimonianza e falsa perizia o interpretazione aggravati (art. 375 c.p.) e subornazione (art. 377 c.p.)	134
9. I soggetti legittimati a ritrattare	147
10. La struttura necessariamente bifasica della condotta 'scusata'	148
11. L'elemento soggettivo della ritrattazione	150
12. I termini per la ritrattazione nel processo penale e nel processo civile	152

CAPITOLO III

FONDAMENTO POLITICO CRIMINALE ED INQUADRAMENTO
DOMMATICO DELLA RITRATTAZIONE

1. Le diverse teorie sul fondamento politico-criminale della non punibilità della ritrattazione	161
-------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

	<i>pag.</i>
2. a) Il fondamento politico-criminale della ritrattazione come sintomo del ravvedimento del reo. Critica	162
2.1. b) L'interesse all'accertamento della verità come fondamento della non punibilità della ritrattazione	165
3. Il difficile inquadramento dommatico della ritrattazione	173
3.1. La ritrattazione come condizione di procedibilità. Critica	174
3.1.1. La ritrattazione come condizione sospensiva di punibilità. Critica	175
3.2. La ritrattazione come causa estintiva del reato	176
3.3. La ritrattazione come causa di non punibilità in senso stretto e critiche al precedente inquadramento dommatico	181
4. Brevi cenni sulla 'punibilità' come quarta autonoma categoria nella teoria generale del reato	192
4.1. <i>Segue</i> . Critica	197
4.2. <i>Segue</i> . Una possibile soluzione intermedia	200

CAPITOLO IV

LA NATURA GIURIDICA DELLA RITRATTAZIONE
E LA SUA ESTENSIBILITÀ AI CONCORRENTI

1. Natura giuridica ed estensibilità della ritrattazione ai concorrenti: due dubbi irrisolti	205
2. Le posizioni tradizionali a favore della natura soggettiva e della non estensibilità all'istigatore della ritrattazione ai sensi dell'art. 119, primo comma, c.p.	208
3. La tesi analogica: la non estensibilità al compartecipe ai sensi dell'art. 182 c.p. (<i>Rinvio</i>)	214
4. L'opposta tesi a sostegno della natura oggettiva e della comunicabilità al concorrente	215
5. L'ibrida soluzione intermedia e la sussunzione della condotta dell'istigatore nel delitto di subornazione di cui all'art. 377 c.p.	221
6. La prima soluzione delle Sezioni Unite della Suprema Corte, 23 novembre 1985 (sentenza Cottone): la ritrattazione ha natura oggettiva e si estende al concorrente	223
7. La persistenza di incertezze nell'interpretazione giurisprudenziale	225
8. Il nuovo ambiguo intervento delle Sezioni Unite, 7 novembre 2002 (sentenza Vanone): la creazione di un criterio di imputazione della ritrattazione ai concorrenti di natura extra-normativa in contrasto con l'art. 119 c.p.	226
9. Rilievi metodologici per una corretta risoluzione del problema	232
10. Critica alla teoria soggettiva della natura giuridica e della non estensibilità all'istigatore	233

Indice

XIII

	<i>pag.</i>
10.1. Critica alla teoria 'soggettiva causale' accolta dalle Sezioni Unite.	240
10.2. Critica alla teoria della punibilità del concorrente ai sensi dell'art. 377 c.p.	248
11. L'inadeguatezza anche della teoria oggettiva ed il permanere di un'aporia. Prospettive <i>de iure condendo</i>	250
BIBLIOGRAFIA	253

PREMESSA

SOMMARIO: 1. La ritrattazione: una causa di non punibilità solo apparentemente ap problematica. – 2. Le difficoltà applicative della ritrattazione: la *vexata quaestio* della sua natura giuridica e della relativa estensibilità ai concorrenti.

1. *La ritrattazione: una causa di non punibilità solo apparentemente ap problematica*

La causa di non punibilità della ritrattazione disciplinata dall'art. 376 c.p. viene tradizionalmente considerata uno di quegli argomenti di parte speciale del codice penale secondari, privi di particolari aspetti problematici e di complesse implicazioni, tanto sul piano dommatico, quanto sul piano applicativo¹. Conferma ulteriore dell'apparente marginalità di questo tema è che a livello enciclopedico e manualistico la sua trattazione è spesso assorbita in quella del reato

¹ Sulla necessità e proficuità di una elaborazione sistematica della parte speciale che non sia meramente esegetica od espositiva, ma nutra aspirazioni dommatiche, e sulla utilità di un simile tipo di indagine anche ai fini di una migliore trattazione e comprensione di delicati temi di parte generale e di teoria del reato e della pena, si rinvia alle pagine di F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, II ed., Milano, 1947, p. V ss.; si veda anche nello stesso senso, sebbene utilizzi un approccio metodologico diverso che guarda al reato non da un punto di vista normativo-formale, ma da un punto di vista sostanziale (vale a dire come offesa al bene giuridico), G. PISAPIA, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, I, Milano, 1948, pp. 7, 9 ss. Evidenziano bene tale rapporto di integrazione reciproca tra parte speciale e parte generale, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, III ed., Bologna, 2002, p. XVI; T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, II ed., Bologna, 2002, p. 11 ss. In particolare, sull'importanza chiarificatrice dello studio delle ipotesi speciali di non punibilità contenute nella parte speciale del codice ai fini di una corretta comprensione delle ragioni e dei limiti della 'non punibilità' in generale, si rinvia a G. PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1952, p. 15.

di falsa testimonianza, quasi ne fosse una mera appendice o un semplice corollario².

In realtà, a ben vedere, essa costituisce un istituto giuridico dotato di una propria autonomia, meritevole di essere analizzato partitamente ed approfonditamente, nonché in grado di alimentare notevoli dubbi e discrasie sia su temi complessi della gnoseologia processuale, sia su questioni fondamentali di teoria generale del reato, sia, ancora, su non meno significativi aspetti concreti relativi alle sorti dei soggetti attivi (e dei concorrenti) dei delitti di falsa testimonianza (art. 372 c.p.), falsa perizia o interpretazione (art. 373 c.p.) e, dopo le due novelle del 1992 e del 2000, rispettivamente anche di quelli di false dichiarazioni al pubblico ministero (art. 371 *bis* c.p., introdotto *ex art.* 11, legge 7 agosto 1992, n. 356, *Provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*), false dichiarazioni al difensore (art. 371 *ter* c.p., introdotto *ex art.* 22, legge 7 dicembre 2000, n. 397 *Disposizioni in materia di indagini difensive*), nonché di favoreggiamento personale (art. 378 c.p., quando si tratti del c.d. 'favoreggiamento-mendacio').

Di più, la ritrattazione è forse uno degli istituti penalistici ove le possibili costruzioni alternative elaborate a livello teorico dalla scienza penalistica riguardo ai tradizionali quesiti sulla natura giuridica e sull'inquadramento dommatico di una fattispecie, mostrano in maniera più evidente la loro decisiva importanza anche nell'ambito della prassi giudiziaria e delle conseguenze penali per l'autore del fatto.

Questa ipotesi codicistica speciale di esclusione della pena cela, dunque, dietro la sua ingannevole semplicità nozionistica, una considerevole complessità tematica, non sempre attentamente vagliata dalla dottrina e, spesso, fonte di soluzioni oscillanti ed incerte nelle pronunce giurisprudenziali.

Come dire: il *significato* di tale condotta è immediatamente percepibile da parte dell'interprete, il quale vi coglie la sostituzione entro un termine perentorio, da parte di un medesimo soggetto, di una propria precedente 'narrazione testimoniale' falsa resa in una fase processuale

² Per avere una conferma è sufficiente consultare l'*Enciclopedia del diritto*, l'*Enciclopedia giuridica* ed il *Digesto discipline penalistiche*: in nessuna di queste fondamentali pubblicazioni giuridiche esiste la voce "Ritrattazione", ma la sua trattazione è svolta all'interno di altre voci. Ugualmente, anche da uno sguardo superficiale della manualistica di Parte speciale ci si accorge immediatamente che la ritrattazione sovente è collocata nell'ambito dell'esposizione del reato di falsa testimonianza; si vedano a tal proposito F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, XIV ed. integrata e aggiornata a cura di L. Conti, Milano, 2003, p. 485 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 369; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, 2000, p. 130 ss.

(o anche procedimentale) all'autorità giudiziaria, con una nuova dichiarazione conforme alla verità (soggettiva)³.

Al contrario, invece, le *questioni* strettamente giuridiche che da essa scaturiscono appaiono difficilmente risolvibili. Non è sicuramente agevole, non solo di primo acchito, ma anche dopo una ponderata riflessione, individuarne con certezza il fondamento politico-criminale ('ponte d'oro' per lo spontaneo pentimento o tutela posticipata di un bene giuridico?), l'inquadramento dommatico (esimente, causa estintiva del reato o causa di non punibilità in senso stretto?), la natura giuridica (oggettiva o soggettiva?), l'applicabilità della disciplina dell'errore (vale l'art. 59, quarto comma, c.p.?), l'estensibilità ai concorrenti (si applica la disciplina dell'art. 119, primo comma, c.p., o quella dell'art. 119, secondo comma, c.p., o forse ancora quella dell'art. 182 c.p.?).

Eppure non si può negare che domande di questo tipo risultano di ben più facile soluzione se rivolte riguardo ad altre ipotesi codicistiche di non punibilità, come ad esempio la legittima difesa (art. 52 c.p.), la prescrizione (artt. 157-158 c.p.), o il furto a danno di congiunti (art. 649 c.p.). Poste invece a proposito della ritrattazione, anziché trovare risposte chiare e consapevoli, alimentano da decenni in chi si cimenta con «il mestiere delle leggi»⁴ ulteriori dubbi ed incertezze anche su temi apparentemente secondari di teoria generale del reato (La ritrattazione incide sulla punibilità, ma la punibilità cos'è⁵? È forse un elemento del reato e la struttura dello stesso non è quindi

³ Dottrina e giurisprudenza sembrano ormai concordi nel risolvere il problema del parametro da utilizzare per valutare la falsità delle dichiarazioni ai fini della configurabilità del delitto di falsa testimonianza, individuandolo nella 'verità soggettiva' anziché in quella oggettiva. Se, dunque, il reato si ritiene configurato tutte le volte in cui la dichiarazione sia divergente dalle conoscenze personali del teste, allo stesso modo la ritrattazione si configura quando l'autore del falso ritratta la precedente dichiarazione e rivela quanto personalmente sa anche se sia difforme dalla verità oggettiva dei fatti. Sul punto cfr. per tutti G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 367; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, cit., p. 122; G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Tomo I, *I delitti contro l'attività giudiziaria*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. Marinucci ed E. Dolcini, Padova, 2005, p. 436.

⁴ L'espressione è di M. GALLO, *Il reato continuato*, Relazione inedita, tenuta a Napoli il 24 novembre 2002.

⁵ Per una ricostruzione del ventaglio delle possibili risposte a questa domanda si vedano per tutti G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1960, p. 609 ss.; L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 397 ss.; nonché, più di recente, A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, *passim*.

tripartita ma tetrapartita⁶? Oppure è la ‘non punibilità’ una autonoma categoria⁷? Cosa sono le cause di non punibilità in senso stretto⁸? Ma reato e punibilità sono scindibili⁹? Esiste in ogni norma penale un

⁶ A tal proposito cfr. nella dottrina italiana il risalente, originale ed isolato pensiero di G. BATTAGLINI, *Gli elementi del reato nel nuovo codice penale*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1934, p. 1089 ss.; Id., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1949, pp. 122 e 275 ss., il quale sosteneva una concezione tripartita del reato dove la punibilità era il terzo elemento dopo il fatto tipico e la ‘colpa’. Propende, invece, per una concezione tripartita classica, negando l’esistenza di un quarto elemento del reato costituito dalla punibilità, la dottrina maggioritaria; tra i tanti che sostengono questa impostazione si vedano: G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Bologna, 2001, p. 154 ss.; G. INSOLERA-L. STORTONI, *Le vicende della punibilità*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, p. 413 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Milano, 2002, p. 329; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, I, II ed., Torino, 2004, p. 121 ss. Per un diverso orientamento favorevole ad una concezione del reato tetrapartita dove la punibilità rappresenta appunto il quarto autonomo elemento – ed anche per esaurienti rinvii bibliografici – si veda G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, III ed., Milano, 2001, pp. 617 ss. e 651 ss. Sull’introduzione della punibilità nella sistematica del reato nella dottrina di lingua tedesca cfr. per tutti E. BELING, *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen, 1906, p. 51 ss.; R. v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, Band II, 1930, rist. 1971, Aalen, p. 377 ss.; H.H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, p. 551 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, III ed., München, 1997, § 23/1, p. 894 ss.

⁷ Al riguardo si rinvia ai pregevoli lavori di M. DONINI, *Non punibilità ed idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 1035 ss.; Id., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, *ivi*, 2003, p. 75 ss. (entrambi pubblicati anche nella raccolta di saggi dello stesso Autore, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, rispettivamente, pp. 347 ss. e 377 ss.); Id., *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 259 ss. Nella dottrina tedesca per spunti analoghi cfr. C. VOLK, *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus*, in *ZStW*, 1985, p. 871 ss.

⁸ Sulla distinzione tra le cause di esclusione del reato e le cause di non punibilità in senso stretto si veda innanzitutto la *Relazione ministeriale al progetto definitivo*, in *Lavori preparatori del codice penale*, vol. V, Parte I, Roma, 1929, p. 105; in dottrina sul punto cfr. A. ROCCO, *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913, p. 543 ss.; G. PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, cit., p. 3 s.; M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 63 s.; G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, 1993, p. 361; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Padova, 2001, p. 848 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 136.

⁹ Su tale quesito si veda B. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 669 ss., qui citato nella versione riprodotta in *Saggi di diritto pena-*

precetto primario ed uno secondario ¹⁰? Può esistere un reato senza punibilità ¹¹? E così via).

Non per caso Roxin, quando nei suoi lavori parla delle altre cause speciali di esclusione della pena in senso stretto – tra cui rientra appunto la ritrattazione – le definisce come «un insieme confuso dalle caratteristiche molto eterogenee, sul quale si possono appena fare delle osservazioni comuni» ¹², od anche come «un terreno vasto e trascurato, la cui profonda aratura richiede ancora molte monografie» ¹³.

2. Le difficoltà applicative della ritrattazione: la vexata quaestio della sua natura giuridica e della relativa estensibilità ai concorrenti

Proprio le molteplici difficoltà insite in questa causa di non punibilità, fondata su di un enunciato normativo apparentemente privo di oscurità semantiche ¹⁴, hanno determinato, unitamente alla mancata individuazione di punti fermi a livello dommatico, una notevole confusione interpretativa al riguardo anche tra coloro i quali lavorano ‘con le leggi’ ¹⁵.

le. *Seconda serie*, Padova, 1965, p. 1 ss.; per ulteriori approfondimenti in argomento si rinvia a G. RUGGIERO, voce *Punibilità*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 1118 ss.

¹⁰ In argomento si veda F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. I, II ed., Milano, 1947, p. 115.

¹¹ G. RUGGIERO, voce *Punibilità*, cit., p. 1126 s.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 402 s.; nonché M. PISANI, *La tutela delle prove formate nel processo*, Milano, 1959, p. 224.

¹² C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., § 23/6, p. 897.

¹³ Così C. ROXIN, *Cause di giustificazione e scusanti, distinte da altre cause di esclusione della pena*, in C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, ed. it. a cura di S. Moccia, Napoli, 1996, p. 111.

¹⁴ Non sembra possibile, infatti, muovere in relazione alla formulazione letterale dell'art. 376 c.p. alcun tipo di critica al legislatore per eventuali violazioni del principio di legalità *sub specie* determinatezza. Il suo ambito di operatività è abbastanza preciso, soprattutto dopo i chiarimenti forniti dalla Corte Costituzionale in due recenti pronunce del 30 marzo 1999, n. 101 in *Riv. pen.*, 1999, p. 421, e del 16 ottobre 2000, n. 424, *ivi*, 2000, p. 1111 (sul punto si tornerà più ampiamente *infra* Sez. II, Cap. II, parr. 6.3 e 6.4). I problemi in tal caso (come vedremo) sorgono solo quando si deve procedere ad un'interpretazione sistematica della disposizione in questione in combinato disposto con altre norme del codice penale e del codice di rito.

¹⁵ Sulla definizione dell'attività del giudice come 'lavoro con le norme giuridi-

Sin dall'entrata in vigore del codice penale del 1930, infatti, in giurisprudenza (se si eccettua un lungo periodo di immobilità) si sono periodicamente alternate le più diverse soluzioni dei problemi appena esposti. La ritrattazione è divenuta, così, nel mondo dei concetti giuridici una sorta di bandiera al vento, capace (*recte*: passibile) di mutare caratteristiche, ambito di operatività e significato in base alle specifiche, e necessariamente differenti, sensibilità giuridiche dei suoi esecuti con pesanti conseguenze sulla certezza del diritto e sulla funzione general-preventiva positiva che una norma penale (anche premiale) dovrebbe sempre svolgere nel suo momento edittale¹⁶.

La *volubilità* che, in argomento, ha caratterizzato (e continua a caratterizzare) le decisioni di merito e di legittimità, e addirittura quelle delle *Sezioni Unite* della Suprema Corte e quelle della *Corte Costituzionale*, è stata tale, da far sì che l'art. 376 c.p. (e le diverse norme invocate per la disciplina da applicare ai concorrenti) risultino da tempo non più in grado di orientare il comportamento dei consociati in conformità o in difformità alle pretese dell'ordinamento, perché inidonee a tracciare in maniera netta una linea di demarcazione tra ciò che è lecito e ciò che è illecito, tra ciò che è penalmente rilevante e ciò che non lo è¹⁷. Tutto questo ha inciso, ed incide, peraltro, in maniera particolarmente dannosa su un diritto fondamentale di rango costituzionale raramente invocato quando si tratta di temi di diritto penale sostanziale: il diritto di difesa espressamente riconosciuto e garantito dagli artt. 24 e 111 Cost.¹⁸.

che' in contrapposizione a quella dello scienziato del diritto penale come 'lavoro sulle norme giuridiche' si rinvia a F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., p. XI.

¹⁶ Sulle differenti funzioni della pena nei tre diversi momenti edittale, applicativo ed esecutivo si rinvia per tutti ai lavori di S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, in particolare p. 109 ss.; ID., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997, p. 211 ss.

¹⁷ Analoghe osservazioni sul valore delle pronunce delle corti di legittimità quale criterio di orientamento per le future decisioni giudiziali, nonché per le future condotte dei consociati, sono svolte da F. VIGANO, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 144. In argomento, con particolare riferimento alla necessità che il rovesciamento di un precedente orientamento giurisprudenziale sia sempre sufficientemente motivato per non apparire incongruente rispetto al sistema, cfr. M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, p. 27.

¹⁸ Cfr. più dettagliatamente sul contenuto e sui limiti del diritto di difesa e sul significato del principio *nemo tenetur se detegere*, L.P. COMOGLIO, *Art. 24, primo e secondo comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Art. 24-26, Bologna, 1981, p. 53 ss.; M. SCAPARONE, *Art. 24, secondo comma*, *ivi*, p. 82 ss.; M. ZANOTTI, *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 174 ss.

Da una analisi della casistica giurisprudenziale relativa al problema della natura giuridica di questa ipotesi di non punibilità, e della sua conseguente estensibilità al concorrente morale, emerge che le soluzioni di volta in volta prospettate non si fondano su *criteri univoci* di natura legale, bensì sulle conoscenze e valutazioni giuridiche soggettive del singolo giudice del caso concreto. Sicché, guardando *ex post* alla costante irregolarità degli orientamenti giurisprudenziali sul punto esistente da oltre settanta anni, si può affermare che l'istigatore di una falsa dichiarazione testimoniale successivamente ritrattata, per conoscere la propria sorte e per sapere di poter beneficiare della causa di non punibilità di cui all'art. 376 c.p. oggettivamente, oppure solo nei casi in cui si sia attivato per il suo verificarsi, od ancora di non poterne affatto beneficiare, ha da sempre dovuto attendere il momento del passaggio in giudicato della sentenza.

La mancanza di un precetto normativo chiaro ed univoco e la conseguente assoluta incertezza sulla applicabilità della 'esimente' in parola al concorrente, oltre a contribuire ad incrinare la credibilità del sistema penale nelle aspettative positive dei suoi beneficiari ed in quelle negative dei destinatari, hanno finito anche con il delineare un modello di diritto penale di creazione giurisprudenziale – una *judge-made law* – ancor più esasperato ed instabile rispetto a quello degli ordinamenti giuridici di *common law* dove, com'è noto, è espressamente attribuito alle decisioni giudiziarie il valore di fonte del diritto¹⁹: come si vedrà meglio in seguito, in materia di ritrattazione non vale (e non potrebbe valere, dati i principi fondanti del nostro sistema penale) neanche la regola minima cardine del diritto anglosassone dell'*efficacia vincolante del precedente giudiziario* delle *superior courts* (il c.d. *rule of precedent* o *stare decisis*)²⁰.

¹⁹ Per approfondimenti sui caratteri peculiari del diritto nei sistemi di *common law*, sebbene con particolare riguardo all'ordinamento giuridico britannico, si rinvia al sempre attuale lavoro di G. RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts*, (1958), trad. it. a cura di A. Baratta, *Lo spirito del diritto inglese*, Milano, 1962, *passim*. In argomento, con specifico riferimento al diritto penale, cfr. S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002; nonché, nel volume collettaneo a cura di G. Fiandaca, *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, i contributi di A. CADOPPI, *La genesi delle fattispecie penali. Una comparazione tra civil law e common law*, p. 147 ss.; E. GRANDE, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, p. 129 ss.; M. PAPA, *Il reato di Mail Fraud nel diritto federale statunitense: spunti sui presupposti della responsabilità penale tra previsione legale dell'illecito e prassi applicativa*, p. 185 ss.

²⁰ Sul fenomeno dello slittamento del nostro sistema penale verso schemi e modelli del diritto di creazione giurisprudenziale (*Richterrecht*) di derivazione anglosassone e sul profilarsi negli orizzonti futuri della nostra realtà giuridica di una *judge-made law*, sia positiva (nelle ipotesi in cui concorre alla delimitazione

Il 'vissuto' giudiziario quotidiano di questo istituto costituisce, dunque, l'ennesima dimostrazione dell'odierno pericoloso slittamento del nostro sistema penale verso un diritto giurisprudenziale sempre più soggettivistico ed ultralegale (sebbene talvolta animato da comprensibili esigenze equitative), nel quale tende a prevalere la (travisata) regola 'dell'intimo convincimento del giudice'²¹ e dove il principio di legalità

dell'ambito di operatività di fattispecie prive di sufficiente determinatezza), sia negativa (nei casi in cui invece crea nuove figure di reato, o dilata i confini di fattispecie preesistenti, introducendo ipotesi di retroattività occulta), si rinvia al pregevole lavoro di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, *passim*. Condividono l'idea che anche nell'ordinamento giuridico italiano il giudice si inserisca di fatto nelle dinamiche di produzione del diritto penale contribuendo a delineare con le sue pronunce ciò che è penalmente rilevante e ciò che non lo è, vulnerando così il principio democratico in forza del quale tale compito dovrebbe essere necessariamente assolto dal Parlamento, G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in *Sistema penale in transizione e ruolo giurisprudenziale*, cit., p. 1 ss.; Id., *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, 2002, p. 33 ss.; AA.VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. COCCO, Padova, 2005, *passim*; G. FORNASARI, *Diritto giurisprudenziale e cause di giustificazione nell'esperienza tedesca. – A margine, alcune considerazioni sull'interpretazione giudiziale e dommatica giuridica*, *ivi*, p. 21 ss.; V. MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, in *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di V. PATALANO, Torino, 2003, p. 262 ss.; Id., *Una judge-made law italiana: l'affermata punibilità, ex artt. 110 e 416 bis c.p., del candidato alle elezioni che promette favori alla mafia in cambio di voti*, in *Foro it.*, 2003, II, c. 682 ss.; nonché, da ultimo, dello stesso Autore cfr. *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, a cura di L. PICOTTI, G. FORNASARI, F. VIGANÒ e A. MELCHIONDA, Padova, 2005, p. 159 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di 'diritto penale giurisprudenziale', 'partecipazione' e 'concorso esterno'*, *ivi*, p. 281 ss. In argomento, seppure in termini più marcatamente critici, si veda anche F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità oggi*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, 2000, p. 63 ss. Di recente, con particolare riferimento al diritto penale iberico, si interroga sulla opportunità di regolamentare il *Richterrecht*, attribuendo valore vincolante al precedente giurisprudenziale, E. BACIGALUPO, *Applicazione del diritto penale ed uguaglianza dinanzi alla legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 961 ss.

²¹ Relativamente al principio del libero convincimento ed alla molteplicità delle sue possibili interpretazioni derivante dalla indeterminatezza e genericità di tale nozione, si rinvia al fondamentale lavoro di M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, pp. 5 ss., spec. 17 ss. In argomento, da ultimo, cfr. AA.VV., *Il libero convincimento del giudice penale*. Atti del Convegno, Siracusa 6-8 dicembre 2002, Milano, 2004, *passim*; ANT. NAPPI, *Principio di legalità, modello accusatorio e resistenze giurisprudenziali*, in *Crit. dir.*, 2004, p.

formale con tutte le sue implicazioni, invece di essere integrato e completato da un'attività interpretativa utile e necessaria per realizzare le c.d. *legalità* ed *extrema ratio in action* (ovverosia da un'attività di (ri)computazione garantista dell'area di operatività del *Tatbestand* in presenza di fattispecie generiche, indeterminate o eccessivamente rigorose), viene sovente obliterato²².

Per cercare di ovviare a tale situazione, e porre fine a questi tentennamenti della giurisprudenza in materia di ritrattazione, le Sezioni Unite della Suprema Corte (che, come ben si legge nella Relazione sulla giurisprudenza delle Sezioni Unite Penali del 2002-2003, cercano da qualche anno di limitare il più possibile le proprie pronunce²³) sono di recente intervenute sul punto, ritornando ad affrontare per la *seconda volta* nel giro di meno di vent'anni i due (tra i tanti) problemi che da sempre generano le maggiori esitazioni negli interpreti: quello della natura giuridica di questa causa di esenzione della pena e l'altro, strettamente connesso, della sua estensibilità ai concorrenti²⁴.

162. Sul tema è tornato di recente anche lo stesso M. NOBILI, *Storie d'una illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 71 ss., spec. 92, approdando alla rassegnata conclusione che nel sistema processuale odierno è giunto probabilmente il tempo di abbandonare tale principio.

²² Sulla distinzione tra *legalità in the book* e *legalità in action* e sul contrasto esistente tra queste due diverse facce del principio di legalità nell'odierno sistema penale italiano, si rinvia alle pregnanti pagine di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 41 ss.

²³ Nella *Relazione sulla giurisprudenza delle Sezioni Unite Penali, anni 2002-2003*, Roma, 20 Gennaio 2004, consultabile in www.camerepenali.it, si legge, infatti, che per evitare un abuso del ricorso alle Sezioni Unite è stata svolta una attenta attività di monitoraggio della giurisprudenza delle sezioni semplici, segnalando con tempestività orientamenti di giurisprudenza divergenti ed eventuali contrasti, ridimensionando sensibilmente l'esistenza di contrasti "reali". Questa riduzione quantitativa del numero di interventi delle Sezioni Unite è funzionale ad un recupero di efficacia e di cogenza degli stessi, «se si tiene presente che, come l'esperienza (soprattutto dell'ultimo decennio) ha dimostrato ampiamente, l'inflazione delle pronunce si è accompagnata quasi sempre a fenomeni di maggiore instabilità giurisprudenziale e di più frequente ribellione ai loro insegnamenti – fossero, o non, convincenti e avessero avuto, o non, favorevole accoglienza in dottrina – da parte delle sezioni semplici».

²⁴ Sez. Un., 7 novembre 2002, Vanone, n. 37503, in *Riv. pen.*, 2002, p. 1060 ss.; nonché in *Dir. giust.*, 2002, p. 32, con nota di A. MACCHIA, *Re melius perpensa... gli effetti della ritrattazione in caso di concorso*; in *Foro it.*, 2003, II, c. 73 ss., con nota redazionale di E. GIRONI; in *Cass. pen.*, 2003, p. 3818, con nota di F. RANZATTO, *La ritrattazione della falsa testimonianza non si estende al concorrente-istigatore*; in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 22 ss.; in *Studium iuris*, 2003, p. 510, con nota di V. MAGNINI, *Falsa testimonianza e ritrattazione*; ed in AA.VV., *La giurispru-*

Non minori incertezze sono sorte nell'ultimo decennio, in seguito all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale ed all'inserimento nel codice penale di alcune nuove fattispecie (gli artt. 371 *bis* e *ter* c.p.), per quanto concerne la applicabilità della ritrattazione ad ipotesi non espressamente richiamate dall'art. 376 c.p., prima tra tutte il c.d. 'favoreggiamento-mendacio'²⁵, incertezze che neanche la Corte Costituzionale è riuscita a risolvere in maniera appagante nonostante le numerose questioni di legittimità su cui è stata chiamata a pronunciarsi²⁶.

Ogni discorso, però, relativo agli specifici interrogativi sollevati dalla nuova decisione delle Sezioni Unite in materia di falsa testimonianza ritrattata²⁷ e dalle molteplici sentenze della Corte Costituzionale riguardo alla ritrattazione di dichiarazioni mendaci rese alla polizia giudiziaria, deve essere preceduto da alcuni chiarimenti e precisazioni di carattere generale che ne condizionano le soluzioni ed aiutano a definire meglio il significato e la funzione politico-criminale di questa esimente.

A tal fine si ritiene opportuno affrontare in via preliminare il tema,

denza commentata delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Diritto penale, a cura di F. Palazzo, Padova, 2005, p. 231 ss. Per un breve commento critico su tale sentenza cfr. E. GIRONI, *Ritrattazione di falsa testimonianza: estensibilità all'istigatore e qualità soggettive del destinatario della subornazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 590 ss.; più approfonditamente B. ROMANO, *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 ss.; e, da ultimo, M. MASTROJENI, *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 ss.

²⁵ Profonde incertezze, come si vedrà meglio in seguito nel Cap. II, Sez. II, non sono mancate neanche in relazione alla calunnia, alla simulazione di reato, alle fattispecie aggravate di cui all'art. 375 c.p., al falso giuramento ed alla subornazione.

²⁶ Si pensi alle sentenze Corte Cost., 30 marzo 1999, n. 101, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2466; Corte Cost., 9 ottobre 2000 n. 424, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1457, nonché in *Cass. pen.*, 2001, p. 772; Corte Cost., 14 giugno 2002, n. 244, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1815.

²⁷ In questo caso, come nel prosieguo, si farà sovente riferimento parlando della ritrattazione unicamente al delitto di falsa testimonianza sebbene ciò sia formalmente improprio, giacché, come detto, la ritrattazione è configurabile anche in relazione a dichiarazioni mendaci rese da soggetti che non sono in senso strettamente tecnico testimoni. Si ritiene, però, che ciò consente di evitare di dover sempre precisare i soggetti o i tipi di condotte cui si riferisce la disciplina della ritrattazione, guadagnando fluidità nell'esposizione; diciamo che le espressioni 'falso testimone', 'falsità giudiziali', 'falsità processuali' e 'falsa testimonianza' saranno utilizzate come una sorta di metonimia per indicare rispettivamente l'insieme dei potenziali soggetti attivi e quello dei reati-presupposto.

ad un tempo complesso ed affascinante, della *ricerca della verità* nel processo, poiché un suo approfondimento getta luce anche sulle ragioni dell'esistenza nel nostro ordinamento giuridico (e nella maggior parte degli ordinamenti giuridici) di una esimente come quella della ritrattazione ed, ancora più a monte, sui motivi della presenza di un autonomo titolo della parte speciale dedicato alla tutela dell'amministrazione della giustizia.

In secondo luogo, si reputa necessario trattare analiticamente la disciplina di questa causa speciale di non punibilità muovendo proprio dall'*interesse giuridico* da essa tutelato. In tale sede, particolare attenzione sarà dedicata alla problematica identificazione del suo *ambito di operatività*, oggetto di continua espansione a causa dei recenti e numerosi interventi modificativi del legislatore e della Corte Costituzionale, nonché alla individuazione del *fondamento politico-criminale* e dell'*inquadramento dommatico*.

La messa a punto di tali aspetti generali è, infatti, condizione necessaria per affrontare l'aspetto più complesso e più vivo legato alla ritrattazione, quello della *natura giuridica* (e della *estensibilità ai concorrenti*) dell'art. 376 c.p., al fine di (cercare di) mettere ordine tra le numerose soluzioni che ne sono state prospettate a partire dagli anni Trenta fino all'ultima pronuncia del novembre del 2002 delle Sezioni Unite a cui si è poco sopra fatto riferimento. Solo dopo aver tentato di ridurre la complessità di tali problematiche sarà possibile provare a delineare una prospettiva ermeneutica che sia più fedele alla lettera delle disposizioni normative del codice penale in materia di concorso di persone nel reato, nonché più consona alle odierne acquisizioni in materia di diritto penale del fatto.

Da ultimo, muovendo proprio dall'inquadramento dommatico della ritrattazione nell'ambito delle condotte postfatto controffensive, si vuole provare a toccare (seppure solo marginalmente) la ancora oscura e poco sondata area della '*non punibilità*', cercando di delinearne le caratteristiche, i contenuti, le funzioni e, soprattutto, di vagliarne l'eventuale autonomia concettuale rispetto alle tradizionali categorie della teoria generale del reato.

In altre parole, il presente lavoro si muove su due piani apparentemente distinti, ma tra loro strettamente correlati: da un lato, intende cercare di ricostruire in maniera analitica (muovendo dal problema della ricerca della verità) la disciplina della ritrattazione, individuandone la *ratio*, definendone l'ambito di operatività e, soprattutto, evidenziando le incongruenze ed i deficit di razionalità insiti in ognuna delle soluzioni finora fornite ai triplici interrogativi (ancora attuali) sulla sua natura giuridica, sulla sua estensibilità ai concorrenti e sulla sua applicabilità al favoreggiamento-mendacio; dall'altro, tenta di apportare un 'piccolo' contributo allo studio ed alla razionale collocazione sistematica nella teoria generale del reato della categoria delle '*cau-*

se di non punibilità sopravvenuta' e, più in generale, di quella, ancor più vaga e problematica, della 'punibilità'.

Peraltro, non pretendendo di tracciare in maniera sicura una nuova condivisibile soluzione per nessuno dei suddetti problemi, ci si limiterà più semplicemente a prospettare delle indicazioni che possano sollevare qualche nuovo quesito, utile, magari, sotto il primo profilo, per orientare una rilettura di questa ipotesi di non punibilità scevra dalle derive soggettivistiche degli interpreti e maggiormente in linea con una costruzione della teoria del reato dal volto costituzionale, teleologicamente orientata ed ossequiosa del principio dell'*extrema ratio*, e, sotto il secondo aspetto, per alimentare un dibattito su un argomento, quello delle cause di non punibilità sopravvenuta, sovente trascurato e marginalizzato nell'analisi della struttura del reato. Probabilmente sarà tutto sbagliato, ma come diceva Popper è preferibile «di molto un tentativo volto a risolvere un problema interessante con un'audace congettura, anche (e soprattutto) se presto risulta falsa, a qualsiasi esibizione di una sequenza di truismi irrilevanti. Lo preferiamo, perché crediamo che questo sia il modo in cui possiamo imparare dai nostri errori; e perché, riscontrando la falsità della nostra congettura, avremo appreso molto intorno alla verità, e ci saremo avvicinati ad essa»²⁸.

In ogni caso l'unica intenzione certa, debitrice dell'insegnamento – tanto ovvio, quanto spesso dimenticato – che il compito del giurista è la risoluzione dei casi concreti²⁹, è quella di voler cercare di rimarcare come le indagini dommatiche, solo quando siano orientate alla prassi, non appartengono ad un mondo asettico dei concetti lontano dalla realtà delle aule giudiziarie e dal *lebendes Recht*, bensì, al contrario, sono fondamentali anche per la risoluzione in modo chiaro, uniforme e non imprevedibile di problemi che incidono direttamente sull'aspetto più eclatante e 'vivo' del diritto penale: l'accertamento della responsabilità penale per il fatto commesso e la successiva eventuale commisurazione ed inflizione della pena nei confronti dell'autore all'esito del giudizio³⁰.

²⁸ Così K. POPPER, *Congetture e confutazioni* (1969), trad. it., Bologna, 1976, vol. I, p. 396.

²⁹ Così W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, X ed., 2002, p. 1, il quale nelle primissime righe del suo manuale ammonisce che «*Die Aufgabe der Strafrechtswissenschaften – der Juristen überhaupt – ist es, Fälle zu entscheiden*» (Il compito del giurista – del giurista in genere – è quello di decidere i casi).

³⁰ Sul ruolo della dommatica quale bussola per l'orientamento sicuro ed uniforme delle decisioni giurisprudenziali e quale strumento di attuazione del 'garantismo penale' cfr. K. ENGISCH, *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, in *Studium generale*, 1957, p. 188; H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, XI ed.,

Affinché, però, una costruzione dogmatica possa aspirare ad influenzare in qualche modo la prassi giudiziaria essa non può prescindere dallo studio e dall'analisi della stessa. Proprio per tale motivo nell'affrontare i complessi problemi applicativi posti dalla ritrattazione si intende procedere, da un punto di vista metodologico, lungo quella strada alternativa che recentemente una parte della dottrina sta cercando di tracciare, ribadendo che «l'analisi scientifica delle prassi giurisprudenziali dovrebbe oggi trovare più spazio ed essere adeguatamente sviluppata accanto alla più tradizionale interpretazione testuale delle norme e alla elaborazione dogmatica degli istituti»³¹, dal momento che, pur non avendo (e non potendo mai avere, stante il dettato dell'art. 25, secondo comma, Cost.) la giurisprudenza il valore formale di *autentica fonte del diritto*, il 'diritto vivente' (il c.d. *Richterrecht*) svolge un enorme ruolo «ai fini della comprensione della fisionomia e del ruolo del diritto penale nel nostro ordinamento. Sono gli orientamen-

Berlin, 1969, p. 1; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 20 ss.; H. ZIPF, *Kriminalpolitik* (1980), trad. it. A. Bazzoni, *Politica criminale*, Milano, 1989, p. 20, il quale definisce, in maniera tanto sintetica quanto incisiva, la dogmatica come «un mezzo di garanzia per un'applicazione del diritto trasparente, preventivamente valutabile e in tal modo controllabile; essa favorisce un'applicazione del diritto certa ed equilibrata, e rappresenta perciò uno strumento utile per la razionalità del diritto e una barriera contro l'arbitrio»; nonché, con particolare riferimento al problema della confusa elaborazione giurisprudenziale di ipotesi di punibilità in materia di concorso 'esterno' nei reati associativi, A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Napoli, 2004, p. 25.

³¹ Così, con la consueta chiarezza, G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2001, p. 359, nonché in G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., p. 35; ID., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico costituzionale*, in *Legalità e giurisdizione*, Padova, 2001, p. 45. In tal senso cfr. anche V. PATALANO, *Il punto*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, Napoli, 2005, p. 7 s., il quale osserva che «oggi, più che in passato, si avverte con maggiore urgenza la necessità che il penalista incentri le proprie elaborazioni tecnico-sistematiche sulla base di rigorose analisi della giurisprudenza. Se non si ha la consapevolezza del ruolo fondamentale del processo e dell'importanza del riscontro giurisprudenziale, si finisce per elaborare vuoti schemi concettuali privi di qualsiasi riferimento all'esperienza cui il giurista deve necessariamente guardare nel momento nel quale applica al caso concreto la norma»; V. MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, cit., p. 269. Nonché, per un lavoro monografico svolto secondo questi parametri metodologici, cfr. C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, *passim*. In generale sui compiti della scienza penalistica cfr. D. PULITANO, *Quale scienza del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1209 ss.; dello stesso Autore in argomento cfr. *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, dattiloscritto della relazione tenuta al convegno di Bologna, 12-13 febbraio 2004.

ti interpretativi – in ispecie delle corti di legittimità – che si inseriscono negli interstizi lasciati aperti dalla legge ad orientare nei fatti le decisioni quotidiane delle magistrature inquirenti e giudicanti; e, ciò che più conta, sono quegli stessi orientamenti ad orientare la condotta dei consociati»³². La giurisprudenza, come puntualmente rileva Donini, «è sempre più visibilmente *una fonte del diritto applicato*, subordinata sì alla *legge*, ma suscettibile di “accrescere” l’universo normativo; giacché la giurisprudenza va conosciuta non meno della *legge* per apprendere il *diritto*, che è composto dalla legge unita alla sua applicazione ai casi»³³.

Tale attività di «*studio scientifico della giurisprudenza*»³⁴ in questi tempi costituisce per il giurista che ‘lavora sulle leggi’ un compito/dovere deontologico da assolvere necessariamente per potersi inserire (o forse è meglio dire: reinserire) nel ‘dialogo giuridico’ e partecipare proficuamente come «*contropotere critico*»³⁵, insieme agli altri soggetti interessati, al circuito della «ragione discorsiva orientata all’*intesa*»³⁶.

Solo in questo modo, fornendo criteri e fondamenti di ragione idonei a razionalizzare l’attività della giurisdizione penale, il pensiero giuridico può sperare di svolgere ancora un ruolo attivo per il rispetto dei valori dell’ordinamento, non potendo più limitare la propria attività alla pur sempre necessaria analisi critica del dato normativo ed alla conseguente invocazione di interventi correttivi del legislatore³⁷ o della

³² Così, F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, cit., p. 140 ss.

³³ Testualmente, M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., p. 151.

³⁴ In questi termini si esprime ancora, F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, cit., p. 144, ad avviso del quale il giurista moderno, ‘intellettualmente onesto’, «dovrebbe avvicinarsi [allo studio scientifico della giurisprudenza] con l’umiltà di chi sa di non essere depositario della verità, né dell’*unica* soluzione *giusta* o *corretta*, ma anche con la serena consapevolezza della propria capacità di fornire un qualche contributo alla soluzione dei problemi, attraverso la proposta di soluzioni in grado magari di far breccia sulla prassi, in forza del rigore metodologico e della persuasività dell’argomentazione».

³⁵ In tal senso si esprime M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., p. 323.

³⁶ Sull’idea della ragione discorsiva nel diritto si rinvia a J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, 1992; nella dottrina italiana cfr. ancora D. PULITANO, *Apunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, cit., p. 12.

³⁷ Sulla necessità di un dialogo continuo ed aperto della scienza penale con la legislazione ed, in particolare, sul ruolo fondamentale che il pensiero giuridico dovrebbe svolgere nell’edificazione delle basi culturali sottostanti ai processi di formazione e di applicazione del diritto positivo, si veda G.A. DE FRANCESCO, *Il*

Corte Costituzionale per assicurare un più elevato grado di certezza del diritto scritto (la *law in the book*) ed una maggiore precisione linguistica e concettuale della lettera della legge³⁸. Se la Corte Costituzionale, per la qualificazione e caratura dei suoi membri e per la sua natura di organo (prevalentemente) tecnico, è ancora un soggetto 'interessato' al dialogo, il legislatore odierno appare invece un interlocutore svogliato ed irraggiungibile che si muove ed opera in maniera strumentale, compromissoria (se non personalistica) e sovente sciatta. Sembra potersi, infatti, condividere appieno quanto rileva al riguardo Irti, che nel contesto odierno si assiste alla rottura di quel rapporto organico tra ceti dei giuristi e ceto politico dirigente che, invece, aveva garantito alla fine dell'Ottocento e all'inizio del Novecento un'alta dignità linguistica ad ogni settore della legislazione³⁹.

Inoltre, l'impressione che si ha è che una scienza del diritto penale non orientata allo studio critico della casistica giudiziaria è un '*sapere debole*' che scade in uno sterile dogmatismo privo di qualunque utilità per chi applica le leggi e non in grado di dialogare in maniera proficua neanche con il legislatore a causa della sua distanza dalla realtà dei problemi.

Riflesso speculare di questo assunto è che, allo stesso tempo, un'attività giurisprudenziale non fondata su solide ed univoche basi teoriche e sul dialogo con la dottrina è una *scienza priva di alcun valore epistemologico*, destinata a sfociare nell'irrazionalismo, nel relativismo e nell'incoerenza, con grave pregiudizio per la certezza del diritto e per i fondamentali principi giuridici di rango costituzionale, primi fra tutti quelli di legalità e di eguaglianza⁴⁰. Come già osservava Jhering nel-

problema della colpevolezza tra pensiero giuridico ed evoluzione del sistema normativo, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, a cura di P. Grossi, Milano, 1997, p. 425, in particolare nota 1; G. MARINUCCI, *Sui rapporti tra scienza penale italiana e legislazione*, *ivi*, p. 457 ss.; F. PALAZZO, *Diritto penale*, *ivi*, p. 311 ss.; sottolinea come il «colloquio tra giuristi e giudici è socialmente, e quindi istituzionalmente, dovuto», alla stessa stregua del «colloquio tra giuristi e legislatori», A. FALZEA, *Giuristi e legislatori (considerazioni metodologiche)*, *ivi*, p. 520. Sulle difficoltà che la dottrina penalistica incontra nell'influenzare la fase dell'elaborazione delle norme giuridiche, si veda G. FIANDACA-E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 56 ss.

³⁸ In questo senso si esprime in maniera molto chiara e suggestiva D. PULITANO, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, cit., p. 11 del dattiloscritto. Dello stesso Autore si veda anche sul tema dei doveri e dell'etica del giurista, *Quale scienza del diritto penale?*, cit., p. 1209 ss.

³⁹ Così N. IRTI, *Intervento in Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*, a cura di P. Di Lucia, Milano, 1995, p. 49 s.

⁴⁰ Sottolinea il ruolo determinante svolto dalla dogmatica ai fini di una ap-

l'opera principale del suo 'primo periodo' (il *Geist des römischen Recht*), non si deve mai dimenticare che «la giurisprudenza per essere veramente concreta non deve limitarsi a questioni concrete»⁴¹.

plicazione razionale e non imprevedibile del diritto penale, C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., par. 33, p. 158 ss.

⁴¹ Così R. VON JHERING, *Geist des römischen Recht*, II, t. 2, Leipzig, 1869, p. 369; sulla tendenza a dividere il pensiero dell'illustre giurista tedesco in due fasi opposte, una di tipo dogmatico-formale, l'altra di stampo teleologico, si veda M. LOSANO, *Introduzione*, in R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, trad. it., Torino, 1972, p. XXXI ss. Sulla reciprocità da sempre esistente nei rapporti tra scienza giuridica e scienza pratica, si veda anche K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 4 Auflage, Stuttgart, 1968, trad. it. a cura di A. Baratta, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 7.

SEZIONE I

LA VERITÀ E IL PROCESSO

CAPITOLO UNICO

L'INTERESSE ALLA RICERCA DELLA VERITÀ
E LA RITRATTAZIONE

SOMMARIO: 1. L'interesse alla ricerca della verità come 'obiettivo tendenziale' del processo e la *ratio* della ritrattazione. – 2. La *querelle* sulla funzione del processo: strumento di pacificazione sociale attraverso la risoluzione di un conflitto o strumento di attuazione della legge fondato sulla ricerca della verità? – 2.1. La ricerca della verità nel procedimento penale e la Costituzione. – 3. La ricerca della verità nei diversi sistemi processuali inquisitorio ed accusatorio. Il nuovo testo dell'art. 111 Cost. ed il chiarimento di un pericoloso equivoco. – 4. Il problema della verità nel processo: verità processuale *versus* verità materiale. – 5. La disciplina della ritrattazione e l'interesse di un ordinamento giuridico alla ricerca della verità attraverso il processo.

1. *L'interesse alla ricerca della verità come 'obiettivo tendenziale' del processo e la ratio della ritrattazione*

Come si è detto, un'analisi dommatica della ritrattazione va, a nostro sommo avviso, preceduta da un (breve) discorso relativo al problema dell'esistenza o meno nel novero dei *τέλτοι* tendenziali del processo (vale a dire degli scopi che esso deve perseguire, ma non necessariamente realizzare¹) dell'interesse all'accertamento della verità storica dei fatti.

Il doveroso chiarimento di tale aspetto può agevolare nel prosieguo della presente indagine l'individuazione e la messa a fuoco tanto della *ratio* della ritrattazione, quanto della sua natura giuridica; contemporaneamente, un approfondito studio della disciplina della ritrattazione può consentire di gettare luce sul problema del ruolo attribuito alla ri-

¹ Già in passato F. CARNELUTTI, *La prova civile* (1915), qui citato nella ristampa Milano, 1992, p. 54, rilevava, con la consueta lucidità, che la verità materiale se, da un lato, non può essere considerata come il «risultato costante del processo probatorio e perciò come la sua nota essenziale», dall'altro, non può non essere presa in considerazione «come lo scopo che quel processo si propone di raggiungere».

cerca della verità nel processo. Insomma, tra i due argomenti esiste un legame di stretta interdipendenza, di modo che le soluzioni condivise per l'uno condizionano anche il diradarsi dei dubbi esistenti sull'altro.

Questa prospettiva rende possibile, sotto un primo profilo, trattare un tema come quello della ritrattazione, apparentemente di mero diritto positivo, alla luce di interessanti acquisizioni di gnoseologia processuale; e, sotto altro profilo, affrontare i tradizionali interrogativi che da sempre animano il dibattito dottrinario attorno al problema del rapporto processo/verità (il processo tende all'accertamento della verità? Ma di che verità si tratta, di una verità materiale o di una verità formale meramente processuale? Quale modello cognitivo è funzionale alla sua ricerca? Esiste nell'ordinamento un interesse alla ricerca della verità tutelato penalmente? E che tipo di tutela è garantita ad esso?) muovendo da un differente angolo di visuale di carattere prevalentemente normativo².

² Il tema dei rapporti intercorrenti tra verità e diritto è stato di recente affrontato sotto tutt'altro profilo nella dottrina costituzionalistica tedesca da P. HÄBERLE, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, 1995, Baden-Baden, trad. it. a cura di F. Fiore, *Diritto e verità*, Torino, 2000, *passim*. In seguito alla (duplice) drammatica esperienza dello Stato totalitario in Germania si è cercato di comprendere in che modo il moderno Stato costituzionale potesse estirpare alla radice ogni remoto rischio di nuove esperienze degenerative di tipo autoritario. La risposta data da Häberle a tale interrogativo ha chiamato in causa, per l'appunto, il rapporto tra diritto e verità. Ad avviso dell'illustre Autore, la democrazia occidentale deve a tale scopo prioritariamente rifiutare l'idea dell'esistenza di un'unica verità, in quanto se c'è la verità al singolare non ci possono essere opinioni, discussioni, compromessi, elezioni, votazioni, maggioranze, dissenso e dialettica tra le parti, ma può esistere unicamente l'assolutismo politico. Laddove, infatti, il potere politico e la forza storica di cui è espressione diventano l'unica verità rendendo falso tutto ciò che ostacola il perseguimento dei loro fini – come già rivelava G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 21, pubblicato anche in G. CAPOGRASSI, *Opere*, vol. V, Milano, 1959, p. 75, il cui discorso, però, concerneva prevalentemente l'ambito processuale del rapporto tra diritto e verità – tutto finisce: «il diritto, il processo, il mondo umano della storia».

Ciò che deve invece caratterizzare un sistema democratico moderno che abbia la forma dello Stato costituzionale è la costante tensione verso la ricerca dialettica della verità: «Lo Stato costituzionale in quanto ordine e quadro della società aperta conosce la verità al "plurale", le verità intese come condizioni culturali che connettono libertà, democrazia, giustizia e bene comune» ed è l'unica forma di Stato capace «di avvicinarsi in modo creativo-innovativo all' "eterno" obiettivo della ricerca della verità» (p. XVI).

Ad avviso del giurista tedesco, la tensione del diritto verso tale obiettivo è da considerarsi, peraltro, in piena sintonia con il contestuale riconoscimento da parte della «umanità nel suo complesso (...) del valore culturale della ricerca della verità» nonché, sul piano filosofico ed epistemologico, con il razionalismo critico di Popper (p. XVII).

In tal modo, invece di cercare di attingere le risposte a queste domande esclusivamente nell'epistemologia o nella teoria generale del processo, si incentra l'attenzione anche su quelle disposizioni normative di rango costituzionale ed ordinario che in ogni ordinamento giuridico, esplicitamente o implicitamente, regolano tali aspetti.

Così operando emerge, da un lato, che la nostra Carta fondamentale offre un solido appiglio costituzionale, soprattutto per quanto attiene al processo penale, alla teoria (già dominante nella dottrina processual-civilistica) che attribuisce al processo la funzione di strumento per la ricerca della verità; dall'altro, che esiste nell'ambito dell'intero ordinamento giuridico una '*norma indicatore*' che, proprio perché posta a tutela di questo interesse alla ricerca della verità, è in grado di orientare in maniera attendibile e razionale le risposte agli altri interrogativi poc'anzi elencati.

Tale parametro normativo di riferimento (la '*norma indicatore*') è costituito dalla disciplina che un sistema penale appronta per l'eventuale ritrattazione di precedenti dichiarazioni (endo)processuali mendaci costituenti reato. Essa, difatti, risulta essere un punto di osservazione privilegiato sui temi di cui si discute, dal momento che la *differente efficacia* attribuita alla ritrattazione (nessuna; attenuante; o esimente) segnala in modo quanto mai chiaro l'esplicito riconoscimento in un sistema giuridico non solo dell'esistenza di un interesse alla ricerca della verità all'interno del processo, bensì di un bisogno di predisporre una adeguata tutela penale nell'ambito del diritto sostanziale³; ancor più precisamente aiuta ad identificare il grado di rilevanza ad esso attribuito dall'ordinamento giuridico ed il suo bilanciamento con altri interessi giuridici contrapposti.

³ Ha ben messo in luce che i delitti di falsità in giudizio sono posti a tutela (anche) del bene della verità, G. RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, Napoli, 1974, p. 331, nella parte in cui afferma che «quello della verità (è un valore) innegabilmente operante nella realtà sociale e dotato di giuridica rilevanza». Una conferma esplicita dell'esistenza di un effettivo interesse giuridicamente rilevante da parte del sistema penale nei confronti dell'accertamento della verità viene desunta dallo stesso Autore dalla disciplina della ritrattazione; molto acutamente, infatti, egli osserva a tal proposito che: «se la disciplina della ritrattazione si fosse ispirata alla sola esigenza di raggiungere la prova del falso, il bene della ricerca della verità non ne avrebbe tratto alcun apprezzabile ausilio dappoiché il giudice procedente sarebbe stato sì illuminato sulla falsità dell'attestazione, ma non anche sulla verità dei fatti che gli incombeva di accertare nel giudizio nel quale il falso si è inserito. Il fatto che, al contrario, la legge esiga nella ritrattazione anche la manifestazione del vero, costituisce la dimostrazione decisiva che è l'attività della ricerca della verità ad essere protetta al di sopra di ogni altro bene». Ovviamente, chiarisce l'A., l'ordinamento giuridico non tutela l'accertamento della verità in sé, ma in una prospettiva strumentale, reputandolo una condizione indispensabile per la fondatezza e per la correttezza delle decisioni del giudice (p. 335).

Allo stesso tempo, però, la *ratio* e la disciplina della ritrattazione non possono essere comprese appieno se non vengono lette alla luce della risposta data al primo quesito sulla funzione del processo. Se è vero, cioè, che la ritrattazione consente di comprendere qual è il rapporto verità-diritto penale sostanziale in un determinato assetto ordinamentale, è anche vero che, prima ancora, una volta dimostrata l'esistenza di un interesse (anche costituzionalmente rilevante) alla ricerca della verità all'interno del processo, la sua disciplina (non punibilità o attenuazione della pena) risulta essere correlata proprio alla capacità di tutelarla in *extremis*.

In altre parole, la riscoperta di un interesse giuridico alla ricerca della verità come '*ideale regolativo del processo*'⁴ induce a risolvere in maniera sicura i dubbi (su cui torneremo in seguito) sulla natura giuridica della ritrattazione a favore della tesi oggettivistica. Diversamente, se si nega che il processo persegua questa funzione, viene anche meno la possibilità di interpretare la ritrattazione nella prospettiva teleologica-oggettiva della tutela dell'interesse alla verità, residuando l'alternativa di interpretarla come esimente (o attenuante) '*eticamente*' connotata, imperniata sul dato *soggettivo* del pentimento e della resipiscenza del reo.

In sintesi, un tale tipo di indagine, condotta parallelamente su due differenti piani (quello dei principi-guida del diritto processuale e quello della specifica disciplina approntata da una norma di diritto penale sostanziale) fa affiorare con nitidezza lo stretto legame funzionale esistente tra il diritto penale sostanziale e quello processuale, confermando come le acquisizioni dell'uno condizionino l'altro (e viceversa) al di fuori di qualsivoglia preteso rapporto asimmetrico di servenza/supremazia⁵.

In ogni caso ai fini di una piena comprensione della reciprocità ed interdipendenza dei rapporti correnti tra processo, ricerca della verità e ritrattazione, nonché di un chiarimento sulla *ratio* e sull'importanza di questa (apparentemente) marginale causa di non punibilità, occorre procedere con ordine ed affrontare brevemente i primi termini di questa relazione, partendo proprio dal rapporto processo-verità.

⁴ Definisce la verità come '*ideale regolativo*' del processo P. FERRUA, *Processo penale e verità*, in *Dem. dir.*, 2000, p. 209, traslando in ambito giuridico le asserzioni di K. POPPER, *Congetture e confutazioni*, cit., vol. I, spec. p. 393. In termini analoghi si esprime anche L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 16 ss.

⁵ Sui rapporti tra diritto penale e processo penale si rinvia a T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 527 ss., nonché in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, 2000, p. 305 ss.

2. *La querelle sulla funzione del processo: strumento di pacificazione sociale attraverso la risoluzione di un conflitto o strumento di attuazione della legge fondato sulla ricerca della verità?*

Una volta incrinata quella che Capograssi definiva l'ingenua, ma razionale, convinzione degli antichi giuristi classici secondo la quale «la *ipsa ratio iudicii* è la *lex veritatis*», ed una volta insinuatasi nell'esperienza giuridica la forza relativizzatrice del nichilismo filosofico di derivazione nietzschiana⁶ e, più in generale, di «pragmatismi di ogni genere»⁷, la questione se il processo abbia o non abbia tra le sue finalità istituzionali l'accertamento della verità dei fatti rilevanti per la decisione ha costantemente alimentato dubbi ed incertezze nella dottrina moderna⁸. Volò ulteriore per il riacuirsi di questo dibattito è stato poi il 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 ricerca⁹.

⁶ Si pensi al manifesto filosofico di F. NIETZSCHE, *Also sprach Zarathustra. Ein Buch für Alle und Keinen*, trad. it. a cura di M. Montinari, *Così parlò Zarathustra. Un libro per tutti e per nessuno*, Milano, 2003; nonché ai suoi *Frammenti postumi 1885-1887*, in *Opere di Friederick Nietzsche*, ed. it. diretta da G. Colli e M. Montinari, Milano, vol. VIII, t. I, 1975, n. 2.

⁷ Così G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza e verità*, cit., pp. 56 e 74.

⁸ Su tale problema si veda per fecondi spunti S. MOCCIA, *Verità sostanziale e verità processuale*, in *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*, a cura di R. De Giorgi, Lecce, 2002, p. 421 ss.; nonché in *Deviance et societe*, 2000, p. 109 ss.; nello stesso numero della rivista si vedano anche i lavori di A. BARATTA-R. HOHMANN, *Vérité procédurale ou vérité substantielle? Introduction*, p. 91 ss.; M. VAN DE KERCHOVE, *La vérité judiciaire: quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité?*, p. 95 ss.; K. VOLK, *Quelques vérités sur la vérité, la réalité et la justice*, p. 103 ss.

⁹ K. POPPER, *Le fonti della conoscenza e dell'ignoranza* (1960), Bologna, 2000, spec. p. 85 ss.; ID., *Congetture e confutazioni*, cit., pp. 369 ss. e 393. Ad avviso dell'illustre Autore, contrariamente a quanto asserito da quelli che lui definisce i 'verificazionisti', anche i falsificazionisti come lui sono seriamente interessati alla verità ed alla sua ricerca. «Il fatto è che, in realtà, anche noi consideriamo la scienza come ricerca della verità e che [...] non abbiamo più timore di dirlo. In effetti, è soltanto in rapporto a tale scopo, la scoperta della verità, che possiamo affermare come, pur essendo fallibili, speriamo di imparare dai nostri errori. È soltanto l'idea della verità che ci consente di parlare sensatamente di errori e di di critica razionale, e rende possibile la discussione razionale, cioè la

In via di estrema sintesi si possono individuare nel pensiero giuridico moderno fondamentalmente *due diversi orientamenti* che hanno caratterizzato il dibattito soprattutto tra gli studiosi di diritto processuale civile: uno volto a dimostrare che la funzione del processo è unicamente quella di *risolvere un conflitto* tra soggetti (processo civile) o tra un singolo e la collettività (processo penale) e l'altro diretto a dimostrare che lo scopo fondamentale del processo sia *l'applicazione oggettiva delle norme* ai fatti verificatisi nella realtà¹⁰.

Secondo il primo orientamento il processo (soprattutto quello civile) è finalizzato a risolvere, nei circoscritti limiti delineati dal principio del dispositivo, il conflitto tra le parti ed a perseguire istanze di pacificazione sociale escludendo la possibilità del ricorso a forme di giustizia privata¹¹. Da tale angolo visuale, da cui appaiono prevalenti nel

discussione critica nella ricerca degli errori, con la seria intenzione di eliminarne quanti più possiamo, al fine di avvicinarci alla verità. Dunque, l'idea stessa di errore e di fallibilità, comporta quella di una verità oggettiva, come modello che possiamo essere incapaci di eguagliare (in questo senso, l'idea della verità è *regolativa*). [...]

La nostra idea di approssimazione alla verità, o di verosimiglianza, ha lo stesso carattere oggettivo e lo stesso valore ideale o regolativo, dell'idea di verità oggettiva o assoluta» (p. 401).

¹⁰ Si vedano al riguardo nella recente dottrina processual-civilistica, anche per ulteriori rinvii bibliografici, i bei lavori di M. TARUFFO, *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 246 ss.; ID., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, p. 1 ss.; M. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, (1986), trad. it. a cura di A. Giusani e F. Rota, Bologna, 1991, *passim*; S. CHIARLONI, *Processo civile e verità*, in *Quest. giust.*, 1987, p. 504 ss. Nell'ambito degli studi di stampo processual-penalistico, per un'ampia prospettiva giusfilosofica del tema della verità all'interno del processo penale, si veda L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 20 ss.; G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, p. 57 ss. Sui rapporti tra processo penale e verità si rinvia poi agli interessanti ed originali contributi di P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in P. FERRUA, *Studi sul processo penale. Anamorfosi del processo accusatorio*, vol. II, Torino, 1992, p. 47 ss.; ID., *Processo penale e verità*, cit., p. 207 ss.; ID., *L'avvenire del contraddittorio*, in *Crit. dir.*, 2000, p. 25 ss.; ID., *L'indagine entra in dibattito solo attraverso il contraddittorio*, in *Dir. giust.*, 2001, n. 7, p. 9; ID., *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2005, p. 67 ss. In argomento cfr. anche A. BALSAMO, *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali: efficienza, garanzie e ricerca della verità*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 387 ss.; L.G. LOMBARDO, *Ricerca della verità e nuovo processo penale*, *ivi*, 1993, p. 751 ss.

¹¹ Si veda in tal senso F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 40 ss., 231 ss.; ID., *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 54 ss.; ID., *Le prove civili e le prove penali*, in *Riv. dir. proc.*, 1925, p. 18 ss.; B. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 722; cfr. anche

processo, rispetto alle finalità conoscitive, quelle di eliminazione di situazioni di conflitto di interessi, l'accertamento della verità dei fatti non è, però, categoricamente escluso dagli obiettivi del processo, bensì ne rappresenta una mera *finalità eventuale*: vale a dire che se, da un lato, non si ritiene che sussista una necessità vera e propria per il processo di conseguire la verità, dall'altro, allo stesso tempo non si nega l'eventualità che essa possa essere conseguita¹².

Ciò significa che lo scopo del processo è quello di pervenire ad 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 una acquisizione ulteriore e non indispensabile, bensì semplicemente *opportuna*.

Con altre parole, ed in termini più radicali, si dice che il processo in quanto tale non ha nulla a che fare con l'obiettivo dell'accertamento della verità dei fatti e con la produzione di pronunce giurisprudenziali veritiere, ma è funzionale prevalentemente alla *risoluzione delle con-*

P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile* (1955), in *Opere giuridiche*, vol. V, Napoli, 1972, p. 615 ss., sebbene non si esprima chiaramente a favore di questo orientamento ma ne condivide solo alcuni aspetti. Distingueva in maniera netta la ricerca della verità nel processo civile da quella nel processo criminale. E. CARNEVALE, *Carattere della verità nel processo criminale* (1925), in E. CARNEVALE, *Diritto criminale*, vol. III, Roma, 1932, p. 398 ss., ad avviso del quale mentre nel processo civile si tendeva ad accertare una verità 'soggettivamente limitata', nel processo penale (di stampo tendenzialmente inquisitorio ai tempi in cui scriveva l'Autore) si tendeva alla ricerca della verità oggettiva.

¹² Sul punto cfr. molto chiaramente M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 18, il quale definisce l'accertamento della verità all'interno di un processo così inteso un «*buy-product* eventuale dell'attività processuale, al quale non bisogna prestare particolare attenzione»; Id., *Note per una riforma del diritto delle prove*, cit., p. 241. In argomento vedi anche M. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., p. 173 ss., il quale, nella sua completa analisi sui diversi modelli processuali, sostiene che il modello (meramente ideale) di processo come risoluzione di conflitti si adegua all'ideologia di uno Stato radicalmente *laissez-faire*, in cui si ricerca un sistema *adversial* puro e non sussiste un interesse oggettivo all'accertamento della verità. Secondo questo Autore, infatti, «un processo diretto a massimizzare lo scopo della risoluzione dei conflitti non può (...) aspirare contemporaneamente a massimizzare l'esattezza dell'accertamento del fatto. In realtà questo processo non ricerca la precisione dell'accertamento del fatto come finalità indipendente dalla risoluzione dei conflitti, neanche entro il raggio ristretto delle questioni definite dalle parti. La decisione nel modello della risoluzione dei conflitti non è tanto una descrizione del vero stato delle cose, quanto una decisione che risolve la discussione tra le parti, come un trattato di pace che pone termine ai combattimenti. (...) Il processo di risoluzione di conflitti è indifferente a come siano andate effettivamente le cose: *wie es eigentlich gewesen*» (p. 212-213).

troversie: l'unica verità che conta è quella che viene stabilita dal giudice nella sentenza e non esistono altre verità al di fuori di questa che possano interessare allo Stato¹³.

Un'altra conferma della negazione dell'assunto che il processo sia un luogo di accertamento veritiero dei fatti deriva dalla condivisione (*re melius perpensa*: travisamento) di quelle opzioni filosofiche ed epistemiche di matrice irrazionalistica in base alle quali, in generale, è impossibile pervenire in qualunque campo del sapere ad una conoscenza attendibile e veritiera di alcunché¹⁴: «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»¹⁵.

Il secondo orientamento, invece, ravvisa lo scopo principale del processo (ogni processo, non solo quello penale, ma anche quello civile¹⁶) nella restaurazione dell'ordine giuridico violato attraverso la «og-

¹³ In tal senso G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 78 s., ad avviso del quale «la destinazione *fondamentale* del processo resta l'attuazione della legge esistente. [...] *Giuridicamente* la volontà della legge è ciò che il giudice afferma essere la volontà della legge. Né questa affermazione del giudice può dirsi una *verità formale*: frase che suppone un confronto fra ciò che un giudice afferma e ciò che *potrebbe affermare*; il diritto non ammette questo confronto, e noi nel cercare l'essenza di un istituto *giuridico* ci dobbiamo porre dal punto di vista del diritto». Questa opinione viene ripresa in termini critici da J.F. BELTRÁN, *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004, trad. it., p. 72; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 5. Tale asserzione evoca l'ulteriore problema della eventuale distinzione tra verità processuale (o formale) e verità oggettiva (o sostanziale), su cui si tornerà tra breve nel par. 4 di questo capitolo.

¹⁴ Questa tesi si fonda, a nostro sommo avviso, su un travisamento del pensiero di K. POPPER, *Congetture e confutazioni*, cit., p. 391. Popper, come già detto in precedenza, se da un lato nega che l'esito di ogni processo cognitivo sia il *raggiungimento* della verità, dall'altro, però, asserisce che la ricerca della verità costituisce lo *scopo* cui le attività cognitive devono tendere, o meglio, per dirla proprio con le sue parole, devono 'approssimarsi'.

¹⁵ Così, in tono critico, M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 8.

¹⁶ In passato era diffusa la convinzione che il processo civile tendesse ad una mera verità formale a causa della mancanza della regola dell'officialità e dell'obbligatorietà e della presenza di molte regole probatorie e di presunzioni legali. Tale punto di vista era, però, già stato contestato e smentito da F. CARNELUTTI, *Le prove civili e le prove penali*, cit., p. 18 e P. CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo inquisitorio civile*, in *Studi in onore del Chiovenda*, Napoli, 1927, i quali avevano avvertito che tutte queste regole e limiti presenti nel processo civile non toglievano che il suo scopo fosse sempre la attuazione della legge secondo la verità dei fatti. Osservavano i due Autori che l'attività giurisdizionale è unica ed unico è il fine, l'attuazione del diritto; e pertanto nessun processo può tendere ad altra verità che non sia la verità materiale, o in definitiva alla verità, che è per

gettiva e giusta applicazione delle norme di diritto alla fattispecie concreta»¹⁷. Secondo questa diversa tesi¹⁸, giacché 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 una obiettiva ricostruzione della verità dei fatti stessi, il processo non può non rappresentare prima di tutto un '*procedimento per la scoperta della verità*'. Come osservava Calamandrei «non si può

sua natura unica. Quello che muta sono semplicemente i mezzi. Ma la verità come risultato del processo può raggiungersi e può non raggiungersi, si adoperino questi o quei mezzi.

¹⁷ Così M. TARUFFO, *Note per una riforma del diritto delle prove*, cit., p. 243. Sul punto v. anche G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 65.

¹⁸ È proprio facendo leva sulla necessità che si debba, per quanto possibile, evitare nel processo civile «una frattura tra realtà accertata nel processo e il contenuto dell'accertamento giudiziale» (V. COLESANTI, voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1964, p. 173 ss.), che R. ORIANI, voce *Eccezione*, (*Postilla di aggiornamento*), in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 2000, p. 2 ss., e più di recente, Id., *Eccezioni rilevabili e (non rilevabili) d'ufficio. Profili generali (I)*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1011 ss., ed A. PROTO PISANI, *Nuove prove in appello e funzione del processo*, in *Foro it.*, 2005, cc. 1699-1700, hanno sostenuto non solo che, tendenzialmente, tutte le eccezioni sono *rilevabili anche d'ufficio* (salvo che la legge disponga altrimenti o salvo che l'eccezione non si coordini con un'azione costitutiva), ma anche che non è necessario che il fatto impeditivo, estintivo, modificativo posto a base dell'eccezione debba essere allegato dalla parte che si giova del rilievo dell'eccezione, potendo il giudice conoscere dell'eccezione d'ufficio alla sola condizione che il suo substrato storico sia regolarmente acquisito al processo. Ad avviso di questi Autori, contrariamente a quanto asserito in due recenti sentenze delle Sezioni Unite civili, 20 aprile 2005, nn. 8202 e 8203, in *Corr. giur.*, 2005, p. 929 ss., non si può condividere l'idea che la produzione dei documenti in appello non sia libera, ma consentita solo laddove ricorrano i presupposti restrittivi descritti dall'art. 345 c.p.c. (i casi di indispensabilità) poiché così si limiterebbe la possibilità (esplicitamente ammessa dal codice) di proporre per la prima volta in quella fase processuale eccezioni d'ufficio, correndo il rischio di allontanare il processo dalla verità materiale (si pensi, ad esempio, all'impossibilità di provare il fatto estintivo del pagamento).

Da ultimo, in argomento si veda R. ORIANI, *L'interruzione della prescrizione è rilevabile d'ufficio: le sezioni unite della Corte di Cassazione abbandonano un indirizzo risalente al 1923*, in *Foro it.*, 2005, c. 2660 ss., il quale – prendendo spunto da una pronuncia delle Sezioni Unite civili, 27 luglio 2005, n. 15661, che ha ammesso la possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio in ogni stato e grado del processo l'eccezione di interruzione della prescrizione (e quindi tutte le eccezioni in senso lato) anche non dedotta dalla parte ma comunque risultante dagli atti del processo ritualmente acquisiti – ben evidenzia il rischio che il processo civile per perseguire «la giusta esigenza di accelerazione dei processi», finisca per accontentarsi «di una fissazione formale dei fatti rilevanti, anche se essa addirittura non corrisponde alle risultanze processuali versate in atti», alimentando così un preoccupante scarto tra realtà processuale e realtà sostanziale (c. 2666).

tuttavia negare che nella maggioranza dei casi la bontà della sentenza sta in diretta relazione col grado di accuratezza posto dal giudice nell'indagare esattamente il rapporto di fatto»¹⁹; di più, per Ferrajoli «la legittimità delle decisioni penali [è] condizionata alla verità empirica delle loro motivazioni»²⁰.

La ricerca del vero è concepita in tale diversa ottica come il *fine* e lo scopo naturale di ogni sistema processuale, sia esso penale, civile o amministrativo²¹. Questo diverso modo di guardare al giudizio ed alle sue funzioni non conduce, però, ad escludere categoricamente che il processo aneli anche alla *risoluzione di conflitti*; fa solo sfumare tale obiettivo in secondo piano, ritenendo prevalente rispetto ad esso l'aspetto delle modalità e dei criteri fondanti le decisioni di risoluzione di tali conflitti.

Ad avviso dei sostenitori di questa tesi la concezione del processo come luogo di accertamento della verità dei fatti è peraltro l'unica che assicura effettivamente l'attuazione delle garanzie attinenti al processo ed alla legalità. Affinché non risulti arbitraria, la giustizia deve essere amministrata in modo meramente *cognitivo* e *dichiarativo* perseguendo l'obiettivo dell'*accertamento* della verità, essendo sempre valido l'antico brocardo *veritas, non auctoritas facit iudicium*²²; diversamen-

¹⁹ Così P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile* (1914), in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, p. 25.

²⁰ Così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 43.

²¹ Al riguardo si rinvia nella dottrina penalistica risalente, ad U. FERRARI, *La verità penale e la sua ricerca nel diritto processuale italiano*, Milano, 1927, p. 2 ss.; ID., *La verità nel diritto penale sostantivo*, Milano, 1929, *passim*, spec. p. 23 ss.; E. FLORIAN, *Prove penali*, vol. I, Milano, 1914, p. 320 ss.; nonché E. CARNEVALE, *Carattere della verità nel processo criminale*, cit., p. 391 ss. il quale testualmente affermava che «in ogni campo del diritto la mèta non può essere che il vero»; G. ESCOBEDO, *La verità di fatto e giuridica nel processo penale e il dovere del giudice competente di rilevarla d'ufficio*, in *Giust. pen.*, 1915, c. 465 ss. Per quel che concerne il solo processo penale, nello stesso senso si esprimeva, inoltre, F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, IV ed., Lucca, 1871, par. 819, p. 574 s., ad avviso del quale «se si considera il giudizio nel suo aspetto esteriore, come un complesso di atti materiali che serve a far emergere il giudizio intellettuale, bisogna riconoscervi un *fine* più prossimo e immediato: quello cioè di procurare che il giudizio intellettuale riesca conforme al vero». Nella dottrina di lingua tedesca si era interessato di questo tema K. BIRKMEYER, *Deutsches Strafprozessrecht*, Berlin, 1898, p. 66 ss.

²² «La giurisdizione – rileva L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 9 – è (o almeno aspira ad essere) *ius dicere* e non *ius dare*: è cioè un'attività normativa che si distingue da 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 del-

te, una giustizia sganciata dalla verità ed affidata al *decisionismo* (*potestativo e costitutivo*) del giudice si sostanzia in un sistema di arbitrio in cui non esistono garanzie sostanziali e processuali e che finisce per confondersi con l'altro volto del potere statale, quello politico-legislativo, dove vige la antica formula di Hobbes *auctoritas, non veritas facit legem* con la quale si sottolinea la dipendenza delle scelte normative dai centri decisionali di potere²³.

In tale prospettiva si evidenzia, allora, la funzione del processo 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 per vivere (*scilicet*: trovare applicazione) 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.²⁴. La stessa Corte Costituzionale sembra aver fatto propri questi principi in una significativa decisione, la n. 111 del 1993, nella quale dopo aver respinto l'idea semplicistica che il processo penale sia un mero strumento per la risoluzione di conflitti, ha affermato che la sua funzione è quella «di accertare i fatti reali onde pervenire a una decisione il più possibile corrispondente al risultato voluto dal diritto sostanziale»²⁵.

Questo secondo orientamento appare decisamente preferibile, sebbene presti il fianco a due ordini di *rilevi critici*: da un lato, se si accoglie un'idea del processo come strumento orientato esclusivamente alla ricerca dell'interesse superiore alla verità, si corre il rischio di legittimare un *processo senza mai fine* dove neanche il giudicato rappresenti un ostacolo insormontabile per l'autorità giudiziaria e dove è consentito, come è avvenuto in passato nei sistemi inquisitori, ogni ti-

la legge ai fatti giudicati, tramite ricognizione della prima e cognizione dei secondi».

²³ Sul punto, anche per i puntuali richiami a T. Hobbes, si veda L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 9 ss. Si interessa della differenza tra il rapporto verità/potere legislativo e quello verità/attività giudiziaria anche E. RESTA, *La verità e il processo*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 372.

²⁴ Approfondisce, da ultimo, il tema dei legami tra legalità sostanziale e processo penale, D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 507 ss.; in argomento di recente cfr. P. FERRUA, *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 402.

²⁵ Così Corte Cost., 26 marzo 1993, sent. n. 111, in *Riv. dir. trib.*, 1993, II, p. 508 ss., con nota di E. FORTUNA, *Avallato il rafforzamento dei poteri del giudice del dibattimento*.

po di *abuso* nei confronti degli accusati-indagati; dall'altro, se si ritiene invece che l'interesse alla verità debba essere comunque bilanciato con altri interessi afferenti alla sfera del garantismo individuale, si finisce per concludere che il rito, presentando una serie di *limiti legali* di varia natura alle attività del giudice, non possa essere ontologicamente in grado di assolvere la pretesa funzione di strumento per la ricerca della verità.

Tali obiezioni possono essere, però, confutate se si conviene che la verità che deve (cercare di) accertare il processo non è alcuna verità assoluta, bensì una *verità relativa di tipo empirico-giudiziale* consistente nella «massima approssimazione», attraverso momenti cognitivi e ricognitivi, «alla realtà dei fatti materiali concretamente raggiungibile entro coordinate spazio-temporali (e giuridiche) limitate»²⁶. Nel processo, infatti, l'intera attività probatoria non è funzionale ad accertare la verità in astratto sempre e comunque, bensì a pervenire in una durata di tempo ragionevole alla (ricostruzione della) verità in concreto dei singoli fatti accaduti, la descrizione dei quali si tramuterà nella premessa del ragionamento decisorio del giudice²⁷.

Ciò non esclude che nel processo esista uno spazio, quanto meno come obiettivo ideale e come criterio regolativo (nella stessa accezione accolta anche da Popper nel campo delle scienze), anche per una nozione «radicalmente non epistemica» (in quanto indipendente dalla prova) di verità, per una nozione di verità intesa, vale a dire, come corrispondenza della decisione giudiziaria ai fatti storici²⁸. La *juris dictio*, come rilevavano Baratta e Hohmann, «*se fonde, selon un principe qui se retrouve dans tous les codes de procédure pénale, sur la recherche de la vérité. (...) La manifestation de la vérité apparaît ainsi comme un objectif central du procès pénal. (...) La vérité est un élément central du droit et de la justice*»²⁹.

Sembrano ancora riecheggiare a tale proposito le parole di Capograssi il quale osservava che il processo è «una ricerca ordinata obiettiva autonoma di verità (...), che suppone la verità, l'idea di verità, che la verità valga, che la verità deve essere ricercata, che la verità deve essere obbedita: suppone si creda alla verità. Perciò si fa la ricerca, per trovare la verità, per vedere le cose come sono andate, il fatto per quel-

²⁶ Così M. TARUFFO, *Note per una riforma del diritto delle prove*, cit., p. 249; Id., *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 35 ss.

²⁷ Cfr. J.F. BELTRÁN, *Prova e verità nel diritto*, cit., p. 64.

²⁸ In argomento si rinvia al bel lavoro di P. FERRUA, *Processo penale e verità*, cit., p. 210.

²⁹ Così A. BARATTA-R. HOHMANN, *Vérité procédurale ou vérité substantielle?*, cit., p. 91.

lo che è, la volontà della legge per quello che è. (...) La verità è la madre della giustizia»³⁰.

2.1. La ricerca della verità nel procedimento penale e la Costituzione

Per quanto riguarda più specificamente il solo processo penale, l'esistenza nel nostro ordinamento giuridico vigente di una tensione dell'attività giurisdizionale verso la ricerca della verità storica, ovvero sia verso la «ricerca di una coincidenza tra fatto accertato (=risultato dell'accertamento) e fatto realizzatosi in precedenza (=oggetto dell'accertamento)»³¹, la si può evincere implicitamente anche da alcune norme di rango costituzionale. Ovviamente non come interesse unico da raggiungere ad ogni costo, consumando (come avveniva in un passato non troppo lontano) abusi nei confronti degli indagati e degli imputati, ma come uno dei tanti valori che devono improntare teleologicamente il sistema penale anche, e soprattutto, per consentire l'effettiva realizzazione delle garanzie e dei diritti fondamentali dei soggetti in esso coinvolti.

Una prima implicita indicazione in tal senso la si desume dalla regola del *nulla poena sine crimine*, sottesa implicitamente al principio di legalità enunciato dall'art. 25, secondo comma, Cost. Il fatto che ai sensi di tale norma costituzionale nessuna pena possa essere inflitta legittimamente se non nei confronti di un comportamento costituente reato, impone come ulteriore conseguenza che questo sia razionalmente e verosimilmente accertato nell'ambito di un processo svolto con tutte le note garanzie. Proprio la serietà dell'accertamento processuale (da cui dipende la potenziale capacità di addivenire all'esito del medesimo ad una ricostruzione veritiera dei fatti storici oggetto dell'*explanandum*) è ritenuta, infatti, «un corollario obbligato del principio di legalità, nella sua pregnanza di principio fondamentale dell'ordinamento»³².

Più precisamente ancora, secondo il corretto avviso di Domenico Pulitanò, «il principio di legalità dei reati trae con sé l'esigenza di *certezza dell'accertamento*, quale presupposto necessario per l'affermazione di responsabilità. Accontentarsi di un accertamento 'probabilistico'

³⁰ Così ancora G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza e verità*, cit., pp. 73-74.

³¹ In tal senso, A. DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003, p. 11 ss.; in argomento si veda anche R. KOSTORIS, voce *Giudizio (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 1997, p. 8.

³² In questi termini si esprime D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, cit., p. 519.

significherebbe aprire la strada all'affermazione di responsabilità in casi in cui sia possibile "non esservi stato delitto nessuno" o l'imputato possa essere innocente. Da esiti siffatti, il principio sostanziale di legalità verrebbe svuotato del suo significato garantista, di limite invalicabile della potestà punitiva: la sentenza di condanna sarebbe pronunciata in assenza dell'accertamento dei presupposti legali della responsabilità. *Certezza della legge e certezza dell'accertamento sono tutt'uno*»³³.

In altre parole, *legalità* e *aspirazione alla verità* rappresentano i due piani sui quali si sviluppa il «paradigma epistemologico del garantismo», dal momento che entrambi sono funzionali a tutelare «i diritti e le libertà individuali *di fronte alla potestà coercitiva* dello Stato»³⁴.

Un altro dato che orienta verso tale conclusione si evince dall'art. 27, terzo comma, Cost. nella parte in cui enuncia la funzione rieducativa della pena. Se una visione del sistema penale teleologicamente orientata agli scopi della pena ha avuto il merito di chiarire che tale norma deve essere letta in combinato disposto con gli artt. 13 e 25, secondo comma, Cost., nel senso che una pena non può tendere al perseguimento di finalità rieducative nei confronti del condannato se non è stata comminata ed inflitta per un fatto espressamente preveduto da una norma preesistente e determinata e per un fatto che sia concretamente offensivo di un bene giuridico costituzionalmente rilevante di valore bilanciabile con il bene della libertà personale³⁵, essa, però, presenta pur sempre il limite di aver soffermato l'attenzione prevalentemente sulla valutazione della razionalità delle scelte politico-criminali in sede legislativa.

L'effettiva realizzazione dell'idea special-preventiva enunciata nell'art. 27, terzo comma, Cost., invece, passa anche per un *controllo* attento *da parte dell'autorità giudiziaria della veridicità dei fatti* sui quali si fonda una eventuale sentenza di condanna: solo quando sia stato dimostrato in sede giudiziaria (attraverso un'attività, come detto, cognitiva e non costitutiva) che i fatti contestati all'imputato siano, secondo

³³ Così D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 954 (il corsivo è dell'Autore).

³⁴ Così, ancora, D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., pp. 956 e 957, il quale, nel prosieguo del lavoro, mette ulteriormente in rilievo tale connessione, affermando che «è il principio sostanziale di legalità che impone un modello cognitivo ed esige la prova certa dei presupposti della responsabilità» (p. 961).

³⁵ Sulla lettura delle due norme costituzionali in combinato disposto si rinvia a F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, pp. 15 ss., 82 ss. Per una costruzione del sistema penale teleologicamente orientata agli scopi ed alle funzioni della pena v. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., *passim*; in argomento, con particolare riferimento al momento della commisurazione della pena, cfr. anche L. MONACO, *Prospettiva dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, 1984, *passim*.

quanto risulta dal materiale probatorio raccolto nel contraddittorio delle parti, veritieri 'oltre ogni ragionevole dubbio'³⁶ si può procedere all'accertamento del reato ed alla inflizione di una sanzione penale che abbia la pretesa di potere tendere alla rieducazione del reo e di poter aspirare a ribadire nei confronti degli altri consociati il giudizio di valore sotteso alla norma penale violata. Unicamente a tale condizione il condannato può riconoscere la decisione giudiziaria non come un atto di arbitrio decisionistico e potestativo nei suoi confronti, bensì come un mero atto cognitivo di accertamento³⁷, tenuto conto che «*plus nos connaissances sur les faits sont complètes, plus juste et adéquat à la situation sera le jugement*»³⁸.

L'assunto che la giustizia penale per non essere arbitraria debba basarsi su giudizi prevalentemente cognitivi (in fatto) e ricognitivi (in diritto) costituisce ad avviso di Ferrajoli (unitamente al più noto principio di stretta legalità) «il secondo elemento dell'epistemologia garantista»³⁹; d'altronde, come rileva Pulitanò, «gli esiti di giustizia, nell'ottica di ciascun singolo processo, dipendono innanzi tutto dalla 'verità' dell'accertamento»⁴⁰.

Una conferma ulteriore dell'importanza attribuita all'interesse alla ricerca della verità nel procedimento penale la si ricava anche dall'art. 112 Cost.; tale norma indirettamente impone il vaglio della veridicità, oltre che del materiale probatorio su cui si fondano le decisioni giudiziali, anche delle notizie acquisite dal pubblico ministero durante la fase delle indagini preliminari che lo conducono all'esercizio dell'azione penale.

Il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale sarebbe sostan-

³⁶ Per approfondimenti sulla tesi della necessità di assumere nel processo penale come standard probatorio *l'oltre ogni ragionevole dubbio*, si rinvia ai recenti e fondamentali lavori di F. STELLA, *Giustizia e modernità*, III ed., Milano, 2003; F. STELLA-M.C. GALAVOTTI, «*L'oltre il ragionevole dubbio*» come standard probatorio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 883 ss. Sul punto cfr. anche G. CANZIO, *L'oltre il ragionevole dubbio come regola probatoria e di giudizio del processo penale*, *ivi*, 2004, p. 303 ss.; F. D'ALESSANDRO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella revisione del processo*, *ivi*, p. 682 ss.

³⁷ Tale relazione tra verità, sentenza di condanna e reo, è evidenziata da P. FERRUA, *Processo penale e verità*, cit., p. 208. In argomento si veda anche un interessante lavoro di uno dei più illustri esponenti della filosofia ermeneutica contemporanea recentemente scomparso, P. RICOEUR, *L'atto di giudicare*, in P. RICOEUR, *Il giusto*, trad. it., Torino, 1998, p. 190.

³⁸ Così A. BARATTA-R. HOHMANN, *Vérité procédurale ou vérité substantielle?*, cit., p. 91.

³⁹ Cfr. in argomento L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 8 ss.

⁴⁰ D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, cit., p. 508.

zialmente eluso tutte le volte in cui l'esercizio della stessa si fondasse su dichiarazioni non veritiere che ostruiscano la corretta valutazione da parte del pubblico ministero dei fatti storici, aprendo la strada ad archiviazioni infondate od a rinvii a giudizio iniqui.

Infine, la più pregnante indicazione di rango costituzionale in tal senso, diversamente da quanto comunemente si reputa, può essere rinvenuta nel nuovo testo dell'art. 111 della Costituzione che ha introdotto il diritto-principio del contraddittorio per la formazione della prova⁴¹.

A tale ultimo riguardo si rende necessaria una breve digressione per analizzare il diverso atteggiarsi del rapporto verità-processo penale nell'ambito dei modelli processuali inquisitorio ed accusatorio; solo in tal modo può risultare agevole la comprensione del dato secondo cui realmente l'art. 111 Cost. ribadisce che tra i *τέλτοι* del processo figurino anche tale interesse.

3. *La ricerca della verità nei diversi sistemi processuali inquisitorio ed accusatorio. Il nuovo testo dell'art. 111 Cost. ed il chiarimento di un pericoloso equivoco*

Tradizionalmente si ritiene che il *processo inquisitorio* sia l'unico che per sua natura si propone come obiettivo esplicito il perseguimento *dell'accertamento della verità* dei fatti.

La segretezza delle indagini, la gestione delle medesime in via esclusiva da parte dello stesso magistrato che ne deve valutare i dati acquisiti, la concezione autoritaria della prova, la mancanza di qualunque limite all'utilizzo di mezzi di ricerca delle prove, la sovrapposizione del *contesto di ricerca* (fase delle indagini) e del *contesto di giustificazione*

⁴¹ Sulla doppia funzione del contraddittorio «di modalità tipica di esercizio del diritto di difesa dell'accusato e di strumento maggiormente affidabile di ricostruzione dei fatti, dedotti nella regidicanda», si veda S. MOCCIA, *Verità sostanziale e verità processuale*, cit., p. 430, il quale osserva ancora che la «valorizzazione della 'doppia anima' del contraddittorio emerge, in modo particolare, riflettendo sulla scelta, operata dall'intervento di revisione costituzionale, di collocare la regola del contraddittorio nell'ambito dell'art. 111 Cost., piuttosto che all'interno della previsione dell'art. 24 Cost.». Sul punto cfr. G. RICCIO, *Diritto al contraddittorio e riforme costituzionali*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 483 ss.; G. RICCIO-G. SPANGHER, *La procedura penale*, Napoli, 2003, p. 402 ss.; nonché C. CONTI, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. V, Milano, 2001, p. 629 ss.; A.A. DALIA-G. PIERRO, *Giurisdizione penale*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 1989, p. 15; P. TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1388 ss.

(fase dibattimentale), il fraintendimento del principio del libero convincimento di derivazione illuminista e l'assenza di ogni garanzia nei confronti dell'accusato, lasciano pensare che tale sistema processuale non abbia altra finalità al di fuori dell'accertamento della verità⁴².

In questo contesto *asimmetrico* di ispirazione fortemente autoritaria il fine della ricerca della verità travolge tutto e tutti e viene in rilievo nella sua assolutezza, *non ammettendo limitazioni* di alcun tipo all'attività investigativa di conoscenza dei fatti svolta dal magistrato. È come se esistesse una sorta di *'ossessione gnoseologica'* capace di trasformare il processo in un monologo del giudice, e di far immolare senza esitazioni sull'altare del valore sommo della *'verità assoluta'* ogni interesse diverso ed ogni principio minimo di garanzia dell'accusato⁴³.

Diversamente, si ritiene che il *modello accusatorio*, partendo da una concezione dialettica della prova⁴⁴, accolga l'idea di un processo non orientato al raggiungimento della verità, ma basato sulla mera contrapposizione dialogica, pubblica e paritaria delle parti e sulla *risoluzione del conflitto* per mano di un giudice terzo. In tale sistema proces-

⁴² Sui due modelli processuali si rinvia alle sempre attuali pagine di F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, cit., par. 848, p. 589 s.; nonché, a G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1988; G. ALESSI, voce *Processo penale (dir. intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 360 ss.; in argomento per una accurata ricostruzione delle ascendenze storiche di tali modelli, la cui differenza principale risiede nel fatto che «l'Hauptsache salta fuori da una domanda, o cresce lentamente, al buio, come un tumore» (p. 579), cfr. F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1981, *passim*, spec. p. 609 ss. In particolare, evidenzia come nei sistemi inquisitori sia stato (impropriamente) inteso il principio del libero convincimento del giudice in un'accezione 'irrazionale' ed 'intuizionistica' al fine di attribuire al magistrato poteri illimitati nella valutazione delle prove prescindendo da ogni regola normativa e dalla logica, M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., pp. 23 ss. e 66 ss. Per una serrata critica alla concezione irrazionale del libero convincimento si rinvia alle sempre suggestive pagine di F. CORDERO, *Diatriba sul processo accusatorio*, in *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 229 s.

⁴³ Chiarisce bene questo aspetto, asserendo che in tale contesto processuale la «prova si risolve in una operazione solitaria della mente», G. DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in *Scritti in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, a cura di M.C. Bassiouni, A.R. Latagliata e A.M. Stile, II, *Politica criminale e criminologia. Procedura penale*, Milano, 1991, p. 203; A. GIULIANI, voce *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 522.

⁴⁴ Sottolineano bene il legame tra differenti ideologie probatorie (autoritaria e dialettica) e modelli processuali (inquisitorio e accusatorio), A. DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto di difesa*, cit., p. 21 ss.; G. UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, p. 302 ss.

suale c.d. *isonomico* è come se ci si accontentasse di un processo incentrato non sulla valutazione della realtà storica, altresì sull'accertamento *formale* dei fatti così come emergono in contraddittorio nel libero gioco delle parti ⁴⁵.

Il modello accusatorio imperniato sul contraddittorio *appare*, dunque, sotto questo profilo un metodo euristico *incapace* da un punto di vista epistemologico *di approdare alla conoscenza della verità* ed in grado, esclusivamente, di garantire il rispetto del diritto di difesa dell'indagato e dell'imputato ⁴⁶.

L'estraneità dell'interesse alla ricerca della verità si desumerebbe, peraltro, dall'esistenza nel processo accusatorio di molteplici *filtri* e regole per l'attività del giudice riguardo all'utilizzabilità dei mezzi di ricerca della prova e dei mezzi di prova, vincoli che ovviamente non esistono nel processo marcatamente autoritario delineato dal modello inquisitorio ⁴⁷.

In realtà, come da tempo va sostenendo con incisivi argomenti Paolo Ferrua, tale duplice convinzione, che l'inquisitorio ricerchi la verità materiale mentre l'accusatorio si accontenti della mera verità formale, deve essere *smentita* in quanto del tutto *infondata*.

Per quanto concerne il primo assunto (inquisitorio = ricerca della verità materiale) si deve rilevare che questo è solo parzialmente vero, se non del tutto falso. Il modello *inquisitorio puro*, tipico dei tribunali medievali e di alcuni tribunali di stati totalitari, infatti, proprio per inseguire l'ideale dell'accertamento di una verità assoluta, oggettiva, svincolata da ogni tipo di regole quanto alla sua ricerca ed al suo oggetto (non delimitato dall'ipotesi accusatoria), finiva, da un lato, col risultare utopico e, dall'altro, col produrre *esiti nefasti e contrari alle sue stesse pretese* ⁴⁸.

Una prova per tutte della sua deriva rispetto agli obiettivi che si prefiggeva e della caduta in termini di garanzie che generava era quella

⁴⁵ Mette bene in luce come uno dei tratti distintivi tra i due sistemi processuali sia costituito dal ruolo assunto dalla contesa tra le parti (nullo o minimo nel sistema inquisitorio puro ed in quello misto; centrale in quello accusatorio), F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, p. 11. Sul punto cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, cit., par. 843, p. 586 s.

⁴⁶ Sulla svalutazione sotto il profilo epistemologico del contraddittorio come metodo si veda E. AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1422; *contra* cfr. P. FERRUA, *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, cit., p. 403; *Id.*, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, cit., p. 47 ss.

⁴⁷ S. CHIARLONI, *Processo civile e verità*, cit., p. 505 s.

⁴⁸ Evidenzia il carattere «pericolosamente utopico» del sistema inquisitorio «ambiziosamente teso al traguardo della verità oggettiva, assoluta», P. FERRUA, *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1466.

della legittimazione, come strumento di acquisizione della prova, della tortura dell'indagato nella speranza di poter ottenere dallo stesso la confessione, ritenuta sempre *optima regina probationum*⁴⁹. La tortura, invero, come già rilevava due secoli or sono Mario Pagano in una sua opera postuma⁵⁰, il più delle volte invece di consentire di pervenire ad una decisione del processo fondata sulla verità, conduceva all'esito opposto, dal momento che nella prevalenza dei casi la confessione 'estorta' risultava falsa in quanto rilasciata al solo scopo di sottrarsi alle terribili sofferenze minacciate dagli inquisitori⁵¹.

Né tanto meno il modello *inquisitorio misto* utilizzato nel codice di procedura penale del 1930 impediva il verificarsi di simili *distorsioni*: basti pensare alla minaccia allora esistente dell'arresto in udienza del (preteso) falso testimone, falso perito o falso interprete che si traduceva – analogamente alla tortura – anziché in uno strumento per ottenere una ricostruzione dei fatti quanto più possibile aderente alla realtà passata, in uno stimolo a dichiarare il falso per evitare il carcere.

Altrettanto infondata appare l'altra asserzione complementare: 'contraddittorio *versus* ricerca della verità oggettiva'⁵².

⁴⁹ A tal proposito, rileva perspicuamente A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, p. 185, che la tortura ha costituito nel passato «il tentativo spregiudicato di superare i limiti di una verità probabile, allo scopo di accertare la verità reale». Sul deleterio uso strumentale della tortura cfr. anche M. SBRICCOLI, «*Tormentum idest torquere mentem*». *Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in *La parola all'accusato*, a cura di J.C. Maire Vigueur e A. Paravicini Bagliani, Palermo, 1991, p. 17 ss.; P. FIORELLI, voce *Confessione (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, p. 869 ss. Analoghi rilievi critici, da ultimo, si trovano formulati in A. DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, cit., p. 15.

⁵⁰ F.M. PAGANO, *Principj del codice penale e logica de' probabili*, Ristampa anastatica dell'edizione napoletana del 1819, Padova, 1997, pp. 153 e 157, il quale nel Capo XIII intitolato *Della confessione estorta nè tormenti* osservava che «se dalla spontanea e semplice confessione non può nascer la piena dimostrazione, qual forza avrà quella che una feroce e barbara tortura, o l'angustie, o l'orror di un oscuro criminale strappa di bocca ad un infelice, che a confusi accenti del dolore mischia le voci della menzogna. [...]».

Cosiffatta confessione è espressione del dolore, non già l'indizio della verità. Qual rapporto ha il dolore colla verità?».

⁵¹ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 601, il quale analizzando il modello inquisitorio rileva criticamente come questo sia funzionale alla ricerca della verità a prescindere dal contraddittorio, «privilegiando tecniche sbrigative a basso costo: perciò i più ottusi difendono la tortura, ancora nel tardo Settecento ... e contare testimoni costa meno fatica d'uno spesso inconcludente vaglio critico sulle cose».

⁵² In argomento, sull'erroneità dell'equazione contraddittorio = ricerca della verità meramente formale, cfr. P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo pe-*

Una prima indicazione in tal senso la si evince da una lettura 'tra le righe' della tanto nota, quanto criticata, pronuncia della Corte Costituzionale n. 255 del 1992 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 500, quarto comma, c.p.p. originaria formulazione nella parte in cui non prevedeva l'acquisizione nel fascicolo per il dibattimento, se già utilizzate per le contestazioni previste dal primo e secondo comma, delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero. In questa sentenza, tra le altre cose, è stato affermato che nel nuovo modello processuale di stampo prevalentemente accusatorio «*fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità* in armonia con i principi della Costituzione»⁵³. Ciò perché, se ai sensi dell'art. 2 della Costituzione la Repubblica ha l'obbligo di garantire i diritti inviolabili dell'uomo, presupposto di tale garanzia in sede giurisdizionale è un accertamento dei fatti il più possibile conforme alla realtà storica⁵⁴.

Questa pronuncia, sancendo l'esistenza anche nel processo accusatorio di un interesse primario alla ricerca della verità, era stata, però oggetto di dure *critiche* da parte di quanti, memori dei disastri che in nome di questa ricerca sono stati perpetrati nel passato, vedevano nella estraneità di tale interesse rispetto agli scopi del processo la principale conquista in termini garantistici del sistema accusatorio rispetto a quello inquisitorio.

Senonché va sgomberato il campo da un equivoco, in quanto la sentenza in questione non doveva essere criticata a causa di tale affermazione, bensì per aver demolito, in nome del principio di non dispersione della prova, uno dei pilastri del sistema accusatorio (l'inefficacia probatoria delle dichiarazioni rese durante la fase delle indagini preliminari) attraverso il quale si garantiva che il processo tendesse proprio alla *ricerca della verità storica dei fatti*⁵⁵.

nale, cit., p. 47; ID., *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, cit., p. 1466.

⁵³ Si veda Corte Cost., 3 giugno 1992, n. 255, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1961 ss. e in *Cass. pen.*, 1992, p. 2022, con nota di F.M. IACOVELLO, *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte Costituzionale*. Per delle osservazioni critiche su tale sentenza si rinvia a P. FERRUA, *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, cit., p. 1455 ss.; G. ILLUMINATI, *Principio di oralità e ideologie della Corte Costituzionale nella motivazione della sentenza n. 255 del 1992*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1973 ss.

⁵⁴ In argomento cfr. L.G. LOMBARDO, *Ricerca della verità e nuovo processo penale*, cit., p. 757.

⁵⁵ Su questo aspetto si veda V. MAIELLO, *Il contraddittorio nella Costituzione: una riforma tra politica, diritto penale e processo*, in *Crit. dir.*, 1999, pp. 200 e 209. Affronta tali problemi anche ANT. NAPPI, *Principio di legalità, modello accusatorio e resistenze giurisprudenziali*, cit., p. 164.

Come ha rilevato con grande lucidità Ferrua «l'aspetto più desolante» e paradossale della vicenda è che la sentenza della Corte Costituzionale abbia travolto, in nome dell'interesse all'accertamento della verità, proprio quelle disposizioni in materia di inutilizzabilità di dichiarazioni extra-dibattimentali che erano poste a presidio del medesimo interesse, «sul presupposto per nulla irragionevole della sostanziale inaffidabilità del materiale raccolto unilateralmente» dal pubblico ministero⁵⁶.

Non si può allora, ed anzi non si deve, negare che il 'giusto processo' fondato sul contraddittorio accoglie tra i suoi fini quello della ricerca del vero, dal momento che l'esigenza cognitiva e le ambizioni euristiche all'accertamento della verità costituiscono una fondamentale condizione perché una decisione possa risultare giusta, oltre che sotto il profilo giuridico-procedurale (è giusta ogni decisione adottata secondo le regole previste dalla legge), anche sotto quello 'metateorico' della effettiva corrispondenza dell'enunciato del giudice al fatto storico (in tal senso è giusta solo quella decisione che, adottata nel rispetto delle regole del rito, condanna il colpevole)⁵⁷.

A ragionare diversamente e condividendo la massima 'contraddittorio *versus* verità', si finisce per regalare al sistema inquisitorio «il monopolio e, quindi, il privilegio della verità»⁵⁸, ma «lasciare il valore della verità al processo inquisitorio, che lo persegue in un contesto autoritario, chiuso al dialogo e con forti restrizioni alle libertà fondamentali, è un grave errore, di cui approfittano i nemici del contraddittorio»⁵⁹.

Né tanto meno si può dire, come si è anticipato in chiusura del precedente paragrafo, che il nuovo testo dell'art. 111 della Costituzione, così come riformulato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, e la (conseguente) nuova disciplina dettata in materia di utilizzabilità delle dichiarazioni rese dai testimoni al di fuori della fase dibattimentale (l'art. 500, quarto comma, c.p.p. riformulato dall'art. 16 della legge n. 63 del 2001), abbiano sancito l'estraneità al processo penale dell'interesse alla conoscenza della verità materiale.

Una simile affermazione è l'esito di una interpretazione *riduttiva*

⁵⁶ Così P. FERRUA, *Processo penale e verità*, cit., p. 215.

⁵⁷ Parla di una doppia tipologia di parametri per valutare la 'giustizia' di una sentenza, rispettivamente in senso strettamente giuridico ed in senso metateorico, P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 69; Id., *Processo penale e verità*, cit., p. 207 s.

⁵⁸ Così, molto incisivamente, P. FERRUA, *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, cit., p. 403.

⁵⁹ Testualmente, ancora P. FERRUA, *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, cit., pp. 1464, spec. 1467.

del significato del contraddittorio come espressione unicamente del diritto individuale di difesa. *Il contraddittorio* (soprattutto inteso nel 'senso forte' dell'art. 111 della Cost., come contraddittorio non 'sulla prova', ma 'per la prova') invero è *qualcosa di più di un mero diritto soggettivo*. È *anche* l'espressione del diritto di difesa; ma è *prima ancora*, a livello assiologico, il principio guida per lo svolgimento del dibattimento e per la corretta formazione delle decisioni giudiziarie.

Il contraddittorio è, dunque, anche un *metodo euristico*, un *criterio* di ricostruzione dei fatti storici espressivo di un interesse alla ricerca della verità; anzi è forse il metodo (nel presupposto della fallibilità di ogni metodo) che meglio di ogni altro consente di accostarsi alla realtà.

Questa dimensione ulteriore del contraddittorio è stata anche espressamente ribadita dalla Corte Costituzionale in due recenti pronunce relative, rispettivamente, al problema della testimonianza indiretta della polizia giudiziaria, la sentenza n. 32 del 2002, ed al problema della utilizzabilità come prova delle dichiarazioni utilizzate per le contestazioni, l'ordinanza n. 36 del 2002. Nella prima la Corte ha affermato che con l'art. 111 Cost. «il legislatore ha dato formale riconoscimento al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio», sicché non si può «attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi»⁶⁰; mentre con l'ordinanza n. 36 del 2002 ha chiarito ulteriormente che con l'art. 111 Cost. è stato «espressamente attribuito risalto costituzionale al principio del contraddittorio, anche nella prospettiva della impermeabilità del processo, quanto alla formazione della prova, rispetto al materiale raccolto in assenza della dialettica delle parti»⁶¹.

Facendo leva su questa seconda accezione, tutt'altro che marginale, del principio del contraddittorio, si riesce a dimostrare agevolmente anche la fallacia di quelle osservazioni (fatte proprie anche dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza 255 del 1992) che lo reputavano un ostacolo alla ricerca della verità; tali rilievi critici erano legati ad una

⁶⁰ Così Corte Cost., sent. 26 febbraio 2002 n. 32, con nota di R. GIANNUZZI, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: un ritorno al passato nell'attuazione del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 820 ss.; in argomento v. anche più approfonditamente P. FERRUA, *La Corte Costituzionale promuove la "regola d'oro" del processo accusatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 401 ss.

⁶¹ Così Corte Cost., ord. 26 febbraio 2002, n. 36, in *Giur. cost.*, 2002, p. 320 ss. con nota di G. SPANGHER, *I precedenti investigativi discordanti al primo vaglio del "giusto processo"* e di S. BUZZELLI, *Contraddittorio e contestazioni nell'esame testimoniale: una sbrigativa ordinanza della Corte Costituzionale*; in argomento cfr. ancora P. FERRUA, *La Corte Costituzionale promuove la "regola d'oro" del processo accusatorio*, cit., p. 401 ss.

sua *interpretazione minima* come mero diritto di difesa e come intralcio, quindi, alla ricerca del vero⁶².

Si deve allora esaltare questa altra dimensione del contraddittorio come metodo euristico ed «insistere sull'alleanza contraddittorio e ricerca della verità», evidenziando, di contro, come il sistema asimmetrico, unilaterale, monologante e segreto di ricostruzione dei fatti di stampo inquisitorio, invece di appagare le aspirazioni alla conoscenza oggettiva della realtà dei fatti, finisce per frustrarle⁶³.

Una *conferma* della razionalità rispetto allo scopo (ricerca della verità) del contraddittorio-metodo (inteso, cioè, come strumento cognitivo e non come diritto di difesa dell'accusato) si evince anche, come già anticipato, *da settori 'altri' del sapere scientifico*: le discipline scientifiche come la matematica, la fisica, la medicina, e così via, che per loro stessa natura aspirano alla ricerca del vero ed al rinvenimento di conclusioni epistemologicamente fondate, utilizzano, infatti, come criterio di ricerca il contraddittorio, facendo derivare la certezza delle loro asserzioni dal meccanismo della verifica delle ipotesi attraverso la confutazione.

Il *'giusto' processo* costituzionalmente garantito, proprio perché richiede che le prove utili per la decisione finale da parte del giudice terzo ed imparziale si formino in dibattimento (salvo le espresse eccezioni indicate dalla legge) tramite la contrapposizione dialettica e paritaria delle parti, e non in una fase predibattimentale condotta unilateralmente dal giudice istruttore, rappresenta un *veicolo ideale per avvicinarsi alla verità storica dei fatti*; nessun modello processuale, anzi, più di quello accusatorio fondato sulla regola del contraddittorio e sul relativo corollario della falsificabilità delle reciproche asserzioni, favorisce meglio il processo circolare di approssimazione e di aderenza delle ipotesi interpretative elaborate nello svolgimento del giudizio alla realtà storica dei fatti così come sono (irrepetibilmente) accaduti⁶⁴.

Tale capacità funzionale del contraddittorio di andare oltre gli interessi delle parti e di tendere all'accertamento della verità è espressa nitidamente dalla disciplina dettata per la prova testimoniale. Come rileva ancora Ferrua, l'idea della *crossing examination* del teste, prima da

⁶² Si vedano le pregnanti osservazioni sulla duplice valenza del contraddittorio di P. FERRUA, *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, cit., p. 403 s.; ID., *Contraddittorio e verità nel processo penale*, cit., p. 49 ss.

⁶³ La funzione conoscitiva del contraddittorio veniva ben evidenziata già da M. MASSA, *Contributo allo studio del giudizio di primo grado*, Napoli, 1961, *passim*.

⁶⁴ In tal senso si esprime A. BALSAMO, *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali*, cit., p. 387. In generale sulla funzione di garanzia assoluta dal contraddittorio inteso come metodo di ricerca, si veda L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 8 ss.

parte di che ne ha chiesto l'esame per *modus ponens* (esame diretto) e poi dell'antagonista per *modus tollens* (contro-esame funzionale a screditarlo), delineando un contesto in cui si vengono a trovare due 'parzialità che si fronteggiano' in uno scontro isonomico, dialettico e ritualizzato sotto il controllo di un terzo impegnato a censurarne gli eccessi, garantisce l'approssimazione alla realtà meglio di qualunque altro criterio, dal momento che consente al giudice di raggiungere, grazie al contributo delle parti, un approfondimento critico delle dichiarazioni rese sui fatti dalla persona esaminata e di poterle così valutare «con un distacco e una lucidità che gli sarebbero precluse se ne fosse il protagonista»⁶⁵.

Pur tuttavia, nonostante l'esplicito riconoscimento anche a livello costituzionale del principio-diritto del contraddittorio nella formazione della prova e della funzione cognitiva del processo penale, non si può tacere che la realtà odierna sia incanalata su binari ben diversi.

Il processo penale sta lentamente abbandonando l'obiettivo principale della ricostruzione veritiera dei fatti storici per accogliere i più modesti fini della *deflazione dei carichi giudiziari e della composizione patteggiata (e premiata) del conflitto tra le parti*. A partire dall'entrata in vigore del codice di rito del 1988, infatti, la progressiva espansione dei riti negoziali, in particolare del patteggiamento, di un rito vale a dire privo di oralità e di un contraddittorio per la prova⁶⁶, è andata acuendo vieppiù il costante allontanamento del nostro processo penale dalla logica e dalle funzioni del modello del sistema accusatorio.

Come rileva con la consueta incisività Sergio Moccia «l'insofferenza per la cronica lentezza del nostro processo, per l'enorme carico penale, si è spinta al punto da rendere accettabile, anzi allettante qualunque rimedio idoneo a garantire l'accelerazione dei tempi processuali, lo sfoltimento dell'arretrato giudiziario. (...) L'imperante visione negoziale del processo determina (...) pericolose cadute del sistema delle garanzie, accentuando una progressiva svalutazione della dimensione 'cognitiva' del processo, inteso come tecnica di accertamento dei fatti fondata sul contraddittorio» e sancendo una «fuga dalla 'cultura della prova'»⁶⁷.

Come se ciò non bastasse, le garanzie previste dal contraddittorio nel processo di ricerca (*recte*: approssimazione al) del vero, sono state di recente ulteriormente obliterate (se non proprio mortificate) dal le-

⁶⁵ Così P. FERRUA, *Processo penale e verità*, cit., p. 212; Id. *Contraddittorio e verità nel processo penale*, cit., p. 77 s.

⁶⁶ Sui rapporti antagonisti tra funzione del patteggiamento e funzione cognitiva del processo fondata sul contraddittorio per la prova, si veda V. MAIELLO, *Fuga dalla sanzione e postmodernità penalistica*, in AA.VV., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, p. 115 ss.

⁶⁷ Così S. MOCCIA, *Verità sostanziale e verità processuale*, cit., p. 425.

gislatore ordinario nel momento in cui, invece di ripensare il patteggiamento ne ha esteso la applicabilità anche ai reati medio-gravi⁶⁸. Appare evidente la *distonia tra questo rito alternativo e l'interesse alla ricerca della verità*, poiché il *patteggiamento*, a differenza del processo incentrato sul contraddittorio per la formazione della prova, resta una procedura essenzialmente *anticognitiva* che si disinteressa della realtà dei fatti storici (dal momento che non accerta la responsabilità e la colpevolezza dell'accusato, ma si limita solo a valutare l'assenza di eventuali cause di esclusione della punibilità), riesumando l'idea del processo come mero strumento di risoluzione dei conflitti⁶⁹.

4. *Il problema della verità nel processo: verità processuale versus verità materiale*

La dimostrazione dell'importanza assunta all'interno del processo dalla attività di ricerca della verità, non risolve ed esaurisce, invero,

⁶⁸ Sul c.d. patteggiamento allargato introdotto con la modifica dell'art. 444 e 445 dalla l. 12 giugno 2003, n. 134, si rinvia a P. FERRUA, *Patteggiamento allargato, legge tre volte irrazionale*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 29, p. 9.

⁶⁹ La natura anticognitiva della sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 444 c.p.p., e la sua «differenza radicale» rispetto alla sentenza di condanna ordinaria, sono state ripetutamente evidenziate dalla Suprema Corte; in tal senso si vedano Sez. Un., 8 maggio 1996, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3579; Sez. Un., 26 febbraio 1997, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1229; Sez. Un., 28 maggio 1997, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3341 ss. In dottrina, per delle pregnanti osservazioni critiche relativamente alla funzione anticognitiva dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, si vedano i lavori di G. LOZZI, *Il patteggiamento e l'accertamento di responsabilità: un equivoco che persiste*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1396 ss.; Id., *Una sentenza sorprendente in tema di patteggiamento allargato*, *ivi*, 2004, p. 671 ss.; P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 75 ss.; Id., *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, cit., p. 401; D. PULITANO, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, cit., p. 518 s.; nonché, per un diverso ordine di idee, si veda A. FURGIUELE, *L'applicazione di pena su richiesta delle parti*, Napoli, 2000, pp. 125 ss. e 171 ss. Più in generale, per delle critiche nei confronti dell'odierno volto del sistema processuale penale deformato dai riti alternativi, si veda sempre di G. LOZZI, *La realtà processuale penale, ovvero il "modello perduto"*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 1097 ss.; Id., *Il giusto processo e i riti speciali deflativi del dibattimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1159 ss. Per una diversa ed originale interpretazione del giudizio abbreviato come rito compatibile con il sistema accusatorio e che «aspira a diventare ordinario» per i «conflitti di dimensione meno elevata», si veda G. RICCIO, *Itinerari culturali e premesse di metodo per la riscoperta del modello processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1325 ss.; nonché V. MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 2004, spec. p. 48 s.

tutti i problemi relativi al rapporto tra verità e processo. Una volta dato per assunto che il processo (soprattutto quello accusatorio) *persegue tale obiettivo* resta da capire se la verità che esso *in concreto accerta*, la c.d. *verità processuale o formale*, sia la stessa cosa della *verità materiale o oggettiva* dei fatti o non sia, invece, qualcosa di diverso⁷⁰. In altre parole, si deve accertare se l'obiettivo ed il risultato del processo penale coincidono oppure divergono.

È opinione diffusa che il processo non riesca mai a raggiungere la verità materiale, quella che esiste al di fuori del processo e che consiste nella corrispondenza di un enunciato linguistico con la realtà esterna del mondo (c.d. 'concezione semantica' della verità)⁷¹, mentre si limiti a conseguire, grazie alle fonti di prova ammesse dalla legge, la mera *verità formale*. Ciò sarebbe confermato dal fatto che ogni tipo di processo, qualunque modello si utilizzi, conosce dei limiti a tale ricerca rappresentati o da regole relative alla assunzione del materiale probatorio (si pensi al principio del dispositivo nel processo civile o alle norme sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni pre-dibattimentali nel processo penale) o da un sistema di prove legali: le prime impediscono, infatti, al giudice di potere tener conto di alcune evidenze probatorie utili per una completa ed aderente ricostruzione dei fatti alla realtà; le seconde, al contrario, impongono al giudice di valutare necessariamente in un determinato modo alcune prove prescindendo dalla verifica della loro veridicità.

Insomma, nel processo, a causa della sua stessa struttura e delle sue regole di accertamento, si finisce per attribuire la qualifica di *formalmente vero* a ciò che è stato *accertato dal giudice* con una sentenza passata in giudicato, indipendentemente dalla effettiva corrispondenza del suo contenuto con la verità storica: l'accertamento dei fatti è cioè *vero* solo perché *promana dall'autorità giudiziaria in base a regole legalmente predeterminate*⁷².

La suddetta distinzione tra verità processuale e verità materiale è andata, però, incontro a dei rilievi critici che hanno provato a metterne in evidenza l'insostenibilità, cercando di dimostrare come tra le due

⁷⁰ Sul punto si rinvia a S. MOCCIA, *Verità sostanziale e verità processuale*, cit., p. 423 ss.

⁷¹ Sulla nozione della verità come corrispondenza di una proposizione ai fatti si rinvia a G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, cit., p. 9 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 21 ss. e, soprattutto, al lavoro ivi costantemente richiamato di A. TARSKI, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica* (1944), trad. it. a cura di A. Meotti, in *Semantica e filosofia del linguaggio*, a cura di L. Linsky, Milano, 1969, p. 27 ss.

⁷² In argomento si rinvia per tutti al recente lavoro di J.F. BELTRÁN, *Prova e verità nel diritto*, cit., p. 71 ss.

verità non esista alcuno scarto. Basti per tutti ricordare le parole di Carnelutti sul problema della pretesa differenza della verità processuale rispetto a quella materiale: «Non si tratta qui che di una metafora; nella sostanza è affatto agevole osservare come la verità non possa essere che una, onde la verità formale o giuridica o non coincide con la verità materiale, e non è verità, o ne diverge, e non è che una non verità. (...) la verità è come l'acqua: o è pura, o non è verità»⁷³.

Questo orientamento risulta errato secondo altra parte della dottrina per due ulteriori ordini di ragioni: sotto un primo profilo, perché è incentrato sull'assunto, non motivabile ed irrazionale, che solo fuori dal processo è possibile conseguire quella verità reale che per misteriose ragioni il giudice (pur seguendo percorsi cognitivi diversi rispetto allo scienziato e allo storico⁷⁴) non può raggiungere, dimenticando invece che la realtà passata in nessun ambito della conoscenza può essere (ri)conosciuta (o meglio ancora: (ri)costruita) dall'interprete nello stesso identico modo; sotto altro profilo, perché risulta non giustificato il presupposto da cui esso muove: la *sopravalutazione dell'impatto limitativo che le regole processuali* possono avere sulla conoscenza dei fatti da parte del giudice. In tal modo, infatti, si finisce col non tenere conto che molto spesso proprio tali regole, come ad esempio il principio del contraddittorio, contribuiscono nell'ambito di sistemi processuali accusatori come quelli odierni incentrati sul principio del libero convincimento (inteso in un'accezione 'razionale') di un giudice terzo a far sì che la decisione giudiziaria sia quanto più aderente possibile alla verità dei fatti⁷⁵.

In realtà né l'una né l'altra delle due tesi contrapposte sembra cogliere nel segno. Come ha rilevato Luigi Ferrajoli nel suo fondamentale lavoro *Diritto e ragione*, l'ipotesi (peraltro, da lui stesso auspicata) che l'attività giudiziaria consista in una mera cognizione dei fatti accaduti nella realtà ed in una ricognizione delle norme penali al fine di

⁷³ Così F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 29 s.

⁷⁴ Sulle analogie e le differenze intercorrenti tra il giudice e lo storico, cfr. P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico* (1939), ora in *Opere giuridiche*, vol. I, cit., p. 393 ss.; G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, cit., p. 63; K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, cit., p. 72 ss.; nonché, per un quadro chiaro e sintetico, M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., pp. 44 ss., spec. 49.

⁷⁵ Cfr. in argomento G. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1193 ss.; M. TARUFFO, *Presentazione a J.F. BELTRÁN, Prova e verità nel diritto*, cit., p. 9. Sulla funzione garantista assolta dal principio del libero convincimento nei sistemi penali di stampo accusatorio, si veda M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., pp. 18-19.

accertarne la applicabilità agli stessi rappresenta «un modello-limite in larga misura ideale perché di fatto mai realizzato e mai pienamente realizzabile. (...) L'idea di un perfetto sillogismo giudiziario che consenta la verifica assoluta dei fatti legalmente punibili corrisponde (...) a un'illusione metafisica»⁷⁶. Il concetto meccanicistico dell'applicazione avalutativa della legge da parte di un giudice *Subsuntion-machine*, ben espressa dalla celebre frase di Montesquieu «*les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des être inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*», ha un carattere puramente utopistico e contrasta anche con l'epistemologia garantista, in quanto momenti valutativi favorevoli al reo sono tutt'altro che incompatibili col modello processuale garantista (si pensi per tutti al rifiuto di una concezione del reato meramente formale come corrispondenza del fatto verificatosi alla lettera della fattispecie incriminatrice ed all'accoglimento di una concezione sostanziale dell'illecito penale che impone di non arrestarsi ad un simile giudizio di sussunzione e di procedere oltre verificando l'effettiva offesa o messa in pericolo del bene giuridico tutelato). Insomma, la verità processuale non corrisponde e non può corrispondere alla verità oggettiva.

Se questa pretesa corrispondenza effettiva della verità processuale con quella oggettiva costituisce un'utopia, non si può d'altro canto negare che, allo stesso tempo, essa rappresenta, e deve rappresentare, come si è già rilevato in precedenza, un ideale regolativo innegabile del processo anche se mai pienamente raggiungibile, ma solo approssimabile⁷⁷; rinunciare a ciò significherebbe aprire le porte ad una pregiudiziale anticognitiva del processo e ad una legittimazione del decisionismo potestativo giudiziario⁷⁸.

La *verità processuale* è la risultante della somma della *verità fattuale* (che scaturisce dall'accertamento per via induttiva sulla base dei dati probatori che Tizio ha (o non ha) commesso colpevolmente il fatto) e della *verità giuridica* o di diritto (che scaturisce dalla ricognizione che il fatto è previsto dalla legge come reato) e si risolve, secondo la concezione semantica di Tarski, nella corrispondenza dell'enunciato alla realtà dei fatti (l'assunto «la neve è bianca» è vero solo se nella realtà la neve è bianca)⁷⁹.

Nel processo l'idea della verità come corrispondenza alla realtà è, invero, più debole che in altri campi del sapere per diversi ordini di ragioni: in primo luogo la scienza accerta la veridicità di una proposizio-

⁷⁶ Così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 10.

⁷⁷ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 19 e 23.

⁷⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 20.

⁷⁹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 21.

ne fattuale attraverso un esperimento, attraverso quindi un fatto *presente*, mentre nel processo ci si limita ad accertarla attraverso le prove, vale a dire tramite una ricostruzione *induttiva* e *probabilistica* di una ben precisa condotta *passata* ed *irripetibile*⁸⁰. Ancor più lontano dal modello della verità come corrispondenza è la verità delle proposizioni giuridiche; questa si accerta tramite un processo classificatorio di sussunzione del fatto concreto nella norma astratta che richiede sempre, a causa della endemica carenza di precisione delle fattispecie, un minimo di *attività valutativa* e *discrezionale* da parte dell'interprete.

Altro tratto distintivo è costituito dal fatto che *il giudice*, per quanto si sforzi di essere obiettivo, è *sempre condizionato* «dalle circostanze ambientali in cui opera, dai suoi sentimenti, dalle sue inclinazioni, dalle sue emozioni, dai suoi valori etico-politici»; «in ogni suo giudizio, insomma, è sempre presente una certa dose di pregiudizio»⁸¹. Sebbene ciò sia comune anche alla ricerca storica e, parzialmente, all'indagine scientifica, il dato che rende più grave la presenza di tale pregiudizio nell'attività di accertamento processuale è che mentre negli altri campi le ipotesi false sono capaci di auto-correzione, nonché passibili di confutazione, nella giurisdizione ciò non avviene (salvo il 'rimedio' estremo della revisione)⁸². «Il giudice è infatti un ricercatore *esclusivo*, nel senso che la sua competenza a indagare e giudicare è a lui riservata dalla legge: sicché (...) le sue interpretazioni dei fatti e delle leggi non possono essere falsificate da ipotesi interpretative più adeguate e controllate, e sono anzi consacrate, alla fine del processo, dall'autorità della 'cosa giudicata' (*res iudicata pro veritate habetur*). Conseguentemente l'errore giudiziario, a differenza di quello storiografico o di quello scientifico, non è mai fecondo»⁸³.

Infine, la verità processuale diverge maggiormente dal modello ideale della verità come 'corrispondenza' perché, «diversamente da quanto accade in ogni altra attività conoscitiva, sia la verità fattuale delle tesi di fatto e delle allegazioni probatorie che la verità giuridica delle tesi di diritto e delle interpretazioni delle leggi sono predicabili giurisdizionalmente a condizione che siano osservate regole e procedure che ne disciplinano l'accertamento, e che imprimono a entrambe un carattere *autoritativo* e convenzionale in contrasto con quello della

⁸⁰ Sul punto si rinvia a G. DE LUCA, *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in *Scuola pos.*, 1965, p. 43.

⁸¹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 29 s.

⁸² Si rinvia al riguardo ancora una volta a M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., pp. 43 ss. e 75 ss., il quale mette bene in luce come «le ideologie dell'interprete» e, ancora più in generale, la sua intera personalità condizionino in modo inevitabile il momento della decisione.

⁸³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 31.

mera corrispondenza»⁸⁴. Nel processo *il giudice non è, cioè, libero* come negli altri campi del sapere nella sua attività euristica, ma deve rispettare regole e principi di acquisizione, di utilizzabilità e di giudizio prefissate normativamente dal legislatore.

Ciò nonostante anche nel processo non si può rinunciare al modello semantico della *verità come corrispondenza* della proposizione linguistica alla realtà empirica, preferendo ad esso le teorie della *verità come coerenza* o della *verità come accettabilità giustificata*⁸⁵.

Per poter legittimare le decisioni giudiziarie non è sufficiente che esse risultino coerenti con le funzioni di prevenzione e di sicurezza proprie del diritto penale, o che riscuotano il consenso della collettività: «neanche una larghissima maggioranza, neanche la totalità dei consensi possono giustificare che si accetti come presupposto di una decisione penale una tesi non provata o non provabile. Non si può sacrificare la libertà di un uomo di cui non sia stata verificata la responsabilità penale né all'interesse né alla volontà di tutti. (...) Nel diritto penale, la sola giustificazione accettabile delle decisioni è quella rappresentata dalla verità dei loro presupposti giuridici e fattuali, intesa verità proprio nel senso di 'corrispondenza' il più possibile approssimativa della motivazione alle norme applicate ai fatti giudicati»⁸⁶.

Eppoi proprio la peculiarità del processo penale in cui i giudizi di condanna, una volta passati in giudicato, divengono irrevocabili, impone di non poter rinunciare 'all'illusione' della corrispondenza degli enunciati contenuti nella condanna alla realtà dei fatti storici. Senza tale *fictio* sarebbe impossibile giustificare e spiegare la stessa pretesa punitiva, nonché la concreta inflizione della pena⁸⁷.

In sintesi, si vuole dire che la verità processuale non coincide sempre con la verità materiale e storica dei fatti ma, più semplicemente, che lo scopo ideale del processo è quello di approssimarsi *secondo prefissate regole* garantiste, alla realtà passata.

Il giudice, infatti, può solo operare affinché le due realtà coincida-

⁸⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 33.

⁸⁵ In tal senso si veda P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, cit., p. 60, il quale afferma che le teorie coerentiste e pragmatiste non rappresentano proposte di analisi della nozione di verità, bensì proposte di criteri epistemici per giudicare vero un enunciato (vero, appunto, nel senso di corrispondenza ai fatti).

⁸⁶ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 43.

⁸⁷ Cfr. ancora P. FERRUA, *op. ult. cit.*, p. 74, ad avviso del quale «l'aspirazione alla verità oggettiva può assumere rilievo solo all'interno delle scelte e delle valutazioni affidate alla discrezionalità del giudice; negli spazi irriducibili del libero convincimento, nell'interpretazione delle norme, mai come mezzo di adattamento o di eversione delle regole generali».

no acquisendo fonti di prova secondo quanto stabilito dalla legge, ma ciò non esclude che nella valutazione delle stesse, come in ogni atto del pensiero, si insinuino componenti irrazionali ed eventuali errori⁸⁸. Così, nell'ipotesi in cui emergano nuove prove che contraddicano la precedente sentenza di condanna passata in giudicato rendendo possibile procedere alla revisione del processo, non si può dire che la sentenza vera allora è divenuta ora falsa ed ingiusta, ma semplicemente si dirà «che si è raggiunta la prova di un'originaria ingiustizia o falsità, indecifrabile al momento di emanazione della sentenza»⁸⁹.

Alla luce di quanto sinora esposto si può concludere che le possibilità che verità processuale e verità materiale coincidano saranno tanto maggiori se il criterio euristico utilizzato all'interno del processo non sarà, come si è erroneamente creduto per lungo tempo, quello inquisitorio, bensì quello del *contraddittorio* e se l'attività del giudice non risulti creativa ed arbitraria, bensì meramente cognitiva e non potestativa.

5. La disciplina della ritrattazione e l'interesse di un ordinamento giuridico alla ricerca della verità attraverso il processo

Dopo aver chiarito che l'interesse alla ricerca della verità processuale non è stato solo in passato una *prerogativa deleteria* millantata dal retrogrado sistema *inquisitorio*, bensì è anche (*recte*: soprattutto) oggi una *prerogativa garantista* del moderno sistema *accusatorio*, e dopo aver evidenziato che il processo in generale, come strumento gnoseologico, annovera questo interesse tra i suoi *obiettivi tendenziali*, la lettura del titolo dei delitti contro l'amministrazione della giustizia (in specie del capo dei delitti contro l'attività giudiziaria) risulta più agevole. Emerge, infatti, che la *ratio* delle norme poste a tutela di tale bene giuridico e, soprattutto, della causa di non punibilità della ritrattazione, è rappresentata ancora oggi dall'interesse alla *ricerca della verità*. Inoltre, a sua volta, la ritrattazione, ancora meglio delle norme incriminatrici di condotte di falso processuale, costituisce un utile indicatore per valutare il rango che connota l'interesse alla conoscenza processuale della verità nella scala dei valori di un ordinamento giuridico storicamente dato.

Sicché un'indagine sugli effetti giuridici attribuiti alla ritrattazione

⁸⁸ Sul punto cfr. E. GALLO, *Il falso processuale*, Padova, 1973, p. 58; A. DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, cit., p. 19.

⁸⁹ Così P. FERRUA, *Processo e verità*, cit., p. 209.

dalla legislazione penale, per quanto possa sembrare assolutamente marginale, può rappresentare una adeguata *cartina di tornasole* per accertare il reale grado di interesse di un sistema penale nei confronti della corretta amministrazione della giustizia e, soprattutto, della pronuncia di decisioni giurisprudenziali fondate su prove vere.

Un simile piano di analisi consente, peraltro, di dimostrare come, a sua volta, il livello di rilevanza attribuito alla ricerca della verità processuale in un determinato ordinamento giuridico sia indissolubilmente correlato al contesto sociale, politico e culturale dello specifico periodo storico in cui esso è calato. Consente, cioè, di confermare, una volta di più, ove se ne avvertisse ancora il bisogno, che il diritto penale non è altro che il riflesso giuridico del contesto socio-politico-culturale del tempo in cui è coniato, e che le sue caratteristiche salienti variano in maniera direttamente proporzionale al variare di questo, essendo la sua funzione quella di difesa dei valori – divenuti beni giuridici attraverso l'attività di integrazione del diritto – ritenuti in un dato momento temporale preminenti dalla società.

Un rapido sguardo d'insieme, infatti, evidenzia il dato storico secondo cui, negli ordinamenti che non qualificavano come 'interesse fondamentale' quello della ricerca della verità, nella legislazione penale mancava un apposito *ordito normativo* dedicato ai delitti contro la giustizia, nonché ogni *referimento alla ritrattazione*, alla quale, al più, veniva conferito valore attenuante in qualità di indice meramente soggettivo di avvenuto pentimento del reo.

Con argomento *a contrario*, è possibile affermare che la presenza di uno specifico titolo nella parte speciale di un codice penale dedicato ai reati contro l'amministrazione della giustizia e la previsione al suo interno di una norma volta a disciplinare espressamente la ritrattazione, testimoniano l'alto grado assegnato all'interesse alla ricerca della verità nella scala dei valori di un ordinamento giuridico; ciò significa che, in questi casi, il legislatore non si limita ad introdurre specifiche fattispecie incriminatrici di condotte mendaci, bensì si spinge oltre, ritenendo opportuno prevedere anche la non punibilità (o la riduzione della pena) per quelle false dichiarazioni processuali ritrattate tempestivamente prima di aver intralciato l'attività giudiziaria di accertamento della verità storica dei fatti.

Più precisamente, cercando di schematizzare, la posizione attribuita a tale interesse nella gerarchia dei valori di un dato ordinamento giuridico risulta essere tanto più elevata quando la ritrattazione tempestiva sia normativamente valutata *sempre* come vera e propria *esimente*, anche, cioè, nelle ipotesi in cui la precedente falsa dichiarazione abbia già prodotto danni nei confronti di terzi soggetti. Diversamente, è gradualmente minore rispettivamente: *a)* in quegli ordinamenti che attribuiscono alla ritrattazione una *efficacia giuridica alternativa* – esimente o attenuante – in base alla capacità di eliminare o

meno ogni danno dal mondo dei fatti giuridici (anche quello prodotto nei confronti del terzo); *b*) ed in quelli che conferiscono alla ritrattazione *esclusivamente* l'efficacia di mera *circostanza attenuante*.

Ad ogni modo, allo scopo di chiarire meglio queste relazioni, nonché di introdurre l'analisi della disciplina odierna della ritrattazione, si ritiene indispensabile procedere nel capitolo seguente ad un'indagine diacronica dei codici penali italiani preunitari ed unitari. La lente neutra del tempo aiuterà a dimostrare come il diverso valore conferito al loro interno al bene giuridico 'amministrazione della giustizia' ed, in particolare, alla disciplina della ritrattazione, sia sempre stato sintomatico del differente peso assegnato in un determinato momento storico dalla società, prima, e dal diritto, poi, all'interesse processuale alla ricerca della verità.

SEZIONE II

EVOLUZIONE STORICA E CARATTERI
DELLA RITRATTAZIONE

CAPITOLO I

LA RITRATTAZIONE DELLE FALSE DICHIARAZIONI PROCESSUALI NEI CODICI PREUNITARI E NEL CODICE ZANARDELLI

SOMMARIO: 1. L'emersione dell'amministrazione della giustizia come interesse meritevole di tutela penale nel pensiero giuridico del XVIII e XIX secolo e la rilevanza della ritrattazione come esimente. – 2. La disciplina della ritrattazione nei codici preunitari. – 3. La disciplina dei delitti contro l'amministrazione della giustizia e della ritrattazione nel codice penale del 1889. La scelta a favore di una natura giuridica alternativa della ritrattazione: esimente/attenuante. – 4. I contrasti sull'inquadramento dommatico e sulla natura della ritrattazione sotto la vigenza del codice penale del 1889.

1. *L'emersione dell'amministrazione della giustizia come interesse meritevole di tutela penale nel pensiero giuridico del XVIII e XIX secolo e la rilevanza della ritrattazione come esimente*

La individuazione della 'giustizia pubblica' come interesse autonomo e distinto dalla 'amministrazione pubblica', meritevole di specifica protezione penale è una conquista abbastanza recente nella nostra cultura penalistica. È stato Gaetano Filangieri alla fine del Settecento, nella sua *Scienza della legislazione*, il primo ad osservare, coerentemente con la concezione illuminista dello Stato di Montesquieu fondata sul principio della separazione dei poteri, che fosse opportuno catalogare i delitti che intralciavano l'espletamento delle funzioni giudiziarie in un autonomo titolo, dal momento che il potere giudiziario non poteva essere assimilato e confuso con la più generica funzione di amministrazione della 'cosa pubblica'¹.

¹ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, (1784), qui citato nella versione *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti di Gaetano Filangieri*, a cura di B. Constant, Milano, 1855, vol. I, Libro II, Parte II, Capo XLIII, p. 727 ss. Non si può, però, tralasciare di ricordare che nel diritto romano già le XII Tavole contemplavano una cospicua serie di figure criminose a tutela dell'interesse supre-

Nel dichiarato tentativo di portare chiarezza in una «parte oscurissima della legislazione» e di «mostrare la possibilità di formare un codice penale», l'illustre giurista napoletano aveva cercato di classificare i reati proponendone una «divisione generale in titoli» attraverso l'individuazione dei «loro oggetti», operazione all'esito della quale era giunto a delineare all'interno dell'ampia area dei crimini contro l'ordine pubblico una autonoma categoria costituita dai delitti contro la *giustizia pubblica*.

Anzi, secondo quanto è dato desumere dall'opera di Filangieri, questa classe di reati avrebbe dovuto rivestire un *ruolo centrale* nell'ambito della sistematica di un futuro codice penale, essendo funzionale a garantire la salvaguardia di uno dei pilastri istituzionali dello Stato moderno: il potere giudiziario. Come si legge in un altro passo della *Scienza della legislazione*, nell'ottica dell'illuminista partenopeo, «dopo il sovrano, autore delle leggi, vengono i magistrati che ne sono i depositari. I primi omaggi si debbono al re, al senato, alla concione; i secondi agli amministratori della giustizia»².

Questa intuizione consentì di avviare un lento processo di definitivo abbandono da parte della nostra legislazione penale della tendenza a classificare i reati di falso in base esclusivamente alle modalità di (ed ai mezzi per la) realizzazione della condotta, a prescindere dalla previa individuazione di un oggetto giuridico da tutelare³. Le illuminanti pagine di Filangieri, infatti, raggiunsero in breve tempo l'obiettivo che si erano prefisse: quello di orientare le prime codificazioni penali italiane dell'Ottocento. Il concetto di 'giustizia pubblica' venne utilizzato in molte delle parti speciali dei principali codici penali italiani preunitari e, soprattutto (come meglio vedremo tra breve), di entrambi i codici post-unitari, costituendo un tratto distintivo ed originale del nostro sistema penale rispetto ad altre codificazioni europee, costantemente ri-

mo dei cittadini alla inviolabilità della giustizia, in argomento, per ulteriori approfondimenti, si rinvia per tutti a B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998, p. 56 ss.

² G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., vol. II, Parte III, Milano, 1856, p. 40.

³ Severe critiche contro la classificazione dei reati di falso basata unicamente sulle modalità di realizzazione dell'azione criminosa erano già state espresse da F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. IV, Lucca, 1870, par. 2366. Nella dottrina tedesca le gravi difficoltà classificatorie dei delitti di falso erano già state avvertite da K. BINDING, *Lehrbuch des gemeinem deutschen Strafrecht*, Leipzig, vol. II, 1904, p. 180 ss. Più di recente, osservazioni critiche sull'argomento sono state svolte da E. GALLO, *Il falso processuale*, pp. 10 e 31; cfr. al riguardo anche G. RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, cit., p. 45 ss.; Id., voce *Falsa testimonianza*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 528.

chiamato e preso ad esempio da molti legislatori continentali anche nelle loro ultime e più recenti riforme di settore.

Tale categoria di delitti contro la giustizia pubblica comparve già nel primo codice penale italiano, il progetto milanese per il Regno italico del 1806⁴, così come in due codici penali di poco successivi, quello del Regno delle Due Sicilie del 1819⁵ e quello sabauda del 1839⁶, anche se molto spesso -pur essendo distinta dalla classe dei delitti contro la pubblica amministrazione- era ad essa accorpata in un unico titolo rubricato *De' reati contro l'amministrazione della giustizia e le altre pubbliche amministrazioni* onnicomprensivo di tutte le condotte di intralcio all'espletamento delle attività pubbliche.

Dopo aver trovato esplicito accoglimento nelle legislazioni penali di due degli stati più importanti dell'Italia preunitaria, la convinzione dell'esistenza di autonome esigenze di tutela della pubblica giustizia si rafforzò progressivamente al punto tale che, nella seconda metà del secolo XIX, la dottrina penalistica era pressoché unanime nel condividere questa idea ed, anzi, riteneva che la protezione penale della 'giustizia' fosse una delle esigenze prioritarie dell'intero ordinamento giuridico.

Nulla, però, può scandire meglio il livello dell'importanza acquisita da questo interesse giuridico nel pensiero penalistico dell'Ottocento più delle parole dell'introduzione alla trattazione della parte speciale del diritto penale del *Programma del corso di diritto criminale* del più illustre giurista dell'epoca, Francesco Carrara.

Il padre della Scuola Classica nell'affrontare nella sua poderosa opera la parte speciale del sistema penale prendeva le mosse proprio dalla trattazione dei delitti contro la giustizia pubblica, osservando che

⁴ Sul punto, per una completa ricognizione dell'evoluzione storica della disciplina dei delitti contro l'amministrazione della giustizia a partire dai primi codici penali dell'inizio dell'Ottocento, fino alle più recenti riforme dell'attuale Titolo III del codice penale del 1930, si rinvia a G. RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, cit., p. 24 ss.; A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*, Padova, 2004, p. 109 ss. In argomento, da ultimo, cfr. F. SIRACUSANO, *Studio sui reati contro la giurisdizione*, Torino, 2005, p. 5 ss.

⁵ Sul punto si rinvia, sia per la consultazione della ristampa anastatica del codice, che per alcuni commenti, a *Codice per lo Regno delle due Sicilie (1819)*, Parte II, *Leggi penali*, presentazione di M. DA PASSANO-A. MAZZACANE-V. PATALANO-S. VINCIGUERRA, Padova, 1996, spec. p. 40, dove è riprodotto il Titolo IV *De' reati contro l'amministrazione della giustizia e le altre pubbliche amministrazioni*.

⁶ In argomento si rinvia, sia per la consultazione della ristampa anastatica del codice penale sardo, che per alcune note introduttive alla sua lettura, a *Codice penale per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna (1839)*, presentazione di S. VINCIGUERRA-M. DA PASSANO, Padova, 1993, spec. p. 112.

tale scelta, pur non essendo in sintonia con l'ordine sistematico seguito nei codici penali dell'epoca, si fondava sul dato ineccepibile che: «Il primo e più immediato fra i beni che alla umanità comparte lo stato di società civile si ravvisa nella costituzione della *pubblica giustizia*. Qui sta la suprema, ed anzi la unica assoluta ragione di essere della società civile, ossia dello impero: il bisogno cioè della tutela giuridica indispensabile al progresso umanitario, e che non può soddisfarsi senza la costituzione di un ordine estrinseco di giustizia che a tutti i cittadini sovrasta, e che mentre tutti raffrena, tutti protegge. Onde è una verità istintivamente sentita da ciascuno che la giustizia pubblica è costituita a beneficio di tutti, e che per conseguenza offende tutti chi offende quella. E così la prima classe dei delitti sociali si presenta spontanea nei reati contro la *pubblica giustizia*»⁷.

Tra le differenti accezioni che la parola giustizia può avere, Carrara osservava che, quando di essa si parli come oggetto di tutela penale, dovesse privilegiarsi quella secondo cui la giustizia è «quell'ordinamento con il quale le leggi dello Stato creano una speciale istituzione alla quale aderiscono certi uomini affinché con atti e forme determinati convertano in precetto pratico quella legge astratta, e rendano giustizia secondo giustizia quantunque volte il bisogno lo richiede. (...) e così la classe dei reati che diciamo contro la giustizia pubblica viene a contenere tutti quei fatti mediante i quali si aggredisca con un atto malvagio quella istituzione, o nei suoi cardini, o nei suoi movimenti, sia col negare di riconoscerne i primi, sia con l'opporsi ai secondi, sia con osteggiare il fine della istituzione medesima»⁸.

In questa classe di delitti, proseguiva il giurista toscano, «l'offesa ferisce il diritto universale dei consociati e non un diritto particolare degli individui governanti; i quali dopo avere in adempimento ad un dovere che loro incombe eletto i magistrati e costituito gli ordini, tornano in rispetto all'ordine costituito nella più perfetta parità con gli altri cittadini ed hanno l'obbligo di non avversare i movimenti né più né meno come ogni altro privato. (...) L'oggetto pertanto dei reati che si dicono contro la *pubblica giustizia* è sempre il diritto individuale; se non che invece di contemplarlo nello individuo isolato ei si contempla nella moltitudine congregata»⁹.

Da queste sempre belle pagine di Carrara si evince che nella cultura penalistica del XIX secolo si era andato delineando un concetto di

⁷ Così, con la consueta lucidità, F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. V, Lucca, 1870, par. 2471, p. 11.

⁸ Così F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. V, cit., par. 2476, p. 20.

⁹ Così ancora F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. V, cit., par. 2478, p. 24.

giustizia pubblica come oggetto giuridico di tutela penale che, sulla scia delle eredità illuministiche e dell'idea liberale dello Stato, non era concepito riduttivamente come un aspetto del potere sovrano da preservare nell'esclusivo interesse pubblicistico-statuale, bensì era inteso in senso molto più ampio (e moderno) come la proiezione collettiva di un interesse individuale. La giustizia, infatti, ad avviso di Carrara, asurgeva ad oggetto meritevole di una adeguata tutela penale non in quanto potere fondamentale dello Stato, bensì quale strumento utile a tutelare il singolo individuo in una delle principali formazioni sociali dove si svolge la sua personalità. Tramite la tutela della giustizia, in altre parole, si proteggevano le aspettative collettive al corretto esercizio dell'attività giurisdizionale vista nella prospettiva della sua funzionalità rispetto alla protezione ed allo sviluppo di tutti i consociati¹⁰.

Prescindendo, almeno per un attimo, dal problema dell'emersione di un'oggettività giuridica autonoma ravvisata nella giustizia pubblica e dall'altro problema, a questo strettamente connesso, dei possibili diversi significati che essa può assumere, occorre ora passare in rassegna i vari codici italiani preunitari per vagliare quanti, anche tra quelli che seguivano criteri di classificazione dei reati non incentrati sul bene protetto, bensì sulle modalità realizzative della condotta (distinguendo cioè i titoli in infamie, violenze, falsità, omicidi ecc.), abbiano previsto delle norme volte a regolare espressamente l'aspetto della eventuale *ritrattazione* della precedente dichiarazione processuale mendace. Ciò consentirà anche di poter valutare dove l'interesse alla ricerca della verità nel processo (su cui si fonda il buon funzionamento della giustizia pubblica) sia stato ritenuto un interesse di tale importanza da legittimare l'esenzione o la riduzione della risposta sanzionatoria nei confronti dell'autore di una precedente falsa dichiarazione processuale tempestivamente ritrattata; nonché di poter verificare dove le concezioni meramente retributive del diritto penale iniziavano (inconsapevolmente) a cedere il passo a possibilità di 'dialogo' con l'autore di un reato, conferendo in modo implicito rilievo al principio di offensività e delineando nei fatti un istituto giuridico (la ritrattazione appunto) che appare strutturalmente ispirato (se letto in chiave oggettiva) a moderne concezioni special-preventive positive della pena.

¹⁰ La modernità del pensiero di Carrara in argomento è confermata anche dal fatto che una analoga concezione dell'oggetto giuridico dei reati contro l'amministrazione della giustizia è stata di recente proposta da S. MOCCIA-F. SCHIAFFO, voce *False informazioni al pubblico ministero*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma, 1996, p. 11, nel tentativo di rileggere le norme in materia di tutela penale del processo in un'ottica sganciata da una concezione meramente metodologica del bene giuridico.

2. La disciplina della ritrattazione nei codici preunitari

Una prima valutazione che si può fare al termine di una lettura comparata delle legislazioni penali italiane dei primi dell'Ottocento è che la maggior parte di queste non contemplava né un titolo autonomo destinato alla tutela della giustizia pubblica, né tanto meno una norma in materia di ritrattazione. E che, in linea di massima, tale disciplina premiale per l'autore di una condotta di falso processuale trovava spazio prevalentemente in quei pochi codici che riconoscevano esplicitamente all'amministrazione della giustizia rango di oggetto giuridico meritevole di tutela penale e che, dunque, già manifestavano un forte interesse al buon funzionamento del sistema processuale fondato sulla veridicità delle dichiarazioni in esso rese.

Un'analisi schematica ed analitica dei numerosi codici penali degli stati italiani emanati tra la fine del Settecento e la prima metà dell'Ottocento chiarirà meglio quanto appena detto e permetterà di offrire un quadro, per quanto possibile, completo delle diverse posizioni assunte da tali codici rispetto alla opportunità di tutelare espressamente la giustizia pubblica e rispetto alla efficacia da attribuire alla ritrattazione delle false dichiarazioni processuali.

a) Nel *Codice penale veronese* del 1797 non esisteva alcun titolo autonomo dedicato ai reati contro l'amministrazione della giustizia e le condotte di mendacio processuale erano classificate nel Capitolo X, *Delle falsità*, che raccoglieva indistintamente tutti i delitti consistenti in alterazioni della realtà, a prescindere dallo specifico interesse giuridico da essi tutelato¹¹. Anzi, sembra potersi evincere da una lettura delle norme in argomento che tali reati fossero concepiti come reati nei confronti della persona, in quanto la loro punibilità era subordinata al verificarsi di un pregiudizio in danno di un terzo innocente.

In tale codice *non figurava* poi alcuna norma che disciplinasse, attribuendole valore esimente o (almeno) circostanziale, *la ritrattazione*; anzi i delitti di calunnia e di falso testimoniale erano repressi in maniera particolarmente severa seguendo un criterio retributivo rigoroso. Ai sensi dell'art. 5 del citato Capitolo X, per le fattispecie base di calunnia o di falsa testimonianza che avessero procurato un danno ad un terzo era prevista una pena ai lavori forzati di cinque anni (o, in caso di inabilità agli stessi del condannato, alla prigione) ed il risarcimento di tutte le spese; nessuna menzione era fatta della possibilità di mitigare tali pene in presenza di un tempestivo ravvedimento operoso

¹¹ In argomento si rinvia a *Il codice penale veronese (1797)*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 1996, spec. p. CCIX (o p. 199 della ristampa anastatica).

del reo. Solo in via interpretativa si potrebbe ipotizzare che la scelta di vincolare la punibilità di questi reati all'effettivo pregiudizio arrecato a terzi, indirettamente consentiva di riconoscere valore esimente alla ritrattazione intervenuta prima che tale pregiudizio si fosse verificato.

In ogni caso, il mancato riconoscimento di un valore premiale, anche minimo, alla ritrattazione del reo nell'ipotesi in cui la falsa dichiarazione avesse già cagionato danni ad altri soggetti, emergeva chiaramente dal successivo art. 6 di questo Capitolo X, nel quale era previsto che nei casi in cui al delitto di calunnia o di falsa testimonianza fosse seguita la condanna di un terzo innocente, l'autore del falso doveva essere punito con la stessa pena inflitta nella sentenza di condanna senza alcuna possibilità di mitigazione della stessa. Una volta, cioè, che la falsa deposizione processuale aveva prodotto come evento ulteriore la condanna di taluno, si doveva seguire la legge del taglione ed applicare la medesima sanzione (anche quindi la pena di morte) al reo senza alcuna possibilità «di arbitrio e clemenza di Giudice»¹².

b) *Analogo rigore* in materia dei delitti di falsa testimonianza, calunnia e spergiuo permeava le scelte politico-criminali del *Codice penale per il Principato di Piombino* del 1808, in cui gli articoli dal CCXXVI al CCXXXII comminavano sanzioni estremamente rigorose (anche la pena di morte per l'ipotesi di «falsa deposizione in giudizio di alto Criminale sopra circostanze influenti per la condanna dell'innocente nelle accuse capitali») senza *nulla disporre* in relazione ad una eventuale ritrattazione del colpevole¹³.

c) In modo più netto, invece, la possibilità di attribuire valore scriminante o anche solamente attenuante alla ritrattazione era *esclusa* dalle *Leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli*¹⁴.

¹² I due articoli del codice penale veronese del 1797 così recitavano: Art. 5 - Il calunniatore, che colla falsità della sua accusa, o delazione, e così il testimone falso in rapporto alla sua deposizione in qualunque processo criminale, avesse apportato conseguenze di danno, e spese a chiunque mal'imposturato, che avesse dovuto subire angustia, e dispendio di difesa, questo calunniatore, o testimone falso risarcisca il danno di tutta la spesa, e sia condannato ad anni cinque de' pubblici lavori, o se inabile, di prigione.

Art. 6 - Se poi per effetto di calunnia, o di falsa testimonianza fosse stato alcuno condannato con inganno della Giustizia, la pena della stessa condanna sarà quella del calunniatore, e del falso testimone, escluso in ciò ogni arbitrio e clemenza di Giudice.

¹³ Si veda il *Codice penale per il Principato di Piombino (1808)*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 2001, p. 84 ss. (o p. 104 ss. della ristampa anastatica).

¹⁴ Si rinvia in argomento a *Le leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno*

Nella minuziosa disciplina ivi dettata per i delitti di calunnia e di falsa testimonianza dagli artt. 279-286 (collocati anche questa volta al di fuori di un autonomo titolo dei reati contro la giustizia pubblica), *non era*, infatti, proprio *menzionata la ritrattazione*. L'unica ipotesi di riduzione della pena prevista per tali delitti era rappresentata dal caso di una calunnia scoperta prima della pronuncia della sentenza di condanna a prescindere dal contributo personale apportato dal reo. Solo in tale circostanza la pena poteva essere ridotta di grado rispetto a quella prevista per il delitto falsamente attribuito al calunniato, purché questa non fosse stata la detenzione. In tale ultimo caso l'art. 280 stabiliva che la pena del calunniatore non avrebbe dovuto «ricevere alcuna minorazione»¹⁵. Analoghe regole valevano per la falsa testimonianza, come si evince dal rinvio contenuto per la sua disciplina agli artt. 280 e 281 che regolavano appunto la calunnia.

d) Un titolo autonomo in materia di delitti contro la giustizia pubblica ed una disciplina specifica per la ritrattazione *non figuravano* neanche nei *Regolamenti penali di Papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio*¹⁶, sebbene in essi esisteva un intero Titolo il IX «*Della calunnia e della falsa testimonianza in giudizio*», dedicato espressamente alle sole falsità processuali.

Anche in queste disposizioni traspariva un orientamento marcatamente *retributivo* nella disciplina di questi reati, seguendosi la regola dell'applicazione di pene dal rigore crescente in relazione all'evento causato dalla falsa deposizione e non prendendo affatto in considerazione un'eventuale condotta resipiscente del colpevole. Ai sensi dell'art. 153 di tali leggi penali era previsto che «il reo di calunnia quando essa abbia avuto effetto ed il calunniato sia stato sottoposto a condanna, è condannato alla pena medesima cui fu soggetto l'accusato ancorché si trattasse di pena capitale»; così come ai sensi dell'art. 160 era stabilito che nel caso di falsa testimonianza «se l'inquisito sia stato condannato ad una pena maggiore dei cinque anni di galera, il falso testimonio che avrà deposto in di lui pregiudizio subirà la stessa pena».

di Napoli (1808), a cura di AA.VV., Padova, 1988, spec. pp. 382 e 383 della ristampa anastatica.

¹⁵ Stabiliva testualmente tale art. 280 che «la calunnia seguita dalla condanna sarà punita colla medesima pena, che sia stata pronunziata contro al calunniato, oltre alla rifrazione del doppio danno. Dove la calunnia sia stata scoperta prima della sentenza, sarà punita con un grado di pena inferiore a quella a cui il calunniato è esposto. Se questa pena sarebbe stata la detenzione, la pena del calunniatore non subirà alcuna minorazione».

¹⁶ In argomento si rinvia a *I regolamenti penali di Papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1832)*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 2000, spec. p. 99 (p. 19 della ristampa anastatica).

e) Del tutto originale e decisamente più innovativa era la disciplina dettata nel Titolo IV “*De’ delitti contro l’amministrazione della giustizia e le altre pubbliche amministrazioni*” della parte speciale del già citato *Codice per lo Regno delle due Sicilie* del 1819¹⁷, codice che forse più degli altri risenti dell’influenza del pensiero di Filangieri.

Questo codice è stato, infatti, storicamente il primo a riconoscere un’efficacia giuridica positiva alla ritrattazione del colpevole delle precedenti deposizioni processuali mendaci, confermando l’impressione che la costruzione delle fattispecie di falso processuale attorno all’oggettività giuridica autonoma ‘giustizia pubblica’ consente più agevolmente di reputare razionale ed opportuna l’attenuazione della rigida prospettiva retributiva in ragione di una condotta postfatto dello stesso autore della dichiarazione falsa idonea ad eliminarne (o quanto meno a diminuirne) la lesività.

Ai sensi dell’art. 193 del codice napoletano era, infatti, previsto che «il falso testimone, egualmente che la persona che ha formato o scientemente prodotto una carta falsa, se si ritratti prima della decisione o sentenza, sarà punito» con pene di grado inferiore rispetto a quelle previste ordinariamente per tali reati. Questa norma si segnala peraltro per la sua *modernità di vedute*, poiché non privilegiava tra i fattori condizionanti la valutazione dell’efficacia attenuante della ritrattazione aspetti o *profili soggettivi* del reo, bensì attribuiva valore al *dato oggettivo* di un pentimento attuoso efficacemente intervenuto prima della decisione o della sentenza, vale a dire prima che si fosse prodotto un concreto danno allo svolgimento del processo ed all’interesse a che le decisioni giudiziali siano fondate su dati probatori veritieri. Non figuravano, infatti, nel precetto dell’art. 193, quali elementi caratterizzanti la condotta del ritrattante, né il requisito della spontaneità né quello della volontarietà.

f) L’unico altro codice penale coevo ad adottare un analogo criterio nei confronti della ritrattazione e, quindi, più in generale della tutela della giustizia pubblica, è stato il *codice penale per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla* del 1820¹⁸. Nel Capo X intitolato “*Della calunnia, delle false testimonianze, delle ingiurie e della rivelazione di segreti*” era prevista come clausola di chiusura all’art. 405 l’attenuazione delle pene comminate per i delitti in quel capo contenuti per il caso di ritrattazione delle precedenti dichiarazioni processuali. Ai sensi di tale articolo era, infatti, testualmente sancito che «Il falso testimonio, che si ri-

¹⁷ Si rinvia al riguardo a *Codice per lo Regno delle due Sicilie (1819)*, cit., p. 46 s.

¹⁸ Si veda in argomento *Codice penale per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 1991, p. 189 ss. (o p. 109 ss. della ristampa anastatica).

tratta prima della decisione o sentenza nella causa in cui egli ha deposto, sarà punito con una pena da un mese a due anni di prigionia ogniqualvolta per questa falsa testimonianza avesse dovuto soggiacere ad una pena criminale: sarà punito con pene di buon governo quando non avesse dovuto soggiacere alla prigionia».

Anche in questa circostanza il disposto normativo si segnalava per la sua modernità, essendo *imperniata l'efficacia della ritrattazione* invece che su dati soggettivi del colpevole (volontarietà o spontaneità) *su profili di carattere oggettivo*: la riduzione della pena discendeva unicamente da quella ritrattazione che fosse intervenuta efficacemente prima della decisione o della sentenza nei confronti di un terzo innocente; essa era, cioè, correlata ad una condotta postfatto che fosse ancora in grado di attenuare l'entità dell'offesa arrecata in precedenza alla attività giudiziaria con la falsa dichiarazione resa nel processo penale.

g) L'orientamento seguito dal codice napoletano e da quello parmense fu quello poi prescelto vent'anni dopo anche dal *codice sabaudo* del 1839¹⁹, dove alla ritrattazione della falsa testimonianza o perizia e della calunnia si attribuì un'efficacia *attenuante* delle pene comminate per tali reati-presupposto.

Ai sensi dell'art. 387 di questo codice era previsto che «se il falso testimone o perito, ed egualmente colui il quale ha formato o scientemente prodotto una scrittura falsa si ritratta, ovvero palesa la falsità della scrittura prima che su tale falsità si sia istituito procedimento criminale, od in difetto di procedimento criminale prima della sentenza relativa alla causa in cui sarebbesi reso colpevole di falsità, la pena alla quale avrebbe dovuto soggiacere per la falsità sarà diminuita da uno a tre gradi»; ed ai sensi dell'art. 393 che «le pene stabilite (...) contro il calunniatore saranno diminuite da uno a tre gradi, se questi si ritratta prima che sulla calunnia sia istituito procedimento criminale, od in difetto di procedimento criminale prima della sentenza relativa alla causa in cui si è reso colpevole di calunnia».

Da tali disposizioni si evince che il codice sardo del 1839, pur non andando oltre il riconoscimento di un'efficacia meramente attenuante della ritrattazione tempestiva, ne aveva, però, *esteso l'ambito di operatività*, prevedendo per la prima volta la ritrattabilità di false dichiarazioni rese in procedimenti non criminali.

Per il resto, se si eccettua il congruo riferimento anche alla smentita delle scritture su cui (essendo il processo penale in questo periodo un processo ancora prevalentemente scritto) si poteva fondare la pronuncia dell'autorità giudiziaria, la disciplina appare sostanzialmente

¹⁹ Cfr. *Codice penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna (1839)*, cit., pp. 113 e 116.

analoga a quella dettata in materia dagli altri due codici preunitari napoletano e parmense, essendo incentrata la valutazione dell'efficacia della ritrattazione su *profili oggettivi* inerenti all'effettiva offesa al bene tutelato, anziché su aspetti soggettivi afferenti ad un supposto pentimento del reo.

h) Una disciplina ancor più puntuale e completa in materia di ritrattazione di deposizioni processuali non veritiere era contenuta nel *Codice penale pel Granducato di Toscana* del 1853 in cui, sebbene mancasse un autonomo titolo destinato a regolare organicamente l'insieme dei delitti contro la giustizia pubblica, essendo le falsità trattate autonomamente rispetto agli altri reati, erano state previste ben due differenti norme dirette a disciplinarla²⁰.

Da una analisi della normativa dettata all'interno del Capo V "*Dei delitti di falso*" emerge subito il compimento di un deciso passo in avanti da parte dei compilatori toscani rispetto ai legislatori degli altri stati italiani preunitari: l'interesse alla ricerca della verità veniva per la prima volta considerato come un interesse talmente importante nella scala di valori dell'ordinamento giuridico da consentire anche la rottura del binomio reato-pena e *l'esenzione* da quest'ultima per quell'autore che avesse tempestivamente rivelato il vero, consentendo alla giustizia di fare il suo corso.

La previsione della non punibilità delle false dichiarazioni processuali ritrattate tempestivamente si segnalava per la sua innovatività anche perché rappresentava una *conferma* della teorizzata *apertura del codice penale toscano al principio di offensività*²¹.

Come si è già accennato, esistevano ben due diverse norme sulla ritrattazione proprio perché, ad avviso del legislatore, ad essa non si poteva conferire il valore unico di esimente o quello (come negli altri codici) di attenuante, bensì essa assumeva il diverso valore di *esimente* o di *attenuante* proprio in base alla idoneità ad eliminare o ridurre l'offesa arrecata all'interesse giuridico protetto.

E così in relazione al delitto di calunnia, per sua natura necessariamente lesivo anche (e soprattutto) dell'interesse personale del calunniato, era prevista *ex art. 268* la riduzione della cornice edittale di pena nel caso in cui la dichiarazione mendace all'autorità giudiziaria «non abbia prodotto condanna, perché sia stata spontaneamente ritrattata o distrutta dallo stesso calunniatore».

²⁰ Si veda in argomento *Codice penale pel Granducato di Toscana (1853)*, a cura di AA.VV., Padova, 1995, p. 90 ss. della ristampa anastatica.

²¹ In questo senso, per ulteriori approfondimenti sul rilievo dell'offensività nel codice penale toscano, cfr. T. PADOVANI, *La "Parte speciale" nel codice penale toscano del 1853*, in *Codice penale pel Granducato di Toscana*, cit., p. CLVI ss.

Mentre con riferimento al delitto di falsa testimonianza ai sensi dell'art. 276 era stabilito, con una decisione assolutamente originale rispetto al contesto culturale del tempo, che doveva andare completamente esente da pena «chi spontaneamente ritratta lo spergiuro o la falsa testimonianza, prima di ritirarsi dal cospetto dell'autorità, davanti alla quale ha mentito».

La differente efficacia conferita alle due *species* di ritrattazione era anche connessa al differente termine entro cui si poteva utilmente ritrattare e, quindi, alla diversa capacità della contro-condotta di potere eliminare completamente ogni effetto negativo prodotto al regolare svolgimento dell'attività giudiziaria dalla precedente dichiarazione mendace.

La ritrattazione aveva, infatti, valore *esimente* unicamente nel caso in cui fosse stata *quasi contestuale* alla falsa testimonianza, richiedendosi a tal fine, ai sensi dell'art. 276, che essa intervenisse (non, come in passato in altri codici preunitari, prima che fosse pronunciata una sentenza fondata su di essa, ma) prima che l'autore del mendacio si fosse ritirato dal cospetto dell'autorità davanti alla quale aveva mentito; aveva, invece, valore meramente *attenuante* nel caso della calunnia, quando fosse intervenuta non entro questo termine così rigido, ma più semplicemente *prima della pronuncia di una sentenza di condanna*.

Non si deve, tuttavia, trascurare che in entrambi gli articoli del codice penale toscano, sebbene si tracci una chiara valorizzazione del citato aspetto *oggettivo* dell'idoneità contro-offensiva della ritrattazione, *era attribuito un ruolo decisivo anche al profilo soggettivo* del suo autore: la ritrattazione valeva come attenuante o come esimente unicamente qualora fosse stata l'esito di una scelta non semplicemente volontaria del reo, bensì addirittura *spontanea*.

i) Questa ricognizione storica dei codici preunitari si conclude naturalmente con il *Codice penale sardo del 1859*, poi divenuto primo codice dell'Italia unita, nel quale venne seguito l'orientamento politico-criminale già accolto nel codice penale toscano del 1853. L'art. 372, collocato nell'ambito del titolo dei delitti contro la pubblica amministrazione, stabiliva, infatti, *l'esenzione* da pena per il colpevole del reato di falsa testimonianza nei giudizi penali che avesse ritrattato e palesato il vero *prima che il dibattimento fosse chiuso*.

Appare evidente in questa ultima disposizione che i *termini* per ritrattare erano decisamente *più dilatati* rispetto al codice penale toscano, proprio perché andava diffondendosi l'idea che la ritrattazione fosse un trionfo della giustizia e della verità e come tale un comportamento da incentivare e da premiare in maniera adeguata ai suoi effetti benefici per il processo penale.

In sintesi, come si è già anticipato più volte nel presente capitolo, il dato saliente che emerge attraverso l'*excursus* storico appena termina-

to è che nel corso del tempo è andata lentamente mutando la *ratio* della ritrattazione: se in principio nei primi codici preunitari la sua efficacia attenuante si motivava in termini prevalentemente *individualistici* in base alla sua capacità di ridurre il danno cagionato (e non eliminabile) nei confronti del terzo innocente, successivamente iniziava, invece, ad essere spiegata in termini *pubblicistici* come espressione dell'interesse statale e collettivo a tutelare e preservare il corretto funzionamento (dunque basato sulla verità) dell'attività giudiziaria.

Il fatto poi di individuare la *ratio* della ritrattazione nell'interesse alla ricerca della verità legittimava la possibilità di attribuire vera e propria efficacia scriminante alla ritrattazione, dal momento che l'offesa arrecata a questo ultimo interesse, a differenza di quella arrecata al terzo innocente, era un'offesa non solo attenuabile ma anche eliminabile in radice tutte le volte in cui la manifestazione del vero fosse intervenuta prima che fosse stato effettivamente distratto il corso corretto dell'attività giurisdizionale.

3. *La disciplina dei delitti contro l'amministrazione della giustizia e della ritrattazione nel codice penale del 1889. La scelta a favore di una natura giuridica alternativa della ritrattazione: esimente/attenuante*

La mancanza di uniformità di vedute che aveva caratterizzato i diversi codici preunitari, riguardo sia all'opportunità di individuare un autonomo interesse giuridico nella giustizia pubblica, sia alla efficacia da attribuire alla ritrattazione delle false dichiarazioni processuali, condizionò inevitabilmente il dibattito dottrinario relativo alla disciplina da prediligere su tali aspetti durante i lavori preliminari per la stesura del primo codice penale dell'Italia unita.

Per quanto concerne il primo profilo, quello del bene giuridico protetto, si deve rilevare che il codice Zanardelli segnò una svolta decisiva rispetto al confuso passato, prendendo una posizione netta a favore della necessità di *considerare separatamente i delitti contro l'amministrazione della giustizia* rispetto a quelli *contro la pubblica amministrazione*, scelta a monte correlata con quella «di classificare i reati secondo la loro oggettività giuridica»²².

²² Così, *Relazione ministeriale al Progetto del codice penale per il Regno d'Italia*, in *Progetto del codice penale per il Regno d'Italia*, Roma, 1888, p. 341. Più in generale, sulla scelta operata dai compilatori del codice penale Zanardelli di procedere alla classificazione delle disposizioni incriminatrici contenute nei singoli Titoli del Libro II secondo il criterio dell'oggetto giuridico tutelato, cfr. p. 241 ss. della stessa Relazione ministeriale.

Come si legge nella Relazione del Guardasigilli al Progetto preliminare del 1887 tale opzione sistematica era motivabile facilmente: «Per la loro natura particolare e per le conseguenze che ne derivano, alcuni fatti delittuosi hanno per oggetto più o meno direttamente, l'amministrazione della giustizia, sia ricusandole quel concorso che il cittadino deve prestarle, sia provocandone indebitamente l'azione o procurando di sviarne il retto andamento, sia infine paralizzandone gli effetti. Perciò nel modo stesso in cui l'amministrazione della giustizia ha nell'ordinamento dello Stato una sfera d'azione ed un carattere tutto suo proprio, che nettamente la distingue da ogni altro organismo politico od amministrativo, è logico che i delitti contro di essa siano definiti separatamente da quelli che riguardano la pubblica autorità e l'amministrazione della giustizia propriamente detta. Così riesce più facile trattare di quei reati con unità di indirizzo e di criterii, come riuscirà più facile alla giurisprudenza fare adeguata applicazione delle norme che vi si riferiscono»²³.

L'espresso riconoscimento di un autonomo bene giuridico 'amministrazione della giustizia' rese più prevedibile anche la apertura di questo sistema penale verso l'opzione della non punibilità connessa alla ritrattazione. Proprio il particolare rilievo attribuito a tale interesse legittimava ancor di più la previsione di una causa speciale di esenzione della pena per quelle condotte che consentivano di tutelarla adeguatamente, sebbene *in extremis*: la ritrattazione in questa prospettiva diventava uno strumento *complementare* alle fattispecie incriminatrici presupposte per garantire una protezione piena ed efficace del medesimo bene giuridico.

Tuttavia la strada preferita al riguardo dal codice penale del 1889 non fu, e non poteva essere, indirizzata univocamente nel senso della non punibilità della resipiscenza del reo di delitti di falso processuale.

Nell'ottica liberale ed individualista che connotava il clima culturale dell'epoca, e che aveva caratterizzato esplicitamente anche la modulazione dell'impianto sistematico della parte speciale del codice del 1889 strutturata a *progressione c.d. alternata*²⁴, non si poteva attribuire valore esclusivamente prevalente ad un bene giuridico – il buon andamento della giustizia – che, per quanto espressivo dell'interesse di tutti i consociati, era pur sempre un interesse di carattere prevalentemente pubblico, e tralasciare, di contro, gli interessi dei singoli eventualmente danneggiati dai delitti di falsa testimonianza, spergiuro o

²³ Così *Relazione ministeriale al Progetto del codice penale per il Regno d'Italia*, cit., p. 341; in argomento si rinvia anche a A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 110 s.

²⁴ A tale riguardo v. T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, cit., p. 61 ss.

calunnia. In ragione di queste peculiari premesse si accese in quel periodo un fervente dibattito sul valore da attribuire alla ritrattazione.

Come ricordava con la consueta chiarezza Pessina ricostruendo i termini della diatriba, emersero tra i giuristi del tempo fondamentalmente *tre distinte correnti di pensiero* al riguardo²⁵:

un'opinione radicale e particolarmente rigorosa che *negava ogni efficacia alla ritrattazione*, fondata sull'idea, di matrice marcatamente retributiva, che con il pentimento operoso non si potesse mai eliminare il (o meglio: gli effetti del) delitto già perpetrato.

Un'opinione intermedia, autorevolmente sostenuta nella Commissione per il nuovo codice penale del 1876 da Lucchini, che riteneva che la ritrattazione non dovesse esimere il falso testimone dalla pena, bensì semplicemente potesse valergli come *'minorante'*, poiché la promessa dell'assoluta impunità lo avrebbe indotto a deporre con disinvoltura il falso confidando nella possibilità riconosciuta dalla legge di poterlo confutare in un secondo momento senza incorrere in alcuna conseguenza sanzionatoria²⁶. «Invece se sa che la sua ritrattazione non gli frutta mai l'impunità, ma una semplice diminuzione di pena, è meno corrico al mendacio, la minaccia della pena agisce come contropinta al mal fare»²⁷. Inoltre, l'opzione della impunità era da considerarsi *'assurda'* perché consentiva di «sperimentare verso il testimone coll'alternativa della pena un sistema di vera e spregevole tortura»²⁸.

Infine, una terza opinione era favorevole alla previsione *dell'impunità* per la ritrattazione, ritenendo che l'utilità che se ne traeva sotto il profilo della effettiva tutela dell'interesse della giustizia giustificava la promessa della esenzione della pena. Anzi, secondo questa tesi solo tale allettante promessa poteva concretamente indurre il testimone a dare ascolto «all'interna voce della coscienza» e a manifestare il vero, riconducendo la giustizia sulla retta via.

Se la prima tesi non incontrò alcun consenso nelle proposte formalizzate da parte dei membri delle varie Commissioni che discussero del progetto di un nuovo codice penale, le altre due invece si contesero il campo alla pari: nei Progetti Zanardelli del 1883, Savelli del 1883 e Pessina del 1885 prevalse la prima, mentre nei Progetti del 1868, del 1870,

²⁵ Sul punto, per una puntuale ricostruzione del dibattito culturale che fu alla base delle opzioni politico-criminali del legislatore del 1889 in materia di ritrattazione, si rinvia per tutti a E. PESSINA, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. VII, Milano, 1907, p. 730 ss.; in argomento cfr. anche G. DATTINO, *Il falso giudiziale*, Milano, 1915, *passim*.

²⁶ Sulla posizione del Lucchini cfr. il *Progetto del codice penale per il Regno d'Italia 1876, Verbali*, Roma, 1886, n. XI, p. 77.

²⁷ Così E. PESSINA, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, cit., p. 731.

²⁸ Cfr. *Verbali*, n. XI, cit., p. 77.

Vigliani del 1874, Senatorio del 1875 e Mancini del 1877 prevalse la seconda alternativa, quella più benevola della non punibilità.

I compilatori del codice penale Zanardelli, per le ragioni anzi dette di bilanciamento dell'interesse pubblico alla ricerca della verità nel processo con quello individuale dei terzi potenzialmente danneggiati dalle condotte mendaci, nel delineare i caratteri e l'efficacia della ritrattazione tennero nel giusto conto entrambe le posizioni dottrinarie cercando di contemperarle. Venne così introdotta all'interno del Titolo IV del codice penale del 1889, espressamente denominato *Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, una disciplina in materia di ritrattazione particolarmente articolata e caratterizzata dall'attribuzione alla stessa di una duplice *natura giuridica alternativa: o esimente o attenuante*.

Nel Progetto finale del 1887 il Guardasigilli, infatti, osservò che «quanto agli effetti della ritrattazione, in tempo utile, della falsa testimonianza, ho creduto bene di ritornare al sistema della impunità adottato nei progetti anteriori a quello del 1883; poiché, tenendo conto dei dati dell'esperienza giudiziaria, mi sono convinto che la promessa dell'impunità, quando il falso non abbia ancora prodotto i suoi immediati effetti dannosi, è lo stimolo migliore al palesamento del vero; mentre non si potrebbe ottenere altrettanto, se il testimone non avesse a sperare che una diminuzione della pena, la quale esso medesimo verrebbe a render sicura con la confessione della sua reità. D'altra parte è pur d'uopo riconoscere che la ritrattazione del falso è un trionfo della giustizia ed un congruo riparo allo scandalo della menzogna.

(...) Una diminuzione di pena è inoltre accordata per il caso che la ritrattazione, fatta in tempo successivo a quello sopra determinato, avvenga però innanzi che sia pronunciata sentenza o verdetto dei giurati nella causa in cui è stato deposto il falso; e ciò attesa la evidente diminuzione di pregiudizio sociale, che, in confronto della persistenza nel mendacio, deriva dallo sconfessarlo in tempo ancora utile per la giustizia, prima, cioè, che il falso produca il peggiore dei suoi effetti, quello dell'ingiusta pronuncia. Ma la diminuzione di pena è minore se la ritrattazione avviene quando il falso abbia già prodotto l'effetto dell'arresto o d'altro grave pregiudizio di una persona»²⁹.

Come si può notare, proprio all'esito del bilanciamento dei due interessi di pari valore – corretto funzionamento della giustizia e libertà ed onore delle persone eventualmente offese dalle dichiarazioni processuali mendaci –, il legislatore liberale optò nell'art. 216 c.p. per attribuire alla medesima condotta della ritrattazione della falsa testimonianza e, per equivalenza *ex art.* 217 c.p., della falsa perizia o in-

²⁹ Così *Relazione ministeriale al Progetto del codice penale per il Regno d'Italia*, cit., p. 352 ss.

interpretazione, una diversa natura giuridica e, quindi, una diversa efficacia.

La ritrattazione poteva essere o *causa di esclusione della pena o circostanza attenuante speciale*, a seconda che essa fosse intervenuta *prima* della lesione di tutti gli interessi giuridici toccati dal delitto presupposto, oppure *dopo* che si fosse già prodotto un danno nei confronti di una terza persona³⁰. Il legislatore aveva, cioè, accolto l'opinione di quella dottrina che riteneva che «il trionfo della giustizia e l'utilità sociale per l'avvenuta scoperta della verità non possono permettere che si conculchi impunemente il diritto altrui» e che vada del tutto esente da pena chi abbia leso ingiustamente un terzo con la propria dichiarazione processuale mendace successivamente ritrattata³¹.

Ai sensi dell'art. 216, primo comma, c.p. era, infatti, testualmente sancito che nel caso di falsa testimonianza «va *esente* da pena (...) chi, avendo depresso in un procedimento penale, ritratti il falso e manifesti il vero prima che l'istruzione sia chiusa con sentenza od ordinanza di non farsi luogo a procedimento, ovvero prima che il dibattimento si sia chiuso, o prima che la causa sia rinviata ad altra udienza a cagione della falsa testimonianza».

Mentre ai sensi del terzo comma della medesima disposizione era previsto che «se dalla falsa testimonianza derivi l'arresto di qualche persona o altro grave nocumento alla medesima, la pena non è *diminuita* che da un terzo» ad un sesto.

Analogo valore meramente *attenuante* era conferito poi, *ex art.* 216, secondo comma, c.p., alla ritrattazione della falsa testimonianza successiva al termine perentorio della chiusura del dibattimento (alla stessa stregua di quanto oggi avviene di fatto grazie alla applicazione in giurisprudenza a tale comportamento dell'attenuante dell'art. 62, n. 6, c.p.), o a quella di una falsa testimonianza in un processo civile, dal momento che si riteneva che tutte le deposizioni mendaci in materia civile, come quelle postume in ambito penale, producessero immediatamente un danno all'amministrazione della giustizia³².

A tal proposito si deve segnalare che nel codice Zanardelli *l'efficacia premiale* della ritrattazione nella sua duplice accezione di esimente o di mera attenuante *non era circoscritta al solo delitto di falsa testimo-*

³⁰ Si rinvia sul punto a G. DATTINO, *Il falso giudiziale*, cit., p. 253 ss.; *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, a cura di P. Cogliolo, vol. II, Parte I, Milano, 1890, p. 75; A. ZERBOGLIO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale*, vol. V, III ed., Milano, 1927, p. 345; M. MANFREDINI, *Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, *ivi*, p. 244 ss.

³¹ Così testualmente E. PESSINA, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, cit., p. 751.

³² Cfr. E. PESSINA, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, cit., p. 733.

nianza. Una lettura completa del Capo IV *Della falsità in giudizio* del Titolo IV fa affiorare una disciplina in materia eccessivamente analitica e frammentaria che, con effetti diversi, riteneva ritrattabili altri comportamenti processuali falsi penalmente rilevanti.

Con una scelta sistematica che difettava di razionalità, il legislatore dell'epoca, a differenza di quelli di altri codici preunitari e di quello successivo del codice del 1930, non accorpò in un'unica norma la disciplina dell'istituto della ritrattazione, bensì la *disseminò* all'interno delle singole fattispecie incriminatrici in relazione alle quali reputava potesse produrre i suoi effetti.

Ai sensi dell'art. 217 c.p. era, per l'appunto, stabilito con una clausola di equivalenza normativa, che l'opzione a favore della natura giuridica ibrida della ritrattazione della falsa testimonianza correlata alla sua tempestività ed alla mancata produzione di un danno nei confronti di terzi innocenti, valeva anche per i delitti di falsa perizia e falsa interpretazione. Gli artt. 213 e 221 prevedevano poi che la ritrattazione valesse unicamente come circostanza attenuante, rispettivamente, nei confronti dei delitti di calunnia e di falso giuramento in un processo civile. Per la precisione ai sensi dell'art. 213 essa comportava una riduzione della pena di due terzi (maggiore di quella prevista per l'ipotesi dell'art. 216, secondo comma) «se il colpevole del delitto (di calunnia) ritrattò l'incolpazione o rivelò la simulazione prima di qualsiasi atto di procedimento contro la persona calunniata; e (...) da un terzo alla metà se la ritrattazione o la rivelazione avvenga in un tempo successivo, ma prima che sia pronunciato il verdetto dei giurati, nei giudizi della corte d'assise, o la sentenza, negli altri giudizi, sul fatto falsamente attribuito». Mentre l'art. 221, analogamente all'art. 371 del codice penale odierno, prevedeva al secondo comma come clausola di chiusura della disciplina del falso giuramento una circostanza attenuante speciale costituita proprio dalla ritrattazione intervenuta «prima della definizione della controversia».

4. I contrasti sull'inquadramento dommatico e sulla natura della ritrattazione sotto la vigenza del codice penale del 1889

Già sotto la vigenza di questo codice sorsero contrasti in dottrina ed in giurisprudenza sull'inquadramento dommatico della ritrattazione intesa nella sua accezione massima di causa di non punibilità e sulla sua natura giuridica.

Per quanto riguarda il primo aspetto i problemi originarono da una corrente di pensiero che ravvisava nella ritrattazione una circostanza influente sulla imputabilità oggettiva del fatto all'autore, una *condizione sospensiva* del delitto di falsa testimonianza. Tale punto di vista si

fondava sulla preliminare convinzione che il momento consumativo della falsa testimonianza fosse costituito non dalla conclusione della deposizione, bensì dalla scadenza dei termini utili per ritrattare; sull'idea che la ritrattazione fosse una sorta di elemento negativo della condotta tipica del delitto di falsa testimonianza³³.

Diversamente, la dottrina maggioritaria era orientata nel senso di ritenere che la ritrattazione fosse una *circostanza susseguente* alla consumazione di un delitto e, dunque, estranea al possibile esonero della mera imputazione oggettiva di un fatto già commesso ed influente sulla sola pena. Ad avviso di questa corrente di pensiero, «quando l'agente ha resa la sua deposizione, il reato è perfetto; la teoria dell'unicità della testimonianza sino a che diventi irretrattabile è una finzione, ove si consideri che licenziato il testimone nulla manca all'integrazione del delitto, e che l'unicità occorre ravvisarla nella narrazione già fatta al giudice; altrimenti bisognerebbe ammettere la possibilità, che si disdica ciò, che fino a quel punto non ha acquistato forza di trarre in inganno la giustizia»³⁴.

Unità di vedute mancava anche per quel che concerneva il secondo profilo, quello della *natura giuridica della ritrattazione*; dottrina e giurisprudenza erano, infatti, divise tra una teoria soggettiva ed una oggettiva.

Ad avviso di alcuni Autori la ritrattazione aveva una *natura giuridica soggettiva*, dovendosi accertare per la sua configurabilità il *pentimento del reo* e la piena spontaneità della sua (contro)condotta dichiarativa della verità. Su questi presupposti non si doveva allora considerare efficace quella ritrattazione indotta da sollecitazioni provenienti dal magistrato, dal momento che in tale caso il pentimento del reo, più che dalla sincerità delle intenzioni, risultava dettato, prevalentemente, dal desiderio di evitare le conseguenze sanzionatorie previste per la falsa deposizione³⁵.

L'opinione dominante era, però, di diverso segno e riteneva che, pur essendo la ritrattazione una forma di manifestazione del pentimento del reo, non fosse assolutamente richiesto dalla legge che questo fosse un vero e profondo pentimento 'morale'. Ciò che contava era *l'effettiva*

³³ Si rinvia a M. MANFREDINI, *Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 245.

³⁴ Cfr. in tal senso M. MANFREDINI, *Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 246, ad avviso del quale la ritrattazione sarebbe una condizione di procedibilità; sul punto v. anche E. PESSINA, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, cit., p. 730.

³⁵ In giurisprudenza cfr. in tal senso Cass., 22 gennaio 1890, Nonnis, in *Foro it.*, 1890, II, c. 153; Cass., 26 aprile 1901, Paracchini, in *Giust. pen.*, vol. VII, c. 757.

eliminazione dell'intralcio alla ricerca della verità, rappresentato dalla precedente falsa deposizione, attraverso una condotta resipiscente che doveva essere semplicemente volontaria.

Le ragioni che militavano a favore di una lettura in termini *oggettivi* della ritrattazione sono espresse con estrema chiarezza ancora una volta da Pessina: «Della falsa testimonianza si risponde alla Legge penale per ragioni di indole giuridica, non pel peccato, che si commette innanzi al foro della propria coscienza. Se si volesse badare unicamente al sentimento intimo del testimone, non si dovrebbe neppure discutere sulla ritrattazione, che bisognerebbe respingere *a priori*: ma appunto perché la Legge più che all'interno guarda agli effetti ed al lato politico di essa, la si ammette e riconosce come causa di esenzione o diminuzione della pena. Il lato politico è raggiunto sia che l'agente deplori in sua coscienza il mal fatto, sia che lo annulli colla sua disdetta per sola temuta di punizione: ai fini della Legge è sufficiente una qualunque ritrattazione, purché volontaria»³⁶.

Certamente più chiara rispetto a quella attualmente vigente era invece la disciplina da applicare in caso di *concorso di persone* in una falsa testimonianza tempestivamente ritrattata. L'art. 218, infatti, incriminava in un'apposita fattispecie le condotte istigatrici di un reato di falso processuale effettivamente commesso dal teste o dal perito o dall'interprete e quelle di mero tentativo di induzione dello stesso soggetto alla falsa testimonianza non realizzata; a tali condotte però, secondo quanto si poteva desumere implicitamente dall'art. 219, non si estendeva, in caso di ritrattazione avvenuta tempestivamente da parte del falso teste, la disciplina dettata dall'art. 216. Seguendo una soluzione equitativa il legislatore del 1889 aveva sancito che il concorrente morale colpevole del delitto di subornazione descritto dall'art. 218 poteva beneficiare unicamente di una riduzione della pena da un sesto ad un terzo nel caso in cui l'autore materiale del reato di falsa testimonianza, perizia o interpretazione avesse ritrattato tempestivamente³⁷.

³⁶ Così E. PESSINA, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, cit., p. 735.

³⁷ Cfr. R. MASTROJENI, *L'estensione della ritrattazione all'istigatore tra cause di non punibilità e disciplina della partecipazione criminosa*, cit., p. 1481.

CAPITOLO II

L'INTERESSE TUTELATO, I PRESUPPOSTI APPLICATIVI ED I LIMITI DI OPERATIVITÀ DELLA RITRATTAZIONE NEL SISTEMA PENALE VIGENTE

SOMMARIO: 1. L'amministrazione della giustizia e la ricerca della verità nel codice penale del 1930. – 1.1. La rivalutazione dell'interesse al corretto esercizio della funzione giurisdizionale alla luce della Costituzione. – 1.1.1. Esigenze di bilanciamento di interessi e possibili riforme del Titolo III della parte speciale. – 1.1.2. Ipotesi di ridefinizione del significato e del contenuto del bene giuridico 'amministrazione della giustizia', *sub specie* 'attività giudiziaria'. – 2. La ritrattazione quale strumento di tutela a posteriori del bene giuridico tutelato. – 3. Nozione ed effetti giuridici della ritrattazione: le scelte dei compilatori del codice penale del 1930. – 4. Il presupposto applicativo: la precedente consumazione di uno dei reati indicati dall'art. 376 c.p. – 5. Il progressivo ampliamento dell'elenco tassativo dei reati-presupposto: l'inclusione dei delitti di false informazioni al pubblico ministero (art. 371 *bis* c.p.) e di false dichiarazioni al difensore (art. 371 *ter* c.p.). – 6. Il dubbio sull'applicabilità della ritrattazione alle ipotesi di favoreggiamento personale realizzate attraverso false dichiarazioni alla polizia giudiziaria (il c.d. 'favoreggiamento-mendacio'). – 6.1. I primi interventi della Corte Costituzionale sulla applicabilità della ritrattazione alle ipotesi di 'favoreggiamento-mendacio': le ripetute dichiarazioni di infondatezza della questione. – 6.2. Le recenti riforme del processo penale e dei reati contro l'amministrazione della giustizia ed il riproporsi del problema. – 6.3. La sentenza n. 101 del 1999 e la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 376 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità delle false dichiarazioni alla polizia giudiziaria delegata dal pubblico ministero. Una pronuncia solo in parte condivisibile. – 6.4. La sentenza n. 424 del 2000 ed il rigetto della questione di legittimità costituzionale relativa alla non applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 376 c.p. alle ipotesi di false dichiarazioni alla polizia giudiziaria. – 6.5. La questione della ritrattabilità delle dichiarazioni alla polizia giudiziaria non delegata ancora al vaglio della Corte Costituzionale: l'ordinanza n. 244 del 2002 ne rileva la manifesta infondatezza. – 7. I dubbi sulla disciplina della ritrattazione del falso giuramento (art. 371, secondo comma, c.p.) e la sentenza della Corte Costituzionale n. 490 del 1995. – 8. Incertezze interpretative sull'estensibilità della ritrattazione a condotte di falso processuale non esplicitamente elencate nell'art. 376 c.p.: in particolare i delitti di simulazione di reato (art. 367 c.p.), calunnia (art. 368 c.p.), false informazioni al P.M., falsa testimonianza e falsa perizia o interpretazione aggravati (art. 375 c.p.) e subornazione (art. 377 c.p.). – 9. I soggetti legittimati a ritrattare. – 10. La struttura necessariamente bifasica della condotta 'scusata'. – 11. L'elemento soggettivo della ritrattazione. – 12. I termini per la ritrattazione nel processo penale e nel processo civile.

1. *L'amministrazione della giustizia e la ricerca della verità nel codice penale del 1930*

Il radicale mutamento del retroterra culturale realizzatosi in Italia con l'avvento del fascismo incise, tra le altre cose, anche su alcune importanti opzioni politico-criminali del legislatore in materia di reati contro l'amministrazione della giustizia e, per quello che a noi più interessa in questa sede, in materia di ritrattazione.

Pur conservando una formale ed *apparente continuità* con l'impostazione sistematica del codice precedente, riconfermando la collocazione dell'intero insieme di questi delitti in un titolo autonomo (il Titolo III, denominato sempre 'Delitti contro l'amministrazione della giustizia), i compilatori del codice del 1930 conferirono, in realtà, alla nozione di amministrazione della giustizia un *contenuto* ed un *significato* ben diversi da quelli attribuitigli nel 1889¹. Proprio tale differente accezione del bene giuridico protetto contribuì, come vedremo, a forgiare scelte normative decisamente originali rispetto al passato per quel che concerne la valutazione dell'efficacia della ritrattazione, la sua natura giuridica, il suo ambito di operatività nonché, indirettamente, il suo differente inquadramento dommatico.

Allo scopo di poter meglio comprendere le caratteristiche, le peculiarità ed i difetti della disciplina introdotta nel 1930 in materia di ritrattazione ed ancora oggi vigente (salvi i necessari recenti adeguamenti dovuti all'entrata in vigore del nuovo codice di rito del 1989 e delle nuove fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 371 *bis* e *ter* c.p.) si ritiene opportuno procedere muovendo innanzitutto dalla considerazione del bene giuridico amministrazione della giustizia, sia nella sua dimensione originaria, sia nella sua nuova dimensione ricavabile alla luce della Costituzione². Una breve premessa sui caratteri e sull'importanza dell'interesse giuridico tutelato, pur non avendo la presente indagine ad oggetto lo studio di una fattispecie incriminatrice, bensì un'ipotesi di non punibilità, non deve apparire impropria, risultando, invero, quanto mai utile per ricostruire il significato e le funzioni politico-criminali assolute dalla ritrattazione nell'odierno sistema penale e per ridefinirne i limiti di operatività.

Come appena accennato, ad una più approfondita disanima della materia in oggetto emerge che il codice penale Rocco intese ribadire

¹ Mettono in luce i profili di continuità con la sistemazione in materia operata dal codice penale del 1889, A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*, cit., p. 109 ss.

² Per una approfondita indagine su tale oggetto giuridico, con particolare riferimento all'oggetto dei delitti di falsità giudiziali, si rinvia alla completa trattazione di G. RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, cit., p. 45 ss.

solo parzialmente le scelte compiute sotto il profilo sistematico dal precedente codice penale Zanardelli, introducendo anch'esso un analogo titolo espressamente destinato alla disciplina dei reati contro l'amministrazione della giustizia, distinto e separato da quello dei reati contro la pubblica amministrazione³.

Già l'analisi a più ampio spettro dell'impianto sistematico della parte speciale evidenzia una prima differenza tra i due codici in *subiecta materia*: i delitti contro l'amministrazione della giustizia non sono più collocati nel Titolo IV, bensì nel Titolo III, dal momento che i delitti contro le libertà, che nel modello a progressione alternata prescelto dal codice del 1889 figuravano nel Titolo II, sono stati collocati in chiusura nel Titolo XII, secondo i parametri del diverso modello di parte speciale a progressione discendente privilegiato nel 1930⁴.

Il bene giuridico 'giustizia pubblica' nella nuova dimensione dello Stato propugnata dal governo fascista era assunto a bene di fondamentale importanza in ragione della sua natura *superindividuale* o 'istituzionale'⁵, vale a dire di interesse afferente a singoli poteri o organi dello Stato-apparato rappresentativo della collettività organizzata⁶.

La collocazione in apertura del libro II era, pertanto, la conseguenza della scelta operata da parte dei compilatori del codice di adottare un modello di parte speciale statocentrico a c.d. *progressione discendente*⁷, opzione coerente con l'allora prevalente tendenza alla

³ Sulla relazione intercorrente tra delitti contro la pubblica amministrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia si rinvia a A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 3 ss.; B. ROMANO, *La subornazione. Tra istigazione, corruzione e processo*, Milano, 1993, p. 124 ss.

⁴ Per un inquadramento sistematico dei delitti contro l'amministrazione della giustizia e per delle osservazioni sul bene giuridico da questi tutelato, si rinvia al recente e completo lavoro di G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 1 ss.

⁵ Sul punto G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 325.

⁶ Sulla distinzione tra beni individuali, collettivi ed istituzionali si rinvia per tutti ad A. DE VITA, *I reati a soggetto passivo indeterminato. Oggetto dell'offesa e tutela processuale*, Napoli, 1999, *passim*; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 540. In argomento si veda anche F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, cit., par. 2471, p. 11, il quale già distingue in base agli oggetti dei reati in delitti individuali e delitti sociali, e tra i secondi riteneva che «il primo e più immediato (...) si ravvisa nella costituzione della *pubblica giustizia*».

⁷ Si parla di modello a progressione discendente quando la parte speciale del codice penale si apre con i delitti contro la personalità ed i poteri dello Stato, prosegue con la classificazione dei delitti contro gli interessi collettivi e si chiude con i delitti contro la persona e contro il patrimonio. In argomento per ulteriori puntualizzazioni si veda T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie*

pubblicizzazione dei beni da tutelare tipica di uno Stato totalitario⁸ ed oggi non più in linea, come vedremo, con la mutata realtà giuridico-sociale⁹.

Una conferma esplicita dell'importanza fondamentale attribuita in sede di redazione del codice penale alla Giustizia pubblica la si desume dalla Relazione del Guardasigilli al codice¹⁰ dove si leggeva che il Titolo III è il 'luogo' in cui trovano affermazione «due principi animatori e fondamentali dello Stato fascista (...): una più energica tutela del prestigio dell'Autorità e una più adeguata considerazione dell'elemento etico nell'amministrazione della giustizia»¹¹.

criminose, cit., p. 44. Va precisato che, come sottolineano i due illustri Autori – cfr. p. 48 –, sul terreno della tutela delle funzioni sovrane il settore dei delitti contro l'amministrazione della giustizia è quello meno 'compromesso' con la dimensione ideologica del codice Rocco, pur non potendo vantare, naturalmente, una totale immunità.

⁸ Sul fenomeno della "pubblicizzazione" degli oggetti di tutela ravvisabile nel codice penale del 1930, cfr. E. DOLCINI, voce *Codice penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 281 s.; G. FLORA, *Manuale per lo studio della parte speciale del diritto penale. Il sistema della parte speciale*, vol. I, 1998, p. 67.

⁹ Da più parti in dottrina si sostiene che la parte speciale debba essere riscritta esattamente secondo il criterio opposto di tipo personalistico già seguito nella stesura della Carta Costituzionale. In tal modo gli interessi individuali sarebbero anteposti a quelli collettivi e pubblici secondo un modello così detto a 'progressione ascendente'. In argomento si rinvia a F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. XLVII ss.

Tale modello è stato peraltro utilizzato nei due Paesi europei che da poco si sono cimentati con la stesura di un nuovo codice penale: la Francia e la Spagna. Sia nel *Code pénal* francese del 1994 che nel *Código penal* spagnolo del 1995 i delitti contro la persona sono stati posti in apertura del codice e quelli contro gli interessi di carattere statale in chiusura. Sul punto si veda per tutti per il sistema penale francese J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas ed., 2002, p. 118; F. DESPORTES-F. LE GUNEHÉC, *Le nouveau droit pénal. Droit pénal général*, Paris, 1994, p. 52. Per delle osservazioni sui criteri seguiti per la redazione della parte speciale del codice penale iberico v. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2002; J. CEREZO MIR, R.F. SUAREZ MONTES, A. BERISTAN IPIÑA, ROMEO CASABONA, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Àngel Toró López*, Granata, 2000; *Compendio de derecho penal español. Parte especial*, dir. M. COBO DEL ROSAL, Madrid-Barcelona, 2000.

¹⁰ Così *Relazione al progetto definitivo del codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale*, vol. V, Parte II, cit., p. 161.

¹¹ Per delle considerazioni analoghe sul punto si rinvia a V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino, 1982, p. 927 ss.; E. GRANDE, voce *Giustizia (delitti contro l'amministrazione della)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, p. 11; A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*, cit., p. 111.

L'interesse all'accertamento della *verità* (legittimante, nell'ottica del tempo, anche un sistema processuale di tipo inquisitorio) che permea in particolare tutte le disposizioni correlate con la ritrattazione e contenute nel Capo I dei delitti contro l'attività giudiziaria del Titolo III della parte speciale del codice era, dunque, un *interesse da proteggere ad ogni costo* per evitare qualunque sviamento del potere giurisdizionale dal suo percorso. Da una simile angolazione appariva allora pienamente coerente rispetto agli obiettivi di tutela, attribuire alla ritrattazione tempestiva delle false dichiarazioni processuali senza incertezze il valore di *esimente*: tale era l'interesse pubblico-statale alla protezione della funzione giurisdizionale, da potersi ammettere che ogni comportamento idoneo a consentirne in termini utili l'effettiva tutela fosse da considerarsi non punibile.

La prospettiva statocentrica finiva perciò per *travolgere* completamente gli eventuali *interessi dei terzi* danneggiati da una falsa testimonianza, falsa perizia o falsa interpretazione ritrattate, non accogliendo più l'opportunità avvertita dal legislatore del 1889 di prevedere una doppia natura (esimente o attenuante) della ritrattazione, in funzione proprio del *bilanciamento* dell'interesse pubblico alla ricerca della verità con quello personalistico eventualmente coinvolto.

1.1. *La rivalutazione dell'interesse al corretto esercizio della funzione giurisdizionale alla luce della Costituzione*

La caduta del sistema fascista ed il radicale mutamento dei valori culturali, politici e sociali di riferimento hanno imposto un ripensamento della materia dei reati contro l'amministrazione della giustizia evidenziandone, da un lato, alcune imperfezioni ed incongruenze, e confermandone, dall'altro, la bontà dell'impianto sistematico, se correttamente reinterpretato in relazione strumentale con beni finali di tipo personale.

La scelta da parte della Costituzione del 1948 di considerare quale valore fondamentale dell'ordinamento giuridico non più lo Stato e le sue funzioni, bensì la *persona*, si è riverberata anche sulla selezione e ricostruzione dei beni giuridici ritenuti meritevoli di tutela penale, soprattutto di quei beni, come appunto l'amministrazione della giustizia, superindividuali di natura funzionale¹². La loro tutelabilità attraverso il

¹² Sulla chiara impronta personalistica della nostra carta costituzionale e sui riflessi che questa scelta sistematica dei costituenti ha prodotto, o meglio avrebbe dovuto produrre, sul codice penale del 1930, si rinvia a F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. XLVII ss.; ID., *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, Padova, 1995, p. 31 ss., il quale rileva come quelli che lui defi-

diritto penale nella nuova prospettiva costituzionale non appare più razionale da un punto di vista politico-criminale se non risulta strumentale anche alla protezione di un *bene finale afferrabile e suscettibile di essere concretamente offeso*¹³; diversamente, prescindendo da tale filtro, si ignorerebbe il carattere marcatamente personalistico della Costituzione e si diluirebbe la funzione *'critico-garantista'* del bene giuridico di limite all'intervento penale, favorendo, di contro, la creazione di oggetti di tutela fittizi che avallano, a loro volta, una politica legislativa ipertrofica.

In particolare, con riferimento all'oggetto giuridico ora in questione, l'affermazione dell'art. 2 Cost., in base alla quale la Costituzione riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo non solo come singolo ma anche «nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», impone di includere in queste formazioni sociali anche lo Stato con i suoi poteri e con le sue funzioni sovrane e, di conseguenza, anche *l'amministrazione della giustizia*. Tali funzioni sovrane statali ricevono in questa diversa dimensione una legittimazione «non in qualsiasi metafisico "in sé", ma nella necessità della loro esistenza rispetto allo svolgimento della personalità del singolo e di aggregazioni superindividuali»¹⁴. Ciò significa che «la funzione giurisdizionale non rappresenta più un ufficio di ordine etico magari con un'investitura di tipo trascendente (...); piuttosto, soprattutto se riferita al modello di una giurisdizione penale orientata ai principi del sistema accusatorio, risulta evidente come essa riduca a sintesi funzioni di Stato di diritto e di Stato sociale, garantendo il singolo da aggressioni ingiuste (...). Tutelare la giurisdizione con il diritto penale non implica, dunque, la tutela di una delle manifestazioni tipiche dello Stato in quanto mero potere costituito, ma (...) significa tutelare il singolo nella principale delle formazioni sociali ove svolge la sua personalità, rappresentata, appunto dallo Stato democratico»¹⁵.

nisce reati contro la Repubblica, in cui rientrano i reati contro l'amministrazione della giustizia, negli ordinamenti autoritari rappresentano veri e propri beni-fine, mentre negli ordinamenti democratico-personalistici come il nostro dopo il 1948 costituiscono beni-mezzo, «poiché concepiti e tutelati in funzione strumentale della salvaguardia di tale ordinamento e, perciò, del bene-fine ultimo della conservazione, dignità e sviluppo della persona umana».

¹³ In tal senso cfr. C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 276 ss.; W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 110; S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e reflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 346 ss.

¹⁴ Così S. MOCCIA-F. SCHIAFFO, voce *False informazioni al pubblico ministero*, cit., p. 10.

¹⁵ Così ancora S. MOCCIA-F. SCHIAFFO, voce *False informazioni al pubblico ministero*, cit., p. 10.

1.1.1. *Esigenze di bilanciamento di interessi e possibili riforme del Titolo III della parte speciale*

Una simile rilettura del bene giuridico amministrazione della giustizia alla luce della matrice personalistica della Costituzione ha messo, inoltre, in evidenza che alcuni di questi delitti (come anche altri delitti contenuti in diversi titoli della parte speciale posti a tutela di beni di carattere istituzionale o collettivo) hanno una natura *necessariamente o eventualmente plurioffensiva*¹⁶, poiché ledono, o possono ledere, oltre all'interesse di carattere superindividuale (riletto nei termini anzidetti) espressamente protetto, anche altri interessi di natura strettamente privata¹⁷. Proprio il riconoscimento di tale peculiare struttura di alcune di queste fattispecie ha fatto talvolta sorgere nella dottrina dei dubbi sull'adeguatezza e sull'effettività della tutela che un simile tipo di tecnica incriminatrice può garantire a questi secondi interessi (quelli individuali).

Basti pensare al caso di una falsa testimonianza che oltre ad arrecare danno all'amministrazione della giustizia, cagioni un pregiudizio *anche* ad un privato chiamato ingiustamente in causa¹⁸: in tale circostanza la natura pubblica del bene principale finisce per assorbire in sé, diluendola, la tutela dell'interesse individuale reputato di valore minore. Il privato in questa ipotesi, salvo che non si possa configurare un delitto diverso, come ad es. la diffamazione, non gode di una tutela penale diretta in qualità di persona offesa ma, se i danni sono risarcibili, potrà unicamente assumere la qualità di danneggiato¹⁹.

¹⁶ Sulla distinzione tra reati necessariamente plurioffensivi e reati eventualmente plurioffensivi si vedano L. DURIGATO, *Rilievi sul reato plurioffensivo*, Padova, 1972, *passim*; V. MONGILLO, *Considerazioni in tema di reati plurioffensivi e di applicazione delle attenuanti di cui all'art. 62, n. 4, c.p. al delitto di rapina*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2111 ss.; ID., *Prospettive normative del principio di offensività*, in *Giust. pen.*, 2003, II, c. 151 ss.

¹⁷ Di quest'avviso è F. CARNELUTTI, *Teoria del falso*, Padova, 1935, p. 2, il quale, dopo aver osservato che una discussione attorno al bene giuridico in tal caso si perde «se non proprio in vaniloqui, in pure questioni verbali», ritiene che in generale le condotte del falsificatore offendano non uno, ma più interessi, pubblici e privati.

¹⁸ A conferma dell'esistenza di tali rischi, si veda, ad esempio, in giurisprudenza Cass., 23 giugno 1941, Calidonna, in *Riv. it. dir. pen.*, 1942, p. 382, nella quale, pur essendo intervenuta la ritrattazione di una falsa testimonianza a carico di un terzo dopo che questi era già stato condannato, ma prima della decorrenza dei termini perentori indicati dall'art. 376 c.p., si è ritenuto egualmente configurata la scriminante in parola, dal momento che il legislatore «non richiede per la sua applicazione altro che la ritrattazione del falso e la manifestazione del vero prima che il dibattimento sia stato chiuso».

¹⁹ Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 114, il

Nel caso poi di una ritrattazione tempestiva delle dichiarazioni mendaci da parte del falso teste, il privato eventualmente danneggiato *medio tempore*, godrà di una tutela ancor meno incisiva, dal momento che la esplicita prevalenza riconosciuta normativamente in tale circostanza all'interesse pubblico rende addirittura la condotta penalmente irrilevante.

A questo proposito occorre sottolineare che *in altri ordinamenti giuridici*, come ad esempio in quello *tedesco*, non si registra una simile discriminazione tra i due interessi in gioco; il secondo comma del § 158 del *BGStB* sembra, infatti, porli sullo stesso piano nella parte in cui stabilisce che la rettifica della falsa dichiarazione resa precedentemente è tardiva, e non ha più valore scriminante (o diminuyente), non solo quando non possa essere più utilizzata per la decisione giudiziale, ma anche quando da essa *sia già derivato un danno per altri soggetti*²⁰.

In tale prospettiva, peraltro già seguita (come visto) dal codice penale del 1889 di ispirazione liberale, non sarebbe forse da escludere, *de iure condendo*, l'ipotesi dell'inserimento anche nel nostro art. 376, secondo comma, c.p. di una analoga clausola di sbarramento, in base alla quale gli effetti scriminanti della ritrattazione non si producano tutte le volte in cui la falsa dichiarazione abbia già creato un pregiudizio all'attività giudiziaria o abbia già cagionato danni ad altri soggetti coinvolti nel processo.

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, ri-

quale rileva che il privato che ha subito danni dalla falsa testimonianza non gode dei diritti riconosciuti alla "persona offesa": ad es. non ha il diritto di essere informato della richiesta di archiviazione, né di avere notificato l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare. Analogamente A. SANTORO, voce *Testimonianza, perizia, interpretazione (falsità in)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 299, il quale rileva che il privato che ha eventualmente subito dei danni in seguito alla dichiarazione mendace beneficia di una tutela solamente secondaria; nonché A. JANNITTI PIROMALLO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in *Trattato di diritto penale*, coordinato da E. Florian, Milano, 1939, p. 208 ss. Cfr. nello stesso senso in giurisprudenza Cass., Sez. VI, 28 settembre 1999, Taboni, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2639 ed in *Riv. pen.*, 2000, p. 620; Cass., Sez. VI, 28 giugno 1999, Gervanoni, in *Giur. it.*, 2000, p. 2351; Cass., Sez. VI, 8 maggio 1998, Tosti, in *Giust. pen.*, 1999, II, c. 660; Cass., Sez. VI, 21 gennaio 1998, Berrera, in *Giust. pen.*, 1998, II, c. 649; Cass., Sez. VI, 1 luglio 1997, Ciccia, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3071; ad avviso di queste pronunce, infatti, il privato non è ritenuto titolare o contitolare dell'interesse preso in considerazione dalla norma incriminatrice, in quanto (a differenza di quanto avviene nel delitto di calunnia) unica persona offesa e titolare dell'interesse leso, è lo Stato-collettività.

²⁰ In argomento cfr. per tutti T. LENCKNER, in A. SCHÖNKE-H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2001, par. 158, p. 1354.

guardo al *quantum*, poiché la diversa gerarchia dei beni giuridici descritta dalla Costituzione dovrebbe portare ad imporre dei limiti alla sua tutelabilità.

In particolare, per quanto concerne la ritrattazione, il nuovo valore e significato attribuito al bene protetto se, da un lato, continua sempre a giustificare la sua concezione come *esimente* tutte le volte in cui consente in tempi utili di conoscere tempestivamente la verità e di non intralciare né le attività investigative (e quindi anche il rispetto del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale sancito dall'art. 112 Cost.), né l'attività giudiziaria in senso stretto, impedendo che si addivenga a pronunce fondate su elementi probatori non veritieri; dall'altro, però, dovrebbe indurre il legislatore a considerarla una 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*.

In altre parole, la scelta di favore indistintamente accordata alla ritrattazione in un'ottica statocentrica e pubblicistica del diritto penale in cui l'interesse alla ricerca della verità assorbiva ogni altro interesse, dovrebbe essere oggi *temperata e rivista*, ammettendo, nei limiti ed alle condizioni appena descritti, la possibilità di attribuirle mero valore *attenuante*.

Come se ciò non bastasse, tale natura superindividuale ed 'assorbente' del bene giuridico in questione, retaggio delle passate scelte legislative del 1930, per quanto reinterpretabile in una proiezione non statocentrica, presenta ulteriori profili problematici che alimentano *aspirazioni di riforma* e di razionalizzazione anche di altre fattispecie di questo titolo, sia sotto il profilo della *modificazione della cornice edittale* sia sotto quello della *formulazione del precetto*.

Si pensi come esempio del primo tipo di interventi riformistici auspicati all'ipotesi del delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle persone (art. 393 c.p.) per il quale è prevista la procedibilità a querela e la pena massima di un anno di reclusione. Se lo si raffronta con il delitto di violenza privata disciplinato dall'art. 610 c.p. per il quale è prevista la procedibilità d'ufficio ed una pena massima fino a quattro anni, appare evidente nella prima fattispecie l'incongruenza che sulla modulazione della cornice edittale produce il giudizio del legislatore di prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato²¹: nel primo caso, infatti, l'offesa alla libertà morale del singolo aggredito con violenza o minacce, pur essendo elemento costitutivo ne-

²¹ Sul punto si rinvia più ampiamente a F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, II, cit., p. 531; E. GRANDE, voce *Giustizia (delitti contro l'amministrazione della)*, cit., p. 13.

cessario della fattispecie del 393 c.p., non viene proprio presa in considerazione ai fini della commisurazione della risposta punitiva edittale, valendo come unico parametro quello della lesione dell'interesse dello Stato all'esercizio esclusivo del potere giurisdizionale.

Per quanto riguarda il secondo tipo di interventi correttivi attesi si consideri, invece, l'ipotesi del delitto di calunnia (art. 368 c.p.) in cui, ad avviso di una parte autorevole della dottrina, nonostante la collocazione sistematica codicistica, l'offesa all'interesse individuale del privato, in particolare alla sua personalità ed al suo onore (e nelle ipotesi aggravate di cui all'art. 368, terzo comma, c.p., alla sua libertà individuale), sembrerebbe decisamente prevalente su quella all'interesse pubblico al corretto esercizio dell'amministrazione della giustizia²². In questa ipotesi, invero, si è arrivati ad auspicare che tale norma incriminatrice possa essere ricostruita – in una prospettiva *de iure condendo* ispirata alla accennata riedificazione della parte speciale secondo un modello personalistico a progressione ascendente, peraltro più in linea con la struttura della Carta costituzionale²³ – «anche nell'ottica della tutela di un bene individuale»²⁴.

²² Per un approfondimento sulla difficile individuazione degli interessi tutelati dal delitto di calunnia e per una ricognizione delle diverse soluzioni prospettate dalla dottrina cfr. A. PAGLIARO, *Il delitto di calunnia*, Palermo, 1961, p. 121 s.; ID., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 61; D. PULITANÒ, voce *Calunnia e autocalunnia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 10; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, II ed., Milano, 2004, p. 67; P. BORTOLO, *Calunnia*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. Coppi, Torino, 1996, p. 162 ss.

²³ Si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 31 ss., il quale rileva che la Costituzione ha un carattere decisamente personalistico, incentrandosi sul primato della persona umana come uomo-valore, uomo-persona, uomo-fine e funzionalizzando le consistenti componenti solidaristico-sociali e le istanze di tutela dei beni sopraindividuali (la famiglia, la comunità, lo Stato-amministrazione, le istituzioni democratiche) alla salvaguardia della conservazione, della dignità e dello sviluppo della persona medesima. Dalla carta costituzionale emerge, infatti, una sorta di divieto implicito di strumentalizzazione dell'individuo in funzione di interessi ultra personali di natura utilitaristica collettiva. Ad avviso dell'illustre Autore, quindi, se la Costituzione è stata redatta secondo tali criteri, a maggior ragione un nuovo codice penale che voglia aspirare ad avere effettivamente un volto costituzionale dovrà essere stilato alla stessa maniera.

²⁴ Così G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 326. Dello stesso ordine di idee sono anche A. PAGLIARO, *Il delitto di calunnia*, cit., p. 112; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 11 e spec. p. 68; I. IAI, *Opposizione della persona offesa (privata) nei procedimenti per reati contro l'amministrazione della giustizia*, in *Giur. it.*, 2002, p. 2127. *Contra* cfr. P. CURATOLA, voce *Calunnia (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, p. 818; R. PANNAIN, vo-

1.1.2. *Ipotesi di ridefinizione del significato e del contenuto del bene giuridico 'amministrazione della giustizia', sub specie 'attività giudiziaria'*

Va posto nel giusto risalto il dato secondo cui il bene giuridico amministrazione della giustizia, a differenza dei concetti di personalità dello Stato, pubblica amministrazione e di tutti quelli connessi a beni c.d. immateriali di carattere collettivo (sentimento religioso e pietà dei defunti, ordine pubblico, incolumità pubblica, fede pubblica economia pubblica, moralità pubblica e buon costume) si presenta – per quanto possibile – *meno evanescente e generico*, sicché non risulta eccessivamente difficile individuarne il significato²⁵.

A rendere più agevole la definizione dell'oggetto giuridico protetto in questo caso e, conseguentemente, dei limiti alle scelte di criminalizzazione in materia, al di là del *nomen* del titolo, contribuiscono gli ulteriori indici esplicitati nei capi che lo costituiscono (secondo quanto peraltro già avvertiva Rocco nella Relazione al Re)²⁶. I tre diversi capi

ce *Calunnia e autocalunnia*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. II, Torino, 1958, p. 679, ad avviso dei quali la calunnia sarebbe un reato monoffensivo, lesivo del solo interesse statale al corretto funzionamento della macchina della giustizia. Analoghe divergenze di vedute sugli interessi giuridici protetti dal delitto di calunnia sono emerse anche in giurisprudenza, dove si sono alternate pronunce in cui se ne affermava genericamente la natura plurioffensiva, ad altre in cui si riteneva prevalente l'offesa, rispettivamente, o all'interesse pubblico al buon funzionamento della giustizia o a quello privato a non essere sottoposto ingiustamente ad un procedimento penale. Nel primo senso cfr. Cass., Sez. I, 13 luglio 1988, Mattei, in *Mass. dec. pen.*, 1988, p. 605; Cass., Sez. VI, 15 maggio 1998, De Lucia, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1477; Cass., Sez. VI, 11 novembre 1998, Cavallini, *ivi*, 2000, p. 40, in cui si afferma che il delitto di calunnia è un reato plurioffensivo nel quale persona offesa dal reato non è solo lo Stato, per il pericolo che l'amministrazione della giustizia sia tratta in inganno e fuorviata, ma anche il privato, per la lesione all'onore derivante dalla falsa incolpazione. Nel secondo senso cfr. Cass., Sez. VI, 25 gennaio 1995, Mendola, in *C.E.D. Cass.*, n. 201101. Infine, propende per ritenere che la calunnia sia posta prevalentemente a tutela dell'innocente calunniato Cass., Sez. VI, 26 gennaio 1993, Toscano, in *Riv. pen.*, 1993, p. 1253.

²⁵ Un esempio emblematico delle difficoltà che si incontrano nell'individuare il significato del bene giuridico di categoria in altri titoli della parte speciale del codice penale di carattere collettivo è sicuramente costituito dalla inafferrabile nozione di fede pubblica. In argomento si veda S. FIORE, *Ratio della tutela e oggetto dell'aggressione nella sistematica dei reati di falso*, Napoli, 2000, *passim*; R. RAMPIONI, *Falso innocuo e falso consentito: spunti problematici sul bene protetto*, in *Le falsità documentali*, a cura di F. Ramacci, Padova, 2001, p. 119 ss.; nonché, sia consentito rinviare al nostro, *Sulla configurabilità della falsità ideologica in atti pubblici dispositivi*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1774 ss.

²⁶ Sull'esigenza di concretizzazione dei beni giuridici istituzionali e collettivi si rinvia a G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 543.

in cui si articola il Titolo III consentono, infatti, di circoscriverne l'ambito della tutela penale, rispettivamente, alla tutela dell'attività giudiziaria, alla tutela dell'autorità delle decisioni giudiziarie ed alla tutela arbitraria delle proprie ragioni.

In particolare, nel primo di questi tre capi (quello che funge da comune denominatore delle fattispecie funzionali al corretto svolgimento dei processi, incluse le fasi procedurali, e che a noi interessa in questa sede) è possibile individuare un sottogruppo di norme incriminatrici (le false dichiarazioni al pubblico ministero art. 371 *bis* c.p., le false dichiarazioni al difensore art. 371 *ter* c.p., la falsa testimonianza art. 372 c.p. e la falsa perizia art. 373 c.p.) posto a protezione, non del semplice rispetto delle regole formali che presiedono allo svolgimento del processo, ma del più specifico interesse all'accertamento della verità dei fatti su cui si deve fondare il regolare svolgimento di ogni attività, tanto processuale che procedimentale. Ancora più dettagliatamente si può dire che mentre gli artt. 371 *bis* e *ter* c.p. sono funzionali alla tutela del *regolare svolgimento delle attività di indagini*, le altre fattispecie di falso processuale sono strumentali alla protezione dell'interesse *alla corretta formazione della prova processuale ed alla veridicità della decisione giudiziale* che su di essa si fonda²⁷.

Se, pertanto, si conviene che il disvalore di questi reati è incentrato sulla alterazione della realtà dei fatti, sulla c.d. *immutatio veri*, si potrebbe, però, manifestare, d'altro canto, qualche perplessità sulla legittimità e sulla coerenza della loro collocazione al di fuori del Titolo VII del codice penale "*Dei delitti contro la fede pubblica*" tradizionalmente posto (tra molte critiche) a tutela della veridicità della prova latamente intesa²⁸.

Simili dubbi possono essere prontamente smentiti, in quanto da un'osservazione più attenta delle caratteristiche strutturali dei reati di falso processuale si deduce che la loro separata sistemazione è quanto mai opportuna. In tali condotte mendaci non manca, invero, l'offesa

²⁷ Per una simile ricostruzione di questi reati come delitti contro la prova giudiziale si veda M. PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, cit., p. 4 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 111. In particolare, con puntuale riferimento alla falsa testimonianza ed alla ritrattazione, cfr. G. GUARNERI, *La ritrattazione della falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 743. Sulla ricavabilità del vero contenuto del bene giuridico attraverso il procedimento ermeneutico delle disposizioni in materia, si veda S. PREZIOSI, *Falsa testimonianza e false informazioni al pubblico ministero*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. Coppi, cit., p. 221 ss.

²⁸ Affronta il problema del carattere vacuo della fede pubblica e della opportunità di classificare tutti i reati di falso, extra ed endo-processuali, attorno ad un'unica oggettività giuridica rappresentata dall'interesse alla veridicità delle prove in funzione del processo, E. GALLO, *Il falso processuale*, cit., p. 10 ss.

alla pubblica fede, bensì il legislatore ha ritenuto prevalente rispetto ad essa la lesione di altri beni giuridici *priores et potiores* ²⁹.

La falsa dichiarazione, in pratica, nelle ipotesi prese in considerazione nel Capo I del Titolo III della parte speciale, prima ancora di ledere un numero indeterminato di persone, offende il *corretto funzionamento della giustizia*, proprio perché incide non sulla prova in senso ampio della veridicità delle asserzioni, bensì sulla purezza della prova giudiziale (ma anche delle notizie contenute nel fascicolo del pubblico ministero o utilizzate dal difensore), ovvero su quel presupposto necessario per orientare il libero convincimento del giudice (nonché l'attività investigativa del pubblico ministero e del difensore) secondo le regole contenute nei codici di rito e per garantire che il processo si svolga regolarmente ed approdi (o quanto meno si avvicini il più possibile) all'accertamento della verità storica dei fatti ³⁰.

Nonostante quanto detto sinora, non si può negare che la nozione di amministrazione della giustizia accolta dal legislatore del codice resti pur sempre una nozione molto lata, dotata di una *funzione prevalentemente sistematico-classificatoria*, che non consente agevolmente di individuare nitidamente i criteri limitativi delle opzioni politico-criminali da cui scaturiscono le concrete selezioni delle condotte penalmente rilevanti ³¹.

In via di estrema sintesi, si può dire, seguendo la definizione fornita da Fiandaca e Musco, che il vero contenuto dell'interesse tutelato nel caso di specie è costituito dal *corretto esercizio della funzione giurisdizionale* intesa non in senso strettamente letterale e tecnico, bensì *in senso ampio*, ricomprendendovi tutto ciò che è avvinto ad essa da un nesso strumentale o che ne rende possibile il regolare espletamento, come ad esempio l'interesse dello Stato al monopolio della giustizia minacciato dall'esercizio arbitrario delle proprie ragioni (artt. 392 e 393 c.p.) o le attività investigative del pubblico ministero o della poli-

²⁹ Al riguardo si rinvia ad A. MALINVERNI, voce *Fede pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 69 ss.; A. DE MARSICO, voce *Falsità in atti*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 563 ss.

³⁰ In tal senso si veda F. CARNELUTTI, *Teoria del falso*, cit., p. 5; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 111; M. PISANI, *La tutela processuale delle prove*, cit., p. 160 ss.

³¹ Sul ruolo meramente classificatorio e ricostruttivo che il bene giuridico di categoria, il c.d. "oggetto giuridico generico", assolve nella parte speciale del codice penale si veda A. ROCCO, *L'oggetto giuridico del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, cit., p. 551 ss.; nonché, in senso critico, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed. aggiornata e integrata da L. Conti, Milano, 2003, p. 175 s.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 9; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 543.

zia giudiziaria ad esso connesse, lese dalle ipotesi di omesse denunce delle notizie di reato (artt. 361, 362, 363, 364, 365 c.p.) e di favoreggiamento (artt. 378 e 379 c.p.)³². Detto con altre parole, come osservano Cadoppi e Veneziani, il bene-funzione amministrazione della giustizia «può essere inteso come quell'insieme di attività prodromiche al processo, coeve e successive ad esso, volte a 'rendere giustizia' ai cittadini, e ad impedire che essi 'si facciano giustizia da sé'»³³. La sua *ratio* è, quindi, oggi rappresentata dalla necessità di *preservare il processo*, sia esso penale o civile, in tutte le sue fasi, anche quelle procedurali, giacché esso costituisce il momento principale in cui si esplica l'attività di quella formazione sociale 'amministrazione della giustizia' a cui indirettamente partecipano tutti i consociati. Dalla garanzia di un corretto esercizio della funzione giurisdizionale trae, difatti, giovamento anche l'essenziale esigenza di tutela del '*bene finale*' individuale costituito dai diritti e dagli interessi personali e sociali dei cittadini, nonché dalla loro uguaglianza davanti alla legge.

Tale interesse così inteso trova, peraltro, un ulteriore riconoscimento (ed una conseguente legittimazione ad assurgere a bene giuridico meritevole di tutela penale) anche a livello costituzionale in diverse disposizioni del Titolo IV della Carta fondamentale volte a regolare l'ordinamento giurisdizionale e l'esercizio della giurisdizione. Negli artt. 101 e 102 Cost., infatti, si parla di amministrazione della giustizia in nome del popolo e secondo la legge, mentre nell'art. 104 Cost. è stabilita l'indipendenza della funzione giurisdizionale dagli altri poteri dello Stato³⁴.

La priorità della tutela del processo e la sua strumentalità alla tutela delle aspettative sociali in esso riposte, appare oggi ancor più evidente dopo la recente modifica dell'art. 111 della Costituzione e l'affermazione del principio-diritto del '*giusto processo*', dal momento che proprio *il giusto processo assurge ad esplicito interesse costituzionale meritevole di tutela anche penale*³⁵. Ai sensi di questo nuovo disposto

³² G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 325; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 4; F. TAGLIARINI, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in S. CANESTRARI-A. GAMBERINI-G. INSOLERA-N. MAZZACUVA-F. SGUBBI-L. STORTONI-F. TAGLIARINI, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2000, p. 155; M. BOSCARRELLI, voce *Giustizia (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 612.

³³ Così A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*, cit., p. 112.

³⁴ Cfr. E. GRANDE, voce *Giustizia*, cit., p. 12.

³⁵ Nello stesso senso si veda la recente pronuncia delle Sezioni Unite, 7 novembre 2002, Vanone, cit., p. 1061, la quale, con particolare riferimento al reato di subornazione, asserisce che «è volto a tutelare la funzione pubblica del testi-

costituzionale il *momento processuale* dibattimentale incentrato sul *contraddittorio* inteso nella sua duplice accezione rappresenta, come si è osservato nel capitolo precedente, il principale (e migliore) strumento per giungere (*recte*: approssimarsi) *all'accertamento della verità* ed, in quanto tale, necessita di una fitta griglia di norme, anche penali, poste a sua protezione.

La tutela del processo e della veridicità delle dichiarazioni rese nell'ambito del processo civile e del procedimento penale su cui si fonda la corretta decisione del giudice, nonché la regolarità dell'attività investigativa del P.M. e del difensore e, dunque, anche il rispetto della regola dell'obbligatorietà dell'azione penale, appaiono, allora, come dei *tèloi* a tal punto irrinunciabili e fondamentali del nostro ordinamento giuridico (al fine ultimo di garantire una adeguata tutela ai diritti individuali) da legittimare anche il ricorso, sempre come *extrema ratio*, al diritto penale.

Ciò però forse non basta a spiegare da un punto di vista 'emotivo' la ragione della particolare attenzione di quest'ultimo settore del diritto verso l'amministrazione della giustizia, verso la corretta applicazione della legge; una risposta su questo terreno può essere trovata nel fatto che il sistema penale – a differenza del diritto civile e del diritto amministrativo che godono di una esistenza autonoma anche al di fuori del momento del processo – è un sistema a '*giustiziabilità processuale necessaria*'³⁶, un sistema in cui le disposizioni normative fisiologicamen-

mone o, più ampiamente, il prestigio, la libertà di deporre e la sincerità delle dichiarazioni, elementi questi tutti che integrano l'interesse statale ad un regolare e giusto processo». Più in generale, per un analogo punto di vista, cfr. D. PULITANO, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., p. 969, ad avviso del quale «il giusto processo garantito dalla Costituzione e disciplinato dalla legge processuale è un 'bene giuridico' per il quale si pone un problema di tutela anche penale e cui la legge penale appresta tutela».

³⁶ Quest'immagine del sistema penale come sistema a giustiziabilità processuale necessaria è adottata da V. MAIELLO, *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, cit., p. 164, il quale osserva che «esso rappresenta l'unica espressione dell'ordinamento giuridico, caratterizzata da una *giustiziabilità processuale necessaria*, costituendo il solo *diritto degli illeciti* che si riferisce ad un genere di 'violazioni' accertabili, e sanzionabili, esclusivamente attraverso gli strumenti del processo penale».

Dello stesso ordine di idee è T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, cit., p. 305, il quale rileva che «diritto penale e processo non appartengono ad una sequenza, ma ad un insieme; sono per così dire, due facce della stessa medaglia, rappresentata dal sistema punitivo, di cui costituiscono poli dialettici indisciungibili. Infatti, il diritto penale manifesta la propria rilevanza, come fenomeno giuridico, col processo e nel processo in cui si realizza l'accertamento del reato, la determinazione della responsabilità, e l'applicazione (o la

te per 'vivere' ed acquisire capacità operativa *abbisognano indispensabilmente della celebrazione del rito processuale*³⁷ e dove, di conseguenza, la tutela di quest'ultimo si traduce anche nella tutela indiretta dello stesso diritto penale sostanziale che in esso trova completamento³⁸. Proprio per queste ragioni andrebbero forse riposte da parte le diatribe sulla preminenza gerarchica dell'uno sull'altro (il diritto penale so-

non applicazione) delle conseguenze sanzionatorie. Questa peculiarità contrappone in termini radicali il diritto penale a qualsiasi altra branca dell'ordinamento: il diritto civile e commerciale, il diritto amministrativo, il diritto costituzionale, il diritto sindacale e del lavoro "vivono" anche, e soprattutto, in una dimensione extraprocessuale, il diritto penale, fuori del processo, è viceversa invisibile». Un analogo giudizio relativamente ai rapporti tra diritto penale sostanziale e diritto penale processuale lo formula A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., p. 58, ad avviso del quale «non esiste ambito di applicazione del diritto penale al di fuori del processo: ove rispettata la norma penale non è, propriamente applicata, ma al contrario tende all'irrelevanza». In argomento cfr. anche G. FIANDACA, *Diritto penale e processo*, in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., p. 65 ss. e K. VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco*, Padova, 1993, p. 14. Da ultimo, rimarca lo stretto legame di interdipendenza esistente tra il diritto penale sostanziale e quello processuale, D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, cit., p. 507, il quale osserva con sintetica incisività che «nella misura in cui la funzione primaria della legge penale (prevenzione dei reati) non abbia avuto successo, di fronte ai reati commessi, *l'applicazione della legge penale ha bisogno del processo*: per ragioni di garanzia, che fanno del processo (il giusto processo dinanzi ad un giudice imparziale) il *necessario momento finale dell'iter dell'accertamento dei reati, dei rei, e della (eventuale) affermazione di responsabilità*».

³⁷ Tale peculiarità del diritto penale era già stata messa brillantemente in evidenza da F. CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, p. 167. Ad avviso dell'insigne giurista il processo penale ha un carattere di irrinunciabilità per il diritto sostanziale, diversamente da quanto avviene in altri settori del diritto: «mentre il diritto civile può vivere anzi, se le cose andassero bene, dovrebbe vivere senza processo, il diritto penale vive, perché è destinato a vivere, soltanto nel processo. Un contratto, se è stato concluso, può adempiersi e non dar luogo ad alcuna lite; un delitto, se è stato commesso, deve dar luogo al processo; anzi se non vi dà luogo, a rigore, non c'è, giuridicamente, un delitto non potendosi negare alla condanna penale il carattere costitutivo. (...) Il diritto penale materiale, di fronte al diritto penale processuale, non è, come in materia civile, fisiologia opposta alla patologia, ma un ramo della patologia (studio delle malattie) in confronto con un altro (studio della medicina). Il vero è dunque che i rapporti tra diritto civile e processo civile sono un'altra cosa in confronto di quelli tra diritto penale e processo penale». Lo stesso illustre giurista, in un altro lavoro, le *Lezioni di diritto penale*, Milano, 1942, p. 12, affermava ancor più icasticamente: «*insomma, tutto il diritto penale è diritto processuale*».

³⁸ Cfr. per tutti in argomento D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *La legislazione premiale*, Atti del XV° Convegno E. De Nicola, Milano, 1987, p. 76; il lavoro è pubblicato anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1005 ss.

stanziale e quello processuale) e ripresa quell'antica visione unitaria che li denominava entrambi diritto penale, distinguendo semplicemente tra *diritto penale materiale* e *diritto penale formale* a seconda che le norme descrivessero fattispecie a cui era associata una pena, od invece regolassero la realizzazione di queste leggi penali descrivendo il rito da seguire per applicarle³⁹.

In ogni caso, appare sicuramente in linea sia con il nuovo contesto culturale e giuridico delineatosi, sia con una teoria del bene giuridico costituzionalmente orientata⁴⁰, sia con una concezione del bene giuridico non puramente metodologica ed immetariale, bensì critico-garantista e concreta⁴¹, la scelta dell'amministrazione della giustizia come comune denominatore per i delitti contenuti nel Titolo III⁴²: esiste

³⁹ Su questa diversa visione del rapporto diritto penale sostanziale-diritto penale processuale si rinvia a K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, (1885), qui citato nella ristampa anastatica, Aalen, 1991, p. 6.

⁴⁰ Sulla teoria del bene giuridico costituzionalmente orientata il rinvio è obbligato al fondamentale lavoro di F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 7 ss. Nella manualistica per una esauriente trattazione si rinvia a G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 449 ss.; S. DI CHIARA-G. FIANDACA, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Napoli, 2003, p. 103 ss.

⁴¹ Sul significato e le funzioni del bene giuridico si veda per tutti F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, *passim*; AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1985, *passim*; G. FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come problema di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 42 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, cit., p. 345 ss.; A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in onore di G. Tarello*, vol. II, Milano, 1990, p. 94 s.; T. PADOVANI, *Tutela dei beni e tutela delle funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 675 ss.

⁴² Analoga opzione caratterizza anche il nuovo codice penale spagnolo del 1995. Nonostante le critiche e le obiezioni a cui si è esposto anche in quel contesto giuridico, il concetto di amministrazione della giustizia continua a rappresentare il bene di categoria del nuovo *Título XX* della *Parte special del Código penal*, dal momento che rappresenta un interesse di rango costituzionale (art. 117.3 *Cost. Esp.*) necessitante di una adeguata tutela penale. In argomento cfr. per tutti G. QUINTERO OLIVARES-J.M. VALLE MUÑIZ, *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona, 1996, p. 1960 ss.; M. DEL MAR DIAZ PITA, *El delito de acusación y denuncia falsas: problemas fundamentales*, Barcelona, 1996, p. 25 ss.; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 881 s.; *Compendio de derecho penal espanol. Parte especial*, cit., p. 851 s. Addirittura, nel nuovo codice penale francese il raggruppamento in un unico insieme, precisamente nel *Livre IV, Troisième chapitre du titre III*, di tutte le infrazioni che offendono la *Justice*, è stato salutato come una preziosa conquista rispetto al disordine sistematico che invece regnava prima del 1993, quando queste fattispecie erano disperse in più parti del

ancora, infatti, ed è fondamentale, l'interesse al corretto esercizio della funzione giurisdizionale ed alla ricerca della verità in tutte le fasi sia processuali che procedurali e non si sostanzia in una mera tutela di funzioni, per le ragioni in precedenza evidenziate⁴³.

La particolare vitalità di questo bene giuridico è confermata dal fatto che, anche al di fuori dello specifico problema della ritrattazione e della opportunità di una eventuale modifica della sua disciplina, il tema della tutela penale del processo nell'ultimo decennio è stato al centro dell'attenzione più di ogni altro settore della parte speciale del diritto penale.

A partire dall'inizio degli anni Novanta si sono susseguiti *continui interventi legislativi* in materia finalizzati ad adeguare l'impianto originario del codice penale del 1930 al nuovo sfondo processuale penale delineatosi tra il 1989 ed il 1999 con l'entrata in vigore del nuovo codice di rito, la riformulazione dell'art. 111 Cost. e la costituzionalizzazione del diritto-principio al giusto processo. Si pensi, ad esempio, alla legge 7 agosto 1992, n. 356 che, convertendo il legge l'art. 11 del D.L. 8 giugno 1992, n. 306 recante *Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*, ha introdotto all'art. 371 bis c.p. la nuova fattispecie delle false dichiarazioni al pubblico ministero, ha modificato l'ambito di operatività degli artt. 376 e 384 c.p. ed ha apportato modifiche verso l'alto delle cornici edittali di altre fattispecie incriminatrici del Titolo III⁴⁴; o alla legge 8

Code penal del 1810, del *Code de procédure pénale* e in altri testi. Sul punto cfr. J. PRADEL, *Droit pénal général*, cit., p. 118; F. DESPORTES-F. LE GUNEHÉC, *Le nouveau droit pénal. Droit pénal général*, cit., p. 53.

⁴³ Riconosce che, rispetto alla questione della tutelabilità attraverso il diritto penale di mere funzioni, resta «fuori discussione, ovviamente, la tutela penale della libertà e della legalità dell'esercizio di funzioni pubbliche (pensiamo ai delitti contro la pubblica amministrazione o contro l'attività giudiziaria)», D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, p. 143. Più in generale, sul problema della deriva del sistema penale odierno da un sistema imperniato sul bene giuridico inteso in un'accezione critico-garantista ad un sistema caratterizzato dal riconoscimento della tutelabilità di mere funzioni, si veda per tutti S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, cit., p. 348 ss. Da ultimo, affronta approfonditamente il tema della necessità del recupero della centralità teleologica del bene giuridico nella teoria del reato, A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2006, p. 32 ss.

⁴⁴ Sulle modifiche del 1992 si veda per tutti T. PADOVANI, *Commento all'art. 11, D.L. 8 giugno 1992, n. 306*, in *Leg. pen.*, 1993, p. 114 ss.; P. PISA, *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 ss.; S. MOCCIA-F. SCHIAFFO, voce *False informazioni al pubblico ministero*, cit., p. 1 ss.; F. SCHIAFFO, *Necessità ed aspettative di tutela nel delitto di false informazioni al Pubblico Ministero*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 75 ss.

agosto 1995, n. 332 che ha modificato leggermente la disciplina dell'art. 371 *bis*⁴⁵; o ancora alla legge di depenalizzazione 25 giugno 1999, n. 205, che ha praticamente cancellato il capo III sulla tutela arbitraria delle proprie ragioni⁴⁶; alla legge 7 dicembre 2000, n. 397 recante *Disposizioni in materia di indagini difensive*, che ha introdotto all'art. 371 *ter* il nuovo reato di false dichiarazioni al difensore e all'art. 379 *bis* la fattispecie di *Rivelazione di segreti inerenti ad un procedimento penale*, ha ulteriormente ampliato l'ambito di operatività degli artt. 376 e 384 c.p. ed ha apportato modifiche ad altre disposizioni⁴⁷; alla legge 1 marzo 2001, n. 63, che ha introdotto all'art. 377 *bis* c.p. il delitto di induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria⁴⁸; e da ultimo all'art. 17 della legge 5 ottobre 2001, n. 367 in materia di rogatorie internazionali, che ha inserito nel Titolo III l'art. 384 *bis* c.p. che disciplina la *Punibilità dei fatti commessi in collegamento audiovisivo nel corso di una rogatoria dall'estero*⁴⁹.

⁴⁵ In argomento sui problemi posti dall'art. 371 *bis* si rinvia per tutti a S. PREZIOSI, *Falsa testimonianza e false informazioni al pubblico ministero*, cit., p. 300 ss.; G. INSOLERA, *I delitti di false dichiarazioni al pubblico ministero e al difensore. Alla ricerca del bene giuridico tutelato*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1037 ss.

⁴⁶ Si veda sul punto M. DONINI, *Anatomia dommatica del duello. L'onore dal gentiluomo al colletto bianco*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 1057 s.

⁴⁷ A. CRISTIANI, *Il difensore penale nell'arcobaleno legislativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 533; F. GIUNTA, *Le innovazioni ai delitti contro l'amministrazione della giustizia introdotte dalla legge sulle indagini difensive*, in *Studium Juris*, 2001, p. 1034; G. INSOLERA, *I delitti di false dichiarazioni al pubblico ministero*, cit., p. 1039 s.; C. LONGOBARDO, *Le false dichiarazioni al difensore*, in AA.VV., *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di M. Ferraioli, Milano, 2002, p. 409 s.; A. MANNA, *Il difensore come pubblico ufficiale: le controverse indicazioni provenienti dalla disciplina delle indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1278 s.; M. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, *ivi*, 2001, p. 5 s.; V. PATALANO, *Nasce il delitto di false dichiarazioni al difensore*, in *Guida dir.*, 2001, n. 1, p. 51; P. PISA, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 292 ss.; F. TAGLIARINI, *I reati contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 210.

⁴⁸ Per delle prime osservazioni in merito a tale nuova fattispecie vedi A. DI MARTINO, *Art. 20, legge 1° marzo 2001, n. 63*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 337 ss.; M. ZANNOTTI, *La tutela penale dell'io narrante*, in *Crit. dir.*, 2003, p. 49 ss.; C. CONTI, *Il nuovo delitto di "subornazione" ex art. 377-bis c.p. tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1027 ss.

⁴⁹ Una ricognizione generale di tutte le modifiche apportate all'impianto originario del codice in materia di tutela della amministrazione della giustizia è compiuta da B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 13 ss.

Si deve, infine, sottolineare a conclusione di queste osservazioni sparse sul bene giuridico amministrazione della giustizia (*sub specie* attività giudiziaria) che l'opzione di accomunare tutte le fattispecie che incidono sull'attività giurisdizionale in un unico titolo non era, almeno fino ad un recente passato, diffusa ed accreditata da tutti gli ordinamenti giuridici; tutt'altro, essa ha «rappresenta(to), sia pur entro certi limiti una 'peculiarità' del nostro sistema penale»⁵⁰.

Una indagine comparatistica evidenzia che nello *Strafgesetzbuch* tedesco, ad esempio, ancora oggi non è rinvenibile un titolo analogo al nostro Titolo III, essendo queste fattispecie disseminate tra i reati contro l'autorità dello Stato, contro l'ordine pubblico, contro la pubblica amministrazione o in sezioni autonome dedicate alle false dichiarazioni, o alla calunnia⁵¹.

Diversamente, invece, altri ordinamenti giuridici di recente teatro di radicali riforme in materia penale e per lungo tempo caratterizzati da un'identica situazione di frammentazione della tutela dei delitti contro la giustizia, hanno seguito il modello italiano. Con il *Code penal* francese del 1994 e con il *Código penal* spagnolo del 1995 è stata, infatti, abbandonata tale opzione sistematica ed è stata introdotta nelle rispettive parti speciali una apposita sezione che riunisce la maggior parte dei delitti contro l'amministrazione della giustizia.

2. La ritrattazione quale strumento di tutela a posteriori del bene giuridico tutelato

Si è ritenuto necessario prendere le mosse dalla trattazione del problema del bene giuridico protetto perché l'esigenza di garantire il corretto svolgimento delle funzioni giurisdizionali (nonché delle attività di indagine dell'accusa e della difesa) e di tendere all'accertamento della verità storica dei fatti su cui le decisioni giudiziarie si basano, se da un lato, giustifica la previsione di numerose norme incriminatrici, dall'altro, allo stesso tempo, spiega e legittima anche la previsione di ipo-

⁵⁰ Così A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 109.

⁵¹ In argomento nella dottrina tedesca cfr. H.J. RUDOLPHI-E. HORN-E. SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Besonderes Teil*, Band 1, Neuwied-Kriftel, 1995, *sub* § 154 ss.; nonché P. CRAMER e T. LENCKNER, in A. SCHÖNKE-H. SCHRÖDER, *Kommentar Bundesstrafrechtsgesetzesbuch*, München, 2001, rispettivamente *sub* § 139, Rn. 2 s. e *sub* § 154, Rn. 10. Per una interessante indagine comparata in materia di reati contro l'amministrazione della giustizia cfr. G. FORNASARI, *I reati contro l'amministrazione della giustizia nell'esperienza tedesca*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 829 ss.

tesi di *non punibilità* nel caso in cui un comportamento successivo del reo consenta, a determinate condizioni, di riparare alla condotta offensiva originaria⁵². Anzi, come avvertito già in precedenza, in un codice come quello del 1930, nelle cui scelte di fondo è nettamente prevalente rispetto alla dimensione individuale quella pubblicistica, l'introduzione di ipotesi di non punibilità in relazione a condotte postfatte in grado di appagare il prioritario interesse dello Stato alla ricerca della verità all'interno del processo, è ancor più coerente.

Si può dire che l'assoluta rilevanza attribuita al bene giuridico in questione nelle opzioni politico-criminali di segno punitivo in materia penale – confermata dalla struttura di reati di pericolo di molte di queste fattispecie – si disvela *anche* nel ricorso a scelte legislative di segno opposto di natura positivo-premiale. Il legislatore, in altre parole, al fine di *tutelare questo interesse* più adeguatamente ha utilizzato entrambe le *due diverse tecniche di intervento* a sua disposizione: *la previsione di fattispecie incriminatrici dal contenuto sanzionatorio e la introduzione di disposizioni premiali dal contenuto scriminante*. Si tratta, infatti, di strumenti politico-criminali tra loro non incompatibili, bensì *complementari* in quanto sinergicamente funzionali al perseguimento della medesima finalità.

Di più: in una prospettiva moderna di un diritto penale *sussidiario* che sanzioni solo eventi necessariamente lesivi di interessi costituzionalmente rilevanti, l'effettiva tutela di un bene giuridico dovrebbe sempre essere perseguita (dove possibile) utilizzando *contemporaneamente entrambe* le tecniche normative ora citate. Le prime contribuiscono alla tutela del bene giuridico, nel momento edittale, attraverso la minaccia di pena unicamente per un determinato comportamento concretamente lesivo e, nel momento applicativo, tramite la successiva inflizione della sanzione in caso di commissione dello stesso; le seconde, invece, consentono, in casi tassativamente previsti, di prolungare il momento di tutela del bene giuridico oltre quello della perfezione della condotta prevista dalla fattispecie incriminatrice, fino a quello in cui l'autore può ancora porre in essere una contro-condotta successiva di segno opposto in grado di eliminare completamente il contenuto di disvalore offensivo della precedente.

La ritrattazione, a ben vedere, descrivendo una tipica condotta susseguente al reato (o postfatto)⁵³, costituisce un'ipotesi a posteriori, *in*

⁵² In tal senso si esprime F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 457 s. Sul punto si tornerà *infra*, par. 3.

⁵³ Per una puntuale precisazione sulla terminologia da adottare in relazione alle ipotesi di postfatto si rinvia per tutti al lavoro di S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, p. 2. In argomento si veda anche G. CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, Bari, 1965, *passim*.

extremis, di tutela del bene giuridico amministrazione della giustizia o, più in particolare, come abbiamo precedentemente detto nel tentativo di concretizzare tale bene superindividuale, dell'interesse alla regolare formazione del fascicolo del pubblico ministero e della strategia processuale del difensore e, soprattutto, alla formazione della prova in dibattimento ed alla ricostruzione dei fatti in termini di tendenziale veridicità⁵⁴.

In altre parole, si può affermare che è tale l'interesse da parte del legislatore all'acquisizione della verità nel processo ed alla pronuncia di sentenze conformi a 'giustizia', che la tempestiva sostituzione della narrazione falsa con la narrazione vera da parte del teste-reo, consentendo di eliminare ogni intralcio al corretto esercizio delle attività giurisdizionali, pone in subordine l'interesse alla sua repressione ed il correlativo esercizio della potestà punitiva⁵⁵.

Questa (esasperata) apprensione nei confronti della veridicità e genuinità del materiale probatorio si spiega con il fatto che le pronunce giurisprudenziali possono concorrere a svolgere una funzione general-preventiva positiva nei confronti dei consociati ed a rafforzare l'idea della certezza del diritto esclusivamente quando si basano su fonti di prova il più possibile conformi alla verità oggettiva. Se a ciò si aggiunge che i testimoni sono sovente mezzi insostituibili, anche se nei limiti della loro credibilità, per addivenire ad una corretta conclusione di un processo, ben si comprende perché il legislatore abbia optato per

⁵⁴ Del medesimo avviso è G. GUARNERI, *La ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., p. 743, il quale rileva che in tal caso il legislatore «non si limita a punire, in quanto dispone anche misure particolari dirette a prevenire tale illecito, e a ottenere dichiarazioni veridiche. Invero, diversamente dalle linee di tendenza normalmente seguite, spinge lo sforzo di prevenzione anche alla fase successiva alla deposizione, quando il testimone ha già commesso il reato, rendendo dichiarazioni inveritiere o è stato reticente ritenendo utile fare un ultimo tentativo per indurlo a dire la verità. Volendo perseguire lo scopo di accertare la verità con ogni mezzo possibile, dimostra di volersi adeguare alla propensione del diritto (...): *jura tendunt ad hoc, ut falsitas evitetur*».

⁵⁵ In tal senso M. PISANI, *La tutela penale delle prove*, cit., p. 234; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 328. Sul punto si veda anche E. GRANDE, voce *Giustizia (delitti contro l'amministrazione della)*, cit., p. 16, la quale pur criticando tendenzialmente le cause di non punibilità speciali previste nel Titolo III del codice penale, perché incrinano ulteriormente l'efficacia deterrente delle sanzioni previste nelle fattispecie in esso contenute, precisa però che tali osservazioni non si riferiscono alla "pur generosa disciplina" della non punibilità della ritrattazione della falsa testimonianza, dal momento che «quest'ultima causa di non punibilità, in particolare, può ancora trovare una pur discutibile ratio nell'interesse al recupero, ancorché tardivo, di una testimonianza veritiera».

questa particolare soluzione politico-criminale di non punibilità (sebbene *de iure condendo* si pensi, come evidenziato nel par. 1.1.2., ad un suo temperamento)⁵⁶.

L'effetto positivo del conseguimento della verità è stato, cioè, reputato prevalente rispetto agli opposti effetti negativi che ipotesi speciali di non punibilità di questo tipo inevitabilmente producono tanto sulle istanze di prevenzione generale di tipo positivo delle norme incriminatrici delle condotte successivamente non punite, quanto, «sotto il profilo costituzionale, sul rispetto del principio di parità di trattamento e, più genericamente, sotto quello della coerenza e logicità del sistema»⁵⁷.

La ritrattazione, vale a dire, nella parte in cui offre all'autore del fatto una via di uscita dal circuito penale, pur intaccando sotto alcuni profili la ragionevolezza e la coerenza del sistema, contribuisce alla realizzazione di un obiettivo ritenuto fondamentale dall'ordinamento: la tutela 'fino all'ultimo momento possibile' dell'interesse alla purezza della prova storica su cui si basa, a sua volta, la giusta soluzione giurisprudenziale del caso concreto.

3. *Nozione ed effetti giuridici della ritrattazione: le scelte dei compilatori del codice penale del 1930*

Appare ora opportuno, per esigenze di chiarezza e di completezza, ricostruire in maniera analitica e schematica i caratteri e l'ambito di operatività della causa di non punibilità in esame.

⁵⁶ Cfr. G. GUARNERI, *La ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., p. 743.

⁵⁷ Così S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., in particolare pp. 297 e 302. Sul punto si vedano anche le osservazioni di F. BRICOLA, *Il secondo e terzo comma dell'art. 25*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Padova, 1981, p. 283, ad avviso dell'illustre Autore deve essere garantito il rispetto dei principi costituzionali anche «in un settore così delicato qual è quello delle norme penali di favore, le quali possono introdurre odiosi privilegi e discriminazioni». Sui profili costituzionali della non punibilità, sebbene con particolare attenzione al problema specifico dell'ammissibilità del sindacato della Corte Costituzionale sulle norme penali di favore, si veda per tutti E. DOLCINI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 626 ss.

Più in particolare, per quanto attiene al secondo profilo, quello del deficit di logicità e di coerenza di queste ipotesi speciali di non punibilità sopravvenute rispetto alla disciplina generale dettata per il recesso nel codice penale, sottolinea la necessità di una loro razionalizzazione L. MONACO, *Sul recesso dal delitto tentato*, in *Studi Urbinati*, 1978-1979, p. 297 s. Su tale problema, inerente all'inquadramento della ritrattazione come strumento di tutela posticipata di beni giuridici, si tornerà comunque più approfonditamente *infra* nel par. 2, Cap. III, Sez. II.

Una simile indagine non può non prendere le mosse dalla norma che disciplina la ritrattazione, l'art. 376 del codice penale del 1930 così come si presenta oggi dopo molteplici interventi modificativi subiti nell'ultimo decennio⁵⁸. Tale articolo dispone che nei casi dei reati di false informazioni al pubblico ministero (art. 371 *bis* c.p.), false dichiarazioni al difensore (art. 371 *ter* c.p.), falsa testimonianza (art. 372 c.p.) e falsa perizia o interpretazione (art. 373 c.p.), «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.

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»⁵⁹.

⁵⁸ Come già rilevato in precedenza, l'originario precetto dell'art. 376 c.p. è stato modificato sia dalla l. n. 356 del 1992 che dalla l. n. 397 del 2000 al fine di inserirvi il riferimento rispettivamente ai delitti di false informazioni al pubblico ministero (art. 371 *bis* c.p.) e di false dichiarazioni al difensore (art. 371 *ter* c.p.).

⁵⁹ In generale per degli approfondimenti sulla ritrattazione si rinvia a A. DE MARSICO, *Se sia punibile la determinazione a falsa testimonianza non punibile per ritrattazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, p. 3 ss.; E. CONTIERI, *L'efficacia della ritrattazione nei confronti dell'istigazione a falsa testimonianza, perizia o interpretazione*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1933, p. 1084 ss.; B. TIBALDI, *La ritrattazione nella falsa testimonianza e nella falsa perizia*, in *Riv. pen.*, 1937, p. 869 ss.; A. JANNITI PIROMALLO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 208 ss.; C. SALTELLI-E. ROMANO DI FALCO, *Nuovo codice penale commentato*, vol. III, Torino, 1940, p. 401 ss.; B. TIBALDI, *La ritrattazione nella falsa testimonianza*, in *Riv. pen.*, 1940, p. 167 s.; A. GRIECO, *Inefficacia della ritrattazione della falsa testimonianza nei confronti dell'istigatore ed inapplicabilità dell'art. 376 c.p. all'istigatore che confessa la istigazione compiuta*, in *Riv. pen.*, 1949, p. 607 ss.; R. LANZA, *Falsa testimonianza*, in *Giust. pen.*, 1951, II, c. 893 s.; L. GRANATA, *La ritrattazione nella falsa testimonianza e la impossibilità giuridica di estensione ai correi*, *ivi*, 1957, II, c. 718 ss.; BORIO PORZIO, *Una questione sul termine per la ritrattazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 469 ss.; M. BOSCARRELLI, *Ritrattazione della falsa testimonianza e punibilità del concorrente*, *ivi*, p. 448 ss.; F. CHIAROTTI, *Osservazioni sulla natura giuridica della ritrattazione*, in *Arch. pen.*, 1958, II, p. 26 ss.; CIAMPI, *La proposta di abolire la ritrattazione come causa di non punibilità*, in *Giust. pen.*, 1962, I, c. 79 ss.; S. RANIERI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, Padova, 1962, p. 366 s.; A. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, II, Torino, 1962, p. 427 s.; M.A. COLACCI, *Controversie sulla ritrattazione della falsa testimonianza*, in *Scuola pos.*, 1964, p. 285 ss.; R. PETTENATI, *Ritrattazione della falsa testimonianza e cause estintive della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 557 ss.; G. DE FENU, *L'essente della ritrattazione nella falsa testimonianza*, in *Giust. pen.*, 1967, II, c. 759 ss.; G. RUGGIERO, voce *Falsa testimonianza*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 541 ss.; E. GALLO, *Il falso processuale*, cit., p. 303 ss.; G. GUARNERI, *La ritrattazione nel-*

Il primo dato che si può desumere al riguardo dalla lettura della norma e dalla sua collocazione sistematica in chiusura del Capo I "Dei delitti contro l'attività giudiziaria"⁶⁰ del citato Titolo III "Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia" è che alla ritrattazione è stato conferito il valore di *causa di non punibilità speciale* operante per tutti (e soli) i delitti da essa tassativamente elencati.

Volendo poi andare più a fondo e provare ad inquadrare tale istituto nelle categorie classiche del diritto penale, si deve rilevare che la ritrattazione costituisce un'ipotesi speciale di ravvedimento operoso *post patratum crimen*, da parte dell'autore di uno dei delitti di falsa testimonianza, false dichiarazioni al pubblico ministero, false dichiarazioni al difensore e falsa perizia o interpretazione, nonché in passato, fino alla modifica del codice di rito, del falso giuramento⁶¹. La sua peculiarità è quella di assicurare al suo autore (*in deroga* a quanto normalmente previsto dall'art. 62, n. 6, c.p., che sancisce la mera *attenuazione* della pena nei casi di spontanea ed efficace eliminazione da parte del reo delle conseguenze dannose o pericolose del reato) la non punibilità, anche a prescindere dalla spontaneità⁶².

la falsa testimonianza, cit., p. 741 ss.; A. SANTORO, voce *Testimonianza, perizia, interpretazione (falsità in)*, cit., p. 297 ss.; G. RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, cit., p. 241 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 922 ss.; L. CONCAS, *Concorso di persone nella falsa testimonianza ed efficacia della ritrattazione*, in *Riv. giur. Sarda*, 1986, p. 531 s.; ID., *Istigazione alla falsa testimonianza e ritrattazione*, *ivi*, 1986, p. 148 s.; G. LA CUTE, voce *Falsa testimonianza*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma, 1989, p. 10 ss.; F. COPPI, *Ritrattazione*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. Coppi, cit., p. 353 ss.; G. PIFFER, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, in *Codice penale commentato*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano, 1999, p. 2143 ss.; M.G. ROSA, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi ed E. Lupo, vol. VII, Milano, 2000, p. 184 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 130 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 369 ss.; P. SEVERINI, *I delitti di false dichiarazioni nel processo penale*, Padova, 2003, p. 40 ss.; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 212 ss.; G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro l'attività giudiziaria*, cit., p. 547 ss.

⁶⁰ La sottoclassificazione del Titolo III del codice penale del 1930 in capi rappresenta un altro elemento distintivo rispetto al codice Zanardelli a causa del differente parametro utilizzato: questa non si fonda più sulla tipologia della condotta da perseguire, bensì sull'oggetto giuridico concreto effettivamente leso da ciascun gruppo di fattispecie incriminatrici.

⁶¹ In tal senso V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 922.

⁶² Sul punto cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, II, cit., p. 460, il quale arriva alla medesima conclusione nella parte in cui precisa che quando la ritrattazione è tardiva può essere tenuta in calcolo solo agli effetti dell'attenuante contemplata nell'art. 62, n. 6, c.p.; B. TIBALDI, *La ritrattazione nella*

La soluzione dei redattori del codice del 1930 di prevedere per essa (diversamente dal codice penale del 1889) il principio dell'obbligatorietà e della assolutezza della esenzione da pena è stata, però, oggetto di discussione e di critiche durante i *Lavori preparatori*. All'epoca si era obiettato che sarebbe stato più opportuno adottare come criterio «quello di una costante diminuzione di pena, integrata da un potere discrezionale del giudice, estensibile fino all'esenzione, e così sostituendosi alle parole "il colpevole va esente da pena", le altre "il giudice può diminuire la pena", od anche "mandare il colpevole esente da pena»⁶³.

Tale osservazione critica si fondava, oltre che su una adeguata considerazione degli interessi personalistici eventualmente offesi dalle dichiarazioni giudiziali mendaci, anche sull'intenzione di voler preservare in argomento un carattere di *continuità* con il codice penale Zanardelli il cui art. 216 (come già visto in precedenza), nella parte in cui disciplinava la ritrattazione⁶⁴, adottava per l'appunto il doppio criterio

falsa testimonianza e nella falsa perizia, cit., p. 872; A. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 428. Cfr. a riguardo anche Cass., Sez. III, 28 marzo 1957, Masiero, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 448; in *Foro it. Repertorio*, 1957, voce *Testimonianza e perizia falsa*, n. 17 ed in C. CANTARANO, *I delitti contro l'attività giudiziaria nella giurisprudenza*, Padova, 1978, p. 274; Cass., Sez. I, 30 novembre 1933, Castrose, in *Riv. pen.*, 1933, p. 1016, ed in *Annali dir. proc. pen.*, 1933, p. 490.

Peraltro, che la ritrattazione sia in un rapporto di specialità con l'art. 62 n. 6, c.p. lo si vince anche da un'analisi degli effetti che essa produce in relazione al delitto di calunnia di cui all'art. 368 c.p. In tal caso, infatti, non essendo questo delitto annoverato nell'elenco tassativo dell'art. 376 c.p., è opinione comune sia in dottrina che in giurisprudenza che la ritrattazione, purché presenti i requisiti della spontaneità e della efficacia, consenta al reo di beneficiare dell'attenuante del c.d. ravvedimento operoso di cui, per l'appunto, all'art. 62, n. 6, seconda ipotesi. In questo senso cfr. G. PIFFER, *Art. 368. Calunnia*, in *Codice penale commentato*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, cit., p. 2109; Cass., 16 maggio 1996, Coppolecchia, in *Guida dir.*, 1996, n. 34, p. 84.

⁶³ Così in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. III, Parte III, Roma, 1928, p. 219, Rel. Pergola.

⁶⁴ L'art. 216 del codice penale del 1889 recitava, infatti, testualmente che «Va esente da pena, per il fatto preveduto nell'art. 214, chi avendo deposto in un procedimento penale, ritratti il falso e manifesti il vero, prima che l'istruzione sia chiusa con sentenza od 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 in tempo successivo, o se concerna una falsa deposizione in 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 altro grave no-

alternativo di apprezzamento della stessa, o come circostanza attenuante o come causa di esclusione della pena⁶⁵.

In sede di discussione del Progetto preliminare del codice penale, però, si è optato per confermare la previsione dell'esenzione assoluta da pena come unico parametro di valutazione della ritrattazione. Secondo quanto è dato leggere testualmente nei Lavori preparatori, invero, si è ritenuto che «se si vuol dare ad essa un contenuto *pratico e positivo* si deve accordare un beneficio radicale, capace di vincere la istintiva repugnanza che accompagna la confessione di aver mentito. Spesso l'imputato, sperando di *lucrare* l'impunità, non s'induce a offrire la certezza della sua colpevolezza per ottenere una pena sia pure attenuata»⁶⁶. In altre parole, ad avviso dei compilatori esclusivamente la previsione della completa impunità per la ritrattazione poteva valere a non intimorire il falso teste e ad indurlo a contribuire positivamente all'accertamento della verità ed alla corretta applicazione del diritto.

L'opportunità di tale scelta politico-criminale la si può evincere ancor più chiaramente dalla sua comparazione con la disciplina vigente in questa materia ancora alla fine del Settecento in molti Stati italiani, in forza della quale il teste che nella fase così detta della *repetizione de' testimoni* ritrattava le proprie precedenti dichiarazioni doveva «almeno alla tortura soggiacere»⁶⁷. Il rigore di tale opzione punitiva comportava come conseguenza logica che nessun teste modificava o smentiva la propria deposizione anche perché, come già si chiedeva all'epoca Mario Pagano, «qual è quel martire della verità, quell'intrepido te-

cumento 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».

Va al riguardo ricordato quanto detto in precedenza, e cioè che già nei lavori preparatori a tale codice era emersa più di una incertezza sul modo di considerare la ritrattazione: vale a dire, se concepirla come causa di impunità, come diminuente, oppure nella doppia forma poi adottata. Cfr. a tal proposito *Relazione ministeriale al Progetto del codice penale per il Regno d'Italia*, cit., p. 352.

⁶⁵ In argomento si rinvia per tutti a E. PESSINA, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. VII, cit., p. 732; A. ZERBOGLIO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 345; M. MANFREDINI, *Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 244 ss.

⁶⁶ Così in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, Parte IV, Roma, 1929, p. 8, Rel. Appiani.

⁶⁷ In questi termini si esprimeva F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, Milano, 1801, qui citato nella rist. anast. Milano, 1998, a cura di E. Palombi, p. 154, il quale a tal proposito rilevava anche criticamente (p. 184) che «Conviene ormai ogni uomo illuminato, che la tortura si dovrebbe bandire da' tribunali, asili della giustizia e tempj della libertà. [...] Che rapporto può mai avere il dolore colla verità? Elle son cose di eterogenea natura. Il dolore ha rapporto colla volontà, la verità coll'intelletto solo».

stimonio, che non voglia confermare quella deposizione che ei già fece corrotto dalla parte, ovvero la deposizione che lo scrivano a suo piacere ha nell'informativa registrata?»⁶⁸.

4. *Il presupposto applicativo: la precedente consumazione di uno dei reati indicati dall'art. 376 c.p.*

Affinché la ritrattazione possa operare si deve accertare preliminarmente l'esistenza di un *presupposto applicativo necessario*: la *precedente commissione* da parte dello stesso soggetto testimone-imputato di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, integrante la consumazione esclusivamente di uno dei reati tassativamente elencati nella parte iniziale dell'art. 376 c.p.

Con accuratezza terminologica il legislatore negli artt. 371, secondo comma (ormai tacitamente abrogato, come si vedrà meglio in seguito) e 376 c.p., ha puntualizzato che non è punibile in caso di ritrattazione unicamente il *colpevole* dei delitti previsti dagli artt. 371, 371 bis, 371 ter, 372 e 373 c.p., intendendo con tale locuzione precisare in modo chiaro ed inequivoco che l'esimente in questione concerne solo quel soggetto che sia già autore di un fatto che presenti tutti gli elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi, di uno di quei reati espressamente elencati dalla norma⁶⁹.

Da ciò si deduce che la ritrattazione, essendo vincolata alla *precedente consumazione* di uno dei delitti di false dichiarazioni processuali testualmente richiamati dall'art. 376 c.p., non trova applicazione tutte le volte in cui manchi un elemento costitutivo di tali illeciti, anche di natura meramente *psicologica*.

Non si configura allora la ritrattazione nel caso in cui la persona interrogata, il teste, il perito o l'interprete, dopo aver reso dichiarazioni non veritiere per errore, per dimenticanza o per distrazione, e quindi certamente non con dolo, le rettifichino o le modifichino completamente essendosi resi conto della dimenticanza o dell'errore. In questa circostanza, non sussistendo l'*elemento psicologico* (e, dunque, non integrando il comportamento alcuno dei reati-presupposto), il soggetto deve essere prosciolto anziché con la formula assolutoria "non punibile per un'altra ragione" che segue alla applicazione dell'art. 376 c.p. ad

⁶⁸ Così ancora F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, cit., p. 155.

⁶⁹ M. BOSCARRELLI, *Ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., p. 452; L. GRANATA, *La ritrattazione nella falsa testimonianza*, cit., p. 720 ss.; R. PETTENATI, *Ritrattazione della falsa testimonianza e cause estintive della punibilità*, cit., p. 558; G. GUARNERI, *La ritrattazione nella falsa testimonianza*, cit., p. 747.

un delitto già commesso, con la diversa (e più piena) formula “perché il fatto non sussiste” che si fonda sull'accertata mancanza in sede giudiziale di uno degli elementi costitutivi del reato di falsa dichiarazione procedimentale⁷⁰.

Non di meno la ritrattazione non si configura nell'ipotesi in cui il testimone, il perito o l'interprete, prima della conclusione dell'esame rilascino *dichiarazioni rettificative* o *suppletive* di quelle appena rese, dal momento che il reato presupposto fino alla chiusura del momento processuale in cui è assunta la deposizione completa del teste non è ancora consumato⁷¹.

Siffatta scelta di individuare come beneficiario di questa causa di non punibilità unicamente l'autore di un fatto già penalmente rilevante ha consentito di fugare alcuni dei dubbi relativi alla natura giuridica della ritrattazione che erano emersi nei primi anni di vigenza del codice Rocco. Se l'art. 376 c.p., infatti, ha esplicitamente stabilito che non è punibile il *colpevole* di uno dei delitti presupposti, non può più trovare alcun accoglimento quell'orientamento, sostenuto in passato da una parte della dottrina sulla scia della precedente disciplina dettata dall'art. 216 del codice penale Zanardelli e dall'art. 256 del c.p.p. del 1913⁷², in base al quale la ritrattazione sarebbe una mera *condizione di procedibilità* per i reati di falso processuale; il riferimento al colpevole induce a ritenere che ci si trovi dinanzi ad un soggetto nei confronti del quale è già stata (o poteva essere) esercitata l'azione penale per un fatto costituente reato ed astrattamente punibile.

In base a questa scelta normativa tanto meno può incontrare consensi l'altra ricostruzione dommatica della ritrattazione come condotta che, precedendo la consumazione del reato, costituisce una sorta di '*condizione sospensiva della punibilità*', essendo essa legata ad una particolare interpretazione della diversa disciplina contenuta negli artt. 359 e 458 del codice di rito del 1930 ormai abrogato⁷³ e, comunque,

⁷⁰ Così F. COPPI, *Ritrattazione*, cit., p. 361.

⁷¹ Sulla individuazione problematica del momento consumativo del delitto di falsa testimonianza, si veda per tutti G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 451 ss.; nella dottrina più risalente cfr. in proposito, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 923.

⁷² L'art. 256 del c.p.p. del 1913 nella parte in cui sanciva che «non si procede contro il testimone sino a quando a norma della disposizione dell'art. 216 c.p. può essere fatta la ritrattazione», prevedeva che il giudice per promuovere l'azione penale per la falsità doveva attendere che la fase istruttoria fosse chiusa, o il dibattimento fosse concluso.

⁷³ Sul punto si veda M. MANFREDINI, *Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 246; E. CONTIERI, *L'efficacia della ritrattazione*, cit., p. 1088; Cass., Sez. II, 13 aprile 1932, Salvini; Cass., Sez. II, 4 maggio 1932, Murena. Tale pun-

apparendo in contrasto con il riferimento esplicito della norma al 'colpevole' (su questi aspetti si tornerà più approfonditamente *infra*, quando si affronterà specificamente il problema della individuazione della natura giuridica della ritrattazione)⁷⁴.

Sotto questo profilo, ma per un altro aspetto, si deve rilevare che nonostante l'apparente chiarezza del precetto dell'art. 376 c.p. che, come abbiamo visto – a differenza del codice penale Zanardelli che frammentava la disciplina della ritrattazione in relazione a ciascuna fattispecie a cui la riteneva applicabile – presenta una elencazione tassativa dei reati-presupposto (elencazione da integrare in passato, ai sensi dell'art. 371, secondo comma, c.p., con il reato di falso giuramento di parte nel giudizio civile previsto dall'art. 371, primo comma, c.p.), sono sorti sovente problemi in dottrina ed in giurisprudenza nel tentativo di stabilire nei confronti di *quali delitti* possa produrre i suoi effetti positivi la ritrattazione⁷⁵.

A tale proposito va innanzi tutto chiarito preliminarmente che queste incertezze non sono emerse, come normalmente accade, a causa di una *indeterminatezza* del precetto normativo, quanto mai preciso in questa circostanza, ma a causa della *sfasatura* che si è verificata nell'ambito di tutta la materia dei delitti contro l'amministrazione della giustizia in seguito ai radicali mutamenti intervenuti in altri comparti disciplinari. E precisamente in seguito all'entrata in vigore nel 1989 del nuovo codice di procedura penale che ha sostituito al precedente modello inquisitorio il modello accusatorio⁷⁶ ed alla

to di vista si inseriva nella prospettiva tracciata da F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., par. 2691, p. 289, il quale, partendo dal presupposto che finché durava il dibattimento il testimone poteva ritrattare, affermava che «il reato di falsa testimonianza si consuma con la chiusura del dibattimento. Se questo è vero, come a me sembra verissimo, tutte le false deposizioni che si emettono alla udienza non possono punirsi fino alla chiusura che come tentativi».

⁷⁴ Di questo avviso è G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 551.

⁷⁵ Affronta in modo analitico e completo il quesito sull'ambito oggettivo di operatività dell'art. 376 c.p. B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., spec. pp. 60, 73, 104, 137.

⁷⁶ Sulla necessità di procedere, in seguito alla promulgazione del nuovo codice di procedura penale, all'adeguamento delle disposizioni del codice penale in materia di tutela del processo penale, con particolare riferimento alla nuova fase delle indagini preliminari, si rinvia a F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto sostanziale*, in *Ind. Pen.*, 1989, p. 337 s.; P. FERRUA, *Il nuovo processo penale e la riforma del diritto penale sostanziale*, in P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, cit., p. 13 ss.; T. PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 922; Id., *Commento*

costituzionalizzazione nel 1999 con la legge cost. 23 novembre 1999, n. 2, modificativa dell'art. 111 Cost., del principio-regola del giusto processo⁷⁷; senza trascurare che dei primi inconvenienti, per quanto concerne la disciplina del falso giuramento nel giudizio civile, si erano già profilati nel 1942 all'epoca dell'emanazione del nuovo codice civile⁷⁸.

La previsione di un *nuovo rito nel processo penale*, la *costituzionalizzazione* del principio del *contraddittorio* tra le parti per la formazione della prova nel processo e, prima ancora, la *riforma* della disciplina in materia di *giuramento* dettata dall'art. 2738 c.c., hanno, infatti, riverberato degli effetti tutt'altro che secondari sull'insieme delle norme incriminatrici poste a protezione del processo, evidenziando, da un lato, l'esistenza di irragionevoli lacune di tutela rispetto al nuovo rito penale e, dall'altro, la presenza di fattispecie ormai inutili a causa della mutata disciplina civilistica in materia di giuramento.

Allo scopo di ovviare a questo ordine di problemi il Capo I del Titolo III della parte speciale del codice penale è stato sottoposto a diverse operazioni di *restyling* da parte del legislatore e della Corte Costituzionale attraverso, rispettivamente, l'introduzione di nuove fattispecie dirette a sanzionare ulteriori condotte di mendacio in precedenza non prese in considerazione e l'abrogazione totale o parziale di alcune fattispecie per sopravvenuta obsolescenza o per manifesta irragionevolezza.

all'art. 11 D.L. 8 giugno 1992, n. 306, cit., p. 121; P. PISA, La riforma dei reati contro l'amministrazione della giustizia tra adeguamenti "tecnici" e nuove esigenze di tutela, cit., p. 814 ss.

⁷⁷ Sulla opportunità di adeguare la disciplina dei delitti contro l'amministrazione della giustizia alla riforma del giusto processo ed, in particolare, sulla opportunità di introdurre finalmente una nuova fattispecie di false dichiarazioni al difensore cfr. AA.VV., *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di M. Ferraioli, Milano, 2002; R. BRICCHETTI-E. RANDAZZO, *Le indagini della difesa. Dopo la legge 7 dicembre 2000 n. 397*, Milano, 2001; A. CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive nel processo penale. Commento analitico alla legge 7 dicembre 2000 n. 397*, Torino, 2001; F. GIUNTA, *Le innovazioni ai delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 136; V. PATALANO, *Nasce il delitto di false dichiarazioni al difensore*, cit., p. 52 s.; P. PISA, *Modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 292 s.

⁷⁸ Esprimevano dubbi sulla applicabilità della ritrattazione all'ipotesi del falso giuramento in ragione delle modifiche apportate alla disciplina di quest'ultimo nell'art. 2738 del codice civile del 1942, C. FURNO, *Irretrattabilità del giuramento*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, p. 182; F. LEPRI, *L'irretrattabilità del giuramento d'ufficio e l'abrogazione tacita dell'art. 371, secondo comma, codice penale*, in *Riv. pen.*, 1993, p. 450; G. VALDEMARCA, *Osservazioni sull'esimente dell'art. 371 cpv. c.p.*, in *Giust. pen.*, 1953, II, c. 181.

Tali interventi modificativi hanno riguardato di riflesso anche la ritrattazione, dal momento che la previsione di altre ipotesi incriminatrici di falsità 'procedimentali' caratterizzate dall'*eadem ratio* di quelle preesistenti, ha determinato, come inevitabile conseguenza, la contestuale necessità di intervenire anche su entrambe le cause di non punibilità speciali che caratterizzano il Titolo III del codice penale, l'art. 384 e l'art. 376 c.p., innovandone l'ambito di operatività attraverso l'inserimento nel *numerus clausus* dei delitti-presupposto dei nuovi reati.

Il costante adeguamento negli ultimi anni dell'elenco delle fattispecie incriminatrici nei confronti delle quali la ritrattazione può essere applicata, realizzato grazie a due recenti interventi legislativi ed a diverse fondamentali decisioni della Corte Costituzionale, non è, però, bastato a sopire ogni incertezza sulle condotte di falsità processuale che possono essere scriminate dalla ritrattazione. Anzi, in taluni casi ha contribuito ad alimentarne di nuove.

Per comprendere appieno i termini della questione è forse utile procedere con ordine e vagliare analiticamente l'eventuale rapporto di compatibilità della ritrattazione con ciascuna delle singole fattispecie incriminatrici di condotte di mendacio processuale di recente introduzione, nonché con quelle non espressamente richiamate dal testo dell'art. 376 c.p., tralasciando l'indagine dei rapporti, non problematici, con i delitti per i quali storicamente essa è stata prevista: la falsa testimonianza di cui all'art. 372 c.p. e la falsa perizia o interpretazione di cui all'art. 373 c.p.

5. *Il progressivo ampliamento dell'elenco tassativo dei reati-presupposto: l'inclusione dei delitti di false informazioni al pubblico ministero (art. 371 bis c.p.) e di false dichiarazioni al difensore (art. 371 ter c.p.)*

Il primo intervento estensivo del novero dei reati-presupposto è stato attuato nel 1992 nell'ambito di una più ampia (e tipicamente emergenziale) riforma dell'intera materia dei delitti contro l'amministrazione della giustizia realizzata per far fronte alla duplice esigenza, da un lato, di ritoccare verso l'alto le cornici edittali di molte fattispecie e, dall'altro, di colmare la lacuna di tutela evidenziata dal diverso ruolo attribuito dal nuovo codice di procedura penale al pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari. La qualificazione del P.M. come parte processuale, rendendo impossibile la considerazione delle attività da lui svolte come attività di raccolta della prova, impediva, difatti, che si potesse conferire al soggetto da lui sentito la qualifica formale di testimone e, di conseguenza, in caso di reticenza o di sue dichiarazioni mendaci, anche che si potesse applicare la disciplina della fal-

sa testimonianza, lasciando sguarnita di tutela l'attività delle indagini preliminari⁷⁹.

La già menzionata legge 7 agosto 1992, n. 356, di conversione del D.L. n. 306 del 1992, recante *Modifiche urgenti al codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*, all'art. 11, dopo aver previsto al primo comma l'inserimento nel Titolo III della parte speciale del codice penale all'art. 371 *bis* del delitto di "False informazioni al pubblico ministero", ha disposto al successivo quinto comma che alla nuova disposizione si deve applicare, insieme a tutte le altre regole comuni alle fattispecie poste a tutela del processo, anche la disciplina della ritrattazione⁸⁰.

L'integrazione del catalogo dei delitti-presupposto dell'art. 376 c.p. con questa nuova fattispecie è risultata un *atto dovuto* e necessario del legislatore per evidenti motivi di *ragionevolezza*, data la palese analogia della struttura di questa fattispecie con quella dell'art. 372 c.p. che punisce la falsa testimonianza⁸¹: l'eventuale soluzione contraria sarebbe andata molto probabilmente incontro ad una censura di illegittimità costituzionale per palese violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione.

Siffatta scelta legislativa, pur nella sua apparente logicità e ovvietà ha determinato l'insorgere di alcuni *problemi* di non poco momento in relazione alla precisa definizione dell'ambito di *operatività della ritrattazione*. Sebbene con essa ci si sia limitati a stabilire che l'art. 376 c.p. operi anche nei casi di cui all'art. 371 *bis* c.p., indirettamente si sono, però, alimentati dei dubbi e delle incertezze sulla possibilità di rendere applicabile la sua disciplina premiale anche alle ipotesi di reticenza o di false dichiarazioni rese nella medesima fase procedimentale (le indagini preliminari) non al pubblico ministero, ma alla polizia giudiziaria; ma su tale specifico argomento si ritornerà più avanti al successivo par. 6 quando si tratterà del problema della ritrattabilità del favoreggiamento personale.

⁷⁹ Sulla *ratio* dell'incriminazione della condotta di false informazioni al pubblico ministero si rinvia per tutti a G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 358.

⁸⁰ Per approfondimenti in argomento si rinvia a G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 364 ss., nonché ai lavori già richiamati in precedenza alla nota n. 44.

⁸¹ Tale analogia strutturale tra la nuova figura delittuosa di false informazioni al p.m. e la preesistente fattispecie della falsa testimonianza è evidenziata da ultimo anche dalla giurisprudenza di legittimità, cfr. in tal senso Cass. pen., Sez. VI, 17 febbraio 2000, Saulle, in *Cass. pen.*, 2001, p. 479, ed in *Giur. it.*, 2001, p. 570, con nota di R. CURSARO, *Applicabilità della ritrattazione al favoreggiamento personale mediante dichiarazioni reticenti alla polizia giudiziaria*.

La seconda modifica dell'art. 376 c.p. è ancor più recente e risale alla legge 7 dicembre 2000, n. 397 in materia di investigazioni difensive, istitutiva del reato di cui all'art. 371 *ter* "False dichiarazioni al difensore"⁸². All'art. 22 di questa legge è stata disposta l'estensione a tale nuova figura di delitto della disciplina generale prevista in tema di reati contro l'amministrazione della giustizia e, quindi, anche della causa di non punibilità della ritrattazione.

Questo ulteriore adeguamento della prima parte dell'art. 376 c.p. è apparso, sotto il profilo della ragionevolezza e dell'uguaglianza sostanziale, *ancor più ovvio e dovuto* da parte del legislatore, essendo stato realizzato successivamente alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 101 del 1999 di accoglimento della questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 376 c.p. nella parte in cui non prevedeva la ritrattabilità delle false dichiarazioni alla polizia giudiziaria delegata dal P.M. Diversamente, l'unico soggetto assolutamente non tutelato nell'esercizio della sua attività funzionale allo svolgimento del processo sarebbe stato il difensore.

Tuttavia, a tale riguardo non si può tacere che una parte della dottrina ha correttamente osservato che questa opzione normativa all'apparenza assolutamente logica, nella realtà applicativa potrebbe «concretizzarsi in un pregiudizio per la difesa, o, viceversa, in manovre disinvolte da parte della difesa stessa»⁸³. Sotto il primo profilo potrebbe verificarsi che la difesa imponesse la sua strategia sulle dichiarazioni di un teste favorevoli all'indagato ma non veritiere, magari trascurando altre prospettive defensionali e correndo il concreto rischio che il falso testimone, forte della sua sicura impunità, in dibattimento le ritratti facendo crollare l'intera linea difensiva, aprendo un pericoloso *vulnus* nel diritto costituzionalmente garantito all'accusato dall'art. 24 Cost. Sotto il secondo profilo (quello di indurre condotte difensive 'disinvolte') si potrebbe invece verificare il caso di un falso testimone che in un primo momento rilasci dichiarazioni mendaci al difensore per cercare di ottenere l'archiviazione o il proscioglimento dell'indagato, ma che all'esito delle indagini preliminari, percependo che la manovra difensiva sia destinata a fallire, decida di ritrattare in sede dibattimentale⁸⁴.

⁸² In argomento, oltre alla bibliografia già richiamata alla nota n. 47, si veda nella manualistica G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 361 ss.; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 115 ss.

⁸³ Testualmente C. LONGOBARDO, *Le false dichiarazioni al difensore*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, cit., p. 420.

⁸⁴ Espone incisivamente tali perplessità sulla estensione dell'art. 376 c.p. al nuovo delitto di false dichiarazioni al difensore P. PISA, *Modifiche al codice penale*, cit., p. 296. Analoghe considerazioni sono svolte anche da C. LONGOBARDO, *Le false dichiarazioni al difensore*, cit., p. 420.

Pur sembrando, allora, quella dell'estensione della ritrattazione all'art. 371 *ter* c.p. una soluzione congrua e coerente rispetto alla razionalità del sistema delle disposizioni in materia di reati contro l'amministrazione della giustizia, non si può negare che presenti più di un profilo problematico.

6. *Il dubbio sull'applicabilità della ritrattazione alle ipotesi di favoreggiamento personale realizzato attraverso false dichiarazioni alla polizia giudiziaria (il c.d. 'favoreggiamento-mendacio')*

Nonostante la tassatività dell'elencazione dei delitti-presupposto della ritrattazione contenuta nella prima parte dell'art. 376 c.p. non sono mancati dubbi in dottrina ed in giurisprudenza sulla eventualità di poter ritenere applicabile la disciplina esimente ivi prevista anche ad una ipotesi non menzionata espressamente: il delitto di favoreggiamento personale di cui all'art. 378 c.p., realizzato nella forma peculiare del c.d. 'favoreggiamento-mendacio'⁸⁵.

Che in tale circostanza la falsa dichiarazione non potesse andare esente da pena in seguito alla ritrattazione da parte del colpevole lo si evinceva anche dal silenzio dello stesso art. 378 c.p. sul punto; laddove, infatti, il legislatore ha voluto stabilire l'efficacia scriminante del-

⁸⁵ In generale, sul delitto di favoreggiamento personale, oltre alle già più volte citate parti speciali dei manuali di G. FIANDACA-E. MUSCO, A. PAGLIARO, F. ANTONISEI e B. ROMANO, si rinvia al completo lavoro monografico di D. PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale tra diritto e processo penale*, Milano, 1984; in argomento cfr. anche, E. DINACCI, *Favoreggiamento personale*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. Coppi, cit., p. 385 ss.; T. PADOVANI, voce *Favoreggiamento*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989, p. 1 ss.; G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 638 ss.; P. PISA, voce *Favoreggiamento personale e reale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1992, p. 162 ss.; nonché, da ultimo, F. RINALDINI, *Il favoreggiamento personale*, Milano, 2005, *passim*. Trattano, invece, approfonditamente il problema specifico della ritrattabilità della condotta di favoreggiamento-mendacio, H. BELLUTA, *Operatività della ritrattazione per talune specie di favoreggiamento*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 762 ss.; ID., *Ritrattazione e favoreggiamento: la Corte Costituzionale argina le ipotesi di incompatibilità*, *ivi*, 2001, p. 574 ss.; P. CORVI, *Informazioni false o reticenti nel corso delle indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 131 ss.; A. GULLO, *Il favoreggiamento personale tra tendenze repressive e nuove esigenze di tutela*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3345 ss.; G. MARCONI, *La Corte Costituzionale estende i margini di applicabilità della ritrattazione*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2332 ss.; F. RANZATTO, *Estesa la ritrattazione al favoreggiamento-mendacio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 983 ss.; ID., *Non ritrattabili le dichiarazioni alla polizia giudiziaria non delegata dal p.m.*, *ivi*, 2000, p. 1608 ss.

la respiscenza rispetto a condotte di falsità processuale non formalmente richiamate nell'art. 376 c.p. lo ha fatto introducendo tale eccezione in calce alla specifica norma incriminatrice: si pensi soltanto all'ipotesi dell'art. 371 c.p., in cui al capoverso è prevista la speciale esenzione da pena dell'autore del falso giuramento in caso di tempestiva ritrattazione del falso giuramento d'ufficio (su questo argomento si tornerà più approfonditamente *infra* al par. 7 del presente capitolo).

A far nascere tali dubbi, pur in presenza di norme dal tenore letterale di rara chiarezza, è stata la frequente sottolineatura da parte della giurisprudenza dell'identità di *ratio* e di struttura delle false dichiarazioni alla polizia giudiziaria punibili *ex art.* 378 c.p. rispetto alle false dichiarazioni all'autorità giudiziaria sanzionabili ai sensi dell'art. 372 c.p. Tale *eadem ratio* delle due fattispecie incriminatrici faceva apparire iniqua l'esclusione della prima dall'elencazione delle fattispecie-presupposto della ritrattazione, inducendo molti tribunali di merito a sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte Costituzionale. Così a partire dall'inizio degli anni Ottanta si sono susseguite numerose pronunce dei giudici del Palazzo della Consulta sul problema della pretesa irragionevolezza della mancata estensione della esimente della ritrattazione di cui all'art. 376 c.p. anche a queste ipotesi di mendacio procedimentale. Questioni nei confronti delle quali la Corte ha lentamente mutato atteggiamento, iniziando negli ultimi anni a riconoscere, a talune condizioni, la possibilità di estendere l'esimente della ritrattazione.

Risulta pertanto particolarmente utile procedere ad un *excursus* dettagliato di tali decisioni, per meglio comprendere come si è arrivati al recente *revirement* e per interrogarsi se residuano ancora ulteriori possibilità per un'eventuale parificazione sotto il profilo della non punibilità per respiscenza delle ipotesi di favoreggiamento-mendacio e di quelle di falsa testimonianza (*et similia*), o attraverso un intervento del legislatore o, in caso di sua inerzia, attraverso un'ennesima pronuncia della Corte.

6.1. *I primi interventi della Corte Costituzionale sulla applicabilità della ritrattazione all'ipotesi di favoreggiamento-mendacio: le ripetute dichiarazioni di infondatezza della questione*

La prima decisione in argomento risale al 1982, ed è originata proprio dalla riunione di una serie di questioni di legittimità sollevate nell'ambito di procedimenti penali a carico di persone che avevano reso mendaci dichiarazioni alla polizia giudiziaria ed erano state chiamate a rispondere del reato di cui all'art. 378 c.p. (favoreggiamento perso-

nale) benché avessero successivamente ritrattato⁸⁶. In tali occasioni i Tribunali di Grosseto e di Reggio Calabria con tre distinte ordinanze tra il 1977 ed il 1978 avevano, infatti, rimesso alla Consulta la valutazione della legittimità in relazione all'art. 3 Cost dell'art. 376 c.p. nella parte in cui prevedeva l'esimente della ritrattazione solo per il reato di falsa testimonianza (art. 372 c.p.) e non anche per il reato di favoreggiamento personale integrato da false dichiarazioni⁸⁷. A tali questioni si era aggiunta poi quella sollevata dal Tribunale di Torino con ordinanza in data 9 gennaio 1981 in relazione alla medesima norma con riferimento (oltre che all'art. 3 Cost.) anche all'art. 24 Cost., sulla scorta della considerazione che l'autore delle dichiarazioni favoreggiatrici alla polizia giudiziaria vede leso il suo diritto di difesa nel momento in cui non può manifestare il vero al giudice che lo interroghi sugli stessi fatti, se non auto-accusandosi rivelando il reato precedentemente commesso⁸⁸.

La Corte Costituzionale, nonostante le valide argomentazioni su cui si fondavano le questioni poste dai giudici *a quibus*, le aveva però repute tutte, sotto entrambi i profili, *infondate*.

Per quanto concerne il *primo aspetto*, quello del presunto contrasto con l'art. 3 Cost., aveva ritenuto che il differente trattamento giuridico delle condotte di respiscenza si giustificasse sulla base della *diversa obiettività giuridica* delle due fattispecie⁸⁹, la *veridicità e la completezza della prova* nella falsa testimonianza e l'interesse all'*accertamento del reato* nel favoreggiamento personale.

Unicamente nel primo caso la tempestiva ritrattazione era in grado di eliminare ogni pregiudizio per l'interesse protetto dalla norma incriminatrice, andando ad incidere, escludendolo, sul rischio di arrivare ad una decisione giudiziale fondata su prove false. Nella seconda ipotesi tale analoga attitudine della ritrattazione ad evitare la lesione del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice di cui all'art. 378 c.p. difettava. «L'aiuto a eludere le investigazioni dell'autorità – proseguiva la Corte nel suo ragionamento – e a sottrarsi alle ricerche di questa, che costituisce l'elemento materiale del reato in esame,

⁸⁶ Corte Cost., 13 dicembre 1982, n. 228, in *Giur. cost.*, 1982, p. 2266; nonché in *Cass. pen.*, 1983, p. 557; *Foro it.*, 1983, I, c. 2103; per delle osservazioni critiche al riguardo cfr. P. PISA, voce *Favoreggiamento personale e reale*, cit., p. 165 ss.

⁸⁷ Trib. Grosseto, 23 marzo 1977, Cancelli, in *Giur. cost.*, 1977, II, p. 985; Trib. Reggio Calabria, 1 luglio 1977, Infantino, *ivi*, 1978, II, p. 755; Trib. Grosseto, 26 giugno 1978, *ivi*, 1979, II, p. 36.

⁸⁸ Trib. Torino, 9 gennaio 1981, Santangelo, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 866.

⁸⁹ Sul punto si veda anche F. RANZATTO, *Estesa la ritrattazione al favoreggiamento-mendacio*, cit., p. 984; M.G. ROSA, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., p. 187.

comporta invero per definizione – anche se non sempre la vanificazione o il rallentamento – comunque un intralcio all’opera di 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 l’accertamento e la repressione 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 ad esempio 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»⁹⁰.

La Consulta, in pratica, muovendo dalla convinzione che il danno arrecato dal favoreggiamento-mendacio alla fase iniziale delle indagini, a differenza di quello cagionato dalla falsa testimonianza alla decisione giudiziale, fosse un *danno irreversibile*, aveva ritenuto assolutamente non irragionevole che l’esimente del 376 c.p. fosse contemplata solo per il delitto di falsa testimonianza di cui all’art. 372 c.p. e non anche per quello di favoreggiamento personale *ex art.* 378 c.p.

Per quel che riguarda *il secondo profilo* – la paventata violazione dell’art. 24, secondo comma, Cost. – la Corte ne aveva eccepito la manifesta infondatezza osservando, in modo estremamente sintetico, che il favoreggiatore viene escusso come testimone e non come imputato e che, pertanto, il diritto di difesa non può mai venire in considerazione in relazione al suo trattamento processuale⁹¹.

Tale *orientamento* della Corte Costituzionale è stato poi *ribadito* a brevissima distanza di tempo dall’ordinanza n. 50 del 1983 con la quale è stata rigettata un’identica questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d’Assise di Torino dell’art. 376 c.p. in relazione all’art. 3 Cost. ed avente come *tertium comparationis* sempre l’art. 372 c.p. sulla falsa testimonianza, a causa della mancanza di argomenti nuovi rispetto a quelli già in precedenza esaminati dalla Corte con la menzionata sentenza n. 228 del 1982⁹².

⁹⁰ Così Corte Cost., 13 dicembre 1982, n. 228, cit.

⁹¹ In argomento cfr. V. D’AMBROSIO, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, cit., p. 1834; M.G. ROSA, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., p. 190; F. TAGLIARINI, *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit., p. 193.

⁹² Corte Cost., 28 gennaio 1983, ord. n. 50, in *Giur. cost.*, 1983, I, p. 211 ss.; Trib. Torino, 3 maggio 1982, Chirullo, in *Riv. pen.*, 1982, p. 954.

6.2. *Le recenti riforme del processo penale e dei reati contro l'amministrazione della giustizia ed il riproporsi del problema*

Le due decisioni appena menzionate sembravano aver chiuso in modo definitivo la questione, nonostante permanessero in dottrina fondate perplessità sul punto⁹³. E così effettivamente è stato, almeno fino all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale nel 1989. In seguito alla introduzione del nuovo rito accusatorio, come già evidenziato in precedenza, è emersa, infatti, la necessità di tutelare adeguatamente, oltre alle fasi processuali, anche la fase procedimentale delle indagini preliminari, necessità che ha indotto il legislatore ordinario a modificare la parte speciale del codice penale prevedendo la fattispecie di false informazioni al pubblico ministero di cui all'art. 371 *bis* c.p. ed ampliando di riflesso, per ovvie ragioni di equità, il novero dei reati-presupposto dell'art. 376 c.p., inserendovi proprio tale nuova figura delittuosa.

Questi due *interventi riformistici*, pur risolvendo alcuni dei problemi di tutela emersi nell'ambito del diritto penale sostanziale a causa della riforma processuale, hanno però fatto *riaffiorare*, con nuovi e ancor più solidi argomenti, *il dubbio* che sembrava ormai sopito *sulla irragionevolezza* della inapplicabilità della ritrattazione alle dichiarazioni false o reticenti rese alla polizia giudiziaria.

Lo scenario normativo che si era andato così delineando, imperniato attorno ad *una nuova oggettività giuridica* meritevole di tutela penale – le attività svolte nella fase delle indagini preliminari – e caratterizzato da una nuova fattispecie incriminatrice, aveva indirettamente offerto ai sostenitori della palese irragionevolezza della esclusione dall'art. 376 c.p. delle ipotesi di favoreggiamento-mendacio, in luogo dell'art. 372 c.p., un nuovo *tertium comparationis*, l'art. 371 *bis* c.p., che faceva apparire ancor più infondata la scelta legislativa.

Ciononostante la giurisprudenza ha per lungo tempo ignorato la questione ed, invece di interrogarsi sull'ambito di operatività della nuova fattispecie di false informazioni al pubblico ministero e di vagliare se in essa si potesse ricondurre anche l'ipotesi di false informazioni alla polizia giudiziaria e, quindi, potesse valere in caso di ritrattazione la disciplina dell'art. 376 c.p., ha più semplicisticamente provveduto a sussumere *tutte le ipotesi di informazioni false o reticenti rese alla polizia giudiziaria* nella onnicomprensiva figura delittuosa del fa-

⁹³ Manifestava la non divisibilità di queste pronunce della Corte Costituzionale, ritenendo che tra le due ipotesi di falsa testimonianza e di favoreggiamento personale non esisteva «quel consistente divario che (poteva) confermare la ragionevolezza del differente trattamento sotto il profilo della ritrattazione», P. PISA, voce *Favoreggiamento personale e reale*, cit., p. 165.

voreggiamento personale di cui all'art. 378 c.p., non annoverata nell'elenco dei delitti-presupposto della ritrattazione⁹⁴.

Sia, cioè, che si rendessero dichiarazioni false o reticenti alla P.G. che procede all'assunzione di sommarie informazioni di propria iniziativa ai sensi dell'art. 351 c.p.p., sia che lo stesso comportamento mendace fosse tenuto nei confronti della polizia giudiziaria espressamente delegata dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 370 c.p.p., la configurazione giuridica era sempre quella del favoreggiamento ai sensi dell'art. 378 c.p. ed, in forza di ciò, ogni ritrattazione era sempre irrilevante ai fini della non punibilità del colpevole⁹⁵.

Tale rigore interpretativo si fondava su *due ordini di argomenti*: da un lato, si eccipiva che l'impossibilità di sussumere il favoreggiamento-mendacio nell'art. 371 *bis* c.p. e, dunque, di estendere ad esso, nell'eventualità di una ritrattazione, la disciplina dell'art. 376 c.p., discendeva in modo inequivoco dal tenore letterale della rubrica e del precetto della stessa norma incriminatrice ove si menzionava tassativamente solo l'ipotesi di dichiarazioni false o reticenti rese al pubblico ministero, nulla dicendo riguardo a quelle rese alla polizia giudiziaria.

Ulteriore conferma derivava da una lettura dell'art. 371 *bis* c.p. condotta secondo il canone ermeneutico dell'interpretazione storica: confrontando il testo attuale di questa fattispecie incriminatrice con quello originario contenuto nel D.L. n. 306 del 1992 che sanzionava tanto le false informazioni al pubblico ministero, quanto quelle rese alla polizia giudiziaria, emergeva che il legislatore in sede di conversione aveva inteso espressamente restringerne l'operatività alle sole dichiarazioni al P.M.⁹⁶.

Dall'altro, si rilevava che, per quanto concerne le dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria delegata dal pubblico ministero, il fatto che queste fossero equiparate dalla normativa processuale agli atti del pubblico ministero non incideva sulle disposizioni di diritto penale sostanziale, vigendo in relazione ad esse il rigoroso principio di *tassatività* ed il conseguente *divieto di analogia*, in forza dei quali non si può estendere la portata di una norma incriminatrice come l'art. 371 *bis* c.p. a casi analoghi, anche se ciò possa poi tradursi indirettamente in

⁹⁴ In tal senso cfr. Cass., Sez. VI, 19 aprile 1993, Malena, in *Giust. pen.*, 1994, II, c. 515, con nota di G. SANTACROCE, *L'art. 371 bis c.p. e la tutela delle indagini preliminari svolte dalla polizia giudiziaria*; Cass., Sez. VI, 10 marzo 1993, Frustaci, in *Riv. pen.*, 1994, p. 330.

⁹⁵ F. RANZATTO, *Estesa la ritrattazione al favoreggiamento-mendacio*, cit., p. 983 ss.

⁹⁶ S. MOCCIA-F. SCHIAFFO, voce *False informazioni al pubblico ministero*, cit., p. 1.

una integrazione analogica *in bonam partem* dell'art. 376 c.p., determinando la possibilità di estendere a tali dichiarazioni alla P.G. la possibilità di ritrattare⁹⁷.

Nei confronti di tale orientamento una parte della dottrina aveva, però, eccepito che l'inquadramento delle false dichiarazioni alla polizia giudiziaria nell'ambito dell'art. 371 *bis* c.p. non realizzava affatto un procedimento ermeneutico in contrasto con il divieto di analogia, bensì configurava una mera (e legittima) interpretazione estensiva. Estenderne l'operatività fino alle dichiarazioni rese alla P.G. non significava, cioè, applicare la norma a casi analoghi da essa non disciplinati, ma ampliare semplicemente il tenore letterale di una sua locuzione nei confini del suo senso possibile. Siccome nell'art. 371 *bis* c.p. il legislatore non ha parlato di dichiarazioni rese 'davanti' al pubblico ministero, bensì di dichiarazioni rese 'su richiesta' del pubblico ministero, ben poteva essere che tale richiesta fosse formulata, anziché in prima persona dal pubblico ministero, tramite un altro organo a ciò espressamente delegato, quale appunto la polizia giudiziaria⁹⁸.

6.3. *La sentenza n. 101 del 1999 e la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 376 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità delle false dichiarazioni alla polizia giudiziaria delegata dal pubblico ministero. Una pronuncia solo in parte condivisibile*

Il ripresentarsi del dibattito in dottrina ed in giurisprudenza su tale argomento ha così generato, come conseguenza quasi dovuta, la proposizione di nuove questioni dinanzi alla Corte Costituzionale, la quale, dopo aver rigettato con ordinanza n. 298 del 7 luglio 1998 il giudizio di legittimità proposto dal Tribunale di Sassari per difetto di rilevanza rispetto al giudizio principale, ha invece accolto quello sollevato dalla Corte d'Appello di Torino, con ordinanza del 6 febbraio 1998, nei confronti dell'art. 376 c.p., in riferimento all'art. 3, primo comma, Cost., nella parte in cui non stabilisce che la speciale causa di non punibilità ivi prevista valga anche in relazione al reato di favoreggiamento personale (art. 378 c.p.) integrato da false o reticenti dichiarazioni rese in sede di sommarie informazioni assunte dalla polizia giudiziaria delegata del pubblico ministero.

⁹⁷ Sul punto si rinvia ancora a F. RANZATTO, *Estesa la ritrattazione al favoreggiamento-mendacio*, cit., p. 983.

⁹⁸ In argomento cfr. T. PADOVANI, *Commento all'art. 11 D.L. 8 giugno 1992, n. 306*, cit., p. 117; G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 376 ss.

Più precisamente, in questa occasione i giudici del Palazzo della Consulta hanno risolto la questione dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 376, primo comma, c.p. 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 reticenti⁹⁹.

In realtà, sebbene la sentenza in parola produca delle conseguenze giuridiche almeno parzialmente condivisibili, una analisi più approfondita delle cadenze argomentative in essa seguite desta più d'una perplessità su un suo possibile pieno apprezzamento¹⁰⁰.

Secondo quanto si evince dalla lettura della parte motiva della pronuncia emerge come primo aspetto discutibile che l'accoglimento del giudizio di legittimità si è fondato sulla valutazione come *presupposto certo* di una *distorta prassi* della giurisprudenza secondo la quale le dichiarazioni false o reticenti rese alla polizia giudiziaria che opera su delega del pubblico ministero cadono, in ragione del principio di stretta legalità, fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 371 *bis* c.p. ed integrano sempre il reato di favoreggiamento personale previsto dall'art. 378 c.p. punito ora, dopo la modifica apportata dall'art. 20, primo comma, della legge 8 agosto 1995, n. 332, all'art. 371 *bis* c.p., con la medesima pena edittale comminata da quest'ultimo¹⁰¹.

Questa affermazione tradisce, invero, la scelta da parte della Corte di un *approccio metodologico* alla questione *improprio*; la Consulta non avrebbe dovuto accogliere come premessa certa del suo ragionamento un orientamento giurisprudenziale non univoco, ma avrebbe dovuto interrogarsi su di esso per vagliarne la coerenza rispetto ai principi fondamentali del diritto penale, dal momento che la nozione di aiuto contenuta nell'art. 378 c.p. non appare così chiaramente estendibile fino a ricomprendervi tutte le ipotesi di dichiarazioni false o reticenti rese alla polizia giudiziaria, anche in forma omissiva, senza eludere le ir-

⁹⁹ Così Corte Cost., 30 marzo 1999, n. 101, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2466; nonché in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 982, con nota di F. RANDAZZO, *Estesa la ritrattazione al favoreggiamento-mendacio*, cit.

¹⁰⁰ In senso critico nei confronti delle argomentazioni su cui si fonda questa pronuncia della Corte Costituzionale si esprime A. GULLO, *Il favoreggiamento personale tra tendenze repressive e nuove esigenze di tutela*, cit., p. 3345 ss.; vedi altresì, P. CORVI, *Informazioni false o reticenti nel corso delle indagini preliminari*, cit., p. 138 ss.; F. SIRACUSANO, *La tutela del falso processuale dopo le riforme del codice di procedura penale*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 1262.

¹⁰¹ Esprimono perplessità nei confronti di questo orientamento giurisprudenziale reputandolo una sorta di estensione analogica *in malam partem* della falsa testimonianza, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 392.

rinunciabili istanze garantistiche sottese al principio di determinatezza/tassatività¹⁰².

Compito preliminare da assolvere da parte della Corte sarebbe stato quello di verificare se tali comportamenti mendaci erano penalmente rilevanti o non rientravano invece nelle lacune originarie di tutela che fisiologicamente esistono, in forza del principio di frammentarietà, in ogni settore disciplinare del diritto penale; solo una volta risposto a tale quesito negando motivatamente la seconda eventualità, la Corte avrebbe poi dovuto stabilire con chiarezza in quale delle due fattispecie (l'art. 371 *bis* o l'art. 378 c.p.) le due *species* di false dichiarazioni alla polizia giudiziaria erano sussumibili.

Ancor meno comprensibile appare poi la scelta della Consulta di reputare 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». In tal modo, infatti, si è evitato di prendere posizione sull'aspetto principale della questione (la comparazione della fattispecie esclusa dal novero dell'art. 376 c.p. con quella inclusa più simile), una cui eventuale soluzione in termini positivi (il riconoscimento, cioè, dell'*eadem ratio* delle due fattispecie di favoreggiamento attraverso mendacio o reticenza e di false informazioni al pubblico ministero) avrebbe comportato come logica conseguenza la decisione di dichiarare illegittimo *tout court* l'art. 376 c.p. nella parte in cui non risulta applicabile anche all'art. 378 c.p.

La mancata adozione di un simile metodo per la soluzione del problema finisce poi per riverberarsi in modo negativo necessariamente anche sulla considerazione della ulteriore decisione della Corte di spostare il fuoco dell'attenzione sulle norme procedurali. Diventa, infatti, a queste condizioni, poco condivisibile lo stesso fulcro argomentativo della decisione in base al quale l'irrazionalità della disciplina dell'art. 376 c.p. nella parte in cui non si applica anche alla ritrattazione di false dichiarazioni assunte dalla polizia giudiziaria delegata, discende dal fatto che «l'assunzione diretta e personale da parte del pubblico ministero (art. 370, primo comma, primo 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, primo comma, se-

¹⁰² Di questo avviso sono ancora G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 392; nonché A. GULLO, *Il favoreggiamento personale tra tendenze repressive e nuove esigenze di tutela*, cit., p. 3351.

condo periodo, c.p.p.) costituiscono esclusivamente forme diverse della medesima attività, facente sostanzialmente capo comunque al pubblico ministero nell'esercizio dei poteri che a esso spettano quale organo che dirige le indagini preliminari all'esercizio dell'azione penale (artt. 326 e 327 c.p.p.)»¹⁰³.

Senza trascurare che tale soluzione di parificare i due tipi di attività porta con sé il rischio di far rivivere l'originaria formulazione dell'art. 371 *bis* c.p. deliberatamente abbandonata in sede di conversione del disegno di legge dal nostro legislatore, poiché nel momento in cui è dichiarata la manifesta irragionevolezza della distinzione tra atti del pubblico ministero e atti delegati della polizia giudiziaria e viene affermata la loro assoluta identità sul piano della struttura, della disciplina e degli effetti, risulterebbe illogico non equipararli anche ai sensi dell'art. 371 *bis* c.p. forzando il portato di questa norma che, come un'interpretazione storica della stessa conferma, aveva esplicitamente escluso una simile eventualità¹⁰⁴.

Infine, tale pronuncia appare anche in antitesi con le precedenti ed univoche sentenze di rigetto della Corte Costituzionale in materia, che si fondavano sulla diversa oggettività giuridica tutelata dall'art. 378 c.p. rispetto a quello che era il suo termine di paragone dell'epoca, l'art. 372 c.p. Una volta inserita nell'ambito dell'art. 376 c.p. prima parte una fattispecie come l'art. 371 *bis* c.p. posta a tutela dell'interesse al regolare svolgimento delle indagini preliminari è stato offerto ai sostenitori della tesi dell'irragionevolezza dell'esclusione della ritrattabilità delle condotte di favoreggiamento-mendacio (punibili ai sensi dell'art. 378 c.p.) un nuovo *tertium comparationis* molto più affine rispetto a quello costituito dal delitto di falsa testimonianza di cui all'art. 372 c.p. Se, infatti, riguardo a quest'ultimo si può eccepire che la equità della discriminazione legislativa operata dall'art. 376 c.p. dipende dalla *eterogeneità* dei beni tutelati e dalla differenza *cronologica* dei due comportamenti (uno riguarda la fase delle indagini preliminari, l'altro quella del processo vero e proprio), assumendo invece come metro di riferimento l'art. 371 *bis* c.p. tali obiezioni vengono meno, presentando le due norme una evidente *omogeneità* di interessi tutelati e, addirittura, *l'identità* del momento cronologico.

Ragionando in tal modo la Corte Costituzionale avrebbe potuto dichiarare incostituzionale l'art. 376 c.p. per il mancato riferimento all'art. 378 c.p. a prescindere da ogni distinzione tra attività delegate o non delegate della polizia giudiziaria, dal momento che entrambe le

¹⁰³ Così Corte Cost., 30 marzo 1999, n. 101, cit.

¹⁰⁴ Evidenzia l'esistenza di tale pericolo insito nella decisione della Corte ora in commento V. PATALANO, *L'equiparazione agli atti del pubblico ministero si estende al reato di false informazioni*, in *Guida dir.*, n. 32, 1995, p. 72 ss.

fattispecie dell'art. 371 *bis* c.p. e dell'art. 378 c.p. sono poste a presidio del corretto svolgimento della attività investigativa, concernono la stessa fase temporale del procedimento penale e, avendo la medesima cornice edittale, risultano espressive dello stesso identico grado di disvalore sociale¹⁰⁵.

In ogni modo, cercando di tirare le fila del discorso si può dire che: se la prassi giudiziaria è orientata in senso repressivo nel ritenere (*praeter legem*) sempre e comunque penalmente rilevanti le dichiarazioni false ed anche reticenti rese alla polizia giudiziaria attraverso la forzatura ermeneutica del concetto di 'aiuto' utilizzato nel disposto dell'art. 378 c.p.; se sussiste il (remoto) rischio che tali comportamenti in seguito alla citata pronuncia rifluiscono nell'art. 371 *bis* c.p. deformandone la portata applicativa e contraddicendo la *voluntas* storica del legislatore, allora l'unica soluzione realmente praticabile al riguardo è, forse, quella di procedere ad una coerente ed organica riformulazione da parte del legislatore dell'intera disciplina.

Le alternative al riguardo sarebbero due: o annoverare l'art. 378 c.p. tra le fattispecie presupposto della prima parte dell'art. 376 c.p. o procedere ad una modifica dell'art. 371 *bis* c.p. inserendo tra le modalità di realizzazione del reato (così com'era previsto nella formulazione originaria della norma) anche l'ipotesi in cui le richieste provengano dalla polizia giudiziaria.

Dal momento che la prima soluzione (l'estensione dell'operatività dell'art. 376 c.p. attraverso l'inserimento nei suoi reati presupposto del favoreggiamento personale) appare incongrua e contraddittoria rispetto alla *ratio* dell'esimente, essendo il favoreggiamento un reato a forma libera che non si consuma necessariamente a mezzo di dichiarazioni

¹⁰⁵ Il dato dell'omogeneità degli interessi protetti era stato sottolineato in relazione alle medesime fattispecie (artt. 371 *bis* e 378 c.p.) in una sentenza della Corte Costituzionale, la n. 416 del 30 marzo 1996, di poco precedente, relativa alla mancata estensione al favoreggiamento della disciplina premiale dell'altra speciale causa di non punibilità dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, l'art. 384, secondo comma, c.p. Nella stessa pronuncia la Consulta aveva anche sottolineato la "paritaria gravità dei fatti" di favoreggiamento e di false informazioni al pubblico ministero, desumibile dalle determinazioni del legislatore circa la misura della pena, essendo oggi identica la reclusione comminata rispettivamente nell'art. 371 *bis* e nell'art. 378 c.p. Su tale pronuncia si rinvia a G. MARCONI, *La Corte Costituzionale estende i margini di applicabilità della ritrattazione*, cit., p. 2332 s.; G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 909; C. SANTORIELLO, *I rapporti fra favoreggiamento personale e ritrattazione in una (parziale) sentenza di illegittimità costituzionale dell'art. 376 c.p.*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 928 ss. Per dei rilievi critici al riguardo cfr. in F. SIRACUSANO, *La tutela del falso processuale dopo le riforme del codice di procedura penale*, cit., p. 1262.

false o reticenti, a differenza di tutti gli altri reati a cui si applica la causa di non punibilità della ritrattazione che si commettono unicamente per mezzo di dichiarazioni¹⁰⁶, l'unica alternativa praticabile in una prospettiva *de iure condendo* sarebbe quella di procedere ad un intervento modificativo dell'art. 371 *bis* c.p. diretto a ripristinarne il contenuto della originaria formulazione. Nel testo del decreto-legge poi convertito con emendamenti dalla legge n. 376 del 1992, proprio allo scopo di tutelare accanto al processo di formazione della prova in sede dibattimentale ai sensi dell'art. 372 c.p. anche gli atti e le fasi procedurali prodromiche rispetto a tale fase, era infatti prevista come modalità consumativa alternativa di uno stesso reato il rendere dichiarazioni false (o tacere) davanti al pubblico ministero e davanti alla polizia giudiziaria¹⁰⁷.

Solo in tal modo sarebbero fatte salve le esigenze di *certezza del diritto* e di *determinatezza/tassatività* delle norme incriminatrici, in quanto sarebbe finalmente la legge penale a prevedere in modo non equivoco la veste giuridica da dare ai comportamenti mendaci resi dinanzi alla polizia giudiziaria; solo in tal modo si eviterebbe il più *rigoroso trattamento* a queste oggi riservato, qualificandole come favoreggiamento personale ai sensi dell'art. 378 c.p., sotto il profilo della mancata rilevanza scusante accordata alla ritrattazione; solo in tal modo si eliminerebbe la *irragionevole disparità di trattamento sul terreno processuale* degli artt. 371 *bis* e 378 c.p. scaturita dal fatto che ai sensi del nuovo secondo comma dell'art. 371 *bis* c.p. la sospensione del procedimento a carico di chi abbia fornito dichiarazioni false o reticenti è contemplata solo in relazione al primo reato, e non anche quando le stesse dichiarazioni siano rese da chi, richiesto dalla polizia giudiziaria delegata (o meno) dal pubblico ministero di fornire informazioni ai fini delle indagini, venga chiamato a rispondere del delitto di favoreggiamento personale¹⁰⁸; solo in tal modo si potrebbe risolvere una volta per tutte il problema *dell'ambito di operatività* dell'art. 376, prima parte, c.p. che finirebbe per investire anche questo tipo di dichiarazioni, essendo previste esse nell'art. 371 *bis* c.p. espressamente richiamato dalla norma sulla ritrattazione.

Si è osservato in dottrina che un intervento di riforma che volesse

¹⁰⁶ In tal senso cfr. Cass., Sez. VI, 24 ottobre 1997, Todini, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2019; sul punto v. altresì V. D'AMBROSIO, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., p. 1834.

¹⁰⁷ Dello stesso ordine di idee è F. RANZATTO, *Estesa la ritrattazione al favoreggiamento-mendacio*, cit., p. 986.

¹⁰⁸ Accenna all'esistenza di tale ed ulteriore disparità di disciplina tra i due delitti in questione F. RANZATTO, *Non ritrattabili le dichiarazioni alla polizia giudiziaria non delegata dal pubblico ministero*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1611.

realmente aspirare ad obiettivi di razionalizzazione *in subiecta materia*, dovrebbe, allo stesso tempo, modificare espressamente il primo comma dell'art. 376 c.p., prevedendo un termine differente rispetto a quello previsto per le false deposizioni rese dinanzi all'autorità giudicante entro il quale la ritrattazione possa efficacemente intervenire in relazione alle ipotesi di dichiarazioni rese al pubblico ministero ed alla polizia giudiziaria. La previsione di un medesimo termine appare invero incongrua, poiché il momento della chiusura del dibattimento è tarato solo sulle ipotesi di falsità in giudizio cui si è da sempre riferito l'art. 376 c.p. (gli artt. 372 e 373 c.p.), ma non anche su quelle di falsità realizzate in fasi procedurali cronologicamente anteriori alla vera e propria celebrazione del processo penale. Si dovrebbe quindi pensare alla previsione per queste falsità di un autonomo termine; la scelta apparentemente più razionale «essendo le *indagini preliminari* il bene giuridico tutelato, dovrebbe (portare ad individuare nella) chiusura di queste il termine ultimo per porre rimedio al falso commesso evitando un pregiudizio altrimenti definitivo»¹⁰⁹.

A questo proposito non si può, però, omettere di considerare che l'ambito di operatività dell'art. 371 *bis* c.p. non è circoscritto espressamente alla sola fase delle indagini preliminari, dal momento che il legislatore ha incriminato, più genericamente, l'ipotesi di dichiarazioni mendaci richieste dal P.M. ai fini delle indagini, nulla specificando riguardo al tipo di indagini. Ciò significa che il reato si può configurare anche nelle ipotesi particolari in cui, ai sensi dell'art. 430 c.p.p., il pubblico ministero disponga come attività integrativa di indagine interrogatori di persone informate dei fatti durante l'udienza preliminare. In tale circostanza, l'eventuale anticipazione del limite cronologico per la ritrattazione di queste dichiarazioni alla chiusura delle indagini preliminari rischierebbe di realizzare una palese discriminazione per l'autore del falso.

In ogni caso, ove mai non dovesse intervenire una tempestiva modifica della disciplina (nel senso da noi auspicato o in qualunque altro) per mano del legislatore, si rende quanto mai opportuna una nuova pronuncia della Corte Costituzionale sulla questione, dal momento che, sulla scorta della sentenza appena analizzata, appare davvero *irragionevole la differenza di trattamento* oggi esistente tra le false informazioni assunte dalla polizia giudiziaria delegata dal pubblico ministero rispetto a quelle assunte in mancanza di tale delega¹¹⁰.

¹⁰⁹ Così F. RANZATTO, *Estesa la ritrattazione al favoreggiamento-mendacio*, cit., p. 986; ribadisce tali conclusioni anche in ID., *Non ritrattabili le dichiarazioni alla polizia giudiziaria non delegata dal pubblico ministero*, cit., p. 1611.

¹¹⁰ Ritenevano prevedibile e necessaria una ennesima pronuncia della Corte Costituzionale al fine di eliminare questa irragionevole distinzione tra le due

L'assurdo ulteriore a cui il quadro normativo odierno espone il colpevole che ritratti tempestivamente le proprie precedenti dichiarazioni mendaci o reticenti rese dinanzi alla polizia giudiziaria è che le sue sorti processuali – punibilità con una pena da uno a quattro anni *versus* non punibilità ai sensi dell'art. 376 c.p. – dipendono esclusivamente dalla *eventualità*, a lui il più delle volte assolutamente *sconosciuta* o, anche se conosciuta, per lui del tutto irrilevante, dell'esistenza di una *previa delega* del pubblico ministero alla polizia giudiziaria!

6.4. *La sentenza n. 424 del 2000 ed il rigetto della questione di legittimità costituzionale relativa alla non applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 376 c.p. alle ipotesi di false dichiarazioni alla polizia giudiziaria*

Entrambe le aspettative, sia quella di un intervento legislativo volto a fare luce sul problema *de quo*, sia quella di un intervento ulteriore della Corte Costituzionale finalizzato alla eliminazione di tale irragionevole differenza di trattamento tra le false informazioni assunte dalla polizia giudiziaria con delega del pubblico ministero rispetto a quelle senza delega, sono state disattese.

In questo lasso di tempo, infatti, se da un lato, il legislatore ha continuato a perseverare nella sua inerzia, dall'altro, la Corte di Cassazione ha continuato a ritenere, senza incertezze, che le condotte meramente omissive di reticenza dinanzi alle richieste della polizia giudiziaria non delegata integrino sempre la fattispecie di favoreggiamento personale *ex art.* 378 c.p. e che, in quanto tali, non possano mai essere ritrattabili ai sensi dell'art. 376 c.p.¹¹¹.

Pur tuttavia, nel 2000 la Corte Costituzionale è stata investita finalmente della questione grazie ai giudizi di legittimità costituzionale nei confronti dell'art. 376, primo comma, del codice penale in riferimento all'art. 3, primo comma, della Costituzione, promossi con ordinanze emesse il 20 maggio 1999 dal giudice per le indagini preliminari presso il tribunale di Ivrea, il 28 aprile 1999 dal giudice per le indagini preliminari presso il tribunale dei minorenni di L'Aquila, il 29 novembre

species di attività di assunzione di informazioni da parte della polizia giudiziaria, con delega o senza delega del pubblico ministero, A. GULLO, *Il favoreggiamento personale tra tendenze repressive e nuove esigenze di tutela*, cit., p. 3353; F. RANZATTO, *Estesa la ritrattazione al favoreggiamento-mendacio*, cit., p. 986; ID., *Non ritrattabili le dichiarazioni alla polizia giudiziaria non delegata dal pubblico ministero*, cit., p. 1609.

¹¹¹ In tal senso Cass., Sez. VI pen., 17 febbraio 2000, con nota di R. CURSANO, *Applicabilità della ritrattazione al favoreggiamento personale mediante dichiarazioni reticenti alla polizia giudiziaria*, cit., p. 571.

1999 dal tribunale di Ivrea e il 17 dicembre 1999 dal tribunale di Salerno¹¹².

Ad avviso dei giudici *a quibus*, dopo la citata sentenza n. 101 del 1999 della Consulta, emergeva chiaramente la *irragionevolezza* del trattamento riservato alle ipotesi di false dichiarazioni alla polizia giudiziaria non delegata tempestivamente ritrattate, dal momento che «la disciplina dell'assunzione di informazioni dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini da parte della polizia giudiziaria di propria iniziativa (art. 351 c.p.p.) e l'assunzione delle stesse informazioni su delega del pubblico ministero (art. 370 c.p.p.) è unitaria, valendo per ambedue le stesse regole di documentazione (art. 357 c.p.p.), il medesimo rinvio alle norme applicabili nello svolgimento dell'atto (art. 362, primo comma, secondo periodo, in relazione all'art. 351, primo comma, secondo periodo, c.p.p.), la medesima utilizzabilità delle dichiarazioni così acquisite nel prosieguo del processo (art. 500 c.p.p.)»¹¹³.

Inoltre, l'iniquità dell'attuale disciplina era confermata dal fatto che la differenza della risposta dell'ordinamento ad un identico comportamento (false dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria delegata o non delegata) dipendeva unicamente da un elemento formale del tutto 'esterno' alla volontà del dichiarante, il quale poteva anche ignorare che la sua dichiarazione era stata assunta su iniziativa autonoma della polizia giudiziaria, ovvero su delega del pubblico ministero.

Per di più, sostengono ancora i giudici rimettenti, l'impossibilità per il colpevole di giovare della ritrattazione finisce per intralciare l'indagine e l'accertamento della verità, perché rende indifferente la respicenza dell'indagato, che non è perciò incentivato a dire il vero.

La Corte, nonostante un attento vaglio di tutti gli omogenei argomenti dedotti dai giudici di merito, ha concluso ritenendo la questione manifestamente infondata. Nella parte motiva della sentenza 16 ottobre 2000, n. 424 si afferma che «l'omologazione operata con la sentenza n. 101 del 1999 di questa Corte si rendeva necessaria in quanto si

¹¹² Per il testo della sentenza 9 ottobre 2000, n. 424, cfr. *Giur. cost.*, 2002, p. 1815; *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1457, nonché *Cass. pen.*, 2001, p. 772, n. 364; in argomento si rinvia a H. BELLUTA, *Ritrattazione e favoreggiamento*, cit., p. 574 ss.; G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 560 ss.; F. RANZATTO, *Non ritrattabili le dichiarazioni alla polizia giudiziaria non delegata dal pubblico ministero*, cit., 1608 ss.; B. ROMANO, *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: l'aspetto "etico" del diritto penale ed i confini della subornazione*, cit., p. 1915; F. SIRACUSANO, *La tutela penale del falso processuale dopo le riforme del codice di procedura penale*, cit., p. 1263. Nella manualistica cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, II, cit., p. 485.

¹¹³ Così Trib. Ivrea, 29 novembre 1999, Rossetti, in *Riv. pen.*, 2000, p. 321; Corte Cost., 9 ottobre 2000, n. 424, cit.

era in presenza di dichiarazioni rese nella stessa fase del processo, quando dunque la ritrattazione non poteva che assumere il medesimo valore e la medesima incidenza nello svolgimento delle indagini preliminari, la stessa cosa non potrebbe ripetersi qui, in relazione all'assunzione di informazioni da parte della polizia giudiziaria, da un lato, e da parte del pubblico ministero o della polizia giudiziaria da esso delegata, dall'altro. 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 direttamente dalla polizia giudiziaria riguardando 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.

In questo contesto, non appare essere una contraddizione manifestamente irrazionale che il legislatore abbia differenziato la disciplina delle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria, eventualmente rilevanti sotto il profilo del reato di favoreggiamento, negando in tal caso l'applicabilità della causa di non punibilità della ritrattazione. (...) Non si può escludere che la punizione del mendacio e delle dichiarazioni reticenti assuma, nelle valutazioni del legislatore, un diverso significato, alla stregua del diverso interesse protetto in via prevalente, a seconda del momento in cui il primo e le seconde, nello svolgimento del processo, vengono normalmente a cadere. La ritrattazione, quale prevista dal 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 dichiarazioni 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», (...) la sanzione penale mira primariamente ad assicurare il massimo di efficacia delle indagini e tempestività delle loro conclusioni (sentenza n. 228 del 1982), 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 penalmente eventualmente 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 considerati.

Quanto all'osservazione che, di fatto, non è sempre percepibile dal soggetto dichiarante a quale titolo opera la polizia giudiziaria che rac-

coglie le informazioni, cosicché esso non sarebbe in condizione, nel momento in cui rende la dichiarazione, di sapere se essa sarà o non sarà ritrattabile con l'effetto previsto dall'art. 376, primo comma, c.p., come risultante dalla sentenza n. 101 del 1999 della Corte Costituzionale, è facile osservare che comunque il dichiarante è tenuto a rispondere secondo verità alle domande che gli sono poste (art. 198, primo comma, c.p.p., richiamato dall'art. 351 per il tramite dell'art. 362 c.p.p.) e che non esiste – o almeno non è argomentata dai rimettenti l'esistenza di – un diritto costituzionale alla ritrattazione delle false dichiarazioni comunque rese nel processo penale, onde può concludersi che, di fronte all'assenza di diritti costituzionali che possano farsi valere in materia (o, il che è lo stesso, in carenza di argomenti prospettati in tal senso), sussiste un'ampia sfera di discrezionalità del legislatore nel modellare la disciplina della ritrattazione delle false asserzioni nelle diverse fasi del procedimento (...).

Né appare conferente, infine, l'obiezione, contenuta in alcune delle ordinanze di remissione, secondo la quale la mancata previsione, come causa di non punibilità, della ritrattazione di false o reticenti dichiarazioni alla polizia giudiziaria operante di propria iniziativa costituirebbe incentivo a persistere nel mendacio, per tentare di evitare di incorrere in responsabilità, con pregiudizio della stessa efficacia delle attività di indagine: osservazione quantomeno controbilanciata da quella per cui la possibilità di ritrattazione, in ipotesi nel momento in cui lo sviluppo delle indagini abbia reso palese il mendacio o la reticenza, costituirebbe incentivo, per chi lo volesse, ad intralciare con tali mezzi l'avvio delle indagini»¹¹⁴.

Tale pronuncia non appare però pienamente convincente. Oltre alle ragioni espresse in precedenza che, a nostro sommo avviso, militano già da tempo a sostegno della soluzione opposta – quella prospettata dai giudici rimettenti –, si deve aggiungere che essa si fonda su un argomento privo di sufficiente consistenza: quello secondo cui l'elemento distintivo delle due fattispecie che giustifica la differenza della disciplina della ritrattazione è costituito dalla loro diversa cadenza temporale.

La Corte sembra non tenere conto che questo aspetto «non ricorre necessariamente in ogni situazione: ben potendo la polizia giudiziaria, invero, svolgere indagini autonomamente, di propria iniziativa, anche in un momento successivo a quello in cui il pubblico ministero assume la direzione delle indagini»¹¹⁵. Sicché «venuta meno la rigida scansione temporale tra informazioni rese alla polizia giudiziaria delegata o

¹¹⁴ Così Corte Cost., 9 ottobre 2000, n. 424, cit.

¹¹⁵ Così F. RANZATTO, *Non ritrattabili le dichiarazioni alla polizia giudiziaria non delegata dal pubblico ministero*, cit., p. 1610.

meno dal pubblico ministero e non sussistendo altre differenze dal punto di vista della disciplina processuale, non si vede alcuna ragione che ne giustifichi una diversa tutela per quanto riguarda tra l'altro (...) la possibilità della ritrattazione. (...) Essendone identica l'utilizzabilità nonché la loro attendibilità, stante in ogni caso l'obbligo di verità in capo al dichiarante, non si vede come il pregiudizio provocato da un'eventuale falsità o reticenza possa essere diverso, potendo esso intervenire (...) anche nel medesimo momento procedimentale e comunque intervenendo nella medesima fase procedimentale, quella delle indagini preliminari»¹¹⁶.

A tutto ciò si deve aggiungere che oggi l'incongruenza dell'esclusione del 'favoreggiamento-mendacio' dal novero dei reati-presupposto dell'art. 376 c.p. si profila in maniera ancor più netta in relazione al ruolo peculiare che alla polizia giudiziaria è stato assegnato nella fase delle indagini preliminari nell'ambito del nuovo processo penale dinanzi al *giudice di pace*¹¹⁷.

In tale procedimento, infatti, la polizia giudiziaria compie quasi sempre autonomamente le attività investigative a prescindere dal momento cronologico e da qualunque delega da parte del pubblico ministero. Ai sensi dell'art. 11 del D.Lgs. 28 agosto 2000 recante *Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace* è espressamente previsto che «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, in base al successivo art. 12, che, quando la notizia di reato è ricevuta dal pubblico ministero questi «la trasmette alla polizia giudiziaria perché proceda ai sensi dell'art. 11, impartendo, se necessario le direttive».

La regola della non ritrattabilità delle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria si sostanzia in questo caso in una ancor più ingiustificata discriminazione dell'autore delle stesse, dal momento che la sua non punibilità ai sensi dell'art. 376 c.p. dipenderà prevalentemente dal *tipo di reato* in relazione al quale si stanno svolgendo le attività investigative, dato questo completamente estraneo alla sfera di conoscenza del falso dichiarante¹¹⁸.

¹¹⁶ Così ancora F. RANZATTO, *Non ritrattabili le dichiarazioni alla polizia giudiziaria non delegata dal pubblico ministero*, cit., p. 1610.

¹¹⁷ In argomento si rinvia a M.G. COPPETA, *Indagini della polizia giudiziaria e del pubblico ministero*, in AA.VV., *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di G. Giostra e G. Illuminati, Torino, 2001, p. 135 ss.; G. ICHINO, *La fase delle indagini preliminari nei reati di competenza del giudice di pace*, in AA.VV., *La competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2000, p. 79 ss.; C. PANSINI, *La fase delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, a cura di A. Scalfati, Padova, 2001, p. 145 ss.

¹¹⁸ Sul punto, sebbene non tocchi il problema specifico della ritrattazione, si

Si ravviserebbe il paradosso che se il reato in relazione al quale si indaga è meno grave essendone attribuita la competenza per materia al giudice di pace, ci sono maggiori possibilità che la polizia operi senza delega nella fase delle indagini preliminari e, quindi, che le false dichiarazioni ad essa rese, anche se ritratte tempestivamente, integro sempre il reato di favoreggiamento personale di cui all'art. 378 c.p.; e che se invece il reato è più grave e la competenza è quella del giudice ordinario ci sono buone possibilità che la polizia giudiziaria agisca su delega del pubblico ministero e che di conseguenza le false dichiarazioni ad essa rese siano efficacemente ritratte ai sensi dell'art. 376 c.p.

Infine, l'incongruenza della mancata parificazione del trattamento giuridico della ritrattazione delle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria non delegata rispetto a quello previsto per le altre ipotesi di falsità giudiziali, può essere ulteriormente dedotta da quanto di recente affermato in altra sede proprio dalla stessa Corte Costituzionale, nella sentenza n. 416 del 1996 relativa all'altra causa di non punibilità speciale contenuta nel Titolo III *Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, l'art. 384 c.p.

Con tale decisione la Consulta ha inteso estendere l'applicabilità dell'art. 384, secondo comma, c.p. alle ipotesi di favoreggiamento-mendacio di cui all'art. 378 c.p., ritenendo manifestamente irragionevole l'esclusione dall'ambito di operatività di questa esimente delle false o reticenti dichiarazioni alla polizia giudiziaria delegata o non delegata, sul presupposto che queste siano «in tutto equiparabili a quelle punite dagli artt. 371 *bis* e 372 c.p., che prevedono reati ai quali la norma è applicabile»¹¹⁹.

Se, dunque, la Corte ha già realizzato una espressa equiparazione tra la fattispecie di favoreggiamento mendacio e quella di false informazioni al P.M. relativamente all'art. 384 c.p., non si vede perché non possa compiere analoga operazione anche riguardo alla disciplina della ritrattazione.

veda da ultimo l'ordinanza della Corte Costituzionale 19 novembre 2004, n. 349, nella quale è stata più genericamente rilevata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli articoli 11, 14 e 15 del D.Lgs. n. 274 del 2000 in riferimento agli articoli 3, 76 e 109 della Costituzione. Ad avviso della Corte il fatto che la polizia giudiziaria in questo caso sia svincolata dal controllo dell'autorità giudiziaria è giustificato dal "ruolo marginale assegnato alle indagini preliminari" in questo tipo di processo.

¹¹⁹ Così G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 909. Sul punto cfr. anche P. CORVI, *Informazioni false o reticenti nel corso delle indagini preliminari*, cit., p. 135 ss., nonché quanto già detto alla nota n. 105.

6.5. *La questione della ritrattabilità delle dichiarazioni alla polizia giudiziaria non delegata ancora al vaglio della Corte Costituzionale: l'ord. n. 244 del 2002 ne rileva la manifesta infondatezza*

Va comunque rilevato che neanche la sentenza di rigetto della Consulta appena richiamata ha risolto definitivamente la diatriba sul punto, a testimonianza del permanere tra gli operatori del diritto di una diffusa sensazione di irragionevolezza nei confronti della disciplina vigente in materia di dichiarazioni mendaci alla polizia giudiziaria che agisce di propria iniziativa, successivamente ritrattate in modo tempestivo.

Un nuovo giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 378 del codice penale in relazione all'art. 376 c.p. è stato, infatti, promosso con ordinanza emessa il 1° febbraio 2001 dal Tribunale di Vercelli.

Anche in questa occasione, però, la Corte con ordinanza 14 giugno 2002 n. 244 ha ribadito il proprio precedente orientamento, rigettando la questione per manifesta infondatezza a causa della mancanza di argomenti o di profili nuovi rispetto a quelli già valutati in precedenza nella sentenza n. 424 del 2000. In tale pronuncia è stato solo riaffermato che le ipotesi di false dichiarazioni alla polizia giudiziaria che agisca di propria iniziativa restano al di fuori dell'ambito di operatività dell'art. 376 c.p., configurando il diverso delitto di *favoreggiamento personale* di cui all'art. 378 c.p. che non compare tra i reati tassativamente elencati come delitti-presupposto per la ritrattazione¹²⁰.

7. *I dubbi sulla disciplina della ritrattazione del falso giuramento (art. 371, secondo comma, c.p.) e la sentenza della Corte Costituzionale n. 490 del 1995*

L'elencazione tassativa dell'art. 376 c.p. non esaurisce, però, le ipotesi di ritrattazione disciplinate dal nostro codice penale, dal momento che essa deve essere integrata con l'art. 371 c.p., secondo comma, nel quale, con una scelta poco chiara e disomogenea da un punto di vista sistematico (l'esimente questa volta è collocata in calce alla singola fattispecie probabilmente perché ha ad oggetto un mendacio di una parte, anziché un mendacio di uno degli altri soggetti del processo, testimone, perito o interprete), i redattori del codice Rocco hanno stabilito 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 irrevocabile». Ai sensi di

¹²⁰ Corte Cost., 14 giugno 2002, n. 244, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1815.

tale disposizione normativa esiste, dunque, *un'altra fattispecie 'qualificata' di ritrattazione* di una precedente condotta mendace valida all'interno del solo *processo civile* ¹²¹.

La caratteristica saliente di questa ritrattazione autonomamente regolata dall'art. 371, secondo comma, c.p., è di valere esclusivamente per una delle due specie di giuramento elencate dall'art. 2736 c.c., quello *d'ufficio* (sia esso suppletorio o estimatorio) e non anche per quello *decisorio*, quello, cioè, che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione totale o parziale della causa.

La singolarità di tale opzione legislativa emerge in modo ancor più chiaro se la si raffronta con la precedente disciplina dettata per l'analogo caso di ritrattazione di falso giuramento dal codice penale Zanardelli ¹²². Ai sensi dell'art. 221 del codice penale del 1889, infatti, la ritrattazione del precedente falso giuramento poteva concernere indistintamente, e senza alcuna limitazione, entrambi i tipi di giuramento, decisorio e suppletorio, anche se, si badi, in nessun caso garantiva l'esenzione da pena, bensì una semplice attenuazione della stessa ¹²³.

Come si desume dalla Relazione al codice penale del 1930, la *ratio* di questa inversione di rotta e della scelta di limitare l'esimente al solo giuramento *d'ufficio* è da rinvenirsi nel fatto che nel codice civile allora vigente, il codice del 1865, «per il giuramento deferito dalla parte, la ritrattazione non produce(va) alcun effetto nel giudizio civile, non potendo, in quella sede, dopo la prestazione del giuramento decisorio,

¹²¹ Sul punto per approfondimenti si rinvia, *ex multis*, a R. DOLCE, voce *Falso giuramento della parte*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 680 ss.; E. GALLO, *Il falso processuale*, cit., p. 199 ss.; A. GATTI, *Falso giuramento della parte*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. Coppi, cit., p. 327 ss.; A. ROSSI VANNINI, voce *Giuramento (falsità in)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2000, p. 385 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 372 ss.; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 99 ss.

¹²² Cfr. per ulteriori considerazioni critiche sulla anomalia di questa disciplina e sul suo valore anacronistico E. GALLO, *Il falso processuale*, cit., pp. 251 ss., spec. 253, ad avviso del quale, però, la disciplina dettata in sede civilistica in materia di giuramento nei due codici civili non presenterebbe segni di discontinuità, essendo già nel codice civile del 1865 equiparate le due specie di giuramento.

¹²³ Ai sensi dell'art. 221, secondo comma del codice penale Zanardelli, infatti, il colpevole del reato di falso giuramento che avesse ritrattato prima della definizione della controversia era punito con la reclusione da uno a sei mesi, invece di essere punito in forza del primo comma del medesimo articolo con la reclusione da sei a trenta mesi, con la multa da lire cento a tremila e con l'interdizione temporanea dai pubblici uffici. Relativamente all'evoluzione della disciplina in materia di falso giuramento cfr. M. PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, cit., p. 225.

ammetersi alcuna nuova prova, anche se consistente nella confessione della parte che giurò»¹²⁴.

Una simile restrizione del campo di operatività della scriminante *de qua* è stata da sempre oggetto di critiche da una parte della dottrina che la riteneva «poco giustificabile alla stregua dell'art. 3 Cost.»¹²⁵. Tali rilievi critici hanno anche indotto la giurisprudenza di merito a sollevare più volte questioni di legittimità costituzionale dell'art. 371, cpv., c.p. in riferimento a tale precetto costituzionale che la Consulta ha però rigettato in tutte le occasioni in cui si è pronunciata su di esse: la prima volta, con la sentenza n. 7 del 1972, dichiarando inammissibile la questione per irrilevanza nel giudizio *a quo* evitando di sindacare nel merito¹²⁶ e la seconda volta, con la sentenza n. 490 del 1995, dichiarandola manifestamente infondata per intervenuta abrogazione della stessa norma contenente l'esimente¹²⁷.

Questi dubbi, però, seppure fondati, sembrano perdere importanza se si accoglie il diverso e più radicale punto di vista di chi ritiene che un simile quesito non debba proprio porsi, dal momento che l'art. 371, secondo comma, c.p. deve considerarsi di fatto *tacitamente abrogato* dopo l'entrata in vigore del codice civile del 1942, che negli artt. 2736 e 2738 c.c. ha *parificato* esplicitamente la disciplina e l'efficacia delle due specie di giuramento, attribuendo ad entrambe il carattere *dell'intangibilità*¹²⁸.

¹²⁴ Così nella *Relazione ministeriale al progetto del codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, vol. V, pt. II, cit., p. 171.

¹²⁵ Così G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 379. *Contra* F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 457, ad avviso del quale, invece, tale scelta di circoscrivere l'efficacia scriminante della ritrattazione al solo caso del giuramento d'ufficio si spiega con il fatto che il «giuramento decisorio, equivalendo ad un atto unilaterale di disposizione, vincola senz'altro le parti e il giudice».

¹²⁶ Nella sentenza 19 gennaio 1972, n. 7, in *Giur. cost.*, 1972, p. 22, la Corte Costituzionale rigettò le ordinanze di remissione dei pretori di Milano e di Genova asserendo che in entrambi i casi «i giudici di merito, nella limitazione al falso giuramento suppletorio dell'impunità per ritrattazione (art. 371 cod. pen.), hanno visto una lesione del principio di eguaglianza, ma non hanno avvertito che, nei processi riguardo ai quali dovevano pronunciarsi, non era in giuoco alcuna ritrattazione del giuramento prestato; cosicché non veniva in applicazione il limite ritenuto ragione di disparità».

¹²⁷ Corte Cost., 20 novembre 1995, n. 490, in *Giur. cost.*, 1995, p. 4198 ss., con nota di F. RIGANO, *Abrogazione della norma oggetto e abrogazione del tertium comparationis: irrilevanza o infondatezza della questione?*. Sul contenuto di tale pronuncia si tornerà tra breve più approfonditamente.

¹²⁸ Sul punto si veda F. LEPRI, *L'irretrattabilità del giuramento d'ufficio*, cit., p. 451 ss.; G. VALDEMARCA, *Osservazioni sull'esimente dell'art. 371 cpv. cod. pen.*, cit., c. 181.

Ad avviso di tale parte della dottrina, questa causa di non punibilità speciale del giuramento d'ufficio sarebbe, in realtà, al giorno d'oggi una norma del tutto *anacronistica* ed *inapplicabile* in quanto rappresenterebbe il riflesso penalistico della abrogata disciplina civilistica in materia di giuramento dettata dal codice del 1865, ben diversa da quella attualmente vigente.

La limitata portata dell'art. 371, cpv., c.p. si spiegava, vale a dire, unicamente con il fatto che il codice civile in vigore all'epoca della sua stesura disciplinava in distinti articoli le due specie di giuramento, dettando per ciascuno regole differenti e legittimando così una loro diversa valutazione anche ai sensi del diritto penale.

Più precisamente, per il caso di giuramento deferito o riferito era prevista espressamente ai sensi dell'art. 1370 l'inammissibilità per l'altra parte della prova della falsità; mentre per il caso del giuramento d'ufficio era semplicemente stabilito, in base al disposto dell'art. 1374, che il giudice potesse deferire il giuramento ad una delle parti, senza precisare alcunché sulla sua inconfutabilità e sul suo valore di prova legale. Dalla lettura comparata delle due norme si desumeva che la mancata ripetizione in relazione al giuramento suppletorio o estimatorio della regola dell'assoluta incontrovertibilità dettata per quello decisorio, non escludeva necessariamente la deduzione di nuove prove successivamente alla sua prestazione, prima tra tutte la ritrattazione¹²⁹.

Una volta venuta meno tale differenziazione in seguito alla entrata in vigore della nuova disciplina dettata in materia dall'art. 2738 del codice civile del 1942, in forza della quale sia per il caso di giuramento decisorio che per quello di giuramento suppletorio «l'altra parte non è ammessa a provare il contrario, né può chiedere la revocazione della sentenza qualora il giuramento sia stato dichiarato falso», sembra invece non residuare più alcun margine di operatività per l'esimente del secondo comma dell'art. 371 c.p., non essendo più possibile ipotizzare una ritrattazione neanche del falso giuramento d'ufficio essendo stato conferito anche ad esso valore incontrovertibile di prova legale¹³⁰.

¹²⁹ I due articoli del Codice civile del Regno d'Italia del 1865 dettavano, infatti, una disciplina diversa per i due tipi di giuramento: l'art. 1370 sanciva espressamente che «Se fu prestato il giuramento deferito o riferito, non si ammette l'altra parte a provarne la falsità»; mentre l'art. 1374, per il giuramento d'ufficio, stabiliva che «Il giudice può deferire il giuramento ad una delle parti o per fare da esso dipendere la decisione della causa, o soltanto per determinare nella condanna la quantità dovuta», senza nulla dire al riguardo della sua inconfutabilità e del suo valore di prova legale e, dunque, avallando la possibilità di fornirne prova contraria.

¹³⁰ In argomento, a favore di questa *interpretatio abrogans* dell'art. 371, secondo comma, c.p. si rinvia alla dottrina poc'anzi richiamata alla nota n. 126.

Tale condivisibile orientamento ha stentato, però, ad affermarsi nella giurisprudenza di legittimità attestata per lungo tempo su posizioni divergenti, come conferma una delle (comunque rare) pronunce della Suprema corte che si sono interessate della questione, che aveva aderito al contrapposto orientamento a sostegno della permanenza nel nostro sistema penale della possibilità di ritrattare il giuramento deferito d'ufficio¹³¹.

Solo di recente, all'inizio degli anni Novanta, si è registrato un netto *revirement* della Corte di Cassazione che in una sentenza del 1992 ha dichiaratamente *accolto la tesi abrogatrice* sostenendo che l'art. 371, cpv., c.p. debba ritenersi tacitamente abrogato ai sensi dell'art. 15 delle *Disposizioni sulla legge in generale*, essendo emersa una palese incompatibilità con la disciplina dettata dalla *lex posterior* in materia di giuramento: l'art. 2738 del codice civile del 1942¹³².

Ogni controversia al riguardo è poi definitivamente cessata nel 1995, quando la Corte Costituzionale, adita dalla Corte d'Appello di Trieste con ordinanza 11 gennaio 1995 per pronunciarsi sulla presunta illegittimità dell'art. 371, cpv., c.p. per contrasto con l'art. 3 Cost. in quanto restrittiva dell'operatività della scriminante al solo giuramento d'ufficio, ha ribadito espressamente la tesi a *sostegno* dell'avvenuta *abrogazione tacita* di questa norma per incompatibilità, ai sensi dell'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale, con le norme del codice civile.

La Consulta in questa pronuncia, riprendendo gli argomenti già utilizzati dalla dottrina maggioritaria e dalla recente giurisprudenza di legittimità, ha affermato con estrema chiarezza che (essendo mutato il quadro di riferimento della disciplina civilistica in materia di giuramento con l'entrata in vigore del codice civile del 1942, che nell'art. 2738 ha unificato il regime per entrambe le specie di giuramento escludendo sempre la prova contraria ed inibendo in ogni caso la revocazione della sentenza qualora il giuramento sia stato dichiarato falso) «la ritrattazione del giuramento suppletorio o estimatorio non spiega più alcun effetto impeditivo al formarsi del giu-

Contra, a favore della vigenza di questa norma, pur manifestando delle perplessità a causa del suo evidente anacronismo, R. PANNAIN, voce *Giuramento (falsità del)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. VII, Torino, 1961, p. 980; P. PISA, voce *Giuramento (falsità del)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1991, p. 569.

¹³¹ In questo senso si veda, tra le poche sentenze in materia, Cass., Sez. III, 3 aprile 1952, Sanna-Pretta, in *Giust. pen.*, 1953, II, c. 782; in dottrina esprimeva scetticismo nei confronti della lettura abrogatrice dell'art. 371 cpv. c.p., M. PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, cit., p. 227.

¹³² Cass., Sez. VI, 5 maggio 1992, Mascitti, in *Riv. pen.*, 1993, p. 448; in argomento cfr. anche G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 355 ss. dove sono riportati i passi salienti di tale pronuncia.

dicato. Conseguentemente, la causa di esclusione della punibilità non trova ormai più alcuna giustificazione, e la sua sopravvivenza creerebbe un'evidente incoerenza nel sistema, risultando contraria al principio di ragionevolezza anche perché chi ha giurato il falso potrebbe trarne vantaggio ottenendo una decisione favorevole nel giudizio civile ma sottraendosi alle conseguenze penali attraverso la ritrattazione»¹³³.

Una simile presa di posizione a sostegno della tesi abrogatrice risulta pienamente condivisibile anche (o forse soprattutto) alla luce della valutazione delle possibili incongruenze che discenderebbero dalla conclusione opposta di reputare ancora ritrattabile il falso giuramento.

Se, infatti, in base alla nuova disciplina in materia, è preclusa nel giudizio civile ogni prova contraria nei confronti di entrambi i tipi di giuramento ed è impossibile incidere sugli effetti del proprio precedente spergiuro, non avrebbe alcun *fondamento razionale* sul piano politico-criminale garantire al reo l'impunità per una ritrattazione non in grado di eliminare gli effetti negativi della precedente condotta criminosa.

Come si è cercato di dimostrare in precedenza (e come si chiarirà meglio in seguito), l'esimente in questione ha una natura giuridica oggettiva e la sua *ratio* si rinviene nella tutela *ex post* approntata al bene giuridico leso dalla precedente condotta criminosa: si va esenti da pena perché si annulla l'evento del (delitto di) falso processuale commesso. Nel caso in questione una volta prestato il falso giuramento ed integrato il reato di cui all'art. 371 c.p., lo spergiuro diviene assolutamente *inconfutabile* dal momento che non è più possibile fornire al riguardo alcuna prova contraria, né addirittura chiedere la revocazione della sentenza emessa sulla sua base. Se non c'è allora alcuna possibilità di impedire che la macchina della giustizia civile non proceda in conformità col giuramento falso arrivando a pronunciare una sentenza favorevole all'autore del falso giuramento, appare evidente che in tale circostanza un *danno irrimediabile* all'amministrazione della giustizia è stato già prodotto fuorviando irreparabilmente il corso del giudizio civile.

L'eventuale non punibilità della ritrattazione finirebbe per apparire in netta disarmonia con la sua stessa *ratio* stabilendo l'esenzione da pena per un soggetto – l'autore dello spergiuro – che *non può* in alcun

¹³³ Per un commento a tale pronuncia si rinvia a F. RIGANO, *Abrogazione della norma oggetto e abrogazione del tertium comparationis*, cit., p. 4201 ss.; in argomento cfr. anche G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 358 e B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 106.

modo *contribuire* con il cambio di condotta processuale *all'eliminazione dell'offesa* arrecata all'interesse protetto, in quanto non più in grado di impedire, come invece poteva avvenire in passato sotto il vecchio codice civile nel caso di giuramento d'ufficio, l'adozione di una pronuncia ingiusta.

A ragionare diversamente, ed ammettendo la ritrattabilità dello spergiuro, si riconoscerebbe che il nostro ordinamento giuridico ammette la possibilità di concedere il premio della non punibilità per un comportamento postfatto privo di qualsiasi efficacia controffensiva rispetto alla precedente condotta illecita e si legittimerebbe una interpretazione della ritrattazione in termini soggettivi quale atto di resipiscenza del reo¹³⁴.

In ogni caso, al giorno d'oggi, la ritrattazione del falso giuramento, non integrando più l'esimente dell'art. 371, cpv., c.p., può solo essere valutata, alla stessa stregua di ogni condotta susseguente al reato di pentimento operoso, come circostanza *attenuante* comune ai sensi dell'art. 62, n. 6, c.p., ove si accerti che essa sia stata spontanea ed efficace al fine di elidere le conseguenze del reato¹³⁵.

8. *Incertezze interpretative sull'estensibilità della ritrattazione a condotte di falso processuale non esplicitamente elencate nell'art. 376 c.p.: in particolare i delitti di simulazione di reato (art. 367 c.p.), calunnia (art. 368 c.p.), false informazioni al P.M., falsa testimonianza e falsa perizia o interpretazione aggravati (art. 375 c.p.) e subornazione (art. 377 c.p.)*

Sebbene il tenore letterale dell'art. 376 c.p., contenendo, come più volte detto, una elencazione tassativa delle fattispecie alle quali si applica l'esimente (elencazione non passibile di alcuna applicazione analogica ai sensi dell'art. 14 delle *Disposizioni sulla legge in generale*, essendo contenuta in una norma 'penale' ed 'eccezionale'¹³⁶), sembri non lasciare adito a dubbi sulla possibilità di estenderla anche ad altre fi-

¹³⁴ In tal senso, sulla irragionevolezza della non punibilità della ritrattazione di ogni tipo di spergiuro si veda Cass., Sez. VI, 5 maggio 1992, Mascitti, e la nota di F. LEPRI, *L'irretrattabilità del giuramento d'ufficio*, cit., rispettivamente pp. 449 e 452.

¹³⁵ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 109; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 106.

¹³⁶ Sul divieto di applicazione analogica delle leggi penali si rinvia per tutti alle illuminanti pagine di G. VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 158 ss.

gure di falso processuale disciplinate nel Capo I del Titolo III dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, in dottrina e in giurisprudenza ci si è chiesti se la ritrattazione possa produrre i propri effetti scriminanti anche nei confronti di tali altre fattispecie, in particolare in relazione ai delitti di simulazione di reato (art. 367 c.p.), di calunnia (art. 368 c.p.), di false informazioni al P.M. e al difensore, falsa testimonianza e falsa perizia o interpretazione aggravati (art. 375 c.p.) e di subornazione (art. 377 c.p.).

Probabilmente a stimolare la nascita di simili interrogativi è stata anche la differente disciplina dettata in materia di ritrattazione per talune di queste fattispecie nel codice penale del 1889. Ai sensi dell'art. 213 del codice Zanardelli era, infatti, prevista per la ritrattazione della falsa incolpazione o per la rivelazione della simulazione prima di qualsiasi atto di procedimento contro la persona calunniata, o prima della pronuncia di un verdetto dei giurati o di una sentenza sul fatto falsamente attribuito, la riduzione della pena edittale del delitto di calunnia di due terzi, nel primo caso, e da un terzo alla metà, nel secondo caso¹³⁷. Ed in base all'art. 220 era prevista una riduzione di pena per il subornatore in caso di ritrattazione tempestiva da parte del subornato.

In ogni caso, tralasciando le (presumibili) ragioni da cui tale incertezza scaturisce, premessa necessaria per qualunque considerazione in argomento è che quando si discute sull'efficacia scriminante della ritrattazione rispetto a fattispecie di falso processuale distinte da quelle espressamente annoverate nell'art. 376 c.p., non ci si riferisce alla nozione di ritrattazione sinora accolta, ovvero sia di condotta controffensiva *post factum* alla quale è attribuito *ex lege* valore di *causa speciale di non punibilità in senso stretto*, bensì ad un'accezione completamente diversa. La si prende in considerazione sotto il profilo della sua capacità di rendere la precedente condotta mendace *inidonea ex art. 49, secondo comma, c.p.* a produrre la effettiva messa in pericolo del bene giuridico.

Essa, cioè, non viene valutata *post patratum crimen* come controcondotta da cui origina il venir meno della punibilità di un reato già consumato, ma in un momento logico e cronologico nettamente precedente come parametro utile ai fini della considerazione della effettiva *offensività* della precedente azione formalmente conforme al *dictum* della norma incriminatrice. La respiscenza dell'autore della falsità processuale rileva, quindi, come elemento capace di far venir meno il

¹³⁷ Sulla differente disciplina dettata nel codice penale Zanardelli per le ipotesi di ritrattazione di tali delitti di simulazione e di calunnia si rinvia a *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, a cura di P. Cogliolo, vol. II, Parte I, cit., pp. 49 ss., spec. 217 ss.

carattere lesivo della condotta precedente, dando luogo ad un reato impossibile ai sensi dell'art. 49 c.p.¹³⁸.

a) Per quanto concerne la *simulazione formale di reato*, dal tenore letterale dell'odierno art. 367 c.p. non sembrerebbe, almeno in apparenza, residuare alcuno spazio a disposizione dell'autore per poter efficacemente ritrattare il proprio precedente comportamento mendace, avendo il legislatore del 1930 compiuto una scelta netta nel momento in cui non ha menzionato affatto all'interno del tipo legale una tale eventualità, diversamente da quanto ha fatto invece nell'art. 371 c.p. per il falso giuramento¹³⁹.

Una simile presa di posizione, ad avviso di una parte della dottrina, sarebbe scaturita dalla differente natura attribuita dai compilatori del codice alla simulazione formale di reato rispetto alle altre condotte ritrattabili ai sensi dell'art. 376 c.p.: e precisamente dalla convinzione che essa consista in una *dichiarazione di volontà* e non, come le altre narrazioni false, in una dichiarazione di scienza. Dal momento che una dichiarazione di volontà per sua stessa struttura ontologica non potrebbe essere né vera né falsa, a maggior ragione essa non potrebbe essere neanche ritrattabile, costituendo presupposto necessario per la ritrattazione il rilascio di una precedente falsa deposizione giudiziale¹⁴⁰.

A ben vedere, però, non sembra potersi condividere questa interpretazione, in quanto la condotta simulatoria descritta dall'art. 367 c.p. presenta una *natura mista*, dichiarativa e volitiva. La *ratio* dell'esclusione dell'applicabilità della ritrattazione al delitto di cui all'art.

¹³⁸ Molto chiaramente in tal senso si esprime R. RAMPIONI, *Sul valore della ritrattazione nel delitto di simulazione di reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 1304; nonché, da ultimo, I. GIOFFRÈ, *Ritrattazione e simulazione di reato: spazi applicativi per il principio di offensività*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 734 ss.

¹³⁹ Per approfondimenti sul delitto di simulazione di reato si rinvia, tra i tanti, a F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 460 ss.; A. CADOPPI, voce *Simulazione di reato*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, p. 628 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 340 ss.; G. LA CUTE, *Simulazione di reato*, Napoli, 1985; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 60 ss.; A. PEZZI, voce *Simulazione di reato*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1992; P. PISA, voce *Simulazione di reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, p. 310 ss.; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 55 ss.; G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 138 ss.

¹⁴⁰ In tal senso si esprime, sebbene con qualche contraddizione, A. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 410 e 427, il quale sostiene che la ritrattazione si riconnette strettamente solo a quei delitti che si sostanziano in una dichiarazione di scienza.

367 c.p. si deve, perciò, individuare in un una valutazione di tipo esclusivamente politico-criminale; si ritiene, cioè, che in tal caso la semplice dichiarazione mendace all'autorità giudiziaria procuri un'offesa al bene giuridico (sotto forma di messa in pericolo) non eliminabile proficuamente con una condotta postfatto¹⁴¹.

Tuttavia, nonostante il silenzio del precetto, degli spazi per poter discutere di una eventuale efficacia esimente della ritrattazione della precedente simulazione formale residuano ugualmente sotto il ben diverso piano della *idoneità* della condotta simulatoria ritrattata ad *escludere* l'effettiva esposizione a *pericolo* dell'interesse al normale funzionamento dell'attività processuale¹⁴². Come già anticipato in precedenza, cioè, non si discute della ritrattazione quale *causa di non punibilità sopravvenuta di un reato già consumato* da parte del *colpevole*, ma, osservandola in un momento logicamente precedente, si discute della ritrattazione come condizione di esclusione della idoneità dell'azione simulatoria in base al dettato dell'art. 49, secondo comma, c.p.

Riguardo a tale problema la giurisprudenza in passato si è dimostrata abbastanza incerta, oscillando nelle sue pronunce, a causa del silenzio della legge, tra la tesi a favore della qualificazione della ritrattazione della simulazione come causa di non punibilità e quella, più rigorosa, a sostegno della sua qualificazione come circostanza attenuante ai sensi dell'art. 62, n. 6, c.p.¹⁴³.

Solo negli ultimi anni, la Suprema Corte sembra essersi attestata su posizioni stabili, avendo avviato da sé – come troppo spesso accade – alla mancanza di precisi riferimenti normativi in argomento, attraverso la fissazione in modo 'tassativo e determinato' dei requisiti che consentono di qualificare la ritrattazione come ipotesi di non punibilità

¹⁴¹ Su tali problemi si vedano le osservazioni svolte da P. COCO, *Simulazione di reato*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. COPPI, cit., p. 131 s.

¹⁴² In dottrina su tale specifico punto si vedano R. RAMPIONI, *Sul valore della ritrattazione nel delitto di simulazione di reato*, cit., p. 1301 ss.; I. GIOFFRÈ, *Ritrattazione e simulazione di reato: spazi applicativi per il principio di offensività*, cit., p. 734 ss.; P. COCO, *Simulazione di reato*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 150; F. MORELLI, *La respiscenza immediata come evento impeditivo del reato di simulazione*, in *Giust. pen.*, 1971, II, c. 306.

¹⁴³ Nel primo senso si rinvia a Cass., Sez. II, 12 maggio 1938, in *Giust. pen.*, 1938, II, c. 1064 e, più di recente, Cass., Sez. VI, 11 aprile 1973, Brandimarte, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, con nota di R. RAMPIONI, *Sul valore della ritrattazione nel delitto di simulazione di reato*, cit., p. 1301, nonché da ultimo Cass., Sez. VI, 19 gennaio 2000, Boniforti, in *Riv. pen.*, 2000, p. 638; *contra* cfr. Cass., Sez. III, 17 gennaio 1970, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1971, p. 305 e, da ultimo, Cass., Sez. VI, 28 novembre 1989, Ceccarelli, in *Giust. pen.*, 1991, II, c. 309.

per inidoneità dell'azione ai sensi dell'art. 49 c.p., anziché come mera circostanza attenuante comune¹⁴⁴.

Per comprendere appieno i termini della questione, però, è forse opportuno procedere con ordine, individuando gradualmente la causa del problema e le differenti soluzioni che nel corso del tempo ne sono state prospettate.

Il dubbio sulla possibilità di valutare positivamente la ritrattazione della dichiarazione simulatoria origina dal fatto che, accogliendo una *concezione realistica* dell'illecito penale, in forza della quale il reato non si configura senza l'effettiva aggressione al bene giuridico (*nullum crime sine iniuria*), non si può non ritenere che anche «la simulazione di reato, per essere punibile, soggiace a quella condizione generale che l'art. 49 c.p. esige per ogni reato: la "idoneità dell'azione"». Anzi, in tal caso il giudizio di necessaria lesività del bene giuridico tutelato è quanto mai obbligato, dal momento che la citata 'condizione generale' dell'art. 49, cpv., c.p. risulta anche esplicitata nel testo dell'art. 367 c.p. «quando esige che la condotta deve essere tale che si "possa" dare inizio ad un processo»¹⁴⁵.

È in forza del principio di offensività che si impone, quindi, all'interprete di accertare ai fini della sussistenza del delitto di simulazione quale comportamento possa essere considerato condizione di inidoneità dell'azione ovvero, per quanto maggiormente interessa in questa sede, se la non punibilità ai sensi dell'art. 49 c.p. debba essere invocata, oltre al caso di una denuncia manifestamente infondata¹⁴⁶,

¹⁴⁴ Descrive chiaramente i differenti elementi in base ai quali il giudizio di valutazione della ritrattazione della simulazione porti a considerarla causa di non punibilità o semplice circostanza attenuante, Cass., Sez. VI, 3 aprile 2000, De Lillo, in *Cass. pen.*, 2003, p. 146; nonché, Cass., Sez. VI, 8 ottobre 1997, Spartà, in *Giust. pen.*, 1998, II, c. 599; Cass., Sez. VI, 18 gennaio 1995, Primerano, in *Cass. pen.*, 1997, p. 734 ss., con nota di I. GIOFFRÈ, *Ritrattazione e simulazione*, cit. Sul punto, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, cfr. G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 168 ss.

¹⁴⁵ Così R. RAMPIONI, *Sul valore della ritrattazione nel delitto di simulazione di reato*, cit., p. 1304. In argomento cfr. anche L. GRANATA, *La configurazione giuridica del fatto denunciato nella simulazione di reato e nella calunnia*, in *Giust. pen.*, 1952, II, c. 495. Da ultimo si sofferma sulla incidenza del principio di offensività sulla questione della rilevanza scriminante della ritrattazione, I. GIOFFRÈ, *Ritrattazione e simulazione di reato: spazi applicativi per il principio di offensività*, cit., p. 736.

¹⁴⁶ In tal senso in giurisprudenza cfr. Cass., Sez. VI, 18 gennaio 1985, Barone, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1281, secondo la quale ai fini della sussistenza del delitto di simulazione «è necessario che la *notitia criminis* possieda la capacità propulsiva di provocare atti diretti all'accertamento del reato; sicché tale capacità deve ritenersi insussistente nel caso in cui il fatto denunciato appaia sin da

anche in quello di successiva ritrattazione della stessa¹⁴⁷.

Secondo un primo orientamento, accolto ancora in alcune recenti pronunce di legittimità dalla Suprema Corte, essendo la simulazione un reato istantaneo di pericolo astratto che si perfeziona con la semplice presentazione della denuncia «idonea a provocare anche soltanto investigazioni e accertamenti da parte della polizia giudiziaria (...) la successiva ritrattazione non fa venir meno il reato»¹⁴⁸ ed è del tutto *irrilevante* ai fini della non punibilità, al più può avere efficacia attenuante *ex art. 62, n. 6, c.p.*¹⁴⁹.

Ad avviso di una parte della dottrina, invece, la ritrattazione dello stesso simulatore configura un'ipotesi di *recesso attivo* da trattare ai sensi dell'art. 56, quarto comma, c.p., dal momento che la respiscenza

principio inverosimile e, quindi, del tutto inidoneo a determinare la semplice possibilità dell'inizio del procedimento penale o delle indagini preliminari di polizia: in tal caso, infatti, si tratta non di simulazione, bensì di reato impossibile ai sensi dell'art. 49 c.p. per inidoneità della condotta posta concretamente in essere». In dottrina cfr. da ultimo B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 60.

¹⁴⁷ Sul principio di offensività come cardine del sistema penale e sulla possibilità di rinvenirne nel nostro ordinamento giuridico un fondamento normativo esplicito nell'art. 49, cpv. del codice penale, si rinvia per approfondimenti, *ex multis*, a C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, *passim*; ID., *Il principio di offensività*, cit., p. 275 ss.; G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 2003, p. 141 ss.; M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 750 ss.; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, *passim*; ID., voce *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino, 1996, p. 259 ss.; G. RICCARDI, *I "confini mobili" del principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 711 ss. Da ultimo, per una completa ricostruzione del principio di offensività, si rinvia a V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, *passim*; nonché, con particolare riguardo al valore fondante che assume in materia di offensività la disciplina codicistica sul reato impossibile, cfr. M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004, *passim*. Nella manualistica cfr. S. ALEO, *Il sistema penale*, Milano, 2004, p. 70; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2004, p. 118 ss.; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, I, cit., p. 292 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 201 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 525 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2005, pp. 54 ss. e 73 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 200 ss.

¹⁴⁸ Così Cass., Sez. VI, 28 novembre 1989, Ceccarelli, in *Giust. pen.*, 1991, II, c. 309, relativa ad un caso in cui la confessione-ritrattazione spontanea era stata effettuata nella stessa giornata dopo due interrogatori; nonché Cass., Sez. VI, 25 gennaio 1990, Campanelli, in *Cass. pen.*, 1992, p. 81.

¹⁴⁹ Sul punto cfr. R. BRICCHETTI, *Art. 367 Simulazione di reato*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, Milano, 2005, p. 1775.

avviene in un momento necessariamente successivo rispetto alla precedente dichiarazione fraudolenta, ma prima del verificarsi dell'evento lesivo¹⁵⁰.

Secondo un altro orientamento, largamente condiviso in dottrina e nella più recente giurisprudenza, è, invece, opportuno operare un *distinguo* a tale riguardo, non essendo condivisibile la conclusione in forza della quale ogni ritrattazione sia inidonea ad escludere la rilevanza penale della condotta simulatoria.

Più precisamente, ad avviso dei sostenitori di questa tesi, la resipiscenza dell'autore vale ad *escludere la configurabilità* del delitto di cui all'art. 367 c.p. ai sensi dell'art. 49, secondo comma, c.p. per inidoneità dell'azione, unicamente nei casi in cui essa intervenga *continenter*, e cioè *immediatamente dopo* la falsa denuncia¹⁵¹. Solo in tale circostanza si reputa possibile che essa faccia venir meno l'eventualità dell'inizio del procedimento penale, dal momento che, se le indagini invece sono già avviate, «la resipiscenza del simulatore del reato interviene comunque tardivamente, in quanto il turbamento all'amministrazione della giustizia si è già realizzato»¹⁵².

Perché il ravvedimento possa, però, dirsi efficace ai fini della non configurabilità del delitto di simulazione è necessario che esso avvenga in un *'unico contesto'*; vale a dire che sia *prossimo* da un punto di vista cronologico al precedente mendacio e che sia *identico* da un punto di vista dell'autorità deputata a riceverlo¹⁵³. Questo requisito dell'unicità del contesto non deve, però, essere inteso in senso semplicistico e riduttivo come la «stessa unità di tempo matematicamente definita, quasi richiedendo una contemporaneità assoluta» tra la denuncia simulatoria e la sua ritrattazione, bensì come «la mancanza di un intervallo, di una interruzione sensibilmente apprezzabile, nel loro succedersi», tale da far sì che le due azioni integrino pur sempre un episodio storicamente unico in termini di continuità e di durata¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Di questo ordine di idee è P. COCO, *Simulazione di reato*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 151.

¹⁵¹ Cfr. in tal senso G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 345; A. PEZZI, voce *Simulazione di reato*, cit., p. 5; P. PISA, voce *Simulazione di reato*, cit., p. 318.

¹⁵² Così Cass., Sez. VI, 3 aprile 2000, De Lillo, cit.

¹⁵³ Di questo avviso Cass., Sez. VI, 11 aprile 1973, Brandimarte, cit.

¹⁵⁴ Testualmente R. RAMPIONI, *Sul valore della ritrattazione nel delitto di simulazione di reato*, cit., p. 1309; in giurisprudenza cfr. Cass., Sez. VI, 18 gennaio 1995, Primerano, cit., che aveva escluso il carattere offensivo di una condotta simulatoria in base all'art. 49, cpv. c.p., in forza di una ritrattazione effettuata dinanzi alla medesima autorità entro trentacinque minuti dalla presentazione della denuncia.

In altre parole, come ben osserva Rampioni, l'efficacia esimente della ritrattazione in relazione alla condotta descritta dall'art. 367 c.p. si esplica solo nel caso in cui si accerti l'unicità del contesto in questa accezione; si dimostri, vale a dire, *l'immediatezza della ritrattazione* rispetto alla precedente condotta simulatoria, intendendosi per immediatezza la mancanza di un intervallo di tempo sensibile tra le due condotte. Lo stesso requisito «della identità fra autorità che riceve la *notitia criminis* ed autorità dinanzi alla quale si ritratta, non è che una proiezione del limite summenzionato, della cui esistenza finisce per essere una prova. Il ricorrere di questa modalità di comportamento successivo, è infatti di solito connesso ad una continuità d'agire che elide ogni sensibile iato temporale fra le due discordi dichiarazioni»¹⁵⁵. Solo quando si elimini questo iato la respiscenza è realmente idonea ad escludere la possibilità dell'inizio delle indagini preliminari facendo venire effettivamente meno il carattere lesivo della condotta simulatoria, dando luogo ad un reato impossibile per inidoneità dell'azione a norma dell'art. 49, secondo comma, c.p.¹⁵⁶.

Non sembra, invece, salvo qualche isolato parere contrario¹⁵⁷, che costituisca requisito indispensabile ai fini della valutazione dell'idoneità della ritrattazione il dato della sua *spontaneità*, dal momento che esso concerne il piano soggettivo della condotta e non ha nulla a che vedere col fenomeno dell'unità di contesto che in questa sede si valuta e che inerisce al piano oggettivo dell'offesa.

Tale requisito della spontaneità diventa, altresì, determinante qualora non si dimostri che il ravvedimento sia avvenuto con immediatezza; la differente qualificazione giuridica della ritrattazione della precedente condotta simulatoria come circostanza *attenuante* di pentimento operoso ai sensi cui all'art. 62, n. 6, c.p., dipende, infatti, proprio dalla valutazione della ritrattazione in termini di spontaneità¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Così ancora R. RAMPIONI, *Sul valore della ritrattazione nel delitto di simulazione di reato*, cit., p. 1310. In giurisprudenza richiedono espressamente che la ritrattazione sia manifestata alla stessa Autorità che ha raccolto la denuncia Cass., Sez. II, 27 aprile 1984, Bellizzi, in *Giust. pen.*, 1985, II, c. 283; Cass., Sez. VI, 26 febbraio 1981, Cirincione, in *Mass. dec. Pen.*, 1982, m. 153.317.

¹⁵⁶ Così Cass., Sez. VI, 3 aprile 2000, De Lillo, cit.

¹⁵⁷ Sostiene che ai fini dell'esclusione della sussistenza del reato la ritrattazione debba essere oltre che immediata e piena anche spontanea, Cass., Sez. VI, 16 dicembre 1998, Boniforti, in *Riv. pen.*, 2000, p. 638; *contra* si veda R. RAMPIONI, *Sul valore della ritrattazione nel delitto di simulazione di reato*, cit., p. 1310.

¹⁵⁸ Sul punto R. BRICCHETTI, *Art. 367 Simulazione di reato*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, cit., p. 1776; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 345. In giurisprudenza si veda Cass., Sez. III, 23 marzo 1970, Nazio, in *Cass. pen.*, 1971, p. 1605.

Infine, nell'ipotesi in cui la ritrattazione, pur essendo spontanea, sia intervenuta in un momento temporale in cui non poteva più arrecare alcun contributo alla giusta direzione delle indagini, avendo già la polizia giudiziaria ricostruito autonomamente la reale consistenza dei fatti, essa non potrà essere considerata neanche come circostanza attenuante¹⁵⁹.

b) Analoghi dubbi sono sorti in dottrina ed in giurisprudenza in relazione alla idoneità della ritrattazione a rendere inoffensivo il delitto di *calunnia formale* di cui all'art. 368 c.p.

Il dibattito al riguardo, però, è stato ancor più fortemente condizionato dal tenore letterale della norma che sembra lasciare spazi minimi di operatività agli interpreti.

Nel momento precettivo, a differenza di quanto avviene nel delitto di simulazione, è incriminato *sic et simpliciter* l'incolpare di un reato taluno di cui si conosca l'innocenza, senza richiedere espressamente anche che questa condotta debba essere tale da ingenerare la possibilità di instaurare un processo nei confronti di un innocente. Il requisito della idoneità della falsa dichiarazione a dare luogo all'inizio di un processo sfuma, quindi, a *requisito* meramente *implicito*¹⁶⁰.

La giurisprudenza maggioritaria muovendo da tale presupposto normativo si è attestata su una posizione particolarmente rigorosa, ritenendo che la ritrattazione della falsa incolpazione, anche se spontanea ed anteriore alla trasmissione della denuncia all'Autorità giudiziaria, *non esclude mai la punibilità* del reato ai sensi dell'art. 49, cpv. c.p., poiché esso si perfeziona contestualmente alla presentazione della denuncia alla polizia giudiziaria. In quest'ottica la ritrattazione costituisce allora un mero *post factum* rispetto ad un reato già compiutamente realizzato, come tale valutabile esclusivamente ai fini dell'applicabilità della circostanza *attenuante* di cui all'art. 62, n. 6¹⁶¹.

¹⁵⁹ In tal senso cfr. Cass., Sez. VI, 20 novembre 1978, Selvaggio, *Cass. pen. Mass. ann.*, 1980, p. 1088; in dottrina G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 345; R. BRICCHETTI, *Art. 367 Simulazione di reato*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, cit., p. 1776.

¹⁶⁰ Sul delitto di calunnia si rinvia, tra i molti, a A. PAGLIARO, *Il delitto di calunnia*, cit., *passim*; Id., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 61 ss.; D. PULITANÒ, voce *Calunnia e autocalunnia*, cit., p. 9 ss.; P. BORTOLO, *Calunnia*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. Coppi, cit., p. 162 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 348 ss.; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 67 ss.; G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 188 ss.

¹⁶¹ In tal senso Cass., Sez. VI, 16 maggio 1996, Coppolecchia, in *Guida dir.*, 1996, n. 34, p. 84; Cass., Sez. II, 10 febbraio 1989, Paoletto, in *Giust. pen.*, 1990, II, c. 102; Cass., Sez. VI, 14 novembre 1978, Saba, in *Riv. pen.*, 1979, p. 659; sul

Proprio la natura di condotta susseguente ad un reato già perfezionato ha indotto la Suprema corte in un'altra recente pronuncia a concludere che la ritrattazione, non essendo idonea ad impedire la consumazione del delitto di calunnia, è inidonea anche «a farlo degradare all'ipotesi di delitto tentato e, parallelamente, a configurare un'ipotesi di *recesso attivo*» ai sensi dell'art. 56, quarto comma, c.p.¹⁶².

In realtà, un simile atteggiamento interpretativo della giurisprudenza di legittimità appare eccessivamente rigido, poco in sintonia con il diverso tenore delle pronunce in materia di simulazione di reato ed in *contrasto col principio di offensività*, soprattutto se si considera che la calunnia è un reato, se non addirittura lesivo esclusivamente degli interessi della singola persona falsamente incolpata, quanto meno plurioffensivo necessario, in cui, cioè, la condotta diviene penalmente rilevante solo quando sia effettivamente idonea a ledere entrambi i beni giuridici protetti.

Non si vede perché anche in relazione alla calunnia non si debba invocare la regola generale dell'art. 49, secondo comma, c.p. per valutare l'idoneità dell'azione ad esporre a pericolo gli interessi tutelati. Il mancato riferimento esplicito al rischio dell'inizio di un procedimento penale, non esclude, invero, la possibilità di poter fornire la prova contraria della presunzione di astratta pericolosità della condotta insita nella previsione legislativa¹⁶³. Tale requisito esplicitato nell'art. 367 c.p. ed omissso nell'art. 368 c.p. non vale certo a sottrarre la seconda fattispecie dall'ambito di operatività dell'art. 49, secondo comma, c.p. e ad escludere in relazione ad essa la valutazione della capacità potenziale della condotta a cagionare l'offesa ai due beni giuridici tutelati. Quella dettata in materia di reato impossibile è una regola generale che trova applicazione in relazione a tutte le fattispecie incriminatrici, ad eccezione, unicamente, delle rare (e discutibili) ipotesi di delitti di 'pericolo presunto' utilizzabili (almeno teoricamente) come *extrema*

punto cfr. G. PIFFER, *Art. 368. Calunnia*, in *Codice penale commentato*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, cit., p. 2109; Id., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 269; R. BRICCHETTI, *Art. 368 Calunnia*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, cit., p. 1796.

¹⁶² Così Cass., Sez. VI, 16 ottobre 1995, Garganese, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3639. In dottrina sul punto cfr. B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 74.

¹⁶³ In tal senso, sulla vincibilità della presunzione di pericolo insita alla base di queste fattispecie incriminatrici di pericolo astratto si veda per tutti M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 8 ss.; nonché più di recente C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, I, cit., p. 177 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 185 ss., e, con particolare riferimento al diritto penale tributario, E. LO MONTE, *L'illecito penale tributario tra tecniche di tutela ed esigenze di riforma*, Padova, 1996, p. 125 ss.

ratio esclusivamente per la protezione di beni giuridici di particolare rilevanza e non diversamente tutelabili in modo effettivo¹⁶⁴.

Anche per la calunnia potrebbe, infatti, presentarsi il caso di una ritrattazione realizzata in quella '*unicità di contesto*' prima definita per la simulazione, ovvero sia immediatamente dopo la presentazione della falsa denuncia nei confronti di chi si sa innocente. Ci si chiede allora: come si potrebbe ritenere punibile l'autore della duplice dichiarazione se in questa circostanza la denuncia presentata non ha prodotto alcun pregiudizio nei confronti di alcuno degli interessi tutelati, il corretto andamento della giustizia e l'onore e la libertà personale del falso incolpato?

A tal proposito si deve, però, rilevare che la Corte di Cassazione in una recente ed ancora isolata pronuncia ha aperto uno spiraglio in tal senso, invocando il principio di offensività come criterio ermeneutico da utilizzare per la valutazione della effettiva punibilità di una falsa incolpazione ai sensi dell'art. 368 c.p.

Ad avviso di questa sentenza la ritrattazione può essere capace di *eliminare l'offensività* della precedente condotta di falsa incolpazione in presenza di alcuni requisiti. Più precisamente la Corte ha affermato che è idonea a tale scopo solo la ritrattazione «che interviene senza soluzione di continuità con la falsa denuncia: deve cioè verificarsi nel medesimo contesto ed essere tale da privare l'azione del suo effetto, prima che questo abbia avuto la possibilità di esplicarsi. In tal caso, infatti, viene meno il carattere lesivo della condotta calunniatrice e si determina un reato impossibile per inidoneità dell'azione ai sensi dell'art. 49, cpv., c.p.»¹⁶⁵.

Una simile apertura anche giurisprudenziale alla configurabilità della ritrattazione della calunnia, sebbene nei (giustamente) angusti margini della *immediatezza e contestualità*, consente di affermare che anche in questo caso essa può avere un duplice inquadramento giuridico. Oltre a poter essere considerata nei termini ora detti come fattore di non punibilità ai sensi dell'art. 49 c.p., essa può essere valutata anche come circostanza *attenuante* ai sensi dell'art. 62, n. 6, c.p. qualora «si atteggi come spontanea estrinsecazione del pentimento e della conseguente buona volontà di ovviare, per quanto possibile, al danno e al pericolo cagionati a causa dell'accusa calunniosa».

Tale circostanza non è, però, applicabile al calunniatore che confessa solo dopo che l'innocenza dell'incolpato sia stata giuridicamente ac-

¹⁶⁴ Cfr. C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, I, cit., p. 181.

¹⁶⁵ Cass., Sez. VI, 27 agosto 1999, Massagrande, *Guida dir.*, 1999, n. 44, p. 96. In dottrina è di analogo ordine di idee A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 68, ad avviso del quale la ritrattazione esclude il reato nel caso in cui «è tanto immediata, da escludere la possibilità che sia dato inizio anche alle prime indagini preliminari per il reato».

certata e il calunniatore stesso sia stato rinviato a giudizio per rispondere del reato di cui all'art. 368 c.p.¹⁶⁶. «In altri termini, perché ricorra l'attenuante in esame, è necessario non solo che la ritrattazione sia spontanea, cioè fatta a seguito di resipiscenza del calunniatore, pentito della falsa accusa, ma anche che essa intervenga prima che sia acquisita prova della falsità dell'incolpazione e abbia, quindi, effetto decisivo in ordine alla scriminazione della persona calunniosamente incolpata»¹⁶⁷.

c) Parte della dottrina si era in passato interrogata anche sulla possibilità di estendere l'ambito di operatività della ritrattazione alle ipotesi di *false informazioni al P.M., falsa testimonianza e falsa perizia o interpretazione aggravate* previste dall'art. 375 c.p. e non espressamente richiamate dall'art. 376 c.p.¹⁶⁸.

Secondo i sostenitori di questo orientamento non apparirebbe comprensibile e ragionevole il mancato riferimento all'art. 375 c.p. nell'ambito dei reati-presupposto della ritrattazione, essendo evidente ed indiscutibile l'omogeneità strutturale delle fattispecie aggravate di cui all'art. 375 c.p. rispetto alle fattispecie base regolate nelle singole norme incriminatrici agli artt. 371 *bis*, 371 *ter*, 372 e 373 c.p. e non sussistendo alcun elemento differenziale tale da giustificare una discriminazione sotto il profilo della non punibilità. Sicché il loro omesso richiamo nella prima parte dell'art. 376 c.p. potrebbe spiegarsi unicamente come l'esito di una *'svista'* del legislatore del codice, svista che potrebbe (dovrebbe) essere compensata attraverso il ricorso in tali casi alla applicazione analogica *in bonam partem* della previsione normativa sulla ritrattazione¹⁶⁹.

Senonché, una attenta lettura dell'art. 375 c.p. sembra dimostrare che la questione nei termini in cui è stata posta costituisce null'altro che un *'faux probleme'*.

Vero è che tale norma disciplina le ipotesi aggravate di tutti quei reati espressamente menzionati dall'art. 376 c.p., e che apparentemente risulterebbe illogico non estendere anche ad esse gli effetti di que-

¹⁶⁶ Cass., Sez. VI, 15 giugno 1982, Giordano, in *Giust. pen.*, 1983, II, c. 355.

¹⁶⁷ Così R. BRICCHETTI, *Art. 368 Calunnia*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, cit., p. 1796; sul punto anche B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 74. In giurisprudenza in tal senso cfr. da ultimo Cass., Sez. VI, 19 settembre 1997, Orietti, in *Guida dir.*, 1998, n. 21. p. 76.

¹⁶⁸ Si interrogava su tale specifico problema G. VELOTTI, *Il concorso di persone nei delitti di autocalunnia e di falsa testimonianza, applicabilità al concorrente delle norme di non fungibilità previste per ciascuno dei suddetti reati dall'art. 384, primo comma, e dall'art. 376 c.p.*, in *Arch. pen.*, 1977, I, p. 307.

¹⁶⁹ In questo senso cfr. G. VELOTTI, *Il concorso di persone nei delitti di autocalunnia e di falsa testimonianza*, cit., p. 307.

st'ultima disposizione essendo indiscutibile, per l'appunto, la loro omogeneità strutturale con le relative fattispecie base di riferimento. Ma altrettanto vero è che l'aggravamento della pena per i delitti di cui agli artt. 371 *bis*, 371 *ter*, 372 e 373 c.p. è disposto nel caso in cui "dal fatto deriva una *condanna* alla reclusione" o all'ergastolo¹⁷⁰.

Proprio questo secondo aspetto, l'oggetto cioè dell'aggravante speciale *de qua*, appare determinante ai fini della risoluzione della questione, poiché dimostra come il mancato riferimento all'art. 375 c.p. nella norma che disciplina la ritrattazione non sia stato il frutto di una svista del legislatore, bensì l'esito di una *razionale scelta politico-criminale*.

Se si raffrontano le due norme ci si rende conto che esiste tra esse una reciproca *incompatibilità strutturale*: mentre quella in materia di ritrattazione esige ai fini della sua applicabilità come condizione inderogabile che la condotta respiscente sia intervenuta in un processo penale entro il perentorio termine della chiusura del dibattimento; l'altra, l'art. 375 c.p., nel momento in cui fa dipendere l'aggravamento della pena per l'autore del falso dal verificarsi dell'evento ulteriore della pronuncia di una sentenza di condanna alla reclusione o all'ergastolo di un terzo, presuppone necessariamente che il dibattimento si sia concluso¹⁷¹!

d) Risulta, invece, una mera superfetazione quella di interrogarsi sulla efficacia della ritrattazione nel caso del delitto di subornazione di cui all'art. 377 c.p. Non appare, invero, mai possibile procedere ad una ritrattazione in tale circostanza, dal momento che il delitto in parola si caratterizza e si distingue dalle altre condotte incriminate nel Capo I del Titolo III della Parte speciale del codice penale proprio in ragione del fatto che il *falso non sia stato* effettivamente *commesso* dal subornato.

E dunque se manca la presupposta condotta mendace come si fa anche solo a poter discutere di una eventuale ritrattazione della stessa?

Né si può pensare di poter ipotizzare una ritrattazione della subornazione; «la *ratio* della norma (l'art. 376 c.p.), la sua ragion d'essere, è nella volontà di ripristinare il vero processuale, eliminando il falso»¹⁷², falso che come detto manca nell'art. 377 c.p.

¹⁷⁰ Negano l'esistenza anche in astratto di tale problema dell'estensibilità dell'art. 376 c.p. alle ipotesi descritte dall'art. 375 c.p. F. COPPI, *Ritrattazione*, cit., p. 363; G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 556, nota 18.

¹⁷¹ In questo senso si esprime G. RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, cit., p. 246; nonché, da ultimo, R. MASTROJENI, *L'estensione della ritrattazione all'istigatore tra cause di non punibilità e disciplina della partecipazione criminosa*, cit., p. 1480, nota 2.

¹⁷² B. ROMANO, *La subornazione. Tra istigazione, corruzione e processo*, cit., p. 217.

9. I soggetti legittimati a ritrattare

Per quel che concerne l'ambito soggettivo di operatività dell'art. 376 c.p. la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritengono che, appartenendo i delitti presupposti di false informazioni al pubblico ministero, false dichiarazioni al difensore, falsa testimonianza e falsa perizia o interpretazione, alla categoria dei c.d. *Eigenhändigedelikte* (delitti non semplicemente 'propri', ma a necessaria 'attuazione personale')¹⁷³, l'unico *soggetto attivo* legittimato a ritrattare è l'autore materiale della falsa narrazione, vale a dire il soggetto dotato nell'ambito del procedimento della specifica qualifica formale richiesta dalla presupposta fattispecie incriminatrice.

Tale chiarimento è decisivo ai fini anche della risoluzione del problema della disciplina da applicare ai concorrenti. Il *concorrente morale*, infatti, *non può ritrattare* la falsa dichiarazione resa dal teste dietro sua istigazione; tale 'diritto' a ritrattare spetta solo ed esclusivamente al soggetto attivo del singolo reato proprio esclusivo. Sicché – sebbene una parte autorevole della dottrina sia di diverso avviso¹⁷⁴ – l'istigatore che opti per ritrattare le mendaci dichiarazioni del teste da lui 'istruito' non beneficerà del trattamento previsto dall'art. 376 c.p., ma semplicemente dell'attenuazione di pena prevista dall'art. 62, n. 6, c.p. per la confessione di un delitto (Su tali problemi si tornerà dettagliatamente nel Cap. IV di questa Sezione). Ciò porta a concludere che una volta che il teste abbia ritrattato non è necessario *chiedere* ulteriori consensi, chiarimenti o smentite all'istigatore della falsa deposizione dal momento che questi comunque è privo della facoltà di ritrattare¹⁷⁵.

¹⁷³ Sul punto cfr. E. GALLO, *Il falso processuale*, cit., p. 305; nonché, più approfonditamente, nella manualistica di lingua tedesca si veda per tutti H.H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., p. 266.

¹⁷⁴ Sostengono questo diverso orientamento M. BOSCARRELLI, *Ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., p. 469; F. COPPI, *Ritrattazione*, cit., p. 359; U. GIULIANI BALESTRINO, *I limiti della compartecipazione criminosa*, Milano, 1988, p. 97; A. GRIECO, *Inefficacia della ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., p. 607 s.; B. ROMANO, *La subornazione. Tra istigazione, corruzione e processo*, cit., p. 208 ss.; M. SCARDIA, *La ritrattazione dell'istigatore nel caso di correttezza nella falsa testimonianza, perizia o interpretazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1942, p. 381 s.

¹⁷⁵ In tal senso cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 924; M. SCARDIA, *La ritrattazione dell'istigatore nel caso di correttezza nella falsa testimonianza, perizia o interpretazione*, cit., p. 380, il quale rileva che «sembra evidente che la ritrattazione non possa effettuarsi che da parte di colui che, nel prestare il suo ufficio, venne meno all'obbligo giuridico e morale di dire la verità sui fatti sui quali era chiamato a rispondere (ciò si desume) in modo non equivoco dalla stessa dizione della legge, la quale precisa che il colpevole non è punibile»; *contra* cfr. Cass., 23 giugno 1941, Calidonna, *ivi*, p. 377.

10. *La struttura necessariamente bifasica della condotta 'scusata'*

Una volta individuati i presupposti applicativi dell'esimente dell'art. 376 c.p., ovvero sia una volta delineato l'insieme dei reati efficacemente ritrattabili e dei soggetti attivi legittimati a ritrattare, si può ora passare ad analizzare le caratteristiche che il comportamento del 'colpevole-resipiscente' deve presentare per poter produrre l'effetto della non punibilità del precedente mendacio¹⁷⁶.

A tale proposito il primo tratto caratteristico che emerge è che la condotta tipica descritta dalla disposizione normativa in parola ai fini della configurabilità della scriminante si caratterizza per una struttura complessa, che si potrebbe definire 'bifasica'.

Ai fini dell'applicazione dell'art. 376 c.p. non è sufficiente che il 'colpevole' di uno dei delitti di false informazioni al pubblico ministero, di false dichiarazioni alla polizia giudiziaria delegata, di false dichiarazioni al difensore, di falsa testimonianza o di falsa perizia o interpretazione, si limiti a *smentire* la propria deposizione o a confessare di aver in precedenza reso una dichiarazione mendace o reticente dinanzi all'autorità che lo aveva sentito o interrogato. La smentita o la confutazione del falso rappresentano solo una parte della condotta pretesa dall'art. 376 c.p.

La legge richiede in modo esplicito che ad essa segua necessariamente un'altra condotta attiva immediatamente successiva, consistente nella *manifestazione del vero* da parte del colpevole¹⁷⁷. La confessione della falsità delle precedenti dichiarazioni di scienza o della reticenza per poter valere a scriminare il colpevole deve, pertanto, essere accompagnata dalla contestuale rivelazione del *vero soggettivo*¹⁷⁸; il reo è tenuto ad esporre tutto ciò che sa intorno ai fatti per i quali è sta-

¹⁷⁶ Per dei rilievi sul contenuto e la forma della dichiarazione rettificativa, si veda G. RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, cit., p. 247 ss.

¹⁷⁷ Individuano puntualmente questi due caratteri come requisiti necessari per l'applicazione dell'art. 376 c.p., G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 370; G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 564 s.; in giurisprudenza cfr. Cass., 5 luglio 1929, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1930, p. 37, dove si afferma che «la ritrattazione non solo deve contenere la smentita non equivoca del falso deposto, ma anche la manifestazione del vero. Non può quindi considerarsi come utile ritrattazione la dichiarazione dell'imputato, in relazione alla falsa deposizione, che tale fu la sua impressione del vero e che può anche avere errato»; Cass., Sez. I, 18 dicembre 1964, Marceddu, in *Giust. pen.*, 1967, II, c. 759, con nota di G. DE FENU, cit.

¹⁷⁸ Sul problema del vero soggettivo e del vero oggettivo come parametro di riferimento da utilizzare per valutare l'efficacia della ritrattazione si rinvia a quanto già detto in precedenza nella Premessa, par. 1.

to sentito o, nel caso in cui ignori come siano andate le cose, a rettificare in maniera puntuale le false informazioni che aveva rilasciato.

Questa puntualizzazione normativa, descrivendo in modo preciso le caratteristiche del comportamento preteso da tale fattispecie al fine di rendere inoffensive le precedenti condotte criminose, consente di tracciare in maniera sufficientemente chiara i *limiti oggettivi di operatività* dell'art. 376 c.p.¹⁷⁹.

Dottrina e giurisprudenza, difatti, sono tendenzialmente concordi nel ritenere che la ritrattazione non si applichi nelle ipotesi in cui il 'falsario' si limiti a smentire la veridicità della propria precedente affermazione in modo non univoco, sollevando con la successiva deposizione solo dei dubbi su fatti o circostanze asseriti prima con sicurezza come certi¹⁸⁰, né, tanto meno, nelle 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 di «non ricordare bene a causa del tempo trascorso»¹⁸¹: *l'esclusione della pena discende dall'accertamento in concreto di entrambi i momenti*.

Tuttavia, si deve rilevare che la prima parte della condotta descritta nell'art. 376 c.p. – la ritrattazione del falso –, può anche non sussistere nelle ipotesi in cui il reo abbia realizzato il delitto di falsa testimonianza unicamente con un comportamento *reticente*¹⁸²; mancando

¹⁷⁹ In tal senso si veda F. COPPI, *Ritrattazione*, cit., p. 363; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 133 e Cass., Sez. VI, 27 ottobre 1967, CED, n. 1061124 ivi richiamata.

¹⁸⁰ In dottrina cfr. G. PIFFER, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., p. 2144; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 370; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 131; in giurisprudenza da ultimo si veda Cass., Sez. VI, 5 agosto 2003, Lumia, in *Riv. pen.*, 2004, p. 896, che ha ribadito che «la ritrattazione quale causa che elimina la punibilità del delitto di falsa testimonianza, deve consistere in una smentita non equivoca del fatto depono e nella manifestazione del vero, non essendo sufficiente la mera insinuazione del dubbio sulla veridicità della prima deposizione». Nello stesso senso cfr. Cass., Sez. VI, 13 novembre 1970, in *Cass. pen.*, 1972, p. 836; Cass., Sez. VI, 15 maggio 1986, Lebin, in *Riv. pen.*, 1987, p. 683; Cass., Sez. VI, 28 settembre 1988, Ruggiero, *ivi*, 1989, p. 358, e in *Cass. pen.*, 1989, p. 2002.

¹⁸¹ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 370; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 924; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 140; M.G. ROSA, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., p. 186; Cass., Sez. VI, 20 gennaio 1980, Stagnari, in *Giust. pen.*, 1980, II c. 698, e in *Cass. pen.*, 1981, p. 758.

¹⁸² Di questo avviso è G. RUGGIERO, voce *Falsa testimonianza*, cit., p. 541, il quale rileva che «il primo momento può mancare, praticamente, nell'ipotesi di

una precedente dichiarazione falsa, la successiva affermazione del vero ha valore anche di implicita ammissione della inautenticità del proprio precedente atteggiamento processuale¹⁸³.

11. L'elemento soggettivo della ritrattazione

Qualche parola deve essere spesa sul problema dell'elemento soggettivo richiesto dall'art. 376 c.p. allo scopo di rendere non punibile il comportamento del colpevole di uno dei falsi processuali di cui agli artt. 371 *bis*, 371 *ter*, 372 e 373 c.p. che sia caratterizzato dai requisiti oggettivi appena descritti.

Bisogna subito fugare il campo da qualunque tentativo esegetico di esasperare, *ultra legem*, l'aspetto soggettivo di questa scriminante: per la validità della ritrattazione, infatti, *il legislatore non richiede* in alcun modo la sussistenza del coefficiente psicologico più intenso, quello della *spontaneità*¹⁸⁴.

È sufficiente che la smentita e la narrazione della verità da parte del falsario siano sorrette dalla generica "volontarietà", senza doversi accertare anche la sincerità delle loro 'profonde' motivazioni. Ciò significa che tale causa di esenzione da pena trova applicazione non solo nelle ipotesi in cui sia riscontrabile un effettivo ravvedimento da parte del colpevole pentito, ma anche in quelle in cui la scelta volontaria di ritrattare sia dettata prevalentemente (o unicamente) dall'interesse di evitare la condanna che altrimenti dovrebbe seguire alla precedente condotta illecita o dalle ripetute sollecitazioni ed esortazioni da parte dell'autorità giudiziaria¹⁸⁵.

falsità per reticenza e può essere tacito in quelle di falsità attiva, allorché sia certamente desumibile dalla semplice manifestazione del vero».

¹⁸³ Ammettono un'ipotesi di ritrattazione implicita A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 131; G. GUARNERI, *La ritrattazione nella falsa testimonianza*, cit., p. 749; di diverso avviso è A. JANNITTI PIROMALLO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 210.

¹⁸⁴ Per le ragioni di tale opzione politico-criminale dei compilatori del codice si rinvia ai *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, vol. III, Parte III, cit., p. 209, Rel. Ravaglià, ed alle osservazioni della Corte di Appello di Palermo e delle Commissioni degli avvocati di Asti e di Padova.

¹⁸⁵ Sul punto si rinvia a F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 460; V. D'AMBROSIO, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., p. 1830; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 370; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 130; M. PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, cit., pp. 199 e 225; G. PIFFER, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., p. 2144; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 140; G.

La mancanza di tale requisito della spontaneità, peraltro, costituisce il più significativo degli *elementi specializzanti* di tale tipo di condotta *post patratum crimen* rispetto a quella descritta nell'art. 62, n. 6, c.p. seconda parte; inoltre, il non aver introdotto, a differenza che in quella sede, ai fini (non della attenuazione bensì) dell'esonero della pena per il colpevole, alcun limite stringente di natura soggettiva all'operatività dell'esimente in questione rappresenta l'ennesima conferma della fondamentale importanza che il legislatore ha attribuito a questa condotta nel perseguimento da parte del processo della ricerca della verità¹⁸⁶.

A tal proposito va ancora osservato che sotto la vigenza dell'art. 236 del vecchio codice di procedura penale, essendo consentito l'arresto in aula del teste (perito o interprete) ritenuto falso o reticente ed essendo questo disposto (o quanto meno 'minacciato'), molto spesso, con eccessiva 'disinvoltura' da parte dell'autorità giudiziaria, proprio al fine di farlo ritrattare e di ottenere le dichiarazioni desiderate a suffragare l'intimo convincimento (già formatosi) del giudice sul fatto oggetto del processo principale, la ritrattazione non solo non era connotata da un punto di vista soggettivo dal requisito della spontaneità ma, forse, neanche da quello minimo della *volontarietà*. Il teste (ritenuto) falso pur di riconquistare la libertà si vedeva quasi 'costretto' a ritrattare e non era improbabile il rischio che per sottrarsi al pericolo dell'incriminazione «venisse indotto a ritrattare anche chi avesse deposto il vero che però allo stato delle conoscenze del giudice si fosse manifestato con le parvenze del falso»¹⁸⁷.

Grazie alla modifica della disciplina in materia dettata dal nuovo testo dell'art. 476, secondo comma, c.p.p., in base al quale «non è consentito l'arresto del testimone in udienza per reati concernenti il contenuto della deposizione», oggi è stato definitivamente superato questo problema ed è stata restituita alla ritrattazione del falso testimone,

RUGGIERO, voce *Falsa testimonianza*, cit., p. 541; C. SALTELLI-E. ROMANO DI FALCO, *Nuovo codice penale commentato*, cit., p. 402. Il medesimo orientamento prevale anche nella giurisprudenza di legittimità, cfr. in tal senso Sez. Un., 18 novembre 1985, Cottone, in *Foro it.*, 1987, II, con nota di F. ALBEGGIANI, p. 327 ss., dove è espressamente affermato che «la ritrattazione si risolve in un impedimento volontario, ma non necessariamente spontaneo, del danno o del pericolo derivante dalla falsità commessa».

¹⁸⁶ Di questo avviso è anche A. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 428.

¹⁸⁷ Evidenza bene tali rischi di «non gioco da *fair play*» del processo M. PISANI, *La tutela delle prove formate nel processo*, cit., p. 234; analoghe perplessità sui pericoli connessi alla ritrattazione sono state espresse da F. CARNELUTTI, *Proposte per una maggior tutela penale del giudizio*, in *Riv. dir. pen.*, 1957, I, p. 345 ss.; nonché, da ultimo, da G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 555.

perito o interprete, la natura di comportamento realmente volontario e non coartato¹⁸⁸.

12. I termini per la ritrattazione nel processo penale e nel processo civile

Per quanto concerne l'operatività della ritrattazione va, infine, precisato che il legislatore ha stabilito, oltre ai predetti requisiti oggettivi e soggettivi della condotta respiscente, anche dei *limiti esterni di natura cronologica*. L'art. 376 c.p. nei suoi due commi prevede, di fatti, *differenti termini* perentori per il processo penale e per quello civile entro cui il colpevole di uno dei reati-presupposto può sostituire le precedenti dichiarazioni mendaci o reticenti con quelle veritiere.

Anche questa disciplina ha subito un parziale intervento modificativo da parte del legislatore con la già menzionata legge n. 356 del 1992 che ha convertito in legge l'art. 11, quinto comma del D.L. n. 306 del 1992, nel tentativo di adeguarla alle specificità del processo penale descritto dal nuovo codice di rito del 1989¹⁸⁹. Il testo originario del primo comma dell'art. 376 c.p., in seguito all'entrata in vigore di quest'ultimo, si era rivelato anacronistico ed inadeguato ad adattarsi alla diversa struttura del processo penale dal momento che esso disponeva «Nei casi preveduti dagli articoli 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». Sia il riferimento al momento della chiusura dell'istruttoria, sia quello alla possibilità di sospendere il dibattimento e di procedere immediatamente al giudizio per il soggetto teste, perito o interprete, che avesse depresso il falso, si sono dimostrati dopo il 1989, come un *non sense* giuridico, essendo stata ra-

¹⁸⁸ Cfr. I. CARACCIOLI, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia. Lezioni di diritto penale I. Parte speciale*, Torino, 1996, p. 37.

¹⁸⁹ Per un esame della questione relativa ai termini della ritrattazione fissati dalla versione originaria dell'art. 376 c.p., primo comma si rinvia a G. BATTAGLINI, *I termini per la ritrattazione nella falsa testimonianza in rapporto al giudizio e alla condanna*, in *Giust. pen.*, 1936, II, c. 112 ss.; CARNAROLI, *I termini della ritrattazione della falsa testimonianza in giudizio penale*, in *Giust. pen.*, 1936, II, c. 668 ss.; A. GRIECO, *Una questione circa il termine utile per la ritrattazione della falsa testimonianza*, in *Giust. pen.*, 1954, II, c. 1043 ss.; BORIO-PORZIO, *Una questione sul termine per la ritrattazione*, cit., p. 469 ss.; O. DOMINIONI, *I limiti cronologici della ritrattazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 512 ss., nonché in *La testimonianza nel processo penale*, Milano, 1974, p. 242 ss.

dicalmente eliminata dal rito penale la fase istruttoria e non essendo più prevista la possibilità di sospendere il dibattimento principale e procedere immediatamente nei confronti del falso teste arrestato in udienza¹⁹⁰.

Ai sensi del primo comma dell'art. 376 c.p., così come appare oggi riformulato, per adeguarsi alle rinnovate esigenze del nuovo processo penale, il termine massimo entro cui poter utilmente ritrattare è costituito unicamente dalla *chiusura del dibattimento*, vale a dire dal momento in cui il presidente, ovvero il giudice del Tribunale in composizione monocratica, dichiarano chiuso il dibattimento dopo l'esaurimento della discussione (art. 523 c.p.p.)¹⁹¹. «La ragione del limite è ovvia e facilmente intuibile: il falso deve essere denunciato e neutralizzato tempestivamente e non deve con la sua presenza turbare il momento del giudizio e produrre effetti fuorvianti nell'accertamento della verità»¹⁹².

Tuttavia nell'ipotesi in cui la discussione dibattimentale sia stata *interrotta* per consentire l'acquisizione di *nuove prove* ai sensi dell'art. 523, sesto comma, c.p.p., «la ritrattazione resta ancora possibile, poiché non si è ancora verificato l'esaurimento della discussione e quindi la chiusura del dibattimento»¹⁹³. Così come resta efficace anche la ritrattazione intervenuta dopo l'esaurimento della discussione qualora, però, il giudice abbia disposto *l'assunzione di nuove prove*: tale provvedimento giudiziario che dispone l'assunzione di altre prove equivale, infatti, alla revoca del precedente provvedimento di chiusura del dibattimento¹⁹⁴.

Questa opzione normativa di vincolare il termine perentorio per l'efficacia della ritrattazione al momento del dibattimento si è, però, dimostrata inadeguata alla ben più complessa realtà del nuovo processo penale in cui, accanto alla possibilità di chiudere un processo nella

¹⁹⁰ Sulle differenze dei limiti cronologici della ritrattazione nelle due formulazioni dell'art. 376 c.p. si rinvia a M.G. ROSA, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., p. 196.

¹⁹¹ Sui problemi sollevati dalla modifica (comunque tardiva rispetto all'emanazione del nuovo codice di rito) del testo dell'art. 376, primo comma operata dalla legge n. 356 del 1992, si veda per tutti T. PADOVANI, *Commento all'art. 11 D.L. 8 giugno 1992, n. 306*, cit., p. 121, il quale indica come strada necessaria da seguire per colmare la lacuna normativa creata da tale rimaneggiamento il ricorso all'analogia in *bonam partem*.

¹⁹² Così F. COPPI, *Ritrattazione*, cit., p. 362.

¹⁹³ Così G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 567.

¹⁹⁴ In argomento cfr. G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 568; Cass., Sez. V, 22 ottobre 1993, Montani, in *Cass. pen.*, 1995, p. 973.

fase dibattimentale, sono previste anche possibili conclusioni alternative che prescindono da questa.

Un legislatore miope ha, cioè, riformulato i limiti cronologici dell'esimente in parola non avendo presente tale eventualità prevista nel codice di rito; l'effetto è quello di una evidente lacunosità nella nuova disciplina dell'art. 376, primo comma, c.p., che non contiene alcun riferimento al *punctum temporis* utile per ritrattare in tutti quei *riti speciali* che «non prevedono nella loro struttura il dibattimento, quali il giudizio abbreviato o il patteggiamento»¹⁹⁵.

Ad avviso della dottrina unanime, non potendosi pervenire alla paradossale conclusione che in queste ipotesi non potrebbe aver luogo la ritrattazione, discriminando irragionevolmente il colpevole di uno dei reati di cui all'art. 371 *bis*, 371 *ter*, 372 e 373 c.p., in base al tipo di rito prescelto, si deve ricorrere ad una applicazione analogica, ovviamente *in bonam partem*, della disciplina dettata dall'art. 376 c.p. In particolare, nel caso di giudizio abbreviato, secondo quanto si può evincere ai sensi dell'art. 442, primo comma, c.p.p., il termine utile entro cui può avvenire la ritrattazione può essere identificato nel momento finale della discussione in cui il giudice provvede a norma dell'art. 529 ss. c.p.p. Peraltro, le recenti modifiche apportate alla disciplina processuale dell'abbreviato dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479, avendo conferito al giudice il potere di assumere prove (sebbene secondo modalità diverse da quelle dibattimentali) e, dunque, anche dichiarazioni testimoniali o dichiarazioni di indagati o imputati in procedimenti connessi, hanno vieppiù giustificato l'applicazione analogica dell'art. 376 c.p. a tale rito speciale, potendo costituire anch'esso, alla stregua del giudizio dibattimentale, sede di formazione della prova testimoniale falsa¹⁹⁶.

Mentre nel caso dell'applicazione della pena su richiesta delle parti tale termine può essere rappresentato dal momento della presentazione delle conclusioni di cui agli articoli 421, terzo comma e 422, terzo comma (art. 446 c.p.p.), costituendo questo il limite di ammissibilità della richiesta prevista dall'art. 444, primo comma, c.p.p.¹⁹⁷.

Infine, nell'ipotesi di giudizio immediato, potendo essere avanzata la richiesta di patteggiamento fino alla dichiarazione di apertura del

¹⁹⁵ Così G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 370.

¹⁹⁶ Si veda a tal proposito G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 569; sul punto cfr. anche V. MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, cit., p. 156 ss.

¹⁹⁷ In tal senso T. PADOVANI, *Commento all'art. 11 D.L. 8 giugno 1992, n. 306*, cit., p. 121. Dello stesso ordine di idee sono G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 370; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 131; G. PIFFER, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., p. 2145; M.G. ROSA, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., p. 196.

dibattimento di primo grado, il termine utile per ritrattare coincide con quest'ultimo¹⁹⁸.

Inoltre, diversamente da quanto sostiene una parte isolata della dottrina, non sembra sussistere alcun problema per quanto concerne l'individuazione del termine utile per ritrattare nel caso di reati di falso processuale commessi in sede di incidente probatorio o durante l'udienza preliminare. Non risulta, infatti, possibile desumere dalle disposizioni vigenti in materia che esso sia costituito, invece che da quello ordinario previsto dall'art. 376, primo comma, c.p., rispettivamente dalla chiusura dell'udienza camerale fissata per l'incidente probatorio e dalla chiusura della discussione nell'udienza preliminare. Il termine utile per ritrattare, in forza di un'applicazione analogica ispirata al *favor rei*, resta anche in questo caso quello della chiusura del dibattimento¹⁹⁹.

Inoltre, la fissazione di un unico termine individuato nella chiusura del dibattimento di primo grado, come rileva una parte della dottrina, presenta un ulteriore aspetto problematico, in quanto non sembra neanche tenere conto che la legge prevede, «seppure entro precisi limiti, che in grado di appello il dibattimento possa essere rinnovato e possano essere assunte nuove prove: quindi, anche nel corso di questo secondo grado potrebbero consumarsi i reati di falso presupposti dall'art. 376 c.p. In questa ipotesi, il limite temporale – esclusivamente per i reati commessi in tale grado – è evidentemente costituito dalla chiusura del dibattimento in appello»²⁰⁰.

Ulteriore requisito cronologico espressamente richiesto dalla disposizione legislativa per l'efficacia della ritrattazione nel procedimento penale è costituito dal fatto che essa intervenga *nell'ambito dello stesso procedimento in cui si è verificata la falsità*. La *ratio* della regola è rappresentata dall'interesse che il comportamento riparatore del colpevole debba intervenire tempestivamente e debba essere valutato «là dove l'accertamento della verità ha corso rischi di fuorvianti influenze»²⁰¹.

Da ciò consegue che la ritrattazione effettuata nel separato ed autonomo processo per falsa testimonianza nei confronti dell'autore del mendacio, non produce a suo favore l'effetto di esclusione della punibilità, «a nulla rilevando che (successivamente) essa sia venuta a conoscenza (anche) dell'autorità davanti alla quale è stata consumata la

¹⁹⁸ Cfr. P. SEVERINI, *I delitti di false dichiarazioni nel processo penale*, cit., p. 44.

¹⁹⁹ Cfr. P. SEVERINI, *I delitti di false dichiarazioni nel processo penale*, cit., p. 44.

²⁰⁰ Testualmente in questi termini F. COPPI, *Ritrattazione*, cit., p. 363; cfr. anche O. DI GIOVINE, voce *Testimonianza (falsità di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, 1999, p. 309.

²⁰¹ Così ancora F. COPPI, *Ritrattazione*, cit., p. 362.

falsità e che essa l'abbia utilizzata insieme con altri elementi processuali»²⁰².

Il fatto che tale limite cronologico sia connesso al processo principale in cui è stata resa la dichiarazione mendace rende possibile che nella prassi si verifichi una ritrattazione efficace anche quando sia già intervenuta nel processo 'secondario' una sentenza di condanna per un reato di falso processuale. Secondo una giurisprudenza costante, la ritrattazione tempestivamente intervenuta nell'ambito del processo principale estende i suoi effetti nel processo secondario tutte le volte in cui la sentenza di condanna per il delitto di falso processuale non sia già passata in giudicato; ciò significa che l'efficacia della ritrattazione può essere rilevata nel giudizio di appello o nel giudizio di Cassazione relativo al delitto di falso²⁰³.

Nel caso, invece, in cui la ritrattazione sia *tardiva*, perché avvenuta dopo i termini perentori ora indicati, essa non può incidere più sull'*an* del reato, ma solo, eventualmente, sul *quantum* della pena per esso prevista; può cioè al più valere, solo se caratterizzata anche dal requisito della spontaneità, a consentire al colpevole di beneficiare dell'*attenuazione* di pena prevista comunemente ai sensi dell'art. 62, n. 6, c.p. per tutte le ipotesi di eliminazione postuma delle conseguenze dannose o pericolose del reato²⁰⁴.

Come si è già evidenziato, in precedenza, il secondo comma dell'art. 376 c.p. detta, poi, un diverso limite cronologico entro cui poter ritrattare validamente le dichiarazioni mendaci o reticenti rese nell'ambito di una *causa civile*²⁰⁵.

²⁰² Sul punto cfr. M. G. ROSA, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., p. 196; G. PIFFER, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., p. 2145. In giurisprudenza vd. Cass., Sez. VI, 8 giugno 1990, Pirrottino, in *Giust. pen.*, 1991, II, c. 298, nonché in *Cass. pen.*, 1992, p. 1219, dove è affermato che «la ritrattazione opera come causa di non punibilità del reato di falsa testimonianza se si verificano due condizioni, non alternative, ma inscindibili, e cioè che la ritrattazione avvenga nello stesso processo penale in cui il teste ha prestato il suo ufficio (e non in un separato ed autonomo processo per falsa testimonianza) e nei termini di cui all'art. 376 c.p.». Nello stesso senso cfr. anche Cass., Sez. VI, 23 gennaio 1985, Avvisati, in *Riv. pen.*, 1986, p. 201.

²⁰³ Cass., Sez. VI, 10 maggio 1985, Pani, in *Riv. pen.*, 1986, p. 725; Cass., Sez. VI, 8 giugno 1983, Minelli, in *Riv. pen.*, 1984, p. 534; Cass., Sez. III, 12 ottobre 1957, Baroncelli, in *Giust. pen.*, 1958, III, c. 91. In argomento in dottrina si veda G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 567.

²⁰⁴ In tal senso cfr. M. PISANI, *La tutela penale delle prove nel processo*, cit., p. 224; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 926; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 460.

²⁰⁵ In argomento per approfondimenti sulla ritrattabilità delle dichiarazioni mendaci o reticenti nell'ambito del processo civile si rinvia a A. LANZI, *Osserva-*

Ai sensi del capoverso di questo articolo (che, a differenza del primo comma, non ha subito modificazioni da parte del legislatore) questo termine è costituito dal momento in cui sulla domanda giudiziale sia pronunciata *sentenza definitiva*, anche se non irrevocabile, a nulla rilevando che sia in corso un procedimento penale sulla falsità²⁰⁶.

Normalmente per sentenza definitiva non irrevocabile si intende la sentenza non passata in giudicato emessa in primo grado, in appello o in sede di rinvio, con cui viene deciso completamente il merito²⁰⁷; ad essa viene equiparato il provvedimento del giudice civile che dichiara estinto un processo²⁰⁸.

Una attenta lettura della diversa disciplina ivi contenuta consente di risolvere anche il dubbio sulla efficacia o meno di una ritrattazione avvenuta nell'ambito di un processo diverso da quello civile in cui è stata resa. Secondo la giurisprudenza prevalente, infatti, mancando nel secondo comma dell'art. 376 c.p. (a differenza che nel primo) un preciso riferimento al requisito della identità del processo nell'ambito del quale deve avvenire il pentimento operoso, non varrebbe tale regola e la ritrattazione potrebbe essere ritenuta tempestiva ed efficace anche se resa nel separato ed autonomo processo avente ad oggetto l'accertamento della responsabilità penale per falsa testimonianza.

L'unico requisito che essa deve avere necessariamente è che sia intervenuta prima che sulla domanda giudiziale civile sia stata pronunciata la sentenza definitiva o prima che la sentenza di condanna per il reato di falso sia passata in giudicato²⁰⁹. Come rilevato dalla Suprema

zioni in tema di ritrattazione avvenuta in una causa civile, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 308 ss.

²⁰⁶ La giurisprudenza di legittimità è univoca sul punto già da lungo tempo. Cfr. al riguardo Cass., 24 marzo 1958, in *Arch. pen.*, 1958, II, p. 473. In dottrina per tutti cfr. G. RUGGIERO, voce *Falsa testimonianza*, cit., p. 542.

²⁰⁷ Cfr. Cass., Sez. VI, 22 febbraio 1974, Bosco, in *Giust. pen.*, 1975, II, c. 225; Cass., Sez. VI, 19 aprile 1996, Caldarulo, in *Riv. pen.*, 1996, p. 958; sul punto cfr. Cfr. M.G. ROSA, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., p. 197.

²⁰⁸ Cass., Sez. VI, 7 novembre 1979, De Vizia, in *Cass. pen.*, 1981, p. 756.

²⁰⁹ Cfr. in argomento Cass., Sez. VI, 19 aprile 1996, Caldarulo, cit.; Cass., Sez. VI, 6 novembre 1995, D'Ercole, in *Guida dir.*, 1996, n. 27, p. 57; Cass., Sez. VI, 1 aprile 1974, Schiavon, in *Giust. pen.*, 1975, II, c. 52 ed in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 308 con nota di A. LANZI, *Osservazioni in tema di ritrattazione di falsità in una causa civile*, cit., spec. p. 315; V. D'AMBROSIO, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., p. 1831; O. DOMINIONI, *I limiti cronologici della ritrattazione*, cit., p. 515; G. PIFFER, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., p. 2145; ID., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 571; M.G. ROSA, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., p. 197. A favore della tesi contraria, secondo la quale la ritrattazione deve intervenire anche in tale circostanza necessariamente nel corso del medesimo processo civile in cui è stato realizzato il delitto di falso, si esprimono V. MANZINI, *Trattato*

Corte il fatto che il legislatore abbia distinto le due ipotesi di ritrattazione nel processo penale ed in quello civile «dedicandovi due diversi commi, espressi con terminologia non omogenea, è chiaro sintomo che le due situazioni sono state volutamente e logicamente sottoposte a requisiti diversi, tassativamente espressi dalla legge e non estensibili fuori dei casi espressamente considerati, con interpretazione estensiva od analogica»²¹⁰.

Proprio la previsione di due termini differenti per un'efficace ritrattazione aveva fatto sorgere in passato *dubbi di legittimità costituzionale* relativamente all'art. 376 c.p. nella parte in cui garantiva all'autore della falsa dichiarazione nel processo civile un maggior tempo rispetto al processo penale per ritrattare utilmente il falso.

Con ordinanza del 13 luglio 1976, era stata sollevata dal pretore di Frosinone questione di legittimità costituzionale dell'art. 376, primo comma, c.p. in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, proprio deducendo che il più breve termine previsto per la ritrattazione di colui che aveva reso la falsa testimonianza nel corso di un processo penale rispetto a quello del quale poteva giovare chi lo stesso reato avesse commesso dichiarando il falso in una causa civile (art. 376, secondo comma, c.p.) integrava una lesione del principio di uguaglianza e confliggeva altresì con l'inviolabile diritto di difesa garantito dall'art. 24 della Costituzione.

La Corte Costituzionale, investita di tale questione, si è pronunciata con sentenza 30 novembre 1982, n. 206, rilevandone correttamente, con rigore argomentativo, la manifesta infondatezza²¹¹.

In primo luogo la Corte ha, infatti, ricordato che con sentenza n. 26 del 1974, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale dell'art. 458 c.p.p. allora vigente, aveva già statuito che non si configurava alcuna violazione dell'art. 3 Cost., dal momento che la regola ivi stabilita, secondo cui «la non punibilità della falsa testimonianza è subordinata alla condizione che la ritrattazione avvenga in tempo utile ai fini dell'accertamento dei fatti nel procedimento (che può chiamarsi principale) in cui quella era intervenuta», è ragionevole e «pienamente conforme alla finalità della esimente», in quanto questa è rivolta «a da-

di diritto penale italiano, cit., p. 925; A. GRIECO, *Falsa testimonianza intervenuta nel giudizio civile e ritrattazione*, in *Riv. pen.*, 1967, I, p. 594. Analogo orientamento è stato seguito da una parte della giurisprudenza più risalente, cfr. in tal senso, Cass., Sez. III, 7 aprile 1964, Cingolani, in *Foro it.*, 1965, II, c. 86; Cass., Sez. III, 18 febbraio 1957, Ciardo, in *Giust. pen.*, 1957, II, c. 734.

²¹⁰ Così Cass., Sez. VI, 1 aprile 1974, Schiavon, cit.

²¹¹ Si veda Corte Cost., 30 novembre 1982, n. 206, in *Cass. pen.*, 1983, p. 254; nonché in *Foro it.*, 1983, I, c. 2105; *Giust. pen.*, 1983, I, c. 101; sul punto cfr. V. D'AMBROSIO, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., p. 1834; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 139.

re soddisfazione all'interesse della giusta definizione del giudizio principale (come pure a quello di chi sia in esso imputato), prima e più che all'interesse del falso testimone ad evitare la sanzione comminata per il reato ormai posto in essere».

In secondo luogo, ha poi rilevato la Consulta, l'asserita disparità di trattamento non tiene conto che, «pur nella fondamentale unità della funzione giurisdizionale, processo civile e processo penale rappresentano diversità di fini e di struttura». Quanto al primo aspetto (*l'eterogeneità dei fini*), «l'uno, esplicandosi nel campo dell'autonomia privata, mira all'accertamento della situazione giuridica delle parti, sulle cui domande, e finché queste vengano mantenute, il giudice provvede; l'altro, esplicandosi nell'esercizio del potere punitivo, mira all'accertamento dell'esistenza del reato e ripudia il principio della disponibilità. In quanto alla diversità di struttura, basti osservare che al giudice civile è preclusa la possibilità – che ha, invece, il giudice penale – di un provvedimento istruttorio che definisca nel merito il giudizio, qual è appunto la sentenza di non doversi procedere»²¹².

Da tali premesse è apparso logico dedurre la conclusione che l'asserita identità di situazioni tra i due falsi testimoni non costituisce affatto un dato irrefutabile. «Ed infatti, essendo nel procedimento penale in gioco la libertà personale, può essere maggiore il danno che arreca chi afferma il falso o nega il vero, per cui appare pienamente giustificata l'esigenza di una ritrattazione quanto mai tempestiva»²¹³.

²¹² Così testualmente Corte Cost., 30 novembre 1982, n. 206, cit.

²¹³ Così ancora Corte Cost., 30 novembre 1982, n. 206, cit.

CAPITOLO III

FONDAMENTO POLITICO-CRIMINALE
ED INQUADRAMENTO DOMMATICO
DELLA RITRATTAZIONE

SOMMARIO: 1. Le diverse teorie sul fondamento politico-criminale della non punibilità della ritrattazione. – 2. *a)* Il fondamento della non punibilità della ritrattazione come sintomo del ravvedimento del reo. Critica. – 2.1. *b)* L'interesse all'accertamento della verità come fondamento della non punibilità della ritrattazione. – 3. Il difficile inquadramento dommatico della ritrattazione. – 3.1. La ritrattazione come condizione di procedibilità. Critica. – 3.1.1. La ritrattazione come condizione sospensiva di punibilità. Critica. – 3.2. La ritrattazione come causa estintiva del reato. – 3.3. La ritrattazione come causa di non punibilità in senso stretto e critiche al precedente inquadramento dommatico. – 4. Brevi cenni sulla 'punibilità' come quarta autonoma categoria nella teoria generale del reato. – 4.1. *Segue*. Critica. – 4.2. *Segue*. Una possibile soluzione intermedia.

1. *Le diverse teorie sul fondamento politico-criminale della non punibilità della ritrattazione*

Per quel che concerne il problema dell'individuazione del *fondamento politico-criminale* della ritrattazione, vale a dire, per quanto attiene alla determinazione del *principio di giustificazione* su cui essa si fonda ed in base al quale l'ordinamento rinuncia in tale particolare situazione a perseguire il reato precedentemente commesso, si possono distinguere in via tendenziale *due diversi orientamenti*.

L'opzione legislativa della non punibilità, «la ragione di opportunità che determina la rinuncia alla pena» della ritrattazione¹, si può desumere o dalla valutazione positiva (in termini giuridici e, prima ancora, etico-morali) dell'atteggiamento *soggettivo* interiore dell'autore del fatto, o dalla valutazione *oggettiva* degli esiti giuridicamente ap-

¹ Così M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 64 ss.

prezzabili ai fini della tutela del bene giuridico che dal suo comportamento discendono.

L'adozione dell'uno o dell'altro punto di vista è tutt'altro che un aspetto secondario, dal momento che dalla risoluzione del problema del fondamento di questa 'causa speciale di non punibilità' deriva anche la soluzione del successivo quesito sulla sua natura soggettiva o oggettiva e sui diversi effetti giuridici che da essa derivano².

Si badi: in ogni caso, qualunque sia la soluzione che si privilegi, quando ci si appropria all'aspetto delle *rationes* di legittimazione delle cause di non punibilità è sempre opportuno tenere ben presente quanto avvertiva a tal proposito, con straordinaria onestà intellettuale, Dario Santamaria: «quanta parte di rilevanza oggettiva ci sia nella efficacia di questa condizione e quale importanza si debba riconoscere invece ad uno sforzo interiore stimolato nel suo stesso originarsi da una pretesa normativa che vale solo per il concretizzarsi del risultato, è difficile dire»³.

Fatta questa necessaria premessa, si può entrare ora nel vivo della questione.

2. a) *Il fondamento politico-criminale della ritrattazione come sintomo del ravvedimento del reo. Critica*

Il *primo orientamento*, più risalente nel tempo, ma che incontra ancora adesioni implicite in qualche pronuncia giurisprudenziale, incentra l'attenzione sul *momento soggettivo del reo* e tende ad individuare la *ratio* della ritrattazione, da un lato, nella *capacità di controspinta*, di stimolo, che la previsione della non punibilità di tale condotta svolgerebbe sull'autore della dichiarazione mendace⁴ e, dall'altro, nella *mutata condizione psicologica del colpevole* dalla quale sono scaturiti il ravvedimento attuoso e la successiva riparazione del danno. Ad avviso

² Analoga prospettiva di indagine è seguita per quanto concerne la risoluzione del medesimo problema per una delle cause generali di esclusione della punibilità previste nel Libro I del codice, lo stato di necessità, da F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2002, p. 33.

³ Così, in uno dei suoi più significativi lavori, D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, qui citato nella versione contenuta in *Dario Santamaria. Scritti di diritto penale*, a cura di M. La Monica, Milano, 1996, p. 142 ss.

⁴ Cfr. C. SALTELLI-E. ROMANO DI FALCO, *Nuovo codice penale commentato*, cit., p. 402.

di tale indirizzo di pensiero la ritrattazione, essendo ancorata all'*emenda psicologica* verificatasi nell'animo del falso testimone, ha dunque l'analogo fondamento della seconda circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 6, c.p. («l'essersi prima del giudizio adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato») ⁵; con essa il legislatore, al fine di favorire l'accertamento giudiziario della verità, offre cioè al reo *un'ultima possibilità di ravvedersi*, di mutare l'atteggiamento processuale e di ritornare sui propri passi riparando al mendacio e dichiarando la verità ⁶.

A legittimare l'impunità è quindi prevalentemente il *profilo 'etico' della resipiscenza tardiva del reo*, più che l'interesse alla tutela postuma dell'oggetto giuridico ⁷. La ragione giustificatrice dovrebbe essere allora rinvenuta nella teoria (risalente e non appagante) del *ponte d'oro* in base alla quale la promessa della assoluta esenzione da pena per l'autore del reato varrebbe come contropunta psicologica alla spinta criminosa ('al nemico che fugge ponti d'oro') ⁸.

⁵ È opinione comune che l'art. 62, n. 6, c.p. contenga, infatti, due distinte ipotesi di circostanze attenuanti, sul punto cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 397; A. MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 61 ss.; nonché, più approfonditamente, V. PATALANO, *Sull'applicabilità dell'attenuante del risarcimento del danno nell'ipotesi di transazione (contributo all'interpretazione dell'art. 62 n. 6, c.p.)*, in *Foro pen.*, 1967, p. 1 ss. In giurisprudenza cfr. Cass., 17 marzo 1960, in *Arch. pen.*, 1961, II, p. 275; Cass., 29 settembre 1981, in *Riv. pen.*, 1982, p. 723.

⁶ In tal senso cfr. Cass., 28 marzo 1957, Masiero, in C. CANTARANO, *I delitti contro l'attività giudiziaria nella giurisprudenza*, cit., p. 274, ed in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 448 con nota di M. BOSCARRELLI, *Ritrattazione della falsa testimonianza*, cit.; Cass., 3 febbraio 1967, Bellotti, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1967, p. 1115; Cass., Sez. I, 3 febbraio 1976, Rusciano, in *Giust. pen.*, 1976, II, c. 545; Cass., Sez. VI, 17 giugno 1986, Cavaggina, in *Riv. pen.*, 1987, p. 781 ed in *Cass. pen.*, 1988, p. 59.

⁷ Il profilo soggettivo era messo in evidenza in termini leggermente diversi anche in alcune decisioni della Cassazione molto risalenti (Cass., Sez. II, 30 gennaio 1933, Castrose, in *Annali dir. proc. pen.*, 1933, p. 490; Cass., Sez. II, 13 novembre 1931, Ciannamea, *ivi*, 1932, p. 319) in cui si individuava il fondamento della non punibilità nella diminuita intensità del dolo dell'autore di uno dei reati di falsità testimoniale. Tale orientamento, però, si è scontrato contro la semplice ed insuperabile obiezione che l'intensità del dolo non può valutarsi in base ad un elemento successivo al fatto e che non serve a spiegare l'anteriore comportamento dell'agente, anche perché altrimenti l'imputato dovrebbe prosciogliersi per inesistenza del reato. Senza tenere conto che «l'art. 376 c.p. parla della ritrattazione in relazione al colpevole, mentre tale non è chi agì senza dolo». Sul punto, si vedano per tutti le considerazioni di V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 926.

⁸ In argomento si veda F. CARRARA, *Programma*, cit., *Parte speciale*, I, par. 1180.

Tale legittimazione politico-criminale, invocata anche in tema di desistenza e recesso attivo per anni dalla nostra dottrina e dalla dottrina di lingua tedesca, non sembra però del tutto appagante in quanto, al di là delle obiezioni che le vengono tradizionalmente mosse⁹, farebbe apparire come del tutto *arbitraria* la scelta della non punibilità solo per alcuni comportamenti postfatto, anziché per tutti.

Se, cioè, a motivare l'impunità in tutte le ipotesi di non punibilità speciali legate a contro-condotte sopravvenute fosse realmente la possibilità di operare una controspinta psicologica sull'autore del fatto inducendolo a desistere dal comportamento criminoso, sarebbe del tutto irragionevole che la regola della non punibilità delle condotte antagoniste susseguenti al reato non assurgesse a principio generale e valesse invece solo per alcuni reati contro la personalità dello Stato o l'amministrazione della giustizia o contro altri interessi giuridici difficilmente tutelabili e di particolare importanza¹⁰.

Più precisamente, se il fondamento politico-criminale di queste ipotesi speciali di non punibilità fosse effettivamente rappresentato dall'interesse dello Stato all'emenda del reo ed al suo pentimento, risulterebbe del tutto *ingiustificata* la scelta del legislatore di *derogare* in tali circostanze alla regola generale (di analoga ispirazione soggettiva) dettata in materia di *ravvedimento operoso* dall'art. 62, n. 6, c.p.: se in entrambi i casi la *ratio* dovesse essere individuata nella teoria del 'ponte d'oro', come potrebbe mai legittimarsi la previsione di un diverso trattamento sanzionatorio tra le cause di non punibilità sopravvenute speciali e la disciplina generale per le condotte *post patratum crimen* di cui all'art. 62, n. 6, c.p.? Quale sarebbe l'argomento su cui si incentrerebbe la differente disciplina (più favorevole) accordata alle poche ipotesi di condotte sopravvenute contenute nella parte speciale del codice penale (ed oggi in alcune norme della legislazione complementare)?

Solo se si ricostruisce in chiave oggettivo-utilitaristica il fondamen-

⁹ Sulle critiche alla teoria del 'ponte d'oro' si rinvia a A.R. LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, Napoli, 1963, *passim*; nonché nella manualistica per tutti a C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, II, II ed., Torino, 2005, p. 68; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 425; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 463 s.

¹⁰ Simili osservazioni sono espresse in Cass., Sez. III, 10 marzo 1980, Orsolini, in *Foro it.*, 1980, II, c. 654 ss., con nota di M. BOSCHI, nonché in *Cass. pen.*, 1981, p. 1013 ss., con nota di V. ZAGREBELSKY. Ivi si legge che «se la norma avesse voluto premiare l'emenda, non vi sarebbe ragione di passare da una circostanza attenuante (art. 62, n. 6) ad una cancellazione della perseguibilità del reato; né si spiegherebbe la mancata considerazione analoga di situazioni apparentemente del tutto parallele: basti pensare solamente agli altri reati di falsa attestazione o dichiarazione; oppure allo stesso istigatore pentito che si reca ad avvertire il giudice del falso».

to della non punibilità della ritrattazione e di tutte le altre ipotesi speciali di non punibilità sopravvenuta, si può *giustificare la differenza di disciplina* in senso più favorevole per esse disposta *rispetto* al principio della mera *rilevanza attenuante* sancito nella parte generale del codice penale.

In sintesi, la preminenza gerarchica attribuita dal legislatore ad alcuni beni giuridici reputati di particolare importanza (come l'interesse all'accertamento processuale della verità), unitamente alla effettiva possibilità in forza della *Natur der Sache* di eliminare le conseguenze dannose della propria precedente condotta criminosa (nessuna condotta postfatto può eliminare l'offesa arrecata dall'omicidio al bene vita!), rappresenta l'unico fattore capace di far apparire ragionevole l'opzione legislativa della non punibilità del reo che ha eliminato l'offesa in precedenza arrecata al bene giuridico.

2.1. b) *L'interesse all'accertamento della verità come fondamento della non punibilità della ritrattazione*

Il *secondo orientamento*, invece, prende le mosse da una (corretta) inversione dei valori sul piano dell'indagine e, precisamente, dall'anteposizione del momento oggettivo rispetto a quello soggettivo. In questa diversa prospettiva il fondamento politico-criminale viene disancorato dall'aspetto etico-personale-soggettivo, che risulta ridimensionato, ma non completamente eliso (è innegabile il ruolo di contropinta che tale norma gioca sull'atteggiamento del reo), e viene individuato *nell'interesse oggettivo dello Stato all'accertamento della verità* e alla tutela del regolare e giusto processo¹¹.

La non punibilità, in altre parole, non si fonderebbe su una valutazione di opportunità nei confronti chi abbia manifestato un chiaro pentimento per la precedente azione, rinnegandola e sostituendola con quella conforme alle pretese dell'ordinamento giuridico, poiché il momento personale della resipiscenza, correttamente reinterpretato alla luce del dato normativo che non esalta il profilo soggettivo dell'autore, scivola in secondo piano¹².

¹¹ In questi termini già si esprimevano negli anni Trenta U. CONTI-G. SABATINI, *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, vol. II, Milano, 1934, p. 525, i quali osservavano che nella ritrattazione «la impunità non è fondata sull'operoso ravvedimento del colpevole, come circostanza soggettiva che giustifichi la impunità, ma sul vantaggio, obiettivamente considerato, che ne discende per l'amministrazione della giustizia e per i diritti dei privati, che sono stati vittime delle falsità».

¹² Del medesimo ordine di idee sono A. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 429; B. ROMANO, *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite*,

Muovendo da tali premesse la *ratio* dell'opzione politico-criminale in questione viene ravvisata, piuttosto, nella necessità, avvertita come prioritaria dal legislatore, di *tutelare in ogni modo possibile* questo *bene giuridico* così importante (come si è dimostrato in precedenza Cap. I, Sez. I), anche con condotte successive alla realizzazione del fatto costituente reato, purché dotate di una *necessaria efficienza causale rispetto al risultato positivo* che deve essere sempre raggiunto. Non è, infatti, sufficiente attivarsi al fine di elidere le conseguenze della propria condotta precedente, ma le si deve *effettivamente annullare*¹³.

L'interesse statale non è rappresentato dall'emenda del reo e dal suo pentimento operoso evincibile da precisi comportamenti ed atteggiamenti *post factum*, bensì dalla tutela dell'analogo interesse costituzionalmente rilevante che legittima l'introduzione di quelle fattispecie incriminatrici richiamate nell'art. 376 c.p.: il regolare e rapido svolgimento del processo e l'eliminazione di prove false che lo intralcino¹⁴. Come già rilevava puntualmente Bricola anni addietro, il premio nelle fattispecie 'scriminanti' come la ritrattazione, fondate su di una *contro-azione* diretta ad elidere od attenuare l'offesa di un interesse costituzionalmente rilevante «è espressione del medesimo interesse costituzionalmente rilevante oggetto di tutela da parte della norma incriminatrice»¹⁵.

cit., p. 1915. Dello stesso avviso in giurisprudenza si veda Cass. pen., Sez. III, 10 marzo 1980, Orsolini, in *Cass. pen.*, 1981, p. 1013, nonché in *Foro it.*, 1980, II, c. 654, che ha affermato che «il bene tutelato è il giusto processo che, in virtù della ritrattazione del falso e della manifestazione del vero, non subisce il danno temuto»; Sez. Un., 23 novembre 1985, Cottone, *ivi*, 1987, p. 329, che ha rilevato che «con essa viene del tutto eliminata la ragione stessa della punibilità della condotta e cioè l'ostacolo alla retta amministrazione della giustizia». Analogo orientamento è accolto anche in pronunce della Corte Costituzionale, cfr. in tal senso Corte Cost., n. 206 del 1982, in cui è affermato che «la finalità primaria dell'art. 376 c.p. è quella di favorire l'accertamento della verità, non quella di far ottenere la non punibilità al colpevole del falso».

¹³ In tal senso si vedano per tutti le fondamentali pagine di T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 529 ss.

¹⁴ In tal senso anche Corte Cost. n. 424 del 2000, cit., la quale riferendosi al solo processo penale, afferma che «la ritrattazione, quale prevista dal vigente codice penale, è infatti finalizzata primariamente a dare soddisfazione all'interesse alla definizione del giudizio penale (nel caso dell'art. 372 cod. pen.) o all'esercizio dell'azione penale (nel caso dell'art. 371-bis cod. pen.) fondati su elementi probatori veridici».

¹⁵ Così F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 457 s.; *Id.*, *Diritto premiale e sistema penale*, in *Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali*, Como 26-27 giugno 1981, Milano, p. 133 s., qui citati nelle versioni contenute in *Franco Bricola. Scritti di diritto penale. Dottrine*

Peraltro, il riconoscimento del principio di giustificazione della ritrattazione nella necessità di tutelare sul medesimo terreno del diritto sostanziale l'interesse alla cui tutela sono preposte le fattispecie incriminatrici delle false deposizioni testimoniali, aiuta anche a risolvere il problema dell'inquadramento dommatico da sempre oscillante tra l'ambito delle cause estintive del reato e quello delle cause di non punibilità in senso stretto (sul punto si tornerà più dettagliatamente *infra* par. 4).

Una simile prospettazione in chiave marcatamente oggettiva¹⁶, sembra da preferirsi anche perché decisamente più in linea con i postulati del diritto penale del fatto e con il principio dell'*extrema ratio* di cui la ritrattazione, come molte delle cause sopravvenute di esclusione della pena, rappresenta una sorta di attuazione ulteriore ed 'estrema'. Più precisamente, se si riconosce a tale principio, non solo una tradizionale '*funzione primaria negativa o limitativa*' dell'area di intervento del diritto penale, attraverso l'imposizione di restrizioni al suo utilizzo nel momento dell'attività normopoietica dal contenuto incriminante, bensì anche una '*secondaria funzione limitativa*' della stessa tramite la legittimazione (a talune precise condizioni) dell'estensione dell'attività legislativa in materia penale dal contenuto scriminante, si deve allora rilevare che la ritrattazione ha la funzione di garantire la realizzazione del principio di *sussidiarietà* proprio sotto questo secondo profilo.

Con la ritrattazione, come con le altre cause di non punibilità strutturate in maniera razionale rispetto al sistema e non in modo meramente emergenziale (come invece ad es. la disciplina della 'collaborazione di giustizia' o i 'condoni')¹⁷, da un lato, si evita di dilatare eccessivamente i contorni della sfera di intervento del diritto penale e, dall'altro, agendo sull'atra faccia (tutt'altro che secondaria) della 'pena-

generali teoria del reato e sistema sanzionatorio, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, vol. I, Tomo II, Milano, 1997, rispettivamente pp. 1423 e 1473.

¹⁶ Sottolinea l'aspetto prevalentemente oggettivo delle fattispecie premiali G. CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., p. 114, il quale evidenzia nei casi di non punibilità sopravvenuta «la relativa irrilevanza dei motivi psicologici e dell'atteggiamento psichico in genere dell'agente».

¹⁷ Sull'abusato utilizzo della politica premiale nella legislazione emergenziale in materia di collaborazione processuale dei pentiti, si veda per tutti C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, *passim*. Per delle considerazioni critiche d'insieme in argomento, si rinvia diffusamente al già citato lavoro di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, nonché a G. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e costituzione*, Napoli, 1982, *passim*. Per una interessante indagine sulle radici della legislazione dell'emergenza nell'Italia unita cfr. P. TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Napoli, 2001, *passim*.

lità', quella della non punibilità, si rafforza l'efficienza e l'effettività dell'intero sistema delle norme penali incriminatrici.

In sostanza *la rinuncia a punire* comportamenti che risultino *ex post* inoffensivi del bene protetto *concorre*, alla stessa stregua dell'utilizzo parsimonioso delle fattispecie incriminatrici, *a realizzare il principio di sussidiarietà-necessarietà* dell'intervento penale ed a rafforzare la concezione della pena come strumento di tutela nei confronti di condotte realmente lesive di beni giuridici¹⁸, nonché l'idea di una teoria del reato teleologicamente orientata alle funzioni costituzionali della pena.

Ragionando in questi termini il fondamento politico-criminale dell'art. 376 c.p. appare, quindi, analogo, più che a quello del pentimento operoso disciplinato dall'art. 62, n. 6, c.p. seconda parte, a quello del recesso attivo disciplinato dall'art. 56, quarto comma, c.p. o a quello della riparazione del danno regolato dall'art. 62, n. 6, prima parte, c.p.¹⁹, con la considerevole differenza, però, che in questo caso il legi-

¹⁸ Sulla funzione di sussidiarietà secondaria svolta dalle ipotesi di non punibilità razionali rispetto al sistema, si veda M. DONINI, *Non punibilità ed idea negoziale*, cit., p. 1035 ss.; Id., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., p. 75 ss.

¹⁹ Per una ricostruzione in termini oggettivi della prima circostanza attenuante contenuta nell'art. 62, n. 6, c.p. a differenza della seconda ivi disciplinata e strutturata in chiave soggettiva, si rinvia per tutti a V. PATALANO, *Sull'applicabilità dell'attenuante del risarcimento del danno nell'ipotesi di transazione*, cit., pp. 5 ss. e 20 ss., ad avviso dell'Autore in questo caso «il legislatore non ha richiesto altresì che l'attività del colpevole sia spontanea, quale sintomo di un'autonoma resipiscenza (...) come ad esempio nella seconda ipotesi dell'art. 62, n. 6, dove si richiede una condotta *spontanea* ed *efficace*. (...) La legge richiede solo il verificarsi obiettivo del risarcimento e, quanto al suo elemento soggettivo, la coscienza e volontarietà del fatto, ma prescinde completamente dai motivi profondi della volontà. (...) L'attenuazione può trovare la sua ragion d'essere nel fatto che il risarcimento *completo* del danno civile, configuri il reato, nel suo complesso, come una lesione meno grave dell'ordinamento giuridico. (...) Il risarcimento e la restituzione (...) riportano pienamente nel concetto di gravità del danno di cui all'art. 70 c.p. la circostanza in esame, che va considerata perciò una circostanza oggettiva e non soggettiva». In termini analoghi, sebbene esprima solo degli auspici *de iure condendo*, cfr. G. DEAN, *Il risarcimento del danno come attenuante comune*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, p. 812; Cass., 21 gennaio 1960, in *Foro pen.*, 1960, p. 535.

Di recente, la prevalenza del profilo oggettivo nell'attenuante dell'art. 62, n. 6, c.p. (tendenzialmente negata dalla giurisprudenza ordinaria, come conferma ad es. Cass., Sez. III, 18 dicembre 1991) è stata espressamente affermata anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza interpretativa di rigetto 20 aprile 1998, n. 138, in *Cass. pen.*, 1999, p. 395, con la quale è stata ritenuta sussistente questa attenuante anche quando il risarcimento del danno arrecato alla persona offesa sia stato effettuato non dall'autore del reato, ma dalla compagnia assicuratrice. Più precisamente, la Corte in quella sede, ha asserito che «invero, a favore della

slatore, oltre a non richiedere esplicitamente neanche il requisito minimo della volontarietà, non prevede una semplice riduzione di pena, bensì addirittura l'assoluta esenzione, pur essendo il fatto più grave, in quanto la condotta successiva non impedisce il verificarsi dell'evento, bensì elimina un evento (in senso giuridico) che si è già perfettamente verificato²⁰.

Peraltro, a suffragare la correttezza di questa seconda e diversa visione del problema della *ratio* della ritrattazione concorre anche *una attenta comparazione* tra il dato letterale dell'art. 62, n. 6, c.p. seconda parte e quello degli artt. 62, n. 6, c.p. prima parte, 56, quarto comma, c.p. e 376 c.p.

Solo nella prima disposizione si può fondatamente individuare il motivo della attenuazione della risposta punitiva nella valutazione normativa del profilo soggettivo, dal momento che ai fini della sua sussistenza il legislatore richiede espressamente il requisito della *spontaneità* della condotta prescindendo dall'effettiva eliminazione del danno²¹; nell'art. 56, quarto comma, ma ancor più nell'art. 62, n. 6, prima parte e nell'art. 376 c.p., invece, tale conclusione non appare sostenibile, poiché il legislatore, *oltre a pretendere espressamente la concreta ed integrale riparazione del danno arrecato*, non connota la condotta del reo con alcun coefficiente soggettivo peculiare: nel primo caso si limita a richiedere in modo neutro che essa sia tenuta *volontariamente*; nel secondo e nel terzo caso, invece, non richiede in modo esplicito nean-

qualificazione dell'attenuante in senso oggettivo, sotto l'aspetto contenutistico, depongono concordi argomenti testuali, logici e sistematici. In primo luogo, nessun elemento, nella formulazione legislativa, conduce a ritenere che il legislatore abbia assunto come fine dell'attenuante il ravvedimento del reo. Dal punto di vista logico, il fatto che il risarcimento debba essere integrale e che non sia quindi ammessa una riparazione parziale è, al contrario, indice non solo della irrilevanza degli stati psicologici o dell'atteggiamento interiore del reo, ma del preminente risalto che si intende dare alla figura della persona offesa e all'esigenza che il pregiudizio da questa subito a causa del comportamento criminoso del colpevole sia interamente ristorato. La considerazione dell'integralità del risarcimento è talmente esclusiva che nemmeno il più evidente tra gli indici di ravvedimento, quale in astratto potrebbe essere il trasferimento spontaneo di tutti i beni dell'imputato a favore della persona offesa, varrebbe a rendere operante l'attenuante se il riequilibrio patrimoniale non risultasse pieno. È questo il segno che nel conflitto di interessi tra reo e vittima del reato, regolato dall'art. 62, n. 6, prima parte, c.p., l'interesse della vittima non lascia alcuno spazio a pur eloquenti manifestazioni di ravvedimento del reo, per le quali soccorrono oggi altri istituti del diritto penale». Sul punto si veda anche D. PULITANO, *Diritto penale*, cit., p. 461.

²⁰ In tal senso cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 441.

²¹ In questi termini si rinvia a V. PATALANO, *Sull'applicabilità dell'attenuante del risarcimento del danno nell'ipotesi di transazione*, cit., p. 6 s.

che questo carattere psichico minimo, ma fonda la non punibilità e l'attenuazione da pena esclusivamente sulla *valutazione in termini oggettivi* della capacità della condotta successiva di incidere in maniera significativa sulle conseguenze dannose della precedente azione criminosa (l'art. 376 c.p. recita, infatti, testualmente che «il colpevole (...) non è punibile se ritratta il falso e manifesta il vero», ed il 62, n. 6, prima parte sancisce che attenua il reato «l'aver, prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso e, quando sia possibile, mediante le restituzioni»).

Conferma ulteriore della *ratio* oggettiva della ritrattazione emerge, come si è già detto in precedenza nel capitolo unico, Sez. I cui si rimanda, dal fatto che essa nel nostro codice penale vigente è stata introdotta al fine di tutelare l'interesse del processo alla ricerca della verità.

Concepito in termini prevalentemente oggettivi il fondamento politico-criminale della non punibilità risulta allora coerente anche con le *funzioni della pena*, realizzando finalità di prevenzione generale positiva e, soprattutto, di prevenzione speciale positiva. Da tale angolo prospettico, invero, la non punibilità della ritrattazione si presenta come il frutto di una valutazione politico-criminale del legislatore di inutilità dell'infrazione della pena nei confronti di chi dopo aver commesso il fatto incriminato ritorni sui propri passi e reintegri l'offesa a quel bene giuridico (l'interesse alla ricerca della verità) ritenuto di fondamentale importanza dall'ordinamento ed altrimenti difficilmente tutelabile. Valutata in una proiezione teleologica la condotta oggettivamente inoffensiva del 'colpevole pentito' merita di non essere perseguita penalmente poiché, sotto il profilo general-preventivo, non costituisce un modello negativo per gli altri consociati, mentre sotto quello special-preventivo una scelta diversa finirebbe con il risultare agli occhi dell'autore anziché rieducativa, desocializzante²².

Ovviamente questa causa di non punibilità, come tutte le altre scelte premiali del medesimo segno ruotanti attorno a condotte contro-offensive, si innesta perfettamente in una concezione del reato teleologicamente orientata se si assume quale funzione caratteristica della pena, in luogo di quella retributiva pura, quella special-preventiva tesa alla rieducazione-risocializzazione del reo. Infatti, come già ammoni-

²² Sulla teoria dello scopo della pena come fondamento politico-criminale della desistenza si veda per tutti nella dottrina tedesca C. ROXIN, *Über den Rücktritt vom unbeeendeten Versuch*, in H. LÜTTGER (Hrsg.), *Festschrift für E. Heinitz*, Berlin, New York, 1972, p. 251 ss. Si badi, però, che ad avviso dell'illustre Autore questa teoria presupporrebbe una più attenta valutazione del profilo soggettivo dell'autore, sicché la non punibilità risponderebbe in questi casi alle funzioni della pena solo quando la desistenza sia espressione di un reale e libero ravvedimento del soggetto.

va – sebbene in una prospettiva eticeggiante di matrice cattolica – uno dei massimi filosofi del diritto italiani sessant'anni addietro, in aperto contrasto con le concezioni retributive allora ancora *in auge*, «ricambiare il male col male, nella stessa misura, è la maniera più ovvia, ma non la più vera, per ristabilire il turbato equilibrio: il male si ripara veramente solo col bene. Perciò è da affermare questo principio: al *malum actionis*, costituito dal delitto, deve opporre, come esigenza della giustizia, non tanto un *malum passionis*, secondo l'antica formula²³, quanto un *bonum actionis*, ossia un'attività in senso contrario dell'autore del delitto medesimo, la quale ne annulli o ne riduca gli effetti, fino a che ciò sia possibile»²⁴.

Da ultimo, per completezza, va rilevato che in dottrina si è anche ritenuto che in tali ipotesi di non punibilità «l'assenza di reazione dell'ordinamento si spiega alla stregua di interessi esterni alla 'meritevolezza di pena', che non hanno nulla a che vedere né con il disvalore oggettivo del fatto, né con la situazione esistenziale-psicologica dell'agente: sono cioè mere ragioni di opportunità pratica (di *convenienza politico-criminale*) a determinare la rinuncia alla pena»²⁵. Un simile ragionamento risulta però non pienamente condivisibile.

L'errore in cui incorre è quello di riferire la nozione di cause di non punibilità in maniera indistinta a situazioni che, invece, (seguendo la sempre attuale elaborazione sistematica di Dario Santamaria²⁶) sono tra loro molto diverse e non presentano un criterio di legittimazione comune: i limiti istituzionali di punibilità e le cause di esclusione della punibilità in senso stretto.

Le mere ragioni di pratica *convenienza politico-criminale* spiegano, infatti, l'assenza della reazione punitiva dello Stato solo nelle ipotesi dei c.d. *limiti istituzionali della punibilità* (come ad es. nel caso del furto del figlio a danni del padre di cui all'art. 649 c.p., dove l'esenzione da pena discende dalla valutazione dell'inopportunità dell'inserimento del diritto penale all'interno di un contesto sociale particolare come la famiglia) e non anche nei casi di circostanze di esclusione della pena in senso stretto (come nel caso del cospiratore che determini lo scioglimento dell'associazione di cui all'art. 308 c.p., o in quello che qui si sta

²³ È noto che Grozio definiva la pena «*Malum passionis quod infligitur ob malum actionis*», in *De jure belli ac pacis*, L. II, C. XX, par. I, 1.

²⁴ Così G. DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giustizia penale*, in *Arch. pen.*, 1945, p. 93 s.

²⁵ In tal senso cfr. M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 64.

²⁶ Ci si riferisce alla teoria delle esimenti elaborata nel già citato *Lineamenti di una teoria delle esimenti*; nella manualistica questa ricostruzione teorica è ripresa da C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, I, cit., p. 296 ss.

trattando della ritrattazione). Da questa distinzione, a nostro avviso necessaria, discende peraltro come conseguenza sul piano pratico, che la disciplina in materia di errore sulle “circostanze di esclusione della pena”, di cui all’art. 59, quarto comma, c.p., potrà trovare applicazione quantomeno nel primo caso, giustificando ad esempio il furto commesso nei confronti di chi si è sempre considerato essere il proprio padre, anziché non poter trovare affatto applicazione per alcuna delle predette ipotesi.

D’altro canto, appare indubbio che tale regola dell’efficacia scusante dell’errore non possa valere anche per le cause di esclusione della pena in senso stretto (o, più precisamente ancora, per le cause di non punibilità sopravvenuta). In queste ipotesi, al pari di ciò che avviene per le cause di estinzione del reato, l’eventuale errore dell’autore riguardo la loro esistenza è del tutto irrilevante, dal momento che la non punibilità del fatto discende da un *contrarius actus* sopravvenuto che incide (unicamente) sulla sua rilevanza penale in un momento cronologicamente successivo rispetto a quello in cui il fatto è stato realizzato²⁷.

Deve essere poi respinto anche quell’orientamento che, mettendo in risalto il legame delle funzioni della pena con la colpevolezza, sostiene che nelle cause sopravvenute di non punibilità come la ritrattazione l’esenzione da pena si fonderebbe proprio sulla *mancaza di colpevolezza*²⁸. Risulta, invero, infondata la equiparazione alle ipotesi di non rimproverabilità dell’agente per ragioni personali-psicologiche esistenti al momento del fatto, dei casi di non punibilità per comportamenti successivi che comunque presuppongono come già avvenuto un fatto tipico, antiguridico e colpevole e, quindi, anche già esaurito il giudizio di colpevolezza²⁹.

²⁷ A sostegno della non estensibilità della regola dell’efficacia scusante dell’errore sulle circostanze che escludono la pena dettata dall’art. 59, quarto comma, c.p. si esprimono molto chiaramente C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, I, cit., p. 306. Ad analoga conclusione, sebbene muovano da una differente concezione del reato, pervengono anche S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., p. 328 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, III ed., Milano, 2004, p. 655; C.F. GROSSO, *L’errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, p. 107 e la dottrina maggioritaria. Più in generale, per una approfondita disamina dei problemi di ordine dottrinario connessi al tema delle scriminanti putative, cfr. A. CAVALIERE, *L’errore sulle scriminanti nella teoria dell’illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000, *passim*.

²⁸ In argomento si veda tra gli altri C. ROXIN, *Rechtfertigungs und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen*, in *Rechtfertigungs und Entschuldigung*, a cura di A. Eser e G. Fletcher, I, 1987, p. 260.

²⁹ Per delle critiche puntuali a questa tesi si rinvia a M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 65.

3. Il difficile inquadramento dommatico della ritrattazione

Un altro profilo particolarmente interessante della ritrattazione è rappresentato dalla sua problematica collocazione nell'ambito delle categorie dommatiche della teoria del reato. L'individuazione della 'sedes' sistematica all'interno della quale ricondurre l'istituto descritto dall'art. 376 c.p. riveste una importanza decisiva ai fini della determinazione degli effetti giuridici della ritrattazione e, conseguentemente, del chiarimento dei due problemi principali ai quali si vuole cercare di rispondere nel prosieguo del presente lavoro: la definizione della sua natura giuridica e la sua applicabilità ai concorrenti.

Allo scopo di individuare con maggiore persuasività e chiarezza quale, tra le tante ipotesi prospettate da dottrina e giurisprudenza, sia al riguardo la ricostruzione più congrua e coerente, è utile passare in rassegna le tre risposte che nel corso del tempo hanno incontrato i maggiori consensi tra gli operatori del diritto: *a)* la prima, storicamente più datata, che riconduce la ritrattazione nell'alveo delle *condizioni di procedibilità*; *b)* la seconda che la colloca in una nozione di *non punibilità in senso lato* (comprensiva, senza distinzioni di sorta, anche delle cause estintive del reato); *c)* e la terza che invece propende per collocarla nell'ambito della autonoma e problematica categoria delle *cause di esclusione della punibilità in senso stretto*, ben distinta dalle cause di estinzione del reato.

La loro comparazione, unitamente ad una corretta interpretazione letterale della differente terminologia utilizzata dal legislatore in materia, rispettivamente, di cause estintive del reato e di altre ipotesi di non punibilità, e ad una attenta lettura sistematica di una serie di disposizioni del codice penale e del codice di procedura penale³⁰, aiuta a mettere in evidenza la maggiore condivisibilità dell'ultima soluzione e la non sostenibilità delle altre³¹.

³⁰ Come si vedrà meglio più avanti, proprio l'analisi attenta delle disposizioni del codice di rito risulta determinante ai fini dell'individuazione della prospettazione teorica da privilegiare per l'inquadramento dommatico della ritrattazione. L'opportunità di un orientamento integrato tra diritto penale sostanziale e processuale ai fini di una utile verifica delle costruzioni dommatiche penali era già ben evidenziata da F. BRICOLA, *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *Quest. crim.*, 1980, p. 453 ss. A sostegno della necessità di un simile metodo di indagine, sebbene con particolare attenzione all'aspetto del miglioramento del sistema delle garanzie individuali nel sistema penale latamente inteso, cfr. V. MAIELLO, *Diritto penale e processo: la necessità di un approccio integrato*, in *Crit. dir.*, 1998, p. 285 ss.

³¹ Per utili chiarimenti sul significato della nozione di 'punibilità' e sul suo autonomo valore sistematico rispetto alle altre categorie della teoria del reato si

3.1. La ritrattazione come condizione di procedibilità. Critica

Per circoscrivere l'ambito dell'indagine si può in via preliminare sgomberare il campo dalla prima ipotesi di lavoro poc'anzi indicata (*sub a*), dal momento che essa al giorno d'oggi non può più trovare accogliamento a causa di insormontabili ostacoli normativi emersi già con l'entrata in vigore dei nuovi codici, sia penale che di rito, del 1930 e delineatisi in modo ancora più evidente dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale del 1989.

La ritrattazione, difatti, *non può essere più annoverata tra le condizioni di procedibilità* (o di punibilità, secondo la terminologia indifferentemente utilizzata all'epoca) come avveniva sotto la vigenza della normativa di epoca liberale³², ed anche negli anni immediatamente a ridosso delle nuove codificazioni di inizio Novecento (il c.p.p. del 1913 e quello del 1930)³³.

Né il codice di procedura penale del 1930, né tanto meno il più recente codice del 1989, hanno riprodotto una disposizione analoga all'art. 256 del codice di rito del 1913, in base alla quale non si poteva procedere «contro il testimonio sino a quando a norma della disposizione dell'art. 216 c.p. poteva essere fatta la ritrattazione»³⁴. Il codice

rinvia per tutti a G. RUGGIERO, voce *Punibilità*, cit., p. 1119 ss. Sul punto si tornerà *infra* al par. 4 di questo Capitolo.

³² Si veda per tutti in tal senso F. CARRARA, *Programma di diritto criminale. Parte speciale*, vol. V, cit., par. 2686; A. MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, Pisa, 1923, p. 206; E. PESSINA, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. VII, cit., p. 738 s. Non mancavano, però, già allora voci discordi che ritenevano comunque consumato il reato di falsa testimonianza appena il teste avesse affermato il falso, negato il vero o taciuto, in tutto o in parte, ciò che sapeva intorno ai fatti sui quali era stato interrogato. In tal senso cfr. per tutti A. ZERBOGLIO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 344.

³³ Cfr. al riguardo V. REINA, *Sull'obbligo di sospendere il giudizio contro il falso testimone fino alla scadenza del termine per un ravvedimento operoso*, in *Giust. pen.*, 1930, IV, c. 792; G. BATTAGLINI, *I termini per la ritrattazione nella falsa testimonianza*, cit., p. 112; F. CARNELUTTI, *Rapporti tra il processo penale principale e il processo di falsa testimonianza*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 492 s.; F. CHIAROTTI, *Osservazioni sulla natura giuridica della ritrattazione*, cit., p. 28 s. Anche in giurisprudenza non sono mancate nei primi anni di vigenza dei nuovi codici pronunce del medesimo segno, al riguardo cfr. nota n. 73, cap. II, sez. II. In senso contrario sin da subito si veda G. ESCOBEDO, *Falsa testimonianza e ritrattazione*, in *Giust. pen.*, 1938, II, c. 639; B. TIBALDI, *La ritrattazione nella falsa testimonianza e nella falsa perizia*, cit., p. 870 s.; nonché in giurisprudenza cfr. Cass. pen., 20 aprile 1940, Medici, in *Riv. pen.*, 1940, p. 167; Cass. pen., 13 febbraio 1940, Bonfiglio, in *Giust. pen.*, 1941, II, c. 227.

³⁴ A tal proposito si rinvia a Cass., Sez. I, 18 dicembre 1964, Marceddu, con

di procedura del 1930 aveva, al contrario, previsto l'immediata procedibilità per i delitti di falso richiamati dall'art. 376 c.p., tanto che il "colpevole" (per utilizzare la terminologia del codice) poteva essere tratto in arresto in udienza e sottoposto a giudizio immediato.

Il codice di rito attualmente vigente, pur avendo opportunamente eliminato la eventualità dell'arresto immediato del falso teste in udienza (nonché, con la successiva introduzione nell'art. 381 c.p.p. del comma 4°-bis operata con la legge n. 332 del 1995, dell'arresto della persona informata dei fatti che abbia rilasciato dichiarazioni mendaci al P.M.), in ossequio al principio di rango costituzionale enunciato nell'art. 112 Cost., in base al quale "il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale", ha introdotto espressamente nell'art. 50, secondo comma, c.p.p. come criterio base per il suo esercizio quello dell'officialità, stabilendo tassativamente che ad esso si possa derogare solo quando sia "necessaria la querela, la richiesta, l'istanza o l'autorizzazione a procedere" e non anche il decorrere dei termini utili per la ritrattazione.

Tale scelta normativa di evidenziare espressamente l'eccezionalità e la tassatività di queste ipotesi non lascia più adito a dubbi di alcun tipo al riguardo e porta ad escludere con certezza che la ritrattazione possa ancora essere fatta rifluire nel ristretto novero delle condizioni di procedibilità.

Le recenti cause di sospensione del procedimento introdotte per i nuovi reati di false informazioni al pubblico ministero e false dichiarazioni al difensore (rispettivamente agli artt. 371, *bis*, secondo comma e 371 *ter*, c.p.), in forza delle quali il processo per la dichiarazione mendace è sospeso fino alla pronuncia nel procedimento principale della sentenza di primo grado o fino ad altra definizione dello stesso con decreto di archiviazione o con sentenza di non luogo a procedere, non aprono le porte ad un recupero di tale tesi neanche per quanto concerne queste due *species* di falsi processuali. I termini previsti per la sospensione del procedimento differiscono, di fatti, da quelli previsti per la ritrattazione, sicché la procedibilità per questi reati non può essere in alcun modo connessa al termine previsto per quest'ultima³⁵.

3.1.1. La ritrattazione come condizione sospensiva di punibilità. Critica

Solo per ragioni di completezza giova ricordare (come già anticipato in precedenza) che tra i sostenitori della tesi dell'improcedibilità

nota di G. DE FENU, *L'esimente della ritrattazione nel delitto di falsa testimonianza*, cit., p. 759.

³⁵ Sul punto si vedano le osservazioni di G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 552.

c'era in dottrina chi riteneva che, più precisamente, la (possibilità della) ritrattazione dovesse essere considerata come una sorta di 'condizione sospensiva della punibilità'. Ad avviso di questi Autori il delitto di falsa testimonianza o di falsa perizia o interpretazione non poteva proprio ritenersi consumato fin quando non era decorso il termine previsto *ex lege* per la ritrattazione.

L'obiezione insormontabile a cui va incontro oggi questa ricostruzione dommatica è quella di essere fondata su una premessa (una peculiare interpretazione della disciplina processuale in materia di ritrattazione contenuta negli artt. 359 (per la fase istruttoria) e 458 (per il dibattimento) del vecchio codice di rito³⁶) ormai venuta meno³⁷; il codice Vassalli del 1989, nella parte in cui prevede all'art. 207, secondo comma che «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'art. 372 c.p., ne informa il pubblico ministero trasmettendogli gli atti relativi», ha, infatti, ammesso anche l'eventualità che il pubblico ministero possa autonomamente procedere ad esercitare l'azione penale nei confronti del falso teste, richiamando, anche prima che spirino i termini utili per la ritrattazione e, cioè, in corso di dibattimento, gli atti necessari per la contestazione al proprio ufficio³⁸.

3.2. La ritrattazione come causa estintiva del reato

Una volta (ri)delimitata l'area tematica, occorre ora concentrare l'attenzione prevalentemente sulle altre due soluzioni prospettate in argomento e cercare di risolvere il dubbio principale, chiarendo se la ritrattazione rientri nella categoria delle cause di estinzione del reato, od invece in quella diversa delle cause di esclusione della punibilità in senso stretto. Dall'inquadramento teorico nell'ambito dell'uno o dell'altro di questi 'insiemi' ora elencati discende quale conseguenza non

³⁶ Si badi che tale tesi si fondava su una interpretazione delle norme ora citate del codice di rito del 1930 appiattita su quella della vecchia disciplina degli artt. 256 cpv. e 402 cpv. del codice di procedura del 1889. Le due norme del codice del 1930, gli artt. 359 e 458, prevedendo l'arresto immediato in udienza del falso teste, rendevano ancor più palesemente inaccoglibile l'orientamento in parola.

³⁷ Cfr. M. MANFREDINI, *Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 246; E. CONTIERI, *L'efficacia della ritrattazione*, cit., p. 1088; Cass., Sez. II, 13 aprile 1932, Salvini; Cass., Sez. II, 4 maggio 1932, Murena.

³⁸ In argomento, per delle analoghe osservazioni critiche nei confronti di questa tesi e per una approfondita disamina delle ragioni della sua inaccoglibilità, si rinvia a B. ROMANO, *La subornazione. Tra istigazione, corruzione e processo*, cit., p. 192 s.

secondaria l'individuazione della disciplina giuridica da applicare alla scriminante in questione, in particolare per quanto concerne le ipotesi di concorso di persone in uno dei reati da essa presupposti³⁹.

Ad avviso del primo orientamento, che incontrava consensi soprattutto in passato, la ritrattazione può essere fatta rifluire nella generica categoria delle *cause di esclusione della punibilità in senso lato* (*Strafausschliessungsgründe im weitesten Sinne*), nella quale sono accomunate da un punto di vista dommatico le cause di esclusione della punibilità in senso stretto e le cause estintive del reato e della pena (*Strafbefreiungsgründe*), senza alcuna specificazione di sorta⁴⁰.

Secondo tale corrente di pensiero non si può delineare un autonomo gruppo concettuale comprensivo delle sole cause di non punibilità in senso stretto (*Strafausschliessungsgründe*). Tale assunto, che è legato ad una concezione del reato formale di tipo normativo, si fonda sulla constatazione (che per lungo tempo ha tenuto banco in dottrina, ma che oggi – come vedremo tra breve – appare superata) dell'assoluta impossibilità di scindere all'interno della norma penale i due caratteri del precetto (c.d. precetto primario) e della sanzione (c.d. precetto secondario) e quindi, di conseguenza, del *reato* e della *punibilità*, a meno di non voler ammettere e giustificare una assurda *contradictio in adjecto*⁴¹ quale

³⁹ Sul difficile inquadramento delle ipotesi di non punibilità sopravvenute come la ritrattazione all'interno o all'esterno della categoria delle cause di estinzione del reato e sulla conseguente applicabilità o inapplicabilità ad esse della disciplina espressamente dettata dalla parte generale del codice per le cause estintive, si veda il lavoro di G. ZICONE, *Le cause "sopravvenute" di non punibilità*, Milano, 1975, *passim*; in argomento cfr. anche M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 60.

⁴⁰ Di quest'ordine di idee sono F. CHIAROTTI, *Le cause speciali di non punibilità*, Roma, 1946, spec. p. 165 ss.; A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, II, Torino, 1958, p. 85 ss., par. 429 ss.; R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 1950, p. 507; G. BELLAVISTA, *La compensazione come causa estintiva speciale della punibilità del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, p. 278 ss. Tale soluzione ha trovato largo credito soprattutto nella dottrina tedesca poiché, non esistendo in quel sistema penale una disciplina generale per le cause estintive del reato, esistevano di conseguenza meno vincoli per le possibili elaborazioni sistematiche, in tal senso cfr. K. BINDING, *Handbuch des Strafrecht*, cit., pp. 221, 312; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, A.T., Karlsruhe, 1954, p. 369.

⁴¹ In questi termini si esprimeva A. Rocco, *L'oggetto del reato*, in *Opere giuridiche*, cit., p. 68, il quale però non mancava di precisare, anticipando gli sviluppi successivi del problema, che «la semplice possibilità giuridica della sanzione è necessaria e sufficiente alla norma, [poiché] con essa la norma già attua la coazione psico-sociale e quindi la funzione preventiva del diritto, senza che sia immancabilmente necessario, a tal uopo, l'uso effettivo della coazione fisica. (...) [Sicché] il precetto non è mai indipendente dalla sanzione, ma può esserlo dalla effettiva applicazione della medesima».

è quella di un reato (*praeceptum legis*) senza punibilità (*sanctio legis*)⁴².

Da questa angolazione non è in alcun modo immaginabile che la sanzione possa venir meno lasciando sopravvivere il precetto, in quanto la *manca*za di pena equivale sempre e necessariamente alla *manca*za di reato ed ogni causa che incide sul primo elemento di questo binomio esclude anche il secondo. Sicché le cause di esclusione della punibilità sopravvenute, come la ritrattazione, non incidendo sicuramente su alcuno degli elementi costitutivi del reato o dei suoi presupposti, essendo essi già tutti perfezionati e venuti in esistenza, devono essere ricondotte necessariamente tra le cause estintive del reato, altrimenti definite cause di estinzione della responsabilità penale⁴³.

La validità di questa ricostruzione teorica sarebbe confortata anche da una analisi in chiave teleologica: sotto questo profilo la ritrattazione e, più genericamente, le cause di non punibilità sopravvenuta, risulterebbero assimilabili alle cause estintive del reato, anziché alle cause esclusive della sola punibilità, dal momento che la loro *ratio* si fonderebbe, come nelle prime, semplicemente sul venire meno dell'*interesse esterno* alla repressione della lesione del bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici e non, invece, come nelle cause di esclusione della punibilità in senso stretto, sulla necessità di tutelare nel campo del diritto penale sostanziale (sebbene in un momento successivo a quello tradizionale) quel medesimo interesse alla cui tutela sono poste le fattispecie incriminatrici che da una tale condotta sono rese penalmente irrilevanti⁴⁴.

⁴² Sulla problematica individuazione della categoria delle cause di non punibilità si vedano per tutti le sempre fondamentali pagine di G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, cit., p. 609 ss., e di G. PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, cit., p. 4 ss. Per una esauriente trattazione del problema della scindibilità o meno dei due dati 'reato' e 'punibilità' si rinvia al lavoro di B. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., p. 1 ss.

⁴³ In tal senso si esprime A. MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale*, Napoli, 1930, p. 65 s. il quale rilevava che «se la norma include un elemento sanzionatorio e un elemento precettivo, non possiamo pensare che un fatto possa assurgere a reato se manchi la sanzione»; nonché F. ALIMENA, *Le condizioni di punibilità*, Milano, 1938, p. 3 ss., il quale osservava che «tra reato e pena esiste un rapporto di interdipendenza, nel senso che, come non può esistere pena senza reato, così non può esistere reato senza pena». Nega la possibilità di enucleare una autonoma categoria delle cause di esclusione della punibilità in senso stretto A. PECORARO ALBANI, *L'estinzione delle situazioni soggettive penali*, Napoli, 1967, *passim*.

⁴⁴ Sono di questo ordine di idee F. CHIAROTTI, *Le cause speciali di non punibilità*, cit., p. 165 ss.; ID., *Osservazioni sulla natura giuridica della ritrattazione*, cit., p. 29; G. CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., p. 187 s.; sul punto in termini critici cfr. A. DE MARSICO, *Le conseguenze del reato nel diritto sostantivo e*

Seguendo questo orientamento dottrinario, e approdando alla soluzione che accomuna sul piano concettuale le due categorie dell'estinzione e della esenzione della punibilità, da un punto di vista delle conseguenze pratiche *discende che alla ritrattazione si applicano le disposizioni generali previste in materia di cause di estinzione del reato o della pena* contenute nel Libro I, della Parte generale del codice penale⁴⁵.

Più in particolare, muovendo da tale assunto, il complesso problema del trattamento giuridico da riservare al concorrente morale in uno dei delitti di falso processuale tempestivamente ritrattati dall'autore materiale viene risolto attraverso la applicazione della *disciplina dettata dall'art. 182 c.p.*, in forza della quale, salvo quanto espressamente previsto da altre disposizioni normative speciali, tutte le ipotesi estintive operano sempre soggettivamente⁴⁶. L'art. 182 c.p., collocato sistematicamente tra le *Disposizioni comuni* delle cause estintive del reato e della pena, e rubricato *Effetti delle cause di estinzione del reato o della pena* stabilisce, infatti, in maniera inequivocabile che «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»⁴⁷.

Il tenore letterale della norma non lascerebbe, cioè, adito a dubbi. Anzi, a tali condizioni, per risolvere il problema della estensibilità o

processuale, Napoli, 1937, p. 9; M. PISANI, *La tutela delle prove formate nel processo*, cit., p. 224. *Contra* cfr. G. RUGGIERO, voce *Falsa testimonianza*, cit., p. 543.

⁴⁵ Nel senso della assimilazione delle cause di esclusione della punibilità alle cause estintive del reato si veda anche C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, I, cit., p. 364, ad avviso dei quali le seconde «costituiscono un tendenziale modello di riferimento per una serie di ipotesi di non punibilità che, pur non essendo annoverate fra le cause di estinzione del reato propriamente dette (quelle, cioè, disciplinate dagli artt. 150-170 del c.p.), ad esse tuttavia sembrano potersi assimilare, sia per quanto concerne gli aspetti giuridici, che per quanto attiene al loro rapporto con i veri e propri elementi costitutivi del reato». Del medesimo ordine di idee è F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, II, Torino, 1993, p. 358.

⁴⁶ Per approfondimenti sulle cause estintive del reato cfr., fra gli altri, A. SANTORO, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. II, Torino, 1960, p. 991 ss.; G. SPAGNOLO, *Lineamenti di una categoria dei fatti estintivi nel diritto penale*, Napoli, 1963; E. RAGNO, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, p. 950 ss.; A. PAGLIARO, *Profili dommatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 472 ss.; L. STORTONI, *Profili sistematici delle cause estintive*, in *Ind. pen.*, 1989, p. 397 ss.; ID., voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 342 ss.; E. ANTONINI, *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, Milano, 1990.

⁴⁷ In tal senso M. BOSCARELLI, *Ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., p. 450 ss.; A. GRIECO, *Inefficacia della ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., p. 611; R. PETTENATI, *Ritrattazione della falsa testimonianza e cause estintive della punibilità*, cit., p. 566.

meno della ritrattazione al concorrente non occorrerebbe procedere oltre, perdendo ulteriore tempo nel tentativo di discernere la natura giuridica: ai sensi dell'art. 182 c.p., che stabilisce che, indistintamente, tutte le cause estintive del reato e della pena si applicano ai singoli beneficiari e non anche ai concorrenti, tutto ciò non assumerebbe alcuna rilevanza.

Sia che si consideri la ritrattazione una esimente di tipo oggettivo, sia che la si consideri una esimente di natura soggettiva, l'istigatore della falsa testimonianza successivamente ritrattata non potrebbe mai andare esente da pena, neanche quando si fosse attivato egli stesso in prima persona per far ritrattare il teste, dal momento che l'art. 376 c.p., non prevedendo alcuna deroga eccezionale alla regola generale dettata nell'art. 182 c.p., potrebbe trovare applicazione solo ed esclusivamente «per coloro ai quali si riferisce», vale a dire, ai soggetti attivi dei reati-presupposto da esso richiamati⁴⁸.

La mancanza di una espressa previsione legislativa nel testo della disposizione di parte speciale che disciplina la ritrattazione volta a stabilirne l'estensibilità, in via eccezionale, ai concorrenti, fa sì che trovi applicazione per essi la *regola generale* dettata per tutte le cause di estinzione del reato dall'art. 182 c.p.: quella della *non estensibilità*⁴⁹.

⁴⁸ Di questo avviso, sebbene non si soffermi che in modo marginale su tale questione, è D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit., p. 143, ed in particolare nota 34, dove afferma che l'incomunicabilità della ritrattazione all'istigatore non dipende dalla disciplina dettata dall'art. 119 «come se si trattasse di esclusione della pena di carattere soggettivo: essa dipende piuttosto dall'art. 182. Del resto perché si dovrebbe far ricorso all'art. 119? Per il fatto che l'art. 119 parla di "circostanze" e che se la ritrattazione non fosse prevista come causa del venir meno della punibilità costituirebbe una ipotesi di circostanza attenuante ai sensi dell'art. 62 n. 6?». Nello stesso senso si esprime anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 486, il quale afferma seccamente che «per il disposto dell'art. 182 c.p. l'estinzione della punibilità determinata dalla ritrattazione non si estende ai compartecipi, e nemmeno all'istigatore», relegando in margine nella nota n. 104 la possibilità di un inquadramento dommatico contrario dell'istituto. Per quanto concerne la giurisprudenza, va rilevato che, sebbene tendenzialmente non accolga questo orientamento, non è mancata anche in quella di legittimità qualche sporadica pronuncia in tal senso, cfr. ad esempio Cass., 28 marzo 1957, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 448.

⁴⁹ Cfr. in tal senso F. CHIAROTTI, *Osservazioni sulla natura giuridica della ritrattazione*, cit., p. 32, il quale rileva che «la causa speciale di non punibilità prevista dall'art. 376 non è quindi estendibile al concorrente per determinazione (...) ed ha effetto soltanto per colui al quale si riferisce (art. 182 c.p.)»; nonché M. BOSCARRELLI, *Ritrattazione della falsa testimonianza e punibilità del concorrente*, cit., p. 452.

3.3. *La ritrattazione come causa di non punibilità in senso stretto e critiche al precedente inquadramento dommatico*

Tale conclusione, che porta a negare l'esistenza di una categoria autonoma delle cause di non punibilità in senso stretto rispetto a quelle estintive del reato, non può essere però avallata, esponendosi a due diversi ordini di obiezioni a nostro avviso difficilmente superabili: uno, preliminare, di tipo strutturale e funzionale e l'altro, principale, di carattere più strettamente tecnico-giuridico.

Sotto il primo profilo, si deve rilevare che esistono delle ipotesi di esclusione della punibilità che se, da un lato, certamente non sono assimilabili alle *cause di esclusione del reato* (ricomprendendo indistintamente in questa macrocategoria le cause di esclusione della tipicità, dell'antigiuridicità e della colpevolezza), dal momento che – descrivendo comportamenti successivi alla realizzazione del fatto – non possono incidere in nessun modo sui presupposti o sugli elementi costitutivi del reato che già si sono perfettamente verificati; tanto meno, dall'altro lato, sono assimilabili alle *cause estintive del reato* o della pena, le quali sopravvengono dopo la commissione del reato – quando non dopo la condanna definitiva – e poco o nulla hanno a che vedere con il comportamento del reo, con l'accertamento della sua responsabilità e con la reintegrazione dell'offesa arrecata al bene giuridico (se si esclude l'ipotesi dell'oblazione) e dipendono esclusivamente dal sopravvenire, per ragioni eterogenee, della mancanza di interesse da parte dello Stato alla applicazione della pena⁵⁰.

La *ratio* della non punibilità della ritrattazione e dei casi analoghi si fonda, infatti, come abbiamo visto in precedenza, sulla avvenuta *tutela in extremis dell'interesse protetto* leso dalla precedente condotta criminosa e non, come invece avviene nelle cause di estinzione del reato o della pena, sul semplice *venir meno dell'interesse statale alla persecuzione di una condotta* rispetto alla quale può essere già intervenuta addirittura una sentenza di condanna definitiva⁵¹.

⁵⁰ In argomento si rinvia a G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, p. 382. Sottolinea l'autonomia di queste ipotesi normative di esenzione della pena rispetto alle cause estintive, G. RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, cit., p. 259. Tale differenza è messa in rilievo, seppur utilizzando una terminologia diversa, anche da A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Milano, 2000, p. 717, il quale riporta la ritrattazione nella categoria delle "condizioni risolutive del reato", di quei «fatti giuridici posteriori alla perfezione del fatto di reato, i quali con il loro verificarsi risolvono *ex tunc* gli effetti del reato come tale. Per l'intervento di una condizione risolutiva del reato, un fatto, che già costituiva reato, cessa di esserlo con efficacia retroattiva». Tali condizioni ad avviso dell'Autore sopprimono del tutto il reato dal mondo delle realtà giuridiche.

⁵¹ Evidenzia la differenza concettuale tra le due categorie guardando proprio

Inoltre, in una corretta ricostruzione teleologicamente orientata agli scopi della pena, si nota che le ipotesi sopravvenute di non punibilità in senso stretto, proprio perché incidono sull'offesa al bene giuridico ricomponendola, realizzano una peculiare funzione politico-criminale e rappresentano una felice esplicazione dell'idea *special-preventiva positiva*: in tali casi l'inflizione della pena non contribuirebbe in alcun modo alla risocializzazione e rieducazione del condannato, ma finirebbe unicamente per essere avvertita come ingiusta⁵².

Da questa differenza di *ratio*, come rileva puntualmente Prosdocimi, discende anche un'altra differenza sul piano concettuale delle due ipotesi: «mentre le cause di estinzione del reato, proprio perché radicate in valutazioni indipendenti dal singolo reato concreto nel suo contenuto lesivo, possono di regola essere applicate senza che il reato del quale si dichiara l'estinzione sia stato giudizialmente accertato (l'aspirazione ideale alla ricerca della verità essendo soppiantata da considerazioni di economia processuale), sulla base di una mera supposizione che il reato esista e che si diano gli altri estremi di diritto materiale per la sua punizione (...) al contrario, la non punibilità dell'agente quale premio per un intervento riparatore sulla situazione instaurata dal reato pregresso non avrebbe senso venisse dichiarata se non fosse stata previamente accertata la punibilità del reato medesimo»⁵³.

Vale a dire, che nelle ipotesi di non punibilità in senso stretto, al contrario di quanto avviene per le cause estintive, ci si trova alla presenza di un fatto in relazione al quale già è stata compiutamente accertata *la sussistenza degli elementi costitutivi del reato* (tipicità, anti-

alla loro differente *ratio* S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., p. 324, ad avviso del quale «le cause di non punibilità sopravvenute non rappresentano soltanto il prevalere di un interesse alla non applicazione della pena, come le cause di estinzione; ma costituiscono soprattutto un mezzo positivo di tutela di determinati beni giuridici; l'estremo tentativo di tutela di tali beni che l'ordinamento predispone per il caso in cui la norma incriminatrice, in concreto, non abbia funzionato». Del medesimo ordine di idee è G. RUGGIERO, *Falsa testimonianza*, cit., p. 543, il quale, proprio muovendo dalla comparazione del diverso profilo teleologico della ritrattazione rispetto alle cause estintive del reato, approda alla conclusione che «essa non può, pertanto, inquadrarsi che tra le cause escludenti la punibilità in senso tecnico e non tra quelle estintive del reato: soggiace, di conseguenza, alla disciplina delle prime, tra l'altro, alla regola della trasmissibilità delle cause oggettive».

⁵² La coerenza di questo genere di fattispecie premiali rispetto alle funzioni della pena è stata ben evidenziata da C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1984, p. 129 ss.

⁵³ Così ancora S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., p. 325. Di analogo ordine di idee è G. ZICCONI, *Le cause "sopravvenute"*, cit., p. 107.

giuridicità e colpevolezza), nonché il suo disvalore sia oggettivo che soggettivo. Sicché, pur essendo previsto per il successivo comportamento 'riparatore' del reo il premio dell'esenzione da pena, non si possono cancellare totalmente le tracce del pregresso giudizio negativo (questo aspetto lo si esaminerà meglio tra breve quando si evidenzieranno le differenze di disciplina previste per le due diverse categorie)⁵⁴.

La differenza strutturale e concettuale delle due categorie in esame affiora, però, in maniera ancor più evidente nel momento in cui si focalizza l'attenzione sulle modalità di accertamento della loro esistenza e sui *percorsi motivazionali seguiti dal giudice* per dichiarare la non punibilità dell'autore del fatto.

Nel caso delle cause estintive il giudice non deve procedere ad alcun accertamento nel merito della sussistenza del fatto ma è tenuto semplicemente a rilevare la sussistenza della causa estintiva; nel caso delle ipotesi di non punibilità in senso stretto, invece, il giudice per poter dichiarare la non punibilità deve necessariamente *valutare nel merito* la questione ed accertare che esista una condotta conforme in tutto e per tutto a quella descritta da una fattispecie incriminatrice (una condotta cioè tipica, antigiuridica e colpevole) ma che sia intervenuto un comportamento successivo del reo che abbia effettivamente inciso su di essa eliminandone l'offensività (su questo punto ci torneremo tra breve, quando si esamineranno anche le diverse norme che il codice di rito prevede per la declaratoria di non punibilità in entrambi i casi).

Inoltre, un'ennesima differenza strutturale è che, mentre le ipotesi oggettive estintive della sola punibilità (che, si badi, vanno distinte da quelle c.d. personali che ineriscono a precisi requisiti soggettivi o personali dei soggetti attivi, come ad es. le immunità) sono caratterizzate dall'esistenza di un *termine perentorio* per la loro realizzazione posto a breve distanza dalla commissione del fatto, le cause estintive del reato e della pena, invece, o non sono legate a termini perentori o, quando lo sono, dipendono (fatta eccezione per l'oblazione) da eventi che possono intervenire anche dopo un lunghissimo lasso di tempo dalla commissione della condotta incriminata. Tali limiti temporali peraltro contribuiscono ad attribuire alle cause di non punibilità in senso stretto sopravvenute una *funzione general-preventiva positiva* che le cause estintive del reato non hanno; essi assicurano 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*⁵⁵.

⁵⁴ Concorda sulla non eliminabilità delle tracce del giudizio di disvalore oggettivo e soggettivo in presenza di una causa di non punibilità M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 65.

⁵⁵ Per una analoga lettura del valore delle soglie temporali nelle ipotesi di

Non si può, dunque, ammettere la validità sistematica di un'unica categoria in grado di svolgere il ruolo di concetto di genere unitario capace di accomunare in sé indistintamente le due diverse *species* delle cause estintive del reato o della pena e delle cause di esclusione della sola punibilità: le seconde, come dimostrato, non possono essere logicamente ricondotte nel novero delle prime⁵⁶.

Sicché attribuendo ad esse una propria autonomia concettuale e giuridica si può anche provare a tracciare una sorta di *scala gerarchica delle ipotesi esimenti* e si può dire che le cause di non punibilità in senso stretto, come la ritrattazione, si collocano dopo le *cause di esclusione del reato* (ricomprendendo in questa categoria, come si è detto in precedenza, tutte le ipotesi di esclusione di uno dei presupposti o degli elementi costitutivi della struttura del reato che fanno venir meno il reato stesso), poiché lasciano inalterati i presupposti e gli elementi costitutivi del reato, e prima delle *cause estintive del reato o della pena*, perché a differenza di queste si fondano comunque su un completo accertamento nel merito e si concludono in una vera e propria sentenza assolutoria⁵⁷.

Sotto il secondo profilo, quello più strettamente tecnico-giuridico, gli ostacoli e le obiezioni che incontra questa soluzione che riporta le cause di esclusione della punibilità nel novero delle cause estintive appaiono ancor più insormontabili.

Innanzitutto, per quanto attiene al profilo formale di tipo *letterale-semantic*, da una attenta lettura delle molteplici disposizioni codicistiche, sia di parte generale che di parte speciale, statuenti ipotesi di esonero della responsabilità penale, risulta evidente che il legislatore ha utilizzato una *terminologia differente* a seconda che abbia inteso riferirsi alle *ipotesi estintive* o a quelle di *esclusione della sola punibilità*, volendo esplicitamente distinguere l'una categoria dall'altra e dettare per ognuna una diversa e specifica disciplina giuridica⁵⁸.

Anzi, da una più ampia analisi a trecentosessanta gradi di tutte le

condotte susseguenti al reato esimenti cfr. S. FIORE, *La condotta susseguente al reato: spunti sistematici e politico-criminali*, in *Arch. pen.*, 1989, p. 119 s.

⁵⁶ Di questo ordine di idee sono anche, L. GRANATA, *La ritrattazione della falsa testimonianza e la impossibilità giuridica di estensione ai correi*, cit., p. 718 ss.; E. CONTIERI, *L'efficacia della ritrattazione*, cit., p. 1090 ss.; G. RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, cit., p. 259 ss.

⁵⁷ Per una chiara sistemazione delle ipotesi di non punibilità all'interno delle teorie del reato e della pena, tenendo presente anche le specifiche funzioni politico-criminali di ognuna di queste categorie, si rinvia per tutti a M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 55 ss.

⁵⁸ Per una ricognizione delle diverse locuzioni utilizzate nelle disposizioni di legge per individuare le cause di non punibilità si veda per tutti G. PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, cit., p. 5 ss.

ipotesi di esenzione da pena della parte generale e della parte speciale – dalle cause di esclusione della tipicità in poi per intenderci – si evince che *l'unica volta* in cui i compilatori del codice hanno utilizzato *un'espressione diversa da quella generica e letteralmente neutra 'non è punibile' (et similia)* è proprio quella delle cause estintive del reato o della pena⁵⁹. Come se il legislatore, denominando tra tutte le cause di non punibilità disseminate nel codice solo alcuni fatti in tal modo, avesse «manifestato inequivocabilmente la volontà di assoggettare gli stessi alle disposizioni appositamente dettate per questa categoria»⁶⁰.

Queste particolari ipotesi di non punibilità si distinguono allora da tutte le altre già *ictu oculi* in base ad un *criterio di carattere formale-nominalistico*: il loro *nomen iuris*. Sono cause di estinzione del reato o della pena, cioè, unicamente quelle così testualmente definite da una specifica disposizione normativa⁶¹. Esse costituiscono, quindi, un *numerus clausus* suscettibile di modifiche e integrazioni solo attraverso espressi interventi legislativi.

Più precisamente, con tale locuzione si designano esclusivamente le ipotesi elencate in maniera tassativa nel Titolo VI del Libro I del codice penale intitolato *Della estinzione del reato e della pena* dagli artt. 150 a 181 c.p., nonché quelle così espressamente denominate sia nell'ambito della parte speciale del codice penale, sia nell'ambito più esteso della legislazione complementare (vedi come esempio del primo tipo di ipotesi speciali di non punibilità quella prevista per il reato di bigamia dal terzo comma dell'art. 556 c.p., e come esempio del secondo genere quella prevista per l'esito positivo della messa alla prova per il minore autore di reato dall'art. 29 del D.P.R. n. 448 del 1988)⁶².

⁵⁹ Sulla scelta di Alfredo Rocco e dei compilatori del codice del 1930 di parlare intenzionalmente sempre in termini neutri di 'non punibilità' si veda la *Relazione sul Libro I del Progetto preliminare*, in *Lavori preparatori*, cit., vol. V, I, p. 106, dove testualmente l'allora guardasigilli affermava che «il termine non punibilità ha nel codice un significato generico non ristretto alle cause che esimono da pena. Esso comprende ogni causa per la quale il fatto non può essere punito all'infuori dei casi di non imputabilità e l'ho preferito alle espressioni specifiche per non pregiudicare, di fronte alla varietà dei casi, l'interpretazione giurisprudenziale e la elaborazione dottrinale».

⁶⁰ Così G. ZICCONI, *Le cause "sopravvenute" di non punibilità*, cit., p. 14.

⁶¹ Un simile punto di vista che pone in evidenza la differenza sul piano letterale dell'art. 376 c.p. rispetto all'art. 182 c.p. sembra condiviso da L. GRANATA, *La ritrattazione nella falsa testimonianza*, cit., p. 719, ad avviso del quale, infatti, «la terminologia di un codice non può essere, arbitrariamente, alterata [...]. Il concetto di estinzione del reato non può essere [...] equiparato *sic et simpliciter*, a quello ben diverso, di una causa di non punibilità, specificata come tale dalla lettera inequivocabile della legge».

⁶² Dello stesso avviso è anche F. COPPI, *Ritrattazione*, cit., p. 356, il quale, do-

L'importanza di tale dato formale è evidente, dal momento che unicamente per questo *numerus clausus* di cause di esclusione della pena, ovunque esse siano previste, valgono le disposizioni comuni dettate nel Capo III del Titolo VI della Parte generale del codice⁶³; o, capovolgendo la prospettiva, si può anche asserire – indifferentemente – che tutte le volte in cui il legislatore abbia inteso far valere per delle ipotesi speciali di non punibilità questa disciplina generale o le ha designate esplicitamente cause di estinzione del reato o ha utilizzato locuzioni aventi il medesimo significato, del genere: 'il reato è estinto', 'il reato si estingue'.

Inoltre, a suffragare la convinzione dell'autonomia delle cause estintive del reato rispetto a quelle di esclusione della punibilità *stricto sensu*, contribuisce in maniera determinante anche una attenta lettura di *altre disposizioni del codice penale* che apparentemente non sembrano correlate al tema specifico, e precisamente di quelle norme dettate *in materia di misure di sicurezza*.

Da un raffronto attento dei testi degli artt. 210 c.p. e 203 c.p. si evince ancor più chiaramente che in sede di redazione del codice si pensava a due diversi ordini di cause esimenti quando si parlava, rispettivamente, di cause estintive del reato e di cause di non punibilità e, soprattutto, si pensava ad una loro diversa rilevanza ai fini della risposta punitiva statale⁶⁴.

po aver messo in evidenza l'esistenza di una viva discussione in dottrina sulla sistemazione delle cause di non punibilità all'interno o all'esterno della categoria delle cause estintive, ritiene «di dover aderire alla tesi secondo cui le due categorie devono essere distinte, tra l'altro, anche sulla base della diversa terminologia impiegata dalla legge, che in alcuni casi (v. per es. artt. 150, 151, 170, 171 c.p.) parla appunto di *estinzione* del reato o della pena, mentre in altri sancisce la non punibilità di un soggetto». In argomento, a sostegno di questa ricostruzione teorica, cfr. anche G. RUGGIERO, voce *Falsa testimonianza*, cit., p. 542 s.

⁶³ In tal senso si è espressa molto chiaramente Cass., Sez. III, 10 marzo 1980, Orsolini, in *Foro it.*, cit., c. 656. Come si legge in questa pronuncia, ad avviso della Suprema Corte per risolvere il problema della riferibilità della causa di non punibilità anche all'istigatore «piuttosto raramente – e indebitamente – ci si è richiamati all'art. 182 c.p., che, ove applicato alla lettera all'art. 376 c.p., comporterebbe la soluzione restrittiva, pur senza una valida giustificazione logica e sistematica per quanto attiene all'applicabilità dell'art. 182 stesso fuori del suo contesto: la causa di estinzione avrebbe effetto soltanto per il falso testimone (perito o interprete). (...) L'art. 182 è riferito piuttosto alle cause generali di estinzione enumerate nello stesso Titolo VI, cui pure tale norma appartiene; nulla infatti sembra che autorizzi l'interprete ad attribuirle valore di principio piuttosto che di semplice ed opportuna precisazione testuale».

⁶⁴ Di diverso avviso sul punto è R. PETTENATI, *Ritrattazione della falsa testimonianza e cause estintive della punibilità*, cit., p. 564 s.

Per quanto concerne *le cause estintive del reato* l'art. 210 del codice penale stabilisce che il loro sopravvenire "impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza e ne fa cessare l'esecuzione". Fissa, cioè, come regola generale per queste ipotesi esimenti quella *dell'inapplicabilità al reo di ogni reazione sanzionatoria di tipo penale da parte dell'ordinamento giuridico*, negando la possibilità di infliggergli, non solo le pene, ma anche le misure di sicurezza.

La *ratio* della scelta politico-criminale di esonerare in questa circostanza con tale disposto normativo il reo da qualsiasi conseguenza penale può essere rinvenuta nella peculiarità di queste ipotesi di non punibilità e precisamente nel fatto che esse, a differenza di quelle di non punibilità in senso stretto, prescindono da un giudizio nel merito volto ad accertare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del fatto previsto dalla legge come reato, dato – questo dell'accertamento della commissione di un fatto preveduto come reato – che costituisce ai sensi dell'art. 202 c.p. il primo presupposto, quello di tipo oggettivo, per l'applicazione delle misure di sicurezza⁶⁵. Diversamente, invece, l'opposta soluzione politico-criminale di ritenere applicabili almeno queste misure punitive in presenza di cause estintive avrebbe comportato come corollario logico l'assurdo di imporre un accertamento nel merito della sussistenza del fatto al solo scopo della eventuale irrogazione di una misura di sicurezza.

Né, tanto meno, per avvalorare la tesi dell'identità delle due categorie di non punibilità in esame si può sostenere che la disciplina dell'art. 210 c.p. possa essere *estesa analogicamente alle cause di non punibilità in senso stretto*. Pur trattandosi di una *analogia in bonam partem*, in tal caso si violerebbe comunque il divieto di applicazione analogica espressamente contenuto nell'art. 14 delle *Disposizioni sulla legge in generale* ed implicitamente ribadito dall'art. 25, secondo comma, Cost., dal momento che questo art. 210 c.p., sebbene contenga disposizioni favorevoli al reo, resta in ogni caso una disposizione *penale in senso stretto* peraltro di tipo 'eccezionale', costituente un *limite interno* al di-

⁶⁵ Del medesimo ordine di idee è S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., p. 330, ad avviso del quale è impossibile riferire il disposto del primo comma dell'art. 210 c.p. anche alle cause di non punibilità sopravvenuta. Sebbene le sue osservazioni siano limitate solo a questo sottoinsieme di ipotesi di non punibilità in senso stretto, appare chiaro che l'osservazione può valere per tutte anche, cioè, per quelle originarie di tipo soggettivo. Questa supposizione è avvalorata se si considera, come rileva A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., p. 196 s., che anche le cause di esclusione della punibilità originarie (come ad esempio quella dell'art. 649 c.p.) presuppongono un accertamento (ovviamente sommario) del fatto; in tali ipotesi ciò che deve essere provato in sede processuale è se dal fatto commesso corrispondente alla fattispecie normativa astratta possano discendere o meno conseguenze penali.

ritto penale, e come tale rientrante nell'ambito di operatività del divieto di applicazione analogica delle norme che fanno eccezione alle regole generali⁶⁶.

L'art. 203 c.p., invece, nella parte in cui disciplina la pericolosità sociale quale presupposto soggettivo per l'inflizione di una misura di sicurezza, e stabilisce che «è socialmente pericolosa la persona, *anche se non imputabile o non punibile*, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati», sembra prevedere *la possibilità di applicare una misura di sicurezza* in tutte le ipotesi di non punibilità in senso ampio (fatta esclusione ovviamente per le sole cause estintive *ex art. 210 c.p.*) e quindi anche nelle ipotesi delle *cause di esclusione della punibilità in senso stretto*.

L'esistenza di queste due diverse disposizioni in materia di misure di sicurezza porta a concludere, in maniera abbastanza inequivoca, che nel nostro sistema penale il legislatore abbia voluto attribuire *effetti giuridici differenti* sotto il profilo della risposta sanzionatoria alle *cause estintive del reato* rispetto alle *cause di esclusione della sola punibilità*. Tutto ciò rafforza la fondatezza della tesi che rifiuta la loro sovrapposizione ed unificazione concettuale e, per contro, conferma l'esistenza di *due autonome categorie dommatiche*, l'una che ricomprende le ipotesi estintive del reato (o della pena), per la quale valgono gli effetti giuridici delineati dall'art. 210 e l'altra che accomuna le cause di esclusione della sola punibilità, per la quale valgono gli effetti giuridici descritti dall'art. 203 c.p.

Ulteriori argomenti pregnanti adducibili a sostegno di tale orientamento e a conferma della valutazione giuridica diversa che l'ordinamento ha inteso fare delle due categorie di ipotesi di esenzione da pena in questione, possono essere ricavati dalla lettura di alcune *disposizioni del codice di rito*.

È sufficiente anche una loro superficiale osservazione, per poter asserire con certezza che anche in tale sede il legislatore ha inteso distinguere in maniera netta le cause estintive del reato da quelle di esclusione della punibilità in senso stretto, attribuendo a ciascuno di questi insiemi un diverso 'valore' giuridico.

⁶⁶ Sull'analogia in diritto penale e sui suoi limiti di liceità si rinvia ancora a G. VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, cit., p. 158 ss. Sull'applicabilità analogica delle norme che eliminano l'illiceità del fatto penalmente rilevante in ragione della loro natura di norme non penali in senso stretto, cfr. G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1228 s., qui citato nella versione contenuta in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano, 1985, p. 222 s. Nella manualistica per un analogo punto di vista si rinvia per tutti a C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, I, cit., p. 81.

Per avere una conferma di ciò è utile volgere lo sguardo alle norme del codice di procedura che regolamentano l'ampia categoria delle sentenze di proscioglimento pronunciabili nel corso del processo penale⁶⁷.

Privilegiando l'ordine di progressione sistematica seguito dal codice in base alle varie fasi processuali nelle quali viene pronunciata la sentenza liberatoria dell'imputato, la prima disposizione che è opportuno prendere in esame a tal fine, e forse anche la più significativa per il presente discorso, è l'art. 129 c.p.p.

Tale norma, riproducendo sostanzialmente il testo dell'art. 152 c.p.p. del codice abrogato, non si limita a dettare la regola generale dell'obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità per ragioni di economia processuale e di *favor rei*, ma contiene anche delle fondamentali puntualizzazioni e distinzioni riguardo alle formule di proscioglimento. Più precisamente, enunciando le varie tipologie di ipotesi rilevabili «il fatto non sussiste, l'imputato non l'ha commesso, il fatto non costituisce reato, il fatto non è previsto dalla legge come reato, il reato è estinto, o manca una condizione di procedibilità», stabilisce un ordine progressivo di cause di non punibilità che è necessario seguire in quanto rispecchia un criterio logico-giuridico favorevole all'imputato.

In altri termini, questo articolo introduce una vera e propria *gerarchia delle formule di proscioglimento*⁶⁸, per la quale dev'essere anzitutto valutato se il fatto sussiste nei suoi lineamenti obiettivi; in caso affermativo, se l'imputato lo ha commesso con dolo o colpa; in caso di risposta affermativa anche a questo quesito, se il fatto sia o meno previsto dalla legge come reato; infine in caso di esito positivo anche di questo accertamento, se sussiste una causa di estinzione del reato o se difetta una condizione di procedibilità⁶⁹.

Dal capoverso dello stesso articolo si evince ancora più chiaramente l'ordine di tale progressione gerarchica delle formule. In questo secondo comma, infatti, il legislatore afferma che le cause di prosciogli-

⁶⁷ In argomento nella manualistica si veda per tutti G. RICCIO-G. SPANGHER, *La procedura penale*, cit., p. 582 ss. Da ultimo, una interessante indagine sulle ipotesi di non punibilità incentrata sulle formule di proscioglimento è stata svolta da V. VALENTINI, *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta. In margine ai "condoni tributari 2003"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1111 ss.

⁶⁸ Sostiene l'esistenza di un ordine gerarchico fra le diverse formule di proscioglimento, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 961; in termini analoghi cfr., A. NAPPI, *Guida al codice penale*, Milano, 2003, p. 522.

⁶⁹ Sul punto cfr. Cass., 30 novembre 1989, Pennino, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1584.

mento nel merito con formula liberatoria (quando siano evidenti) prevalgono sulle cause di estinzione del reato⁷⁰.

Anche da questa norma affiora un ennesimo indizio dell'intenzione del legislatore di distinguere tra cause estintive del reato ed altre cause di esclusione della punibilità in senso stretto e, nel caso in esame, di voler attribuire valore preminente alle seconde sulle prime.

La seconda norma processuale da esaminare è l'art. 469 c.p.p. che stabilisce che, salvo quanto previsto dall'art. 129, secondo comma, nella fase *predibattimentale* il giudice, in camera di consiglio, sentiti il pubblico ministero e l'imputato, e se questi non si oppongono, pronuncia sentenza inappellabile di non doversi procedere se accerta che l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita per mancanza di una condizione di procedibilità o che il reato è *estinto*. Questa disposizione, enunciando tale regola, intende affermare che tutte le pronunce favorevoli all'imputato che possono essere adottate a prescindere da un'indagine nel merito dei fatti devono essere pronunciate dal giudice nel momento antecedente il dibattimento. Ma così dicendo, sottolinea ancora una volta implicitamente la differenza strutturale tra una sentenza che accerta una causa estintiva che *prescinde da una (completa) valutazione nel merito*, ed una sentenza che proscioglie per una causa di esclusione della punibilità in senso stretto che impone invece un pieno accertamento nel merito dei fatti⁷¹.

Infine, le ultime norme del codice di rito da prendere in considerazione sono gli artt. 530 e 531 c.p.p. che disciplinano rispettivamente le sentenze dibattimentali di assoluzione e di non doversi procedere per dichiarazione di estinzione del reato⁷².

⁷⁰ In questo senso, sebbene in relazione all'art. 152 del codice abrogato, si veda Cass., 17 aprile 1978, Lombardo, in G. LATTANZI, *Codice di procedura penale*, Milano, 1998, p. 406.

⁷¹ Cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., p. 196 ss., il quale rileva che anche le cause di esclusione della punibilità originarie (come ad esempio quella dell'art. 649 c.p.) presuppongano un accertamento (ovviamente sommario) del fatto. In argomento, di recente, cfr. V. VALENTINI, *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta*, cit., p. 1119 ss., cui si rinvia anche per una ricostruzione dei diversi orientamenti esistenti in dottrina.

⁷² S. LORUSSO, *Art. 530*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Milano, 2001, p. 1529 ss.; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2003, p. 588. Il mancato richiamo ai fini del presente discorso anche all'art. 425 c.p.p. è dettato dal fatto che esso non prevede alcuna distinzione tra le cause estintive del reato e le altre ipotesi di non punibilità; sulle caratteristiche peculiari di questa sentenza di non luogo a procedere si rinvia per tutti a C. IASEVOLI, *Il nuovo ambito del controllo sull'esercizio dell'azione penale alla luce della nuova formulazione dell'art. 425 c.p.p.*, in *Le*

Dalla loro lettura la distinzione tra le due categorie di ipotesi di esimenti ora in esame appare ancor più nitida: l'art. 530 c.p.p. disciplina il numero chiuso delle formule di assoluzione utilizzabili dall'organo giudicante al termine del dibattimento dopo un'indagine nel merito assistita da prova evidente. In tale elenco, sebbene all'ultimo gradino della scala gerarchica, sono annoverati anche *i casi "di non punibilità per altra ragione"* in cui rientrano, per l'appunto le cause di esclusione della punibilità in senso stretto come la ritrattazione e non compaiono invece le cause estintive che trovano la loro autonoma disciplina nella norma successiva, l'art. 531 c.p.p.⁷³.

Già la scelta sistematica di collocare la disciplina di queste ultime in una apposita disposizione separata è espressione dell'intenzione legislativa di voler loro attribuire un peso ed una valenza diversa rispetto alle altre cause di proscioglimento. Questo dato emerge in modo ancor più evidente nel momento in cui si passa ad esaminare il contenuto precettivo delle due norme: ci si rende immediatamente conto che la dichiarazione di non punibilità dell'imputato per sopravvenuta estinzione del reato differisce da quella per l'accertamento di una causa di non punibilità in senso stretto (e di ogni altra causa di non punibilità) anche nella *forma del provvedimento assolutorio*: nel caso delle cause di non punibilità in senso stretto, difatti, il giudice pronuncia una *sentenza di assoluzione* nel merito, mentre nell'ipotesi delle cause estintive pronuncia semplicemente una *sentenza di non luogo a procedere*, non comprensiva, com'è noto, anche di un pieno riconoscimento di innocenza dell'imputato (con tutte le conseguenze che per esempio possono derivare per la disposizione o meno della revoca della confisca).

In altre parole, per i compilatori del codice di rito, *una causa di non punibilità in senso stretto accertata all'esito del dibattimento consente di prosciogliere dopo una valutazione nel merito con formula pienamente liberatoria l'imputato*, mentre l'accertamento di una causa estintiva non fondandosi su un giudizio approfondito sui fatti, non libera il reo del tutto dall'etichettamento negativo del processo penale e da alcune conseguenze sanzionatorie come ad esempio la confisca.

Tutto ciò vale a confermare la netta differenziazione che sul piano legislativo esiste tra questi due tipi di cause esimenti, nonché a dimostrare *a fortiori* la necessità di considerare, a livello dommatico, una categoria classificatoria autonoma rispetto alle cause estintive al fine

nuove frontiere del modello accusatorio, a cura di A. De Caro, Napoli, 2001, p. 235 ss.

⁷³ Per dei chiarimenti sul significato della locuzione "non punibilità per altra ragione" si veda, fra gli altri, S. LORUSSO, *Art. 530*, cit., p. 1532; E. MARZADURI, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, vol. V, Torino, 1991, p. 513 s.

di raggruppare le ipotesi di non punibilità in senso stretto nella quale rientra appunto la ritrattazione.

Ciò non toglie che, alla stessa stregua di quanto avviene per le scriminanti, le scusanti ed i limiti istituzionali della punibilità, – che, nonostante le differenze di disciplina, in ragione di molte affinità, possono essere considerate come le tre *species* della categoria di genere delle esimenti – anche le *cause estintive del reato* e le *cause di esclusione della punibilità in senso stretto* possono essere ricondotte in un'unica *macrocategoria autonoma*: quella delle cause di esclusione della punibilità (altrimenti dette 'vicende della punibilità').

4. Brevi cenni sulla 'punibilità' come quarta autonoma categoria nella teoria generale del reato

Una volta chiarito che la ritrattazione debba essere più correttamente inquadrata nell'ambito delle *cause di non punibilità in senso stretto* (più precisamente ancora, delle *cause di non punibilità sopravvenute*), può risultare opportuno puntualizzare (seppur brevemente) cosa si intenda per *punibilità*. La 'punibilità', infatti, costituisce una vasta ed oscura area 'residuale' del diritto penale per lungo tempo sottovalutata dalla dottrina. Solo di recente si è avvertita la necessità di razionalizzarla⁷⁴, interrogandosi sulla possibilità di ricavare nell'ambito della teoria generale del reato una quarta ed autonoma categoria dotmatica⁷⁵ idonea a ricomprendere tutte quelle ipotesi in cui il legislatore ritiene che «delle condizioni ulteriori [personali o oggettive] ed esterne rispetto al fatto antigiuridico e colpevole possono fondare o

⁷⁴ Un invito ad operare in tal senso era già provenuto da S. PROSDOCIMI, *Profilo penale del postfatto*, cit., p. 342; L. STORTONI, *Premesse ad uno studio della punibilità*, cit., p. 400; A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., p. 2. In Germania analoghe osservazioni sono state prospettate da W. NAUCKE, *Auf der Grenzen zwischen Strafziel und Straflosigkeit*, in *Jura*, 1979, p. 426 ss.

⁷⁵ Di recente, un'indagine finalizzata a stabilire se la variegata dinamica dei rapporti fra il reato e le sue conseguenze giuridiche sia riconducibile ad un'unica autonoma categoria (quella della punibilità), che non sia una inutile duplicazione della tipicità, dell'antigiuridicità o della colpevolezza, è stata condotta da A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., spec. p. XVII. Come l'Autore stesso rileva «l'esigenza di percorrere le lande poco esplorate, ma ad un tempo e quasi paradossalmente a tutti note, che segnano il *Grenzgebiet zwischen Strafbarkeit und Straflosigkeit*, la terra di confine tra punibilità ed impunità, è in vario modo emersa, in tempi recenti, anche sulla spinta di tendenze legislative orientate a trattare la punibilità come momento autonomo dalla realizzazione di un reato e soprattutto eccentrico rispetto all'offesa».

escludere l'opportunità di punirlo»⁷⁶ per ragioni squisitamente politico-criminali⁷⁷.

Per anni, invece, a causa della eccessiva eterogeneità delle fattispecie che in tale categoria di genere sono state fatte confluire⁷⁸, la dottrina maggioritaria – privilegiando un approccio dommaticamente 'neutro' – ha ritenuto che le (sempre più numerose⁷⁹) norme che sanciscono la non punibilità per cause diverse da quelle di esclusione del reato (cause di esclusione della tipicità, dell'antigiuridicità e della colpevolezza) fossero da classificare nell'alveo indistinto delle *vicende della punibilità*⁸⁰, rinunciando così ad una loro ordinata sistematizzazione nell'ambito della teoria generale del reato.

Se si eccettua un primo isolato tentativo di elaborazione dommatica compiuto da alcuni giuristi della fine dell'Ottocento, soprattutto di lingua tedesca (basti pensare che questa categoria figurava già nella costruzione belinghiana come requisito essenziale dell'illecito penale), la tendenza dominante nella cultura penalistica di formazione tecnico-giuridica⁸¹, a partire dalla prima metà del Novecento, è stata quella di avviare un progressivo processo di *formalizzazione* e 'spiritualizzazione' della nozione di punibilità nel solco del formalismo giuridico di matrice kelseniana⁸² che concepiva, sul piano della teoria generale del

⁷⁶ Così G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 652; nonché degli stessi Autori, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2004, p. 235 ss.

⁷⁷ Il tema della punibilità è vagliato approfonditamente, soprattutto, nella dottrina penalistica di lingua spagnola come confermano i lavori di P. FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, Valencia, 2000, *passim*; O. GARCIA PÉREZ, *La Punibilidad en el Derecho Penal*, Pamplona, 1997, *passim*; D.M. LUZON PEÑA, *Punibilidad (Derecho Penal)*, in *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Madrid, 1995.

⁷⁸ In tal senso C. PEDRAZZI, *L'exceptio veritatis. Dommatica ed esegesi*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1954, p. 430; sulle difficoltà che si incontrano nel definire la punibilità e nell'individuare come autonoma categoria sistematica cfr. anche G. RUGGIERO, voce *Punibilità*, cit., p. 1119 s.

⁷⁹ Sulla progressiva espansione delle ipotesi di non punibilità sia consentito rinviare al nostro, *Prospettive evolutive della 'non punibilità' tra tecniche da abbandonare e tecniche da valorizzare*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, Napoli, 2005, p. 247 ss.

⁸⁰ Si veda in tal senso G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, p. 725 ss.

⁸¹ Sul punto cfr. A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, cit., p. 60 ss.

⁸² Com'è noto, ad avviso di H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1934), trad. it., II ed., Torino, 1960, *passim*, il predicato di giuridicità di un illecito è rappresentato dalla sanzione, sicché non può esistere un illecito senza la pena.

diritto, il precetto e la sanzione come due termini inscindibili di una stessa relazione.

Da allora essa è stata quasi unanimemente considerata non come un autonomo elemento della struttura del reato, bensì come un suo mero *predicato* tendenzialmente *irrinunciabile* a meno di scelte eccezionali del legislatore⁸³.

Una significativa svolta a tale inerzia dommatica è stata imposta dalle suggestive intuizioni di Marinucci e Dolcini. Nei loro manuali i due illustri Autori, proprio rifiutando una concezione formale, neutra e residuale della punibilità come insieme di presupposti distinti dal reato che permettono l'inflizione della pena⁸⁴, e riprendendo e sviluppando le intuizioni dommatiche di Beling⁸⁵ prima, e di von Hippel e di Battaglini⁸⁶ poi, sono addivenuti alla conclusione di considerare la punibilità come il *quarto e necessario elemento della teoria del reato*, come la quarta tessera da aggiungere al fatto già tipico, antiggiuridico e colpevole per poter considerare completo il mosaico dell'illecito penale⁸⁷.

⁸³ Sul punto si veda A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., p. 16 ss.

⁸⁴ È, infatti, opinione dominante nella dottrina italiana che la punibilità non possa essere considerata un elemento costitutivo del reato, bensì rappresenti una categoria residuale e neutra da un punto di vista politico-criminale in cui far rifluire tutti quei fattori che, pur non essendo sussumibili in nessuno degli elementi del reato, fanno venire meno la possibilità di applicare ad esso la pena minacciata. In tal senso si veda nella manualistica più recente G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 725 ss.; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, II, cit., p. 217 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 848 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 71.

⁸⁵ L'elemento della punibilità era stato individuato come elemento costitutivo autonomo della struttura del reato già da E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 51 ss.

⁸⁶ Entrambi i due illustri Autori già negli anni Trenta e Quaranta inserivano la punibilità tra gli elementi del reato; si veda al riguardo rispettivamente R. V. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, cit., pp. 94 e 377 ss.; G. BATTAGLINI, *Gli elementi del reato del nuovo codice penale*, cit., pp. 1089 ss., spec. 1098 ss.; ID., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 71 e 275 ss. Si badi: nella ricostruzione di Battaglini al riconoscimento della categoria della punibilità faceva da presupposto la negazione dell'esistenza della categoria dell'antigiuridicità; la punibilità sostituiva in pratica l'antigiuridicità ed era il terzo elemento «a sé» della struttura del reato «da aggiungersi al fatto tipico e alla colpa» (p. 1099).

⁸⁷ Così G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 625; in argomento cfr. L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, cit., p. 403 ss.; T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., p. 121 ss. Più ampiamente sul problema della punibilità come categoria della teoria del reato, sebbene approdi alla fine ad una soluzione negativa, si veda A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., p. 107 ss.

Secondo Marinucci e Dolcini, se si segue nell'accertamento di un fatto l'ordine logico in cui sono disposti i tre elementi del reato, tipicità antiggiuridicità e colpevolezza, ci si avvede che nel nostro sistema penale, anche all'esito positivo di questa completa indagine, sovente non segue l'applicazione della sanzione; è come se le «minacce di pena operano *'con riserva'*: si applicano cioè ai fatti antiggiuridici e colpevoli solo in presenza di una serie di condizioni. Se tali condizioni non sussistono la pena è inapplicabile e il fatto non costituisce reato». Esiste dunque, a loro avviso, *un altro elemento* da accertare prima di poter ritenere configurato un illecito penale: la *punibilità*⁸⁸.

Più precisamente, osservano i due giuristi milanesi, «la logica sottostante alla presenza della punibilità nella struttura del reato può così compendiarsi: tra un fatto antiggiuridico e colpevole vi è – o, meglio, vi può essere – uno spazio riservato ad ulteriori scelte politico-criminali sull'opportunità di una effettiva punizione, che il legislatore può compiere direttamente, ovvero indirettamente, attribuendo il relativo potere al giudice»⁸⁹.

Secondo questo orientamento tale elemento (la punibilità) individuerrebbe il «collegamento consequenziale» intercorrente tra il reato e la pena, teoricamente «necessario e immancabile», eccezionalmente spezzato da (o subordinato a) molteplici tipi di cause⁹⁰: condizioni obiettive di punibilità estrinseche (es. la bancarotta prefallimentare di cui agli artt. 216 e 217 legge fallimentare); cause originarie e personali di non punibilità (es. le immunità internazionali ex art. 3 c.p. e l'art. 649 c.p.); cause di non punibilità sopravvenute (es., ovviamente, la ritrattazione); cause di estinzione del reato (es. l'art. 150 ss., c.p.).

Si tratterebbe, cioè, di una categoria dai confini incerti e dai contenuti indefiniti, comprensiva sia di cause che incidono sulla comminatoria edittale della pena escludendone l'applicabilità in assenza di determinate condizioni (si pensi, ad esempio, al caso della non punibilità dei giocatori d'azzardo in assenza della condizione della flagranza o dei parlamentari per le dichiarazioni rese nell'esercizio delle loro funzioni); sia di cause che incidono sulla punibilità in astratto impedendo l'inflizione della pena nei confronti di un reato che sia già stato com-

⁸⁸ Sull'importanza dell'ordine logico da seguire nella disposizione degli elementi del reato, comunque essi siano individuati, si rinvia nella dottrina tedesca a G. RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem* (1904), rist. an. 1967, p. 71; E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 77. Ineludibili argomenti normativi a conferma della validità di questo ordine logico sono individuabili ancora una volta nelle disposizioni del codice di procedura penale e, precisamente, nell'art. 129 c.p.p., nonché negli artt. 530 e 531 c.p.p.

⁸⁹ Così G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 653.

⁹⁰ Così F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 529.

messo, ma in relazione al quale non sia ancora intervenuta una sentenza irrevocabile di condanna (si pensi ad es., oltre alla ritrattazione, alla oblazione ed alle altre cause estintive del reato); sia, infine, di cause che incidono sulla punibilità in concreto, recidendo il nesso reato-pena nei confronti di un reato in relazione al quale sia già intervenuta anche una sentenza di condanna irrevocabile (tutte le cause di estinzione della pena)⁹¹.

Ad avvalorare questa opzione sistematica favorevole alla collocazione della punibilità all'interno della struttura del reato ed a stimolare l'approfondimento di un suo studio critico⁹², ha contribuito, inoltre, la esponenziale ed irrazionale *espansione* di tale settore del diritto penale registrata negli ultimi tempi (parallelamente all'espansione delle fattispecie incriminatrici) a causa dell'incremento progressivo di cause di esclusione della punibilità sopravvenute di tipo *premierale*⁹³.

Si deve rilevare, per completezza, che un analogo dibattito sulla esistenza di una autonoma categoria della punibilità all'interno della struttura del reato si è sviluppato di recente anche nella dottrina tedesca e spagnola. Gli Autori di entrambe le nazionalità, a seconda che accettino o neghino la distinzione tra le due categorie della meritevolezza e del bisogno di pena, sono arrivati, rispettivamente, a sostenere o rifiutare il riconoscimento della punibilità come autonomo elemento del reato⁹⁴.

⁹¹ Attribuisce tale triplice accezione al concetto di punibilità e, conseguentemente, alle cause che su di essa incidono, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 528 s., il quale parla di *punibilità edittale*, *punibilità in astratto* e *punibilità in concreto*.

⁹² Evidenzia la necessità di dover affrontare il problema «della posizione dommatica della *punibilità* rispetto alla costruzione teorica del reato (in seguito alla sempre più frequente) introduzione nell'ordinamento di figure di non punibilità legate al c.d. pentimento del reo», L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, cit., pp. 397 e 417. Sulla politica premierale emergenziale in materia di pentitismo si vedano, più dettagliatamente, i volumi collettanei già citati in precedenza *La legislazione premierale*, e *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, nonché T. PADOVANI, *La soave inquisizione*, cit., p. 544 s.

⁹³ Come rileva acutamente A. DI MARTINO, *op. ult. cit.*, p. 50 ss., si è registrato un parallelismo tra l'inflazione emergenziale del diritto penale e la sempre maggiore diffusione di cause di non punibilità, soprattutto di quelle eccentriche rispetto ai principi fondanti del sistema. Lo strumento della non punibilità è divenuto sovente per il legislatore il contro-altare alla «penalizzazione pervasiva ma non sempre fondata» su adeguate valutazioni politico-criminali, l'«agile mezzo per *non* affrontare le questioni di ineffettività della sanzione» (p. 51).

⁹⁴ Nella dottrina tedesca a favore della tesi che riconosce la punibilità come autonoma categoria del reato, cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 866; H.H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 497; *contra* cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 339 ss. Nel-

Si badi che anche tra gli stessi Autori che riconoscono la punibilità come elemento del reato non sussiste unità di vedute per quanto concerne la definizione del suo contenuto. Una parte della dottrina accoglie, infatti, una nozione ampia di punibilità comprensiva sia delle condizioni oggettive di punibilità, sia delle cause estintive del reato e della pena, sia delle cause di esclusione della punibilità in senso stretto; mentre altra parte della dottrina sostiene che queste ultime, le «*causas de levantamiento o anulación de la pena, comportamientos positivos posteriores a la ejecución del hecho delictivo, realizados por el propio sujeto activo*», verificandosi posteriormente alla realizzazione del fatto non possono essere considerate elementi costitutivi del reato e debbano essere «*situadas fuera de la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, constituyen un presupuesto de la pena distinto del delito*»⁹⁵.

4.1. Segue. Critica

Questa costruzione teorica che conduce all'adozione di una dottrina del reato di tipo *quadripartito*, sebbene sia funzionale a garantire maggiore completezza e razionalità nell'attività di verifica della sussistenza di un reato rispetto alla tradizionale concezione tripartita, si espone, però, ad una serie di obiezioni.

Se, invero, appare *fondata nelle sue premesse*, vale a dire nel momento in cui evince da una valutazione complessiva dello stato odierno del diritto penale sostanziale e processuale la necessità di procedere ad una razionalizzazione della materia della non punibilità in progressivo e sempre più scomposto ampliamento, *non sembra pienamente condivisibile nelle conclusioni* a cui approda quando arriva ad identificare nella punibilità la categoria concettuale idonea per tale scopo e, soprattutto, arriva a collocarla all'interno della teoria generale del reato quale suo quarto elemento costitutivo.

È, infatti, innegabile che la deleteria prassi dell'abuso delle ipotesi normative di esclusione dell'applicazione della pena, anche (*recte*: soprattutto) di natura puramente negoziale o del tipo dei condoni, ha determinato il definitivo superamento della concezione del rapporto reato-pena come *diadi rigida* ed inscindibile, su cui si è fondata per decenni la penalistica moderna⁹⁶. È, cioè, innegabile che gli effetti della

la dottrina iberica si rinvia ai lavori in argomento di P. FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 147 ss.; O. GARCIA PÉREZ, *La Punibilidad en el Derecho Penal*, cit., p. 69 ss.

⁹⁵ P. FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 149.

⁹⁶ Anticipava questo scenario L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, cit., p. 399 s., il quale avvertiva che «è la stessa corrispondenza tra reato e

flessibilità del postmoderno si sono riverberati anche nell'impianto teorico del diritto penale mettendone in crisi il suo concetto primario: quello di reato.

Nel contesto giuridico attuale il reato non è più sintetizzabile nella formula certa con corrispondenza biunivoca reato = pena o, per usare una immagine matematica, non è più riconducibile al concetto di funzione $f(x) = y$, dove x sta per un qualsiasi reato e y sta per la pena che a quel reato deve necessariamente corrispondere; sempre più spesso alla commissione di un reato segue la mancata inflizione di una pena.

Anzi, non si può non concordare con Donini nella parte in cui asserisce che al giorno d'oggi, «volendo partire da un dato di realtà, anziché di finzione, l'ipotesi normale è che un reato non sia punito. L'eccezione, pertanto, è la punibilità (la sua concreta attuazione), non il contrario di essa (il suo eventuale venir meno)»⁹⁷.

È dunque necessario abbracciare l'idea che il concetto di reato (se si aspira ancora a costruire una dommatica che attinga dalla realtà e che non insegua metafisici dati 'ontici' e 'pregiuridici'⁹⁸) può essere espresso oramai solo con una 'formula flessibile con soluzioni alternative', in base alla quale alla commissione di un fatto astrattamente preveduto dal precetto primario di una norma come illecito penale può tanto seguire l'applicazione di una sanzione in forza del precetto secondario della stessa, quanto l'accertamento della non punibilità in base ad una diversa norma speciale 'scriminante'. Risulta allora imprescindibile, assodatanne l'incidenza nella vita quotidiana del diritto penale, cimentarsi nell'opera di ricostruzione in termini razionali di questa categoria delle ipotesi di esenzione da pena per fatti già apparentemente costituenti reato.

Senonché, ad avviso di questa altra parte della dottrina⁹⁹, per quanto importante possa essere nelle dinamiche dell'applicazione delle fattispecie incriminatrici il ruolo svolto dalla punibilità, essa non può essere elevata ad elemento costitutivo del reato alla stessa stregua

pena che tende progressivamente ad affievolirsi creando, inevitabilmente, un sempre maggior spazio al problema della punibilità (...). Tra i due termini dell'equazione si apre uno spazio che non può più essere ignorato, né relegato nell'ambito marginale della eccezione ma che richiede di essere indagato e qualificato». Da ultimo segnala questa deriva del sistema penale e l'abbandono dell'antico brocardo *nullum crimen sine poena*, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 554.

⁹⁷ Così M. DONINI, *Non punibilità ed idea negoziale*, cit., p. 1038.

⁹⁸ Per un approccio dommatico di questo tipo, e per una critica al tentativo di inseguire concetti e categorie ontici preesistenti alla realtà si rinvia al fondamentale lavoro di G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, *passim*.

⁹⁹ In argomento vd. ancora M. DONINI, *Non punibilità ed idea negoziale*, cit., p. 1039.

della tipicità, dell'antigiuridicità e della colpevolezza per due ordini di ragioni.

Innanzitutto, da un punto di vista logico, tale *concetto non* ha di per sé *valore sistematico-classificatorio* e non può assurgere a categoria dommatica unitaria come le altre categorie della teoria generale del reato. Come rilevava lucidamente Pisani, già tempo addietro: «la punibilità è semplicemente la qualifica implicita deducibile dalla definizione dell'illecito penale, che esprime la regolare potenzialità del collegamento tra il fatto incriminato e le conseguenze sul piano sanzionatorio, ma assume concretezza di profilo, oltre che agli effetti delle condizioni di non punibilità, prevalentemente come correlativo logico del fenomeno eccezionale della non punibilità, giustificato da singole esigenze di politica legislativa, che hanno portato il legislatore a configurare delle ipotesi normative di secondo grado in alcune disposizioni incriminatrici»¹⁰⁰.

La punibilità, vale a dire, non designa null'altro che la logica, prevedibile conseguenza di un fatto costituente reato. Se allora si deve immaginare una categoria dommatica con reali aspirazioni classificatorie e capacità di razionalizzazione delle cause di esenzione dall'applicazione della pena, questa non può essere la punibilità, ma il suo *correlativo logico negativo* che la riempie di contenuti: *la 'non punibilità'*¹⁰¹.

In secondo luogo, si obietta che la punibilità, o meglio la non punibilità, non può essere considerata il quarto *elemento costitutivo* del reato, in quanto essa è, al più, catalogabile come un *effetto* del completamento dell'illecito penale, un suo *posterius* e, come sostenuto da tempo dalla dottrina tedesca e spagnola poc'anzi richiamata, «riguarda criteri sia di meritevolezza e sia di bisogno di pena che stanno al di là dell'edificio sistematico del reato»¹⁰².

¹⁰⁰ Così, testualmente, M. PISANI, *La tutela delle prove formate nel processo*, cit., p. 224.

¹⁰¹ In tal senso, si vedano le pregnanti osservazioni di M. DONINI, *Non punibilità ed idea negoziale*, cit., p. 1036 ss., cui testualmente si rinvia: «assegno tuttavia un particolare significato tecnico non al concetto di punibilità, ma a quello di non punibilità. (...) Dal mio punto di vista non ha un grande significato conoscitivo affermare che la punibilità è un elemento del reato. (...) La vera categoria sistematica successiva, ed *esterna* all'analisi del reato, destinata ad ospitare le predette ipotesi (le cause originarie di esclusione della pena, e le cause sopravvenute), è dunque *la non punibilità*». Una analoga prospettiva sembra emergere anche in G. PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, cit., p. 3, nella parte in cui ritiene che la non punibilità, pur sembrando sul piano puramente letterale il mero rovescio logico della punibilità, «ne è invece, sul piano giuridico l'antecedente teorico e pratico di gran lunga più importante».

¹⁰² Per tali considerazioni si rinvia ancora a M. DONINI, *Non punibilità ed idea*

4.2. Segue. Una possibile soluzione intermedia

Cercando di rileggere insieme queste due costruzioni teoriche della punibilità appena esposte, emerge che la ragione, probabilmente, risiede nel mezzo: si tratta solo di filtrarle, eliminando i punti di contrasto, e di procedere poi ad una *reductio ad unum*, mettendone insieme i rimanenti tasselli, solo apparentemente incompatibili.

In primo luogo, per quel concerne il *concetto di genere* da preferire come contenitore logico delle cause di esclusione della pena in questione, si deve rilevare che è tanto vero, da un lato, che questo deve essere costituito dalla punibilità, quanto, dall'altro, che la punibilità non ha valore sistematico classificatorio se prescinde dalla non punibilità.

La parziale veridicità di entrambe le asserzioni conduce a ritenere che, piuttosto che sostituire al concetto di punibilità quello di non punibilità, la soluzione più congrua potrebbe essere, forse, quella di preservare la categoria della punibilità come categoria di *genus*, riempiendola, però, di nuovi e diversi contenuti e, più precisamente, costruendola in negativo attraverso il ricorso a quella della non punibilità¹⁰³.

Detto altrimenti: *l'elemento della punibilità si può spiegare solo attraverso il riferimento alle cause di non punibilità*, per cui si ha punibilità quando si accerti, con un giudizio oggettivo di relazione formale del fatto con alcune disposizioni premiali penali, la mancanza di cause di non punibilità¹⁰⁴.

Data allora l'evidente *analogia* di una simile ricostruzione della punibilità con l'elemento *dell'antigiuridicità*, il modo più corretto per definirla e caratterizzarla sarebbe quello di concepirla proprio sulla falsa riga di quest'ultima.

Così come l'antigiuridicità, intesa quale contrarietà del fatto all'intero ordinamento giuridico, viene tradizionalmente accertata attraverso un giudizio di relazione di tipo negativo volto a costatare la mancanza in tutto il sistema giuridico di cause di giustificazione¹⁰⁵, anche

negoziale, cit., pp. 1037 e 1044 s., il quale a sua volta rinvia a K. VOLK, *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus*, cit., p. 897 ss. Non sembra invece prendere esplicitamente posizione sull'argomento L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, cit. p. 404 ss. il quale sofferma l'attenzione su i pro ed i contra di ciascuna soluzione.

¹⁰³ Di diverso avviso è G. RUGGIERO, voce *Punibilità*, cit., pp. 1119 e 1129, il quale considera punibilità e non punibilità come due categorie diverse, invece che come due facce della stessa medaglia.

¹⁰⁴ In termini analoghi sulla punibilità si esprime anche M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., p. 420 ss.

¹⁰⁵ Sul concetto di antigiuridicità e sulle sue due possibili letture in termini formali o sostanziali si veda per tutti G. MARINUCCI, voce *Antigiuridicità*, in *Dig.*

la punibilità, intesa come possibilità di procedere alla commisurazione ed all'applicazione in concreto della pena al colpevole, dovrà essere accertata tramite un *giudizio di relazione negativo* diretto ad evidenziare la mancanza (nel solo diritto penale) di cause di esclusione della pena di un fatto già costituente reato secondo la tradizionale concezione tripartita¹⁰⁶.

La punibilità costituirebbe, altresì, *l'ultimo giudizio* in ordine logico che il giudice dovrebbe compiere prima di infliggere una sanzione penale nei confronti dell'autore di un fatto penalmente rilevante o, meglio ancora, potrebbe essere definita come il *presupposto* legittimante il potere del *giudice* di procedere alla *valutazione del precetto secondario* della fattispecie incriminatrice.

Si vuole dire, ad esempio, che nel delitto di falsa testimonianza, una volta accertata la successiva ritrattazione, non viene meno l'inflizione della pena in concreto, ma viene meno a monte la *possibilità per il giudice di andare a valutare la cornice edittale* prevista per quel delitto e di procedere alla commisurazione della pena; si arresta, cioè, a metà strada il procedimento *ricognitivo* seguito dal giudice per la sussunzione del fatto nella disposizione incriminatrice, restando fuori la valutazione del precetto secondario, quello comprensivo della pena edittale.

Non deve destare perplessità il fatto che così ragionando resterebbero al di fuori da tale categoria le *cause estintive della pena*. Tali fattispecie, infatti, vengono in considerazione in un momento diverso e successivo rispetto a quello della punibilità: quello della esecuzione di una preesistente sentenza definitiva di condanna. Esse, cioè, presuppongono un fatto non solo costituente reato, ma anche già *punito* dal giudice.

Con riferimento all'altro punto contestato, quello della collocazione della punibilità all'interno o all'esterno della teoria del reato, anche in

disc. pen., vol. I, Torino, 1987, p. 172 ss., il quale propende per riconoscerle un carattere puramente formale, negando spazio ad altri eventuali contenuti materiali. Per un diverso orientamento e per una rivalutazione dell'antigiuridicità materiale si rinvia per tutti a C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., p. 25 ss.

¹⁰⁶ Data questa analogia strutturale del giudizio, la differenza sta solo nel tipo di rapporto esistente tra le due diverse categorie di cause di non punibilità e la norma penale incriminatrice: le cause di giustificazione non sono norme penali in senso stretto e la loro sussistenza rende lecito il fatto rispetto all'intero ordinamento giuridico; le cause di non punibilità, invece, sono norme penali in senso stretto e si trovano in un rapporto di regola-eccezione con la norma incriminatrice, sicché lasciano inalterati gli effetti prodotti dal fatto in altri settori dell'ordinamento. Si rinvia per una più approfondita disamina di questo aspetto, con particolare riferimento alle scriminanti, a G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico criminali*, cit., p. 1190 ss.

tal caso entrambe le tesi colgono parzialmente nel segno: è, infatti, corretto e comprensibile aspirare ad un suo inserimento in questa sede proprio per poterne consentire uno studio ed un approfondimento adeguati alla sua importanza; ma è anche fondato obiettare che questo tipo di valutazione, per quanto necessaria, resta sempre, ontologicamente, un *posterius* rispetto al fatto tipico, antigiuridico e colpevole verificatosi in un altro *punctum temporis* e (salvo i casi di alcune cause estintive del reato) già accertato.

In ogni modo, comunque la si concepisca, una quarta categoria del reato troverebbe un fondamento ulteriore di legittimazione nel momento in cui se ne valuti anche l'eventuale *funzione politico-criminale*¹⁰⁷. Seguendo l'insegnamento roxiniano di non limitarsi, sulla scia del positivismo giuridico, ad attribuire a ciascuna delle categorie dommatiche della teoria generale del reato un ruolo meramente sistematico-classificatorio, bensì anche una *specifica funzione politico-criminale*¹⁰⁸, riducendo così la dommatica ad una scienza 'concettualistica ed astratta', ad essa potrebbe essere attribuita la precipua funzione di evitare l'inflizione della sanzione penale in tutti i casi in cui per *valutazioni di opportunità politico-criminale* ci si rende conto che ciò non contribuirebbe a realizzare gli scopi preventivi della pena, sia generali (di stabilizzazione della coscienza giuridica generale) che speciali (di effettiva risocializzazione del reo).

Una reinterpretazione della punibilità in termini non meramente concettualistici ed astratti consentirebbe di risolvere il problema dell'incontrollato ricorso a quelle ipotesi di non punibilità (come i condoni) prive di funzioni politico-criminali razionali rispetto ai principi del sistema penale e non teleologicamente orientate alla realizzazione degli scopi preventivi della pena¹⁰⁹. A tali condizioni, infatti, fattispecie

¹⁰⁷ Sulla necessità di attribuire non solo un ruolo puramente classificatorio, ma anche una funzione politico-criminale a ciascuna delle singole categorie del reato, si vedano per tutti C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, p. 37 ss.; S. MOCCIA, *Presentazione* a C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p. 21 ss.; Id., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., *passim*; e nella manualistica C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, I, cit., p. 153 ss. In termini parzialmente critici nei confronti di questo approccio teorico si esprime A. PAGLIARO, *Principi penalistici e dogmatica del reato*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, p. 1600, il quale osserva come ciascuna categoria dommatica non attua un solo specifico principio, bensì tutti i principi fondamentali.

¹⁰⁸ In tal senso si veda C. ROXIN, *Politica criminale*, cit., p. 76.

¹⁰⁹ Per osservazioni critiche sull'utilizzo di leggi recanti condoni in materia penale, con particolare riferimento a loro eventuali profili di illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 79 Cost., si veda V. MAIELLO, *Condono edilizio e*

premiali di questo genere perderebbero qualunque fondamento razionale di legittimazione, risultando palesemente antitetico rispetto al perseguimento di obiettivi di prevenzione generale e di prevenzione speciale positivi ¹¹⁰.

La categoria della *punibilità*, riletta in tale prospettiva teleologica (e svuotata anche delle *cause estintive della pena* per le ragioni in precedenza esposte), oltre ad apparire più razionale e funzionale sotto il profilo logico-sistematico, assumerebbe sul piano dei contenuti dei confini più nitidi e certi, risultando idonea a contenere unicamente, oltre alle condizioni obiettive di punibilità estrinseche: a) le *cause personali di non punibilità*, in cui la possibilità di valutare l'applicabilità della pena è esclusa da fattori inerenti alla qualifica od alla posizione personale dell'agente o ai suoi rapporti con la vittima; b) le *cause estintive del reato*, in cui la punibilità viene meno per svariate ragioni a causa della mancanza di interesse all'esercizio della potestà punitiva; c) le *cause di non punibilità sopravvenuta* imperniate su contro-condotte del reo, in cui la punibilità è esclusa in forza della effettiva tutela approntata al bene giuridico attraverso la condotta equivalente e contraria del reo.

Senza tener conto che la punibilità così intesa svolgerebbe una funzione di filtro e di sbarramento al dilagante panpenalismo e rappresenterebbe una *attuazione secondaria* (e fondamentale) *del principio di sussidiarietà-necessarietà* ¹¹¹.

limiti costituzionali della remissione sanzionatoria: la Consulta continua a deludere, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 1234 ss.; ID., *La politica delle amnistie*, in *Storia d'Italia. Annali*, 12, *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, 1997, p. 977; G. GEMMA, *Condono edilizio e costituzione: una compatibilità tutta da dimostrare*, in *Giur. cost.*, 1995, pp. 4506 ss., spec. 4509. In termini critici nei confronti dei condoni si era espresso sin da subito, T. PADOVANI, *La soave inquisizione*, cit., p. 531; sul punto si veda anche, G. INSOLERA, *I "moderni condoni" tra prassi legislative e codificazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1304 ss. In argomento, per un punto di vista parzialmente diverso, cfr. C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni "indultino": forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2004, p. 225. Da ultimo, si veda C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 1653 ss.

¹¹⁰ Sul punto sia consentito rinviare al nostro, *Prospettive evolutive della 'non punibilità'*, cit., p. 272 ss.

¹¹¹ Concepisce la non punibilità come una categoria attratta in chiave teleologica sotto il principio di sussidiarietà M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., p. 1035.

CAPITOLO IV

LA NATURA GIURIDICA DELLA RITRATTAZIONE E LA SUA ESTENSIBILITÀ AI CONCORRENTI

SOMMARIO: 1. Natura giuridica ed estensibilità della ritrattazione ai concorrenti: due dubbi irrisolti. – 2. Le posizioni tradizionali a favore della natura soggettiva e della non estensibilità all'istigatore della ritrattazione ai sensi dell'art. 119, primo comma, c.p. – 3. La tesi analogica: la non estensibilità al compartecipe ai sensi dell'art. 182 c.p. (*Rinvio*) – 4. L'opposta tesi a sostegno della natura oggettiva e della comunicabilità al concorrente. – 5. L'ibrida soluzione intermedia e la sussunzione della condotta dell'istigatore nel delitto di subornazione di cui all'art. 377 c.p. – 6. La prima soluzione delle Sezioni Unite della Suprema Corte, 23 novembre 1985 (sentenza Cottone): la ritrattazione ha natura oggettiva e si estende al concorrente. – 7. Il protrarsi di incertezze nell'interpretazione giurisprudenziale. – 8. Il nuovo ambiguo intervento delle Sezioni Unite, 7 novembre 2002 (sentenza Vanone): la creazione di un criterio di imputazione della ritrattazione ai concorrenti di natura extra-normativa in contrasto con l'art. 119 c.p. – 9. Rilievi metodologici per una corretta risoluzione del problema. – 10. Critica alla teoria soggettiva della natura giuridica e della non estensibilità all'istigatore. – 10.1. Critica alla teoria 'soggettiva causale' accolta dalle Sezioni Unite. – 10.2. Critica alla teoria della punibilità del concorrente ai sensi dell'art. 377 c.p. – 11. L'inadeguatezza anche della teoria oggettiva ed il permanere di un'aporìa. Prospettive *de iure condendo*.

1. *Natura giuridica ed estensibilità della ritrattazione ai concorrenti: due dubbi irrisolti*

A questo punto è possibile affrontare il problema che tanto ha affascinato e diviso dottrina e giurisprudenza nel corso del tempo: *quid iuris* nel caso in cui Tizio istighi Caio a deporre il falso in un processo e Caio, dopo aver reso la falsa testimonianza, ritratti e dichiarati il vero prima della scadenza dei termini previsti dalla legge? La non punibilità di Caio *ex art. 376 c.p.* si estende anche a Tizio? Più precisamente: si estende sempre, mai, o solo quando Tizio abbia contribuito attivamente alla decisione di Caio di ritrattare?

Per poter rispondere a tali quesiti si deve stabilire quale sia *il regime di operatività rispetto ai concorrenti di quest'ipotesi speciale di esenzione*

da pena e, prima ancora, quale *la sua natura giuridica*. La soluzione di tale ultima questione risulta, infatti, necessariamente *prodromica* alla risposta alla domanda principale sul trattamento dei correi: se si considera la ritrattazione come una causa di non punibilità di tipo soggettivo, i suoi effetti non si estenderanno mai ai concorrenti; diversamente, se la si reputa una causa di non punibilità di natura oggettiva, della sua valenza scriminante beneficeranno anche questi ultimi.

Come si accennava già in apertura del lavoro, tale quesito ha da sempre alimentato dubbi ed incertezze interpretative tra quanti si siano cimentati nella sua risoluzione, prestandosi ad una pluralità di risposte divergenti a causa della mancanza di criteri normativi univoci di riferimento o di soluzioni «di assoluto rigore concettuale»¹.

Soprattutto nell'ultimo trentennio, sulla scia di un dibattito dottrinale da sempre vivace e profondo, gli *orientamenti giurisprudenziali* in materia, dopo un lungo periodo in cui si erano attestati su posizioni consolidate, sono divenuti talmente vari ed *oscillanti*, da far pensare che la soluzione a questo problema nelle aule di giustizia fosse oramai rimessa unicamente al 'soggettivismo interpretativo' del singolo giudice del caso concreto. La *law in action* ha fatto emergere una giurisprudenza in ambito di concorso di persone nella ritrattazione davvero ricca di *contrast* sia *sincronici*, sia *diacronici*; si è assistito, difatti, tanto alla contemporanea presenza in un dato momento storico di una pluralità di orientamenti giurisprudenziali contrastanti, quanto al susseguirsi nel tempo di orientamenti giurisprudenziali divergenti².

Tale assoluta mancanza di uniformità nelle pronunce, tanto di merito, quanto di legittimità, nonostante le ripetute prese di posizione delle Sezioni Unite della Suprema corte, ha fatto delineare in questa materia, teoricamente soggetta come ogni branca del diritto penale alla regola aurea della legalità formale, 'foschi scenari' di una *judge-made law* (o *Richterrecht*) svincolata anche dal limite garantista del *binding precedent*, cioè, dell'efficacia vincolante del precedente giudiziario di una corte superiore, con tutti i prevedibili deleteri effetti che ciò comporta in materia di garanzie ed, in ispecie, sulla tenuta del principio di eguaglianza e del principio della certezza del diritto³.

¹ Così F. ALBEGGIANI, *Nota a Sez. Un.*, 23 novembre 1985, *Cottone*, cit., p. 329.

² Per una interessante ricostruzione dei differenti tipi di contrasti giurisprudenziali, diacronici e sincronici, si rinvia ad A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 114 ss.; Id., *La genesi delle fattispecie penali*, in AA.VV., *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, cit., p. 181 s.

³ Riguardo alla tendenza emersa di recente nel dibattito penalistico italiano di pensare di aprire le porte del nostro sistema penale al principio del *binding precedent* tipico degli ordinamenti anglosassoni, osserva con la consueta acutezza M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 162 ss., che la seduzione

I netti mutamenti interpretativi della giurisprudenza in materia di concorso in uno dei delitti di false dichiarazioni processuali ritrattate, equivalendo negli effetti a vere e proprie modifiche di disciplina legislativa, hanno aperto, in maniera quasi invisibile, un pericoloso *vulnus* nel principio di irretroattività, producendo, talvolta, semplicemente attraverso una diversa qualificazione giuridica della condotta dell'istigatore, dei drastici cambiamenti *in peius contra reum*.

Nella circostanza *de qua* si è, dunque, verificato quanto paventato da una parte della dottrina: i *revirement* giurisprudenziali hanno dato vita ad ipotesi di '*retroattività occulta*' causando, tramite la riduzione dell'ambito di operatività di una fattispecie esimente, un peggioramento del trattamento sanzionatorio dell'imputato⁴.

Tale situazione di disorientamento giurisprudenziale foriera di applicazioni della legge penale sfavorevoli al reo, è scaturita dal fatto che, il più delle volte, l'argomento della non punibilità o meno del concorrente nella falsa testimonianza ritrattata è stato affrontato dai giudici sia di merito che di legittimità, invece che sulla base delle *vincolanti disposizioni normative* (per quanto in tal caso non chiarissime ed univoche), sulla scorta di una loro «lettura eticamente connotata» e non «in contrasto con i propri *credo* o i propri *desiderata*»⁵, privilegiando scelte convincenti sul piano '*dell'equità*' e del '*buon senso*', ma non su quello del diritto positivo.

Appare, allora, tanto più opportuno affrontare questo tema seguendo le *indicazioni metodologiche* fornite più di settant'anni fa dal De Marsico, il quale, ponendosi la medesima domanda se la non punibilità della falsa testimonianza per effetto della tempestiva ritrattazione si estendesse anche all'istigatore, ammoniva che «chi crede poter rispondere traendo il criterio della decisione da quel superficiale e spesso ingannevole mezzo di ricerca del vero giuridico, che è il buon senso, risponde no. Chi rievoca le norme dell'abrogato codice Zanardelli, risponde ugualmente no. Chi si propone di applicare con serenità ed esattezza il Codice vigente, deve prima esitare, quindi rispondere sì: cioè che la non punibilità spetta sia all'autore che si ritratta sia al determinatore della falsa testimonianza ritrattata.

esercitata dalla prospettiva di un 'innesto' nel nostro ordinamento giuridico dello *stare decisis*, non deve far perdere di vista le difficoltà insite in un simile 'trapianto'. Sottolinea la deleteria incidenza sul principio di uguaglianza di un'applicazione della legge svincolata da regole precise, E. BACIGALUPO, *Applicazione del diritto penale ed uguaglianza dinanzi alla legge*, cit., p. 961 ss.

⁴ Inquadra i *revirement* giurisprudenziali *in peius* come ipotesi di '*retroattività occulta*', A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 118 ss.; ID., *La genesi delle fattispecie penali*, cit., p. 182 ss.

⁵ Così B. ROMANO, *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., p. 1914.

Opporre ad una soluzione che (...) si trae con matematica precisione dai principi e dalle disposizioni positive della legge, il suo contrasto con quelle esigenze morali che fanno del diritto di punire un dovere ed una funzione, non porta se non a violare la legge e quella vera e concreta moralità che la legge dichiara e che deve prevalere sui subiettivi concetti morali degl'interpreti»⁶.

In ogni caso, al fine di fare (per quanto possibile) chiarezza sull'argomento e di evidenziare le ragioni che in definitiva inducono a propendere per una risposta affermativa al quesito, in quanto unica risposta, probabilmente non 'giusta' secondo equità, ma certamente *secundum ius*, vale a dire collimante con il dato formale della legge, appare necessario a nostro avviso ricostruire in maniera analitica e secondo un criterio cronologico tutte le soluzioni che, con alterne fortune, sono state prospettate al riguardo, fino all'ultima di recente proposta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel novembre del 2002, che, a causa di alcune cadenze argomentative ambigue, invece di risolvere in modo soddisfacente il problema, sembra averlo riproposto con rinnovato slancio per l'ennesima volta.

2. *Le posizioni tradizionali a favore della natura soggettiva e della non estensibilità all'istigatore della ritrattazione ai sensi dell'art. 119, primo comma, c.p.*

Secondo una prima teoria, largamente prevalente nella giurisprudenza fino all'inizio degli anni Ottanta ed accolta anche da una parte autorevole della dottrina, soprattutto di epoca più risalente, la ritrattazione della falsa deposizione testimoniale (della falsa perizia e interpretazione come anche delle false informazioni al pubblico ministero ed al difensore) ha *natura giuridica soggettiva e non si estende al concorrente*.

Questo orientamento, affermatosi immediatamente dopo l'entrata in vigore del codice penale del 1930⁷, affonda le proprie radici, prima

⁶ Così A. DE MARSICO, *Se sia punibile la determinazione a falsa testimonianza non punibile per ritrattazione*, cit., p. 3.

⁷ Tra le prime pronunce di questo segno si veda Cass., Sez. II, 13 novembre 1931, Ciannamea, in *Annali dir. proc. pen.*, 1932, p. 319, ed oggetto del commento critico di A. DE MARSICO, *Se sia punibile la determinazione a falsa testimonianza non punibile per ritrattazione*, cit., p. 4, nota 1; Corte d'Appello Caltanissetta, 10 luglio 1931, *ivi*, 1932, p. 102; Cass., Sez. II, 30 gennaio 1933, Castrose, cit., p. 490. In dottrina si sono espressi da subito a favore di questa conclusione A. JANNITTI PIROMALLO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*,

ancora che in ragioni strettamente normative, nell'implicita ricerca da parte degli interpreti di allora di una lettura della nuova disciplina che non presentasse bruschi segni di soluzione di continuità con quella del codice penale Zanardelli fino a quel momento vigente, in forza della quale l'istigatore-subornatore, per una precisa ed esplicita opzione politico-criminale, veniva sempre sanzionato più gravemente del teste subornato⁸.

Ai sensi dell'art. 220 del codice penale del 1889, in particolare, era espressamente previsto che, in caso di ritrattazione della falsa testimonianza, il subornatore non andasse esente da pena, bensì beneficiasse semplicemente di una riduzione della pena prevista per il delitto di falsa testimonianza da un sesto ad un terzo.

A sostegno di tale tesi della *continuità* tra il codice Zanardelli e il codice Rocco in questa materia e della rilevanza penale della condotta dell'istigatore anche in caso di sopravvenuta ritrattazione da parte del falso teste, si è, inoltre, sovente invocata un'attenta lettura della 'nuova' disciplina dettata dall'art. 377 c.p. per la *subornazione* non seguita dalla falsa testimonianza.

In particolare, a tal proposito, sono state richiamate, più o meno testualmente, le parole espresse al riguardo nel corso dei Lavori preparatori del codice nella Relazione di Appiani, ad avviso del quale «se si punisce il subornatore, ancor quando la sua istigazione non sia accolta (art. 377 c.p.), a maggior ragione non può influire sulla misura della pena la circostanza che in tempo successivo alla consumazione del delitto il compartecipe subornato abbia ritrattato la già commessa falsità»⁹.

Secondo i sostenitori di questo orientamento non si può ammettere da un punto di vista della coerenza delle opzioni politico-criminali del legislatore e dell'esigenza di non contraddittorietà del sistema penale che «il nuovo codice abbia voluto punire il subornatore che non ottiene il suo scopo ed abbia sancito l'impunità per il subornatore che ha raggiunto il delittuoso suo scopo, quando il falso sia tempestivamente ritrattato dal subornato»¹⁰. Se l'art. 377 c.p. stabilisce espressamente che il subornatore tiene una condotta penalmente rilevante an-

cit., p. 208; C. SALTELLI-E. ROMANO DI FALCO, *Nuovo codice penale commentato*, cit., p. 403.

⁸ In argomento si rinvia ad E. CONTIERI, *L'efficacia della ritrattazione*, cit., p. 1084; A. DE MARSICO, *Se sia punibile la determinazione a falsa testimonianza non punibile per ritrattazione*, cit., p. 4.

⁹ Così in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, Parte I, Roma, 1929, p. 296, Rel. Appiani.

¹⁰ Cfr. sul punto F. CHIAROTTI, *Osservazioni sulla natura giuridica della ritrattazione*, cit., p. 31, nota 9.

che se il testimone non depone il falso, non si vede perché nel caso dell'art. 376 c.p. in cui il delitto di falsa testimonianza è stato addirittura già realizzato, questi non debba andare soggetto a pena¹¹.

Oltre che da tali argomenti di politica criminale e di 'pretesa' tradizione giuridica, la natura soggettiva della causa speciale di non punibilità qui in esame è stata desunta anche da alcuni indicatori rinvenibili nell'art. 70 c.p., che fissa i criteri distintivi tra le circostanze oggettive e quelle soggettive prescrivendo che: «agli effetti della legge penale: sono circostanze oggettive quelle che concernono la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o qualità personali dell'offeso;

sono circostanze soggettive quelle che concernono la intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni o le qualità personali del colpevole, o i rapporti fra il colpevole e l'offeso, ovvero che sono inerenti alla persona del colpevole.

Le circostanze inerenti alla persona del colpevole riguardano la imputabilità e la recidiva».

Questa norma, secondo tale prospettazione teorica, sebbene in forza del suo tenore letterale possa sembrare riferita solo alle circostanze del reato in senso proprio, deve essere invece considerata valida anche per le circostanze di esclusione della pena, quali ad es. la ritrattazione¹². Il legislatore, infatti, ricorrendo alla tecnica normativa c.d. *per relationem*, nel momento in cui ha sancito nel primo e nel secondo comma dell'art. 119 c.p. la duplice regola che «le circostanze soggettive, le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono; – mentre – le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato», senza specificare cosa si dovesse intendere in tal caso, rispettivamente, per cause soggettive e

¹¹ Nello stesso senso in giurisprudenza cfr. Cass., Sez. III, 28 marzo 1957, Masiero, in C. CANTARANO, *I delitti contro l'attività giudiziaria nella giurisprudenza*, cit., p. 275, in cui si legge che «una diversa soluzione porterebbe ad un'assurda disarmonia del sistema perché, a norma dell'art. 377 c.p. andrebbe assoggettato a sanzione penale colui che ha solo tentato, senza riuscirvi, di indurre il testimone a deporre il falso, e non colui che ha conseguito il più pericoloso risultato di far rendere la falsa testimonianza».

¹² A favore della necessità di fare riferimento alla classificazione contenuta nell'art. 70 c.p. per desumere il significato della distinzione tra cause oggettive e soggettive di cui all'art. 119 c.p. cfr., tra gli altri, A.R. LATAGLIATA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, p. 598; G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, cit., p. 630; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., p. 720. Sul punto comunque si tornerà diffusamente *infra* par. 10.1.

oggettive di non punibilità, ha inteso rinviare al precedente art. 118 c.p. che distingue(va) i criteri di imputazione nel concorso di persone delle circostanze oggettive e soggettive e che a sua volta, per evitare inutili ripetizioni, rinvia(va) alla distinzione già dettata per l'appunto nell'art. 70 c.p., primo e secondo comma¹³.

Più precisamente, avvalendosi di una simile interpretazione sistematica dell'art. 119 c.p., ad avviso di questa tesi, la causa di esclusione della ritrattazione deve essere considerata di natura *soggettiva* con riferimento al secondo comma di questo art. 70 c.p., in quanto afferente *all'intensità del dolo o/e alle condizioni o qualità personali del colpevole*: sicché la non comunicabilità al compartecipe della disciplina dell'art. 376 c.p. dipende dall'applicazione in tale circostanza dell'art. 119, primo comma, c.p.¹⁴.

Nella maggior parte dei casi, per motivare questa conclusione si è fatto richiamo al primo criterio, quello dell'*intensità del dolo*, asserendo che la ritrattazione ha natura soggettiva poiché «affonda le sue radici in personali motivazioni psicologiche del soggetto agente»¹⁵ ed è «fondata su un intimo atteggiamento della coscienza che determina una condizione squisitamente soggettiva, i cui effetti possono riguardare solo la persona a cui si riferisce»¹⁶.

Questo orientamento che attribuisce alla ritrattazione il valore di circostanza soggettiva reputandola sintomatica del venir meno del *dolo* dell'autore, e che ritiene per tale motivo che essa abbia efficacia soltanto nei confronti di chi ha ritrattato e non anche per il concorrente morale, è stato accolto dalla giurisprudenza già in una delle prime pronunce di legittimità emesse al riguardo nel 1933¹⁷. In questa decisione

¹³ Si badi, che il richiamo implicito dell'art. 119 c.p. all'art. 118 c.p., che a sua volta rimandava alla distinzione tra circostanze soggettive ed oggettive contenuta nell'art. 70 c.p., era più evidente prima della riforma della disciplina delle circostanze e dei loro criteri di imputazione avvenuta con la legge 7 febbraio 1990, n. 19. Sulle possibili interpretazioni dell'art. 119 c.p. si tornerà approfonditamente nel par. 6.

¹⁴ In tal senso in dottrina si veda, tra gli altri, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 923; L. GRANATA, *La ritrattazione nella falsa testimonianza e la impossibilità giuridica di estensione ai correi*, cit., p. 720; G. GUARNERI, *La ritrattazione nella falsa testimonianza*, cit., p. 747.

¹⁵ Così F. COPPI, *Ritrattazione*, cit., p. 356, il quale propende per la soluzione in parola sostenendo che in tal modo si evitano anche «alcune soluzioni palesemente inique e ingiustificate».

¹⁶ Così Cass., Sez. III, 28 marzo 1957, Masiero, cit., p. 275.

¹⁷ Cass., Sez. II, 30 gennaio 1933, Castrose, in *Annali dir. proc. pen.*, cit., p. 490. In termini conformi si vedano Cass., Sez. II, 13 novembre 1931, Ciannamea, *ivi*, 1932, p. 319; Cass., 20 aprile 1938, Prinzi Valle, in *Mass. Riv. pen.*, 1939, p. 524.

si è affermato che «consistendo il dolo nella coscienza e volontà diretta a conseguire un evento considerato dalla legge come criminoso, esso è tanto più intenso quanto più l'agente, per raggiungere il fine, dimostra pervicacia e persistenza (...) e che tale pervicacia e persistenza possono essere maggiori o minori non solo nell'*iter criminis*, ma anche dopo, per cui la maggiore o minore intensità del dolo può risultare anche dal modo di operare dell'agente ricollegato al suo comportamento posteriore all'evento; (...) e che la ritrattazione, circostanza impropria perché susseguente al momento consumativo del reato, al pari di quella contemplata nel n. 6 dell'art. 62 c.p., è stata ammessa non tanto perché considerata da un punto di vista pratico, quanto dal lato psicologico e volontaristico, ossia della condotta del colpevole dopo il reato, come sintomo della sua attenuata capacità a delinquere».

In termini sostanzialmente analoghi si è espressa la Suprema Corte anche in altre decisioni successive, in cui ha ribadito che l'art. 376 c.p. «ha natura strettamente *soggettiva*, (...) riferendosi essa all'elemento *psicologico* del reato, indicando cioè che è venuto meno il dolo»¹⁸ e concludendo che, ai sensi dell'art. 119, primo comma, c.p., letto in combinato disposto con l'art. 70, secondo comma, c.p., ha effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferisce e non può essere esteso anche ai correi nella falsa testimonianza, tenuto conto peraltro che l'istigatore «è estraneo al processo psichico ed alla volontà riparatoria del ritrattante»¹⁹.

Ancor più chiaramente, in un'altra sentenza della giurisprudenza di legittimità, viene specificato che «il trattamento che la legge penale fa a colui che ritratta si inquadra nel più generale discorso sistematico che la legge fa a favore di coloro che dimostrano resipiscenza nella condotta illecita e, come tale, non può estendersi a favore di coloro che tale *volontà* non hanno dimostrato. Non senza considerare che, quando la legge ha voluto stabilire l'estensione delle esimenti o delle cause estintive anche ai correi, lo ha esplicitamente dichiarato»²⁰.

¹⁸ In tal senso Cass., Sez. I, 23 giugno 1941, Calidonna, in *Riv. it. dir. pen.*, 1942, p. 382 ed in *Giust. pen.*, 1942, II, c. 87.

¹⁹ A queste analoghe conclusioni addivengono anche Cass., Sez. III, 10 febbraio 1948, Comelia, in *Riv. pen.*, 1948, p. 835; Cass., Sez. VI, 3 novembre 1970, Nizzardelli, in *Cass. pen.*, 1971, p. 1595 ed in *Rep. Foro it.*, 1971, voce *Falsa testimonianza*, n. 7; Cass., 16 marzo 1973, Mancini, *ivi*, 1974, voce *Falsa testimonianza*, n. 8; Cass., Sez. I, 3 febbraio 1976, Rusciano, in *Giust. pen.*, II, 1976, c. 545, ed in *Cass. pen.*, 1977, p. 834; Cass., Sez. III, 15 marzo 1978, Rinaldi, *ivi*, 1979, p. 553.

²⁰ In tali termini cfr. Cass., Sez. III, 15 marzo 1978, Rinaldi, *cit.*; nello stesso senso si veda anche Cass., Sez. VI, 17 giugno, 1986, Cavaggina, in *Cass. pen.*, 1988, p. 59 ed in *Riv. pen.*, 1987, p. 781, dove è affermato che «la ritrattazione della falsa testimonianza è una circostanza di esclusione della punibilità di ca-

Altre volte si è desunta la natura soggettiva e la non comunicabilità della ritrattazione all'istigatore, invece (od oltre) che dal dato dell'intensità del dolo e della sua diminuzione, da un altro parametro dell'art. 70, secondo comma, c.p., quello delle *condizioni o qualità personali del colpevole*²¹.

Si è ritenuto che «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»²².

Secondo tale orientamento la ritrattazione «quale circostanza soggettiva, riguardante le condizioni e le qualità del colpevole (...), giova esclusivamente a colui che l'abbia fatta, ed essa, pur assicurando la impunità del ritrattante, in conseguenza del suo tempestivo ravvedimento e del ripristino dell'ordine nell'amministrazione della giustizia, non cancella, però, il reato già compiuto ed in via di accertamento»²³.

Nondimeno, parte autorevole della dottrina e della giurisprudenza, pur riconoscendo natura soggettiva a questa 'circostanza' ed asserendo in via generale che essa non esima da pena i concorrenti nel delitto di falsità testimoniale ai sensi dell'art. 119, primo comma, c.p., individua un'ipotesi particolare in cui questa regola conosce un'eccezione e la ritrattazione *si può estendere al correo*. Tale è il caso nel quale si accerti che *il testimone sia stato determinato alla ritrattazione dal concorrente morale nell'originaria falsa deposizione*: a queste condizioni, da un punto di vista etimologico, «la causa della ritrattazione risale anche all'istigatore, ed è quindi giusto ed equo che il fatto, cagionato dal concorso della respiscenza dell'istigatore e del testimone, giovi ad entrambi»²⁴.

rattere soggettivo perché concerne una situazione psicologica dell'agente, rivelandone il ravvedimento: con la conseguenza che i suoi effetti non si estendono al concorrente nel reato».

²¹ In dottrina a favore di questo orientamento si rinvia a A. JANNITTI PIROMALLO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 210; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 921; M. SCARDIA, *La ritrattazione dell'istigatore nel caso di correatà nella falsa testimonianza, perizia o interpretazione*, cit., p. 379. In giurisprudenza cfr. Cass., 27 aprile 1936, Sucato, in *Giust. pen.*, 1937, II, c. 945; Cass., 9 luglio 1936, Carrozza, *ivi*, 1937, II, c. 802; Cass., 29 marzo 1940, Mercadini, in *Riv. pen. massim.*, 1940, p. 484.

²² Così Cass., Sez. III, 28 marzo 1957, Masiero, cit., p. 26.

²³ Così M. SCARDIA, *La ritrattazione dell'istigatore nel caso di correatà nella falsa testimonianza, perizia o interpretazione*, cit., p. 379.

²⁴ Così V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 924; dello stesso ordine di idee è G. GUARNERI, *La ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., p. 748. Tra le decisioni di legittimità che condividono questa interpretazione del problema si veda Cass., Sez. VI, 24 maggio 1996, Campana, in *Giust. pen.*, II, c.

A conclusioni più o meno analoghe giunge anche chi, come Pagliaro, muove da premesse diverse. Egli parte, infatti, dalla considerazione che la ritrattazione integri, come tutte le circostanze che fanno venire meno la responsabilità penale o un elemento negativo del fatto di reato, una causa di risoluzione di un rapporto penale già costituitosi. Così argomentando, ritiene che la sua natura giuridica debba essere considerata oggettiva o soggettiva a seconda che, *in concreto*, «la sua struttura sia tale da investire la condotta di tutti i compartecipi, oppure riguardi la condotta di alcuni soltanto». Sicché la ritrattazione non gioverà al concorrente se questi sia rimasto passivo o addirittura abbia insistito per impedirgliela. Diversamente, i suoi effetti benefici si estenderanno anche all'istigatore, qualora questi abbia esercitato pressioni sul teste al fine di indurlo a ritrattare²⁵.

3. La tesi analogica: la non estensibilità al compartecipe ai sensi dell'art. 182 c.p. (Rinvio)

Si deve rilevare, che una parte minoritaria della dottrina e della giurisprudenza addivene alla medesima conclusione della non comunicabilità della ritrattazione ai correi, ricorrendo ad argomenti giuridici sensibilmente diversi.

Partendo dal presupposto che l'art. 376 c.p. rappresenti una *causa estintiva del reato*, anziché una causa speciale di esclusione della punibilità in senso stretto, secondo tale orientamento la rilevanza penale della condotta dell'istigatore ai sensi di uno dei delitti di falsa testimonianza ecc., non discende dalla natura giuridica soggettiva o oggettiva della fattispecie premiale, bensì dal fatto che, in mancanza di diverse statuizioni eccezionali nell'art. 376 c.p., trovi applicazione la regola generale dettata in materia dall'art. 182 c.p., in forza della quale tali cause di non punibilità non si possono estendere al correo²⁶.

465, ad avviso della quale «nei confronti dell'istigatore, la ritrattazione non può operare se non ove questi abbia arrecato un decisivo contributo causale alla neutralizzazione del fatto lesivo dell'interesse alla realizzazione del "giusto processo", come nell'ipotesi in cui abbia indotto gli autori della falsa testimonianza a ritrattare la deposizione reticente o contraria al vero». Sul punto si tornerà più approfonditamente *infra* par. 6.

²⁵ In tal senso cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 132.

²⁶ Di questo avviso sono F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 486; A. GRIECO, *Inefficacia della ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., p. 611; M. PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, cit., p.

Da questo punto di vista la ritrattazione non potrebbe mai valere a fondare l'esenzione da pena anche dell'istigatore, dal momento che tutte le cause di estinzione del reato, anche ove siano oggettive, non hanno effetto per tutti coloro che hanno concorso nell'illecito, bensì, salvo che la legge disponga altrimenti, solo per coloro cui si riferiscono²⁷.

In palese contrasto con tali soluzioni dommatiche²⁸ non sono, però, mancati anche tra i sostenitori di questo orientamento coloro i quali, facendo ricorso ad una discutibile applicazione analogica *in bonam partem* di una norma eccezionale²⁹, hanno ritenuto che l'estinzione della punibilità determinata dalla ritrattazione della falsa dichiarazione testimoniale si estenda anche al compartecipe nel caso in cui «il testimone abbia ritrattato proprio per incitamento di colui che lo aveva indotto a deporre il falso»³⁰.

4. *L'opposta tesi a sostegno della natura oggettiva e della comunicabilità al concorrente*

Nonostante la giurisprudenza pressoché univoca fosse attestata sulla consolidata posizione di negare la possibilità di estendere il beneficio dell'art. 376 c.p. ai compartecipi, non sono mancate sin dagli anni Trenta voci isolate in dottrina che propendevano, sebbene con argomentazioni differenti, a favore della conclusione opposta, sostenendone la comunicabilità.

Il primo tra gli Autori favorevoli a questa diversa soluzione del problema in esame è stato De Marsico, a cui modo di vedere la ritratta-

237; R. PETTENATI, *Ritrattazione della falsa testimonianza e cause estintive della punibilità*, cit., p. 566. Sul punto si rinvia a quanto già detto in precedenza al par. 3, Cap. III di questa Sez.

²⁷ M. BOSCARRELLI, *Ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., p. 453. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. VI, 24 maggio 1996, Campana, cit.

²⁸ Evidenzia la contraddittorietà di tale conclusione con le premesse dommatiche A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 132, nota 80.

²⁹ Esprime fondate perplessità su una simile soluzione M. BOSCARRELLI, *Ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., p. 450, ad avviso del quale costituendo le norme che prevedono cause generali o speciali di estinzione del reato o della pena eccezioni al principio *nullum crimen sine poena*, il ricorso all'analogia risulta inammissibile; sicché in una tale prospettiva la ritrattazione può valere unicamente ad estinguere la punibilità di chi ritratta.

³⁰ In tal senso vd. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 486.

zione doveva essere sicuramente annoverata tra le cause di esclusione della punibilità di tipo *oggettivo*.

Partendo dalla considerazione che essa fosse una circostanza in senso *proprio* e non in senso improprio, l'illustre giurista arrivava a sostenere, tramite l'interpretazione dell'art. 119 c.p. in combinato disposto con l'art. 70 c.p., la «necessaria classificazione della ritrattazione fra le circostanze *oggettive*»³¹. A suo avviso da tale art. 70 c.p. in materia di circostanze si attingono, «in guisa non equivoca», le ragioni di questa conclusione: «in quanto, se circostanze oggettive sono, fra le altre, quelle che concernono ogni modalità dell'azione e la gravità del danno o del pericolo (art. 70, n. 1) non può essere dubbio che, o alla ritrattazione si conferisce il valore che hanno tutte le circostanze posteriori al momento consumativo del reato, ed in tal caso la ritrattazione ha l'efficacia di spostare, fino a quando essa si verifica, tale momento consumativo, diventando una modalità dell'azione; o alla ritrattazione si conferisce un valore equivalente a quello della circostanza prevista dall'art. 62, n. 6 o dall'art. 56 pen. ed ult. cpv., ed in tal caso essa è, con eguale evidenza, una circostanza concernente la gravità del danno o del pericolo. Nell'uno o nell'altro caso, insomma, una circostanza *oggettiva*»³².

Se l'impunità di tale condotta di ravvedimento si fonda sul vantaggio che l'amministrazione della giustizia trae dalla ritrattazione tempestiva della falsità, e se si prende atto che in tal modo si intende favorire, più che il pentimento del reo, il perseguimento di un vantaggio per la società (la conoscenza della verità processuale), nulla vieta, «anzi l'identità di ragioni impone, che la esimente non arresti i suoi effetti al falso testimone ma li estenda al determinatore. Se l'utile sociale giustifica la esenzione da pena esso esiste tanto rispetto al colpevole che si ritratta quanto rispetto al determinatore»³³.

Secondo il De Marsico, inoltre, l'istigatore non sarebbe punibile in base anche ad un diverso rilievo: essendo scomparsa nel codice penale del 1930, a differenza di quello precedente, l'autonoma fattispecie incriminatrice che sanciva la punibilità della subornazione anche in caso di ritrattazione da parte del subornato, tale ultima condotta integrerebbe una forma di concorso nei reati di falsa testimonianza, salvo l'ipotesi espressamente dettata dall'art. 377 c.p. Da ciò discenderebbe che nel caso in cui una causa sopravvenuta neghi al fatto il carattere di reato, quel carattere sarebbe tolto a tutto il reato, il quale non potrebbe che esistere od estinguersi contemporaneamente nei

³¹ A. DE MARSICO, *Se sia punibile la determinazione a falsa testimonianza non punibile per ritrattazione*, cit., p. 10.

³² Così A. DE MARSICO, *op. ult. cit.*, p. 10.

³³ Così sempre A. DE MARSICO, *op. ult. cit.*, p. 12.

confronti di tutti i compartecipi. Sicché, se il falso del teste colpevole si considera come non avvenuto dopo la ritrattazione, anche la subornazione, in qualità di mero concorso morale in quel delitto deve considerarsi come non avvenuta; «il falso, cioè, risale al subornatore come l'effetto alla causa: distrutta la causa e per esso l'oggetto, cessa la subornazione»³⁴.

All'analogia conclusione di attribuire natura oggettiva alla ritrattazione giungeva anche il Contieri, muovendo proprio da alcune pregnanti critiche a tali ultime osservazioni dell'altro penalista napoletano.

Secondo il Contieri, infatti, non è esatto ritenere che, accogliendo una concezione unitaria del concorso di persone, il reato non possa che esistere od estinguersi contemporaneamente in relazione a tutti i compartecipi. Tale affermazione sarebbe in contrasto con l'art. 119 c.p. che prevede l'esistenza di circostanze di esclusione della pena aventi effetto limitato alla sola persona a cui si riferiscono e con l'art. 182 c.p. che limita gli effetti delle cause di estinzione del reato e della pena a coloro ai quali la causa di estinzione si riferisce³⁵.

Diversamente, appare condivisibile e fuor di dubbio che la ritrattazione sia una circostanza *oggettiva*, concernendo *la gravità del danno o del pericolo*, dal momento che il legislatore ha conferito a tale condotta rilevanza giuridica «proprio per la sua efficacia di eliminare il danno o il pericolo che la falsa testimonianza reca alla retta amministrazione della giustizia»³⁶. Essa, pur agendo posteriormente, ha invero la funzione di assicurare la sincerità e la completezza delle prestazioni inerenti al contenuto dei doveri del testimone e di non indurre chi è chiamato a giudicare i fatti ad apprezzamenti erronei che lo portino a discostarsi dalla loro realtà storica.

Conferma ulteriore del fatto che questa esimente (a differenza di quanto avveniva sotto la vigenza del codice penale del 1889, quando alla ritrattazione tardiva era attribuito il valore di circostanza attenuante) è considerata efficace dal legislatore del 1930 non in ragione del mutamento dell'elemento psicologico del colpevole, ma solo in quanto riesce ad eliminare il pericolo creato dalla precedente condotta di *immutatio veri* per il regolare svolgimento del processo, è data dal fatto che la ritrattazione diventa irrilevante qualora sopravvenga dopo la scadenza dei termini perentori indicati nell'art. 376 c.p.

Pur ammettendo il carattere oggettivo della ritrattazione, questo

³⁴ A. DE MARSICO, *op. ult. cit.*, p. 13.

³⁵ E. CONTIERI, *L'efficacia della ritrattazione nei confronti dell'istigazione a falsa testimonianza, perizia o interpretazione*, cit., p. 1085 s.

³⁶ Così E. CONTIERI, *op. ult. cit.*, p. 1087.

Autore (e successivamente, sempre in tempi risalenti, anche altra parte della dottrina³⁷) conclude che non può ritenersi applicabile nell'ipotesi di concorso nel reato di falsa testimonianza ritrattata, l'art. 119, secondo comma, c.p. in base al quale le circostanze oggettive di esclusione della punibilità si estendono ai compartecipi, dal momento che «nel caso in esame non si verifica affatto un concorso di persone in un reato». In questa ipotesi sebbene siano presenti tutti gli elementi costitutivi del reato di falsa testimonianza ecc., il reato non è ancora perfezionato esistendo una *condizione sospensiva di punibilità*: fin quando non sia scaduto il termine per ritrattare non si può procedere, ai sensi degli artt. 359 e 458 c.p.p. vecchio codice, contro il falso testimone³⁸; l'istigatore può, però, essere considerato eventualmente responsabile del diverso reato di subornazione di cui all'art. 377 c.p. (sul punto si tornerà più approfonditamente nel par. 5 di questo capitolo).

In altre parole, ad avviso di tale ricostruzione teorica, sebbene, a rigor di logica, avvalendosi dei criteri normativi contenuti nel nostro codice penale, si dovrebbe propendere senza incertezze per attribuire alla ritrattazione valore di causa di non punibilità di tipo oggettivo, il problema della sua comunicabilità ai correi si risolverebbe già a monte, negando la sussistenza in tal caso tanto del delitto di falsa testimonianza, quanto del concorso di persone in esso, e configurando *i termini utili per ritrattare* come delle *condizioni oggettive sospensive della punibilità*. Se, cioè, le dichiarazioni del teste – tanto quelle mendaci quanto quelle veritiere – sono considerate, nel loro complesso, come parti di un'unica entità giuridica e la loro successiva ritrattazione è concepita come causa di esclusione della tipicità del delitto di cui all'art. 372 c.p. per mancanza di corrispondenza con il *Tatbestand* normativo, non si può accogliere l'idea che di questa condotta penalmente irrilevante risponda il concorrente-istigatore, dal momento che «è impossibile parlare di correttezza dell'istigatore in un reato inesistente»³⁹.

Giova ribadire che una siffatta lettura del problema in esame, come si è già accennato in precedenza, se poteva avere una sua coerenza e persuasività sotto il previgente codice di rito, al giorno d'oggi non può più essere avallata, incontrando *ostacoli normativi insormontabili nel-*

³⁷ Cfr. A. GRIECO, *Inefficacia della ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., p. 610; G. SELLAROLI, *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.

³⁸ E. CONTIERI, *op. ult. cit.*, p. 1089.

³⁹ Così ancora E. CONTIERI, *op. ult. cit.*, p. 1089; sul punto cfr. anche M. MA-STROJENI, *L'estensione della ritrattazione all'istigatore*, cit., p. 1482.

la nuova disciplina dettata in questa materia dal codice di procedura penale del 1989.

Più logiche e convincenti, invece, appaiono le argomentazioni adottate oltre trent'anni dopo da Ruggiero (e successivamente da Ettore Gallo) a sostegno della medesima soluzione della estensibilità degli effetti benefici della ritrattazione anche ai compartecipi⁴⁰.

Questo Autore, partendo dalla considerazione preliminare dell'inquadramento dommatico di detta esimente tra le *cause di esclusione della punibilità in senso tecnico* anziché tra le cause estintive del reato, ritiene che essa debba soggiacere, di conseguenza, alla disciplina dettata per le prime e, quindi, tra l'altro, «alla regola della trasmissibilità delle cause oggettive. E che si tratti di esimente di natura oggettiva lo si evince da un'attenta interpretazione dell'art. 70 c.p.»; l'art. 376 c.p., pur descrivendo una condotta successiva al momento consumativo del reato, «concerne, infatti, la natura e la gravità del danno e, ancor più, la gravità del pericolo»⁴¹.

Inoltre, a suo modo di vedere tale conclusione sarebbe asseverata da un'attenta valutazione di questa causa di non punibilità sotto il profilo delle *esigenze politico-criminali* cui essa risponde. L'esclusione del compartecipe dal novero dei destinatari dell'art. 376 c.p. rischierebbe di compromettere le stesse finalità dell'istituto (il perseguimento in *extremis* della verità), poiché *scoraggerebbe l'istigatore dall'indurre il falso testimone a ritrattare*. Quale interesse avrebbe il concorrente morale a stimolare l'autore materiale del mendacio processuale a rivelare la verità sapendo di andare incontro comunque alla punibilità ai sensi degli artt. 372, 371, *bis e ter*, 373 c.p.⁴²? Tale esortazione si sostanzierebbe semplicemente in un invito al falso teste ad incolparlo del precedente delitto di falso processuale!

Solo nella certezza della successiva non punibilità, il concorrente sarebbe incentivato a sensibilizzare nell'autore del falso giudiziale la ritrattazione della deposizione testimoniale non veridica, contribuendo così alla realizzazione del preminente interesse statale all'accertamento della verità ed al regolare svolgimento del processo. Senza tener conto che, come rilevato in modo chiaro e conciso da Ettore

⁴⁰ G. RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, cit., p. 259 ss.; Id., voce *Falsa testimonianza*, cit., p. 543 ss.; E. GALLO, *Il falso processuale*, cit., p. 304. A conclusioni simili perviene anche A. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, II, cit., p. 429; Id., voce *Testimonianza, perizia, interpretazione (falsità in)*, cit., p. 304.

⁴¹ Così G. RUGGIERO, voce *Falsa testimonianza*, cit., p. 543.

⁴² In tal senso G. RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, cit., p. 263. Condivide tale osservazione, sebbene muova da premesse differenti, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 133.

Gallo, il fondamento politico-criminale della non punibilità della ritrattazione è rappresentato dal «fatto obiettivo che la fedeltà della rappresentazione venga ripristinata ed il mendacio eliminato dal processo»⁴³.

Preme rilevare che tale ultima tesi favorevole alla riferibilità all'istigatore della causa di non punibilità (in ragione della sua natura oggettiva), ha riscosso con il passare del tempo sempre più ampi consensi in dottrina⁴⁴, ma ha continuato ad essere ignorata dalla giurisprudenza saldamente attestata su posizioni opposte. Almeno così è stato sino a quando, all'inizio degli anni Ottanta, una pronuncia della Corte di Cassazione, «pur consapevole di una costante ed antica giurisprudenza in senso contrario», ha per la prima volta accolto questo orientamento, aprendo così un varco ermeneutico anche nella prassi giudiziaria per una diversa qualificazione della causa di non punibilità prevista dall'art. 376 c.p. e del suo regime di operatività⁴⁵.

Ad avviso di questa decisione di legittimità la ritrattazione, non costituendo una causa estintiva del reato, bensì una causa di esclusione della punibilità in senso stretto, deve essere classificata nell'ambito di queste ultime tra quelle cause di cessazione della punibilità «attinenti all'oggetto del reato, la natura di esso e il danno arrecato e tempestivamente rimosso». Essa, più precisamente, – continua la Corte – concerne questo profilo «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)» ai sensi dell'art. 119, secondo comma, c.p. letto in combinato disposto con l'art. 70 c.p.⁴⁶.

⁴³ Così E. GALLO, *Il falso processuale*, cit., p. 307.

⁴⁴ Tra gli Autori che hanno successivamente aderito a questa costruzione teorica cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 371. A loro avviso va condiviso l'assunto secondo il quale la ritrattazione «debba essere inquadrata tra le cause oggettive di esclusione della punibilità, e più precisamente qualificata come causa che rimuove la temuta lesione del bene protetto».

⁴⁵ Cass. pen., Sez. III, 10 marzo 1980, Orsolini, cit.

⁴⁶ I passaggi argomentativi di questa decisione sono sinteticamente richiamati anche nella recente sentenza delle Sezioni Unite sul punto, 7 novembre, 2002, Vanone, in *Riv. pen.*, cit., p. 1062.

5. *L'ibrida soluzione intermedia e la sussunzione della condotta dell'istigatore nel delitto di subornazione di cui all'art. 377 c.p.*

Secondo un ennesimo orientamento delineatosi in una parte minoritaria della dottrina⁴⁷ e condiviso da alcune sporadiche pronunce giurisprudenziali⁴⁸, in caso di ritrattazione della precedente falsa deposizione da parte del teste, la esenzione da pena non si estenderebbe al concorrente. In questa ipotesi l'istigatore, però, diversamente da quanto tradizionalmente sostenuto dai fautori di questa conclusione, non risponderebbe a titolo del delitto più grave di falsa testimonianza *ex art. 372 c.p.*, bensì a titolo del diverso delitto di *subornazione* di cui all'art. 377 c.p. in base al quale «chiunque offre o promette denaro od 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, di consulente tecnico, o interprete, per indurla a commettere i reati previsti dagli artt. 371 *bis*, 371 *ter*, 372 e 373, soggiace alle pene stabilite negli articoli medesimi ridotte dalla metà ai due terzi. La stessa disposizione si applica qualora l'offerta o la promessa sia accettata, ma la falsità non sia commessa»⁴⁹.

Ad avviso dei sostenitori di tale teoria, nei soli casi in cui l'istigazione a commettere il delitto di falsa testimonianza (poi ritrattata in tempi utili) sia avvenuta mediante l'offerta o la promessa di denaro o di altra utilità, *questa condotta del compartecipe presenterebbe tutti i requisiti della subornazione* prevista dal secondo comma dell'art. 377 c.p., essendo stata accettata la promessa o l'offerta, ma non essendo stata commessa ancora la falsità. «La falsità infatti non può ritenersi commessa perché mediante la ritrattazione è stata assicurata la sincerità e la completezza della testimonianza»⁵⁰.

L'utilità di questa proposta interpretativa è quella di riuscire a sod-

⁴⁷ Questa tesi è sostenuta in dottrina da E. CONTIERI, *L'efficacia della ritrattazione nei confronti dell'istigazione a falsa testimonianza, perizia o interpretazione*, cit., p. 1092. Successivamente, sebbene in forma meno articolata, è stata ripresa da F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 487, nota 104.

⁴⁸ In giurisprudenza tale soluzione è accolta da Cass., 27 aprile 1936, Sucato, in *Giust. pen.*, 1936, II, c. 945.

⁴⁹ In argomento per ogni approfondimento sul delitto di subornazione, anche con riferimento a tale specifico problema, si rinvia diffusamente al lavoro di B. ROMANO, *La subornazione. Tra istigazione, corruzione e processo*, già in precedenza citato.

⁵⁰ Così E. CONTIERI, *L'efficacia della ritrattazione nei confronti dell'istigazione a falsa testimonianza, perizia o interpretazione*, cit., p. 1092.

disfare anche le esigenze di politica criminale e di coerenza intrasistemica del diritto penale che impongono di non dar vita a soluzioni che risultino decisamente contraddittorie sul piano delle ragioni politico-criminali e dei principi di uguaglianza e ragionevolezza, quale sarebbe quella di sanzionare penalmente l'istigazione alla falsa testimonianza non accolta in base al chiaro disposto normativo del 377 c.p. e di reputare, invece, irrilevante ai sensi del diritto penale la più grave condotta della ritrattazione della falsità già commessa a causa delle persuasive richieste del subornatore⁵¹.

Questa soluzione ibrida, che si pone a metà strada tra quella a favore della non punibilità dell'istigatore ai sensi dell'applicazione degli artt. 376 c.p. e 119, secondo comma, c.p., e quella a favore della punibilità a titolo dei più gravi delitti di falsa testimonianza, falsa perizia ecc., dopo anni di accantonamento, ha incontrato nuovamente consensi – sebbene solo parzialmente – in una parte della dottrina. In un recente lavoro Bartolomeo Romano ha affermato, infatti, che in caso di ritrattazione «l'autore del reato di falso di cui agli artt. 371 *bis*, 371 *ter*, 372 o 373 c.p., (...) andrà esente da pena e lo stesso avverrà nei confronti dell'istigatore, ma solo nel caso in cui la sua condotta non rientri nell'ambito di previsione della subornazione. Rileverà, ovviamente, a tal fine solo l'attività allettatrice tipizzata dall'art. 377 c.p.»⁵².

⁵¹ Contro questa soluzione si esprime G. GUARNERI, *La ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., p. 749, ad avviso del quale «il rigore dei principi si oppone all'accoglimento di tale opinione, in quanto, allorché, interviene la ritrattazione, il delitto di falsità testimoniale si è ormai storicamente realizzato, onde la condotta di concorso dell'istigatore si è fusa in quel reato consumato, ricevendone la stessa qualificazione giuridica. Ciò inevitabilmente consegue dai principi che regolano l'istituto del concorso di persone nel reato. Come può regredire ad una fattispecie che rappresenta un antecedente configurante una minore ipotesi delittuosa meritevole, a sua volta, di una tutela avanzata da parte dell'ordinamento? La verità è che il principio *quod factum est, infectum fieri nequit* costituisce un ostacolo preclusivo alla configurabilità di un titolo diverso di reato da quello che è stato commesso dai concorrenti»; M. PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, cit., p. 238; M. SCARDIA, *La ritrattazione dell'istigatore nel caso di correttezza nella falsa testimonianza, perizia o interpretazione*, cit., p. 379, nota 3.

⁵² Così B. ROMANO, *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., p. 1923. Giova però rilevare che lo stesso Autore in un lavoro precedente, *La subornazione. Tra istigazione, corruzione e processo*, cit., p. 218, aveva aderito all'opposta soluzione, sostenendo le critiche contro la possibilità di ritenere configurato, una volta avvenuta la ritrattazione da parte del teste, il delitto di subornazione in capo all'istigatore; Romano aveva, infatti, affermato in quella sede che «l'autonomia del delitto di subornazione in tanto si configura in quanto i destinatari dell'attività allettatoria non abbiano poi commesso il falso. È allora evidente come non si possa ritenere in alcun modo riconducibile all'art. 377 c.p. il comportamento di colui il quale ritratta il falso e manifesta il vero».

6. *La prima soluzione delle Sezioni Unite della Suprema Corte, 23 novembre 1985 (sentenza Cottone): la ritrattazione ha natura oggettiva e si estende al concorrente*

Al cospetto di un così ampio ventaglio di soluzioni non univoche offerte dalla giurisprudenza al problema della riferibilità di questa causa speciale di non punibilità all'istigatore, soprattutto in seguito al *revirement* registratosi in materia con la citata sentenza della Suprema Corte del 1980, ed allo scopo di dirimere definitivamente i contrasti esistenti, nel 1985 è stato invocato l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite⁵³.

Dopo che il Tribunale di Cagliari con sentenza 18 maggio 1982 aveva assolto in primo grado l'imputato di concorso nel delitto di falsa testimonianza ritrattata, accogliendo la tesi della natura oggettiva dell'art. 376 c.p. e della sua comunicabilità all'istigatore, e dopo che la Corte d'Appello di Cagliari con sentenza 16 ottobre 1984 aveva confermato la pronuncia di primo grado, la Sezione VI della Corte di Cassazione adita dal p.g. presso la Corte d'Appello di Cagliari, rilevando l'esistenza di un vivo contrasto giurisprudenziale sulla questione dedotta, aveva alla fine deciso di assegnare il ricorso alle Sezioni Unite⁵⁴.

In quell'occasione i massimi giudici di legittimità, prima di affrontare il problema della natura giuridica di questa causa di non punibilità, hanno ritenuto opportuno risolvere quello del suo *inquadramento dommatico*, asserendo che «non può essere posto in dubbio che la ritrattazione non può essere configurata come una causa di estinzione del reato o della pena e che, pertanto, la questione proposta (...) non può essere risolta sulla base del disposto di cui all'art. 182 c.p.»⁵⁵, dal momento che tale norma concerne solamente le cause generali di estinzione del reato o della pena espressamente tipizzate dal legislatore.

Una simile precisazione preliminare è apparsa necessaria, ad avviso della sentenza Cottone, in quanto induce a classificare l'art. 376 c.p.

⁵³ Sez. Un., 18 novembre 1985, Cottone, in *Foro it.*, cit., con nota di F. ALBEGGIANI, p. 327 ss.; in argomento si vedano anche i rilievi di L. CONCAS, *Concorso di persone nella falsa testimonianza ed efficacia della ritrattazione*, cit., p. 531; i passi salienti di questa decisione sono ripresi ed analizzati anche da G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 582.

⁵⁴ Sulla pronuncia della Corte di appello di Cagliari, 16 ottobre 1984, si vedano le osservazioni di L. CONCAS, *Istigazione alla falsa testimonianza e ritrattazione*, cit., p. 148.

⁵⁵ Così Sez. Un., 18 novembre 1985, Cottone, in *Foro it.*, cit., c. 330.

(avallando l'orientamento già delineato dalla sentenza Orsolini del 1980 di cui si è parlato al par. 4) tra le *circostanze (o cause) di esclusione della punibilità in senso stretto*, le quali soggiacciono per le questioni relative alle ipotesi di concorso di persone nel reato alle regole dettate dall'art. 119 c.p.⁵⁶.

Per la precisione, avendo la ritrattazione «natura sicuramente oggettiva», essa ricade nell'ambito di applicazione del *capoverso dell'art. 119 c.p.*, sicché deve ammettersi che giova anche all'istigatore concorrente nel delitto di falsa testimonianza, falsa perizia ecc.

Allo scopo di fugare ogni ulteriore dubbio sul punto, le Sezioni Unite hanno precisato che tale carattere inequivocabilmente oggettivo si desume dalla *natura* e dalle *finalità* che connotano l'esimente in parola: essa, infatti, si risolve in un impedimento volontario, ma non necessariamente spontaneo, del danno o del pericolo derivante dalla falsità commessa, sicché la sua realizzazione nei termini utili elimina del tutto la ragione stessa della punibilità della condotta illecita precedente «e cioè l'ostacolo alla retta amministrazione della giustizia»⁵⁷.

In altre parole, il *totale annullamento del danno o del pericolo* arrecato al bene giuridico protetto, facendo venire meno integralmente la ragione posta a fondamento delle norme che incriminano le condotte di falsità procedurali, determina l'esclusione della punibilità non solo del reo, ma anche degli eventuali compartecipi *pur quando questi non si siano in alcun modo attivati* per l'effettuazione della ritrattazione da parte dell'autore della falsa testimonianza e non abbiano prestato alcun contributo causale alla rimozione del fatto lesivo integrato dalla pregressa dichiarazione non veritiera⁵⁸.

Si badi: con tale pronuncia la Corte non ha inteso negare *in toto* la presenza di *elementi soggettivi* in questa esimente, bensì ha evidenziato che essi hanno un *valore nettamente minore* nella sua caratterizzazione rispetto a quelli oggettivi, essendo rappresentato il tratto saliente della ritrattazione non tanto dall'ottenere il pentimento del reo del delitto di falsa testimonianza, quanto dall'eliminare oggettivamente il danno o il pericolo di sviamento delle attività processuali dirette all'accertamento della verità.

⁵⁶ Ricostruisce in maniera accurata i passaggi argomentativi seguiti da questa pronuncia ed i suoi elementi di continuità con la sentenza Orsolini, la nuova decisione delle Sezioni Unite sul punto, 7 novembre, 2002, Vanone, in *Riv. pen.*, cit., p. 1063.

⁵⁷ Così testualmente Sez. Un., 18 novembre 1985, Cottone, cit., p. 330.

⁵⁸ In argomento cfr. E. GIRONI, nota a Sez. Un., 7 novembre 2002, Vanone, cit., p. 73.

7. La persistenza di incertezze nell'interpretazione giurisprudenziale

Senonché, nonostante tale pronuncia promanante dalla massima istanza nomofilattica sembrasse aver fatto una volta per tutte chiarezza sul problema della comunicabilità all'istigatore della non punibilità *ex art. 376 c.p.* attraverso l'individuazione di dati – a suo modo di vedere – univoci, la giurisprudenza di legittimità immediatamente successiva ha compiuto un ennesimo *revirement*, ignorando del tutto tali indicazioni e recuperando nella maggior parte delle sue decisioni la tesi a favore del riconoscimento della natura giuridica *soggettiva* della ritrattazione e della non comunicabilità dei suoi effetti benefici agli eventuali concorrenti.

Già a distanza di pochi mesi, infatti, nel giugno 1986 la Sezione VI della Suprema Corte con la sentenza 17 giugno 1986, Cavaggina, affrontando nuovamente la medesima questione – probabilmente inconsapevole della sentenza di poco precedente delle Sezioni Unite, almeno a giudicare dalla mancanza di ogni riferimento ad essa –, aveva aderito all'indirizzo opposto secondo cui l'art. 376 c.p. configurerebbe una causa di esclusione della punibilità di carattere *soggettivo*, in quanto attinente alla condizione psicologica e personale dell'agente con tutte le conseguenze che da ciò discendono⁵⁹.

Molto più esplicitamente, sempre la Sezione VI con la sentenza 24 maggio 1996, Campana, ha rigettato l'interpretazione proposta dalla pronuncia Cottone, ritenendo che questa non si sia *mai consolidata* nella giurisprudenza di legittimità e che ad essa debba preferirsi quella da sempre prevalente che qualifica la ritrattazione della falsa testimonianza come circostanza di carattere *soggettivo*, con la conseguente statuizione che i suoi effetti *non* si estendono al concorrente⁶⁰.

In tale occasione la Corte ha precisato che l'argomento addotto a sostegno della natura oggettiva dell'esimente in questione, il fatto cioè che in seguito alla ritrattazione tempestiva l'interesse protetto dall'art. 372 c.p. (vale a dire, il giusto processo, corretto e tempestivo) non subisce alcun pregiudizio, non «rappresenta un connotato della condotta di ritrattazione ma soltanto il suo risultato», sicché non è un dato in grado di qualificare in alcun modo la natura giuridica. Questa è invece caratterizzata *dall'atteggiamento soggettivo* dell'autore della falsa testimonianza che rappresenta il presupposto, la causa, dell'effetto oggettivo del venir meno del danno per il bene giuridico tutelato⁶¹.

⁵⁹ Cfr. Cass., Sez. VI, 17 giugno 1986, Cavaggina, cit.

⁶⁰ Cass., Sez. VI, 24 maggio 1996, Campana, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2704.

⁶¹ In questi termini ancora Cass., Sez. VI, 24 maggio 1996, Campana, cit., p. 2704.

Quest'ultima pronuncia non si segnala certo, a differenza di quella delle Sezioni Unite Cottone, per la coerenza e la linearità delle proprie affermazioni. Anzi, denota piuttosto una certa confusione nella risoluzione del problema nella parte in cui contiene dei rinvii poco conferenti con il discorso sulla natura giuridica all'art. 182 c.p.⁶², nonché nel passaggio in cui arriva alla conclusione ibrida, senza motivazioni convincenti (*recte*: senza motivazioni), che la ritrattazione non può operare nei confronti dell'istigatore se non nell'ipotesi in cui questi abbia arrecato un decisivo contributo causale alla neutralizzazione del fatto lesivo dell'interesse alla realizzazione del giusto processo.

8. *Il nuovo ambiguo intervento delle Sezioni Unite, 7 novembre 2002 (sentenza Vanone): la creazione di un criterio di imputazione della ritrattazione ai concorrenti di natura extra-normativa in contrasto con l'art. 119 c.p.*

Tuttavia, il fatto che nelle pronunce di legittimità ora richiamate sia stata (inconsapevolmente?) ignorata – sentenza Cavaggina –, o espressamente rinnegata – sentenza Campana – la precedente decisione delle Sezioni Unite penali del 1985 a favore della natura oggettiva dell'art. 376 c.p., non deve lasciar pensare che il problema della sua comunicabilità ai concorrenti si sia nel frattempo incanalato pacificamente verso una soluzione univoca e che la giurisprudenza in modo unanime abbia aderito all'interpretazione della ritrattazione in termini soggettivi. Tutt'altro. Nel corso di questi anni non sono continuate a mancare in materia divergenze macroscopiche di valutazione nei giudizi pro-mananti dai tribunali di merito.

In particolare, tale problema della mancanza di omogeneità nelle decisioni giurisprudenziali sul punto è riemerso in modo eclatante di recente, quando è stato assegnato alla VI Sezione della Corte di Cassazione il ricorso nei confronti di una pronuncia della Corte di appello di Trieste del 2001 che, ribaltando la sentenza di proscioglimento di primo grado emessa dal Tribunale di Udine il 10 ottobre del 2000 – ad

⁶² In un passaggio della sentenza si legge, infatti, che la ritrattazione presuppone comunque, «perché possa operare, un atteggiamento soggettivo che assume valore esponenziale in virtù della forza estintiva della fattispecie criminosa, alla stregua del disposto dell'art. 182 c.p.; una norma di cui va esclusa la valenza "subordinata" rispetto alle disposizioni degli artt. 70 e 119 dello stesso codice, rappresentando, invece, un precetto connaturato al fenomeno estintivo ed operante in via generale, "salvo che la legge disponga altrimenti"».

avviso della quale l'istigatore di una falsa testimonianza ritrattata andava esente da pena in forza dell'art. 119, secondo comma –, aveva ritenuto che gli effetti della ritrattazione non si potessero estendere al comparsa nel delitto di falsa testimonianza, essendo la ritrattazione una circostanza di esclusione della punibilità di carattere soggettivo.

Questa sezione della Suprema Corte, evidenziando l'aperta discordanza delle due decisioni dei tribunali di primo e di secondo grado e prendendo atto, più in generale, della permanenza di un contrasto giurisprudenziale ancora insanato in ordine alla questione relativa all'estensione della causa di non punibilità di cui all'art. 376 c.p. all'istigatore, ha reputato necessario invocare un nuovo intervento risolutore del massimo organo nomofilattico, rimettendo così ad esso la decisione a norma dell'art. 618 c.p.p.

Le Sezioni Unite penali investite di tale quesito lo hanno risolto con la già più volte richiamata sentenza 7 novembre 2002, Vanone, addivendo ad una conclusione opposta rispetto a quella cui erano giunte neanche vent'anni addietro⁶³.

Invero, tale nuova pronuncia delle Sezioni Unite, se la si raffronta attentamente con la precedente, si segnala, prima ancora che per l'evidente difformità dell'esito del giudizio di legittimità, per la discutibile *inversione del percorso logico* e delle *cadenze argomentative* che ne scandiscono la motivazione.

In quest'occasione i massimi giudici di legittimità – diversamente dalla sentenza Cottone – hanno optato per affrontare immediatamente il problema della *natura giuridica* del controverso istituto in parola e della sua estensibilità ai concorrenti, anziché trattare preliminarmente il quesito – da sempre ritenuto necessariamente prodromico ed (anch'esso) ancora non univocamente risolto in giurisprudenza, come conferma soprattutto la sentenza Campana –, del suo *inquadramento dottrinario* nel novero della categoria indistinta delle ipotesi normative di non punibilità⁶⁴.

La Corte, andando dritta al punto nevralgico della dibattuta questione, ha asserito che va condiviso «il principio secondo il quale la causa sopravvenuta di non punibilità, prevista dall'art. 376 c.p. in caso di ritrattazione della falsa testimonianza, è circostanza di carattere soggettivo che può operare nei confronti dell'istigatore, concorrente nel reato di cui all'art. 372 c.p., esclusivamente qualora questi abbia ar-

⁶³ Per dei commenti critici alla sentenza in questione si rinvia al lavoro di B. ROMANO, *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., p. 1912, ed agli altri lavori già citati in precedenza alla nota n. 24, cap. unico, sez. I.

⁶⁴ Per il testo della sentenza si rinvia alle già citate *Riv. pen.*, 2002, p. 1061 ss. o a *Foro it.*, 2003, II, c. 73 ss.

recato un decisivo contributo causale alla neutralizzazione del fatto lesivo dell'interesse alla realizzazione del giusto processo»⁶⁵.

A far propendere per tale soluzione 'soggettiva moderata' o 'soggettiva causale'⁶⁶ è la constatazione (su cui, peraltro, già si era fondata la sentenza della Suprema Corte del 1996, Campana) che «la ritrattazione muove da un atto di volontà individuale, e sotto questo profilo atiene al suo autore (...), mentre la realizzazione di un processo giusto e fondato su elementi probatori veridici (tutelato dall'art. 376 c.p.), rappresenta non un connotato della condotta di ritrattazione ma soltanto il suo risultato»⁶⁷.

Inoltre, secondo i sostenitori di questo orientamento, ad ulteriore conferma di ciò militerebbe anche il *tenore letterale* dell'art. 119 c.p., ai sensi del quale la ritrattazione non potrebbe essere classificata tra le circostanze oggettive.

Quest'ultimo passaggio è quello che merita maggiori approfondimenti, in quanto si fonda su un ragionamento decisamente originale rispetto a quello tradizionalmente seguito in altre pronunce di legittimità, che si presenta tanto ineccepibile sotto il profilo logico, quanto incongruente sotto quello giuridico.

La Corte a tal riguardo richiama l'attenzione sul fatto che a questa interpretazione dell'art. 119 c.p. si sia pervenuti in passato prevalentemente attraverso il riferimento all'art. 70 c.p., che, al primo comma, n. 1, definisce come circostanze oggettive quelle che concernono «la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo ed ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità personali dell'offeso»⁶⁸.

Più precisamente, nelle precedenti decisioni della Cassazione si è ritenuto che l'istituto disciplinato nell'art. 376 c.p., configurando una circostanza posteriore al momento perfezionativo dell'illecito penale, che si pone al di fuori dell'esecuzione di esso, non poteva essere ricondotto nelle circostanze che concernono le modalità dell'azione, dal momento che queste attengono alla condotta criminosa, che si esaurisce con la consumazione del reato. Né tanto meno, per analoghe ragioni, poteva essere annoverato nelle circostanze che riguardano la gravità del danno o del pericolo, dal momento che anche questi due requisiti

⁶⁵ Così Sez. Un., 7 novembre 2002, Vanone, in *Riv. pen.*, cit., p. 1063.

⁶⁶ In tal modo la definisce M. MASTROJENI, *L'estensione della ritrattazione all'istigatore*, cit., pp. 1494 e 1497, mettendone in evidenza il nuovo approccio «più disincantato e moderno nella valutazione della respiscenza del ritrattante».

⁶⁷ Così Sez. Un., 7 novembre 2002, Vanone, in *Riv. pen.*, cit., p. 1064.

⁶⁸ Sull'opportunità di questa soluzione avallata dalle Sezioni Unite si veda B. ROMANO, *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., p. 1918.

concernono l'evento e sono perciò valutabili solo in relazione al momento consumativo del reato.

In realtà, ad avviso delle Sezioni Unite, il problema deve invece essere affrontato con *esclusivo riferimento* all'art. 119 c.p., prescindendo da ogni richiamo all'art. 70 c.p., dal momento che le «distinzioni in esso contenute riguardano le sole circostanze in senso tecnico (aggravanti ed attenuanti)»⁶⁹.

Guardando unicamente alla norma in materia di concorso di persone, e riprendendo un orientamento già da tempo largamente diffuso in dottrina⁷⁰, secondo le Sezioni Unite si deve allora rilevare che «hanno effetto rispetto a tutti i concorrenti le circostanze oggettive di esclusione della pena, intendendosi come tali le cause che escludono l'antigiuridicità oggettiva del fatto (c.d. scriminanti); hanno invece effetto soltanto nei confronti della persona cui si riferiscono, le circostanze soggettive, intendendosi come tali le cause che escludono la pena per taluno dei concorrenti (c.d. cause di esclusione della colpevolezza) e le cause di esclusione della sola punibilità e non anche del reato»⁷¹.

La ritrattazione, essendo connessa alla determinazione tipicamente personale e volontaria di riparare il danno già posto in essere dall'autore di una precedente condotta illecita, rientra nel novero delle cause di esclusione della sola punibilità e presenta un carattere evidentemente soggettivo. Sicché i suoi effetti si riverberano esclusivamente a vantaggio di chi, essendo l'autore del reato in quanto dotato della qualifica giuridica di testimone, si è determinato alla riparazione del danno e non possono valere anche per tutti gli altri concorrenti.

Coerentemente con tali premesse non sembrerebbero residuare spazi per l'estensione dell'area di operatività di questa esimente a *nessuna delle forme possibili di compartecipazione* nella sua realizzazione.

Sennonché, ad avviso dei supremi giudici va operata una *summa divisio* al riguardo, tra il caso in cui il concorrente-istigatore nella falsa testimonianza *non si sia* in alcun modo *adoperato* per l'eliminazione del danno da essa prodotto e per la successiva rivelazione della verità, o addirittura si sia *adoperato* per scongiurare la ritrattazione medesima, ed il caso in cui il compartecipe *si sia attivato* per sollecitare il falso (o reticente) testimone a ritrattare la precedente mendace dichia-

⁶⁹ Così ancora Sez. Un., 7 novembre 2002, Vanone, in *Riv. pen.*, cit., p. 1064.

⁷⁰ Si veda, tra gli altri, nella manualistica a sostegno di questa lettura dell'art. 119 c.p. primo e secondo comma, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 485; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 571; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, cit., p. 582 s. Per ulteriori approfondimenti sul punto si rinvia al par. 6.

⁷¹ Così Sez. Un., 7 novembre 2002, Vanone, in *Riv. pen.*, cit., p. 1064.

razione al fine di eliminare il danno già arrecato all'amministrazione della giustizia⁷².

Nella prima delle ipotesi descritte, essendo la ritrattazione del tutto estranea alla condotta dell'istigatore o con essa, addirittura, manifestamente confliggente, i suoi effetti benefici *non* potranno mai riverberarsi anche nei confronti del concorrente morale nel presupposto delitto di falso processuale, proprio perché la ritrattazione, vista dalla angolazione del correo 'inattivo', risulta essere «un fatto del terzo e sarebbe ingiusto apportasse vantaggi a chi nulla ha fatto per suscitarlo, essendosi limitato ad operare nel senso della commissione del reato, senza poi attivarsi positivamente per annullarne le conseguenze»⁷³.

Nella seconda circostanza, invece, presentandosi la ritrattazione come il *risultato del comportamento attivo (anche) del concorrente-istigatore* nel precedente delitto di deposizione testimoniale mendace, si può ritenere configurata «una sorta di “concorso nella ritrattazione” che ben può legittimare l'estensione ad entrambi i soggetti dell'esenzione della punibilità»⁷⁴.

Solo a questo punto la Suprema Corte, dopo aver già risolto il problema della natura giuridica e dell'estensibilità ai concorrenti della ritrattazione, passa poi ad affrontare l'altro, quello della sua *collocazione dommatica*, propendendo per la classificazione, piuttosto che tra le cause estintive del reato, tra quelle estintive della sola punibilità; più precisamente essa sarebbe una *causa di non punibilità sopravvenuta*⁷⁵.

L'inapplicabilità della pena in tal caso non discenderebbe né da una declaratoria di estinzione del reato, né tanto meno dalla mancanza di colpevolezza, né ancora dalla presenza di una causa di giustificazione. «Il fatto illecito continua a rimanere reato (non viene reso, cioè, retroattivamente indifferente) e tuttavia non produce gli effetti della pu-

⁷² Sul punto cfr. E. GIRONI, *cit.*, p. 73.

⁷³ Così Sez. Un., 7 novembre 2002, Vanone, in *Riv. pen.*, *cit.*, p. 1065.

⁷⁴ Così Sez. Un., 7 novembre 2002, Vanone, in *Riv. pen.*, *cit.*, p. 1065.

⁷⁵ In argomento si rinvia a B. ROMANO, *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite*, *cit.*, p. 1922. Per quanto riguarda la terminologia si deve rilevare che S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, *cit.*, p. 291, opera una sottile distinzione tra *cause sopravvenute di non punibilità* e *cause di non punibilità sopravvenuta*, privilegiando la seconda locuzione: le cause del genere della ritrattazione, infatti, non sarebbero, dal punto di vista strettamente formale del rapporto tra norme, in un rapporto di successione temporale con le fattispecie incriminatrici, bensì di contestualità, sicché il concetto di sopravvenienza sarebbe logicamente riferibile alla sola non punibilità e non alla causa (salvo le eccezionali ipotesi dei condoni).

nibilità del suo autore, che la norma, significativamente, definisce ancora colpevole»⁷⁶.

Si comprende allora che la non punibilità non può discendere dall'applicazione dell'art. 182 c.p., dal momento che questa norma concerne solo le cause generali di estinzione del reato o della pena e che queste sono nettamente distinte dalle cause di non punibilità.

Nonostante questa esplicita presa di posizione a favore della soluzione di inquadrare l'art. 376 c.p. tra le "cause di non punibilità in senso stretto" e di ritenere applicabile ad esso in caso di concorso la disciplina di cui all'art. 119 c.p., la Suprema corte non sembra però, giudicare del tutto incongrua anche la conclusione opposta, asserendo che qualora si reputasse la ritrattazione causa estintiva del reato, e si ritenesse applicabile ad essa l'art. 182 c.p., si arriverebbe comunque alle medesime conclusioni sostanziali di non estensibilità del beneficio all'istigatore che non si sia in alcun modo attivato per indurre il falso teste alla manifestazione della verità ed alla ritrattazione del falso.

Da questa sintetica ricostruzione dei punti salienti della sentenza in parola si può evincere che essa presenta almeno due passaggi fondamentali decisamente *ambigui*, risultando non in grado di assolvere il ruolo di guida risolutiva delle discrasie interpretative esistenti da sempre in materia.

In primo luogo, il distinguo operato tra le due ipotesi di concorso nella ritrattazione (*'passivo'* e *'attivo'*), per quanto sia sicuramente in grado di appagare il bisogno di una risposta il più possibile *equa* ed ispirata al buon senso, non sembra però collimante con le *statuizioni normative* contenute nel nostro codice penale. Il tenore letterale dell'art. 119, primo comma, la norma invocata dalle Sez. Un. per dirimere la questione, non lascia alcuno spazio alla comunicabilità delle circostanze soggettive di esclusione della punibilità ai concorrenti e, dunque, anche della ritrattazione, secondo l'interpretazione avallata in questa decisione. La teorizzazione di un concorso di persone nella ritrattazione valutabile in termini di apporto causale ai sensi della disciplina dell'art. 110 c.p. sul concorso di persone nel reato, anziché di quella a ciò espressamente preposta dell'art. 119 c.p., appare fondata su criteri apertamente *contra ius* (sul punto si tornerà tra breve al par. 10).

In secondo luogo, la sostanziale indifferenza mostrata nei confronti del dato normativo in forza del quale desumere la non comunicabilità della ritrattazione ai concorrenti (l'art. 119 o l'art. 182 c.p.) confonde in maniera ulteriore le idee sull'inquadramento dommatico di questo istituto premiale speciale, lasciando aperta anche la soluzione di una sua inclusione nell'ambito delle cause estintive del reato o della pena.

⁷⁶ Così Sez. Un., 7 novembre 2002, Vanone, in *Riv. pen.*, cit., p. 1064.

9. Rilievi metodologici per una corretta risoluzione del problema

L'incapacità anche di questa sentenza di risolvere in modo appagante e definitivo il problema dell'estensione ai concorrenti della ritrattazione, impone una ricognizione critica di tutte le soluzioni sinora prospettate al fine di metterne in evidenza i rispettivi vizi e difetti di ragionevolezza, consentendo di pervenire, attraverso un procedimento per esclusione, all'unica conclusione possibile (anche se non del tutto soddisfacente) *de iure condito*: quella favorevole alla comunicabilità all'istigatore della ritrattazione in forza della sua natura oggettiva.

Innanzitutto, la prima osservazione critica da muovere è di carattere puramente *metodologico* e concerne i due distinti percorsi argomentativi percorribili per rispondere in modo esauriente a tale quesito: un primo (avallato proprio dall'ultima pronuncia delle Sezioni Unite del 2002 Vanone) che affronta direttamente il cuore della questione della natura giuridica della ritrattazione; ed un secondo che, invece, reputa opportuno trattare preliminarmente ad esso il problema dell'inquadramento dommatico.

A nostro sommo avviso, si deve senz'altro preferire la seconda alternativa (sostenuta peraltro dalla dottrina e da parte della giurisprudenza, soprattutto nella prima sentenza delle Sezioni Unite del 1985), in base alla quale il chiarimento del dubbio sull'estensibilità o meno al compartecipe di questa scriminante speciale presuppone necessariamente la preliminare risposta al quesito sulla *categoria dommatica* entro cui essa debba essere ricondotta. Dal tenore di questa risposta, come si è già detto in precedenza, discende la rilevanza o meno della domanda principale sulla natura giuridica dell'art. 376 c.p. e sulla sua comunicabilità ai concorrenti⁷⁷.

Se, difatti, si ritiene che la ritrattazione rientri nell'insieme delle *cause estintive*, si perviene *de plano* alla conclusione che essa non potrà mai comunicare i propri effetti al compartecipe nel precedente delitto di falsa testimonianza. In questo caso, non contenendo l'art. 376 c.p. alcuna deroga alla disciplina generale, troverebbe applicazione l'art. 182 c.p. in base al quale è stabilita come regola da seguirsi, salvo espresse deroghe normative, quella della validità delle circostanze di non punibilità esclusivamente per il soggetto al quale si riferiscono⁷⁸. A tali condizioni appare evidente che a nulla più rilevarebbe stabilire

⁷⁷ Sull'opportunità di trattare in via preliminare il problema dell'inquadramento dommatico si rinvia più ampiamente alle considerazioni già espresse *supra* nel par. 3, Cap. III, di questa Sez.

⁷⁸ Evidenzia bene questo aspetto Cass., Sez. III, 10 marzo 1980, Orsolini, in *Foro it.*, cit., c. 656.

se la natura giuridica dell'esimente sia soggettiva o oggettiva, dal momento che in qualunque caso la risposta sulla sorte del compartecipe sarà sempre identica in ossequio all'esplicita scelta politico-criminale di non comunicabilità ai correi operata dal legislatore per tutte le cause estintive (indifferentemente dalla loro natura giuridica) nel suddetto art. 182 c.p.⁷⁹.

Diversamente, solo se all'esito di questo primo accertamento si reputi – come a noi pare corretto⁸⁰ – la ritrattazione una *causa di non punibilità in senso stretto*, diviene imprescindibile cimentarsi con il duplice quesito sulla sua natura giuridica e sulla sua estensibilità ai concorrenti.

Fatta questa dovuta premessa sull'*iter* logico preferibile al fine di rispondere nel modo più coerente e rigoroso possibile a tali quesiti, si può ora provare ad entrare nel vivo della questione e valutare nel merito ciascuna delle tesi in precedenza riassunte, evidenziandone i rispettivi profili di incongruenza.

10. Critica alla teoria soggettiva della natura giuridica e della non estensibilità all'istigatore

In primo luogo, per quanto concerne la prima teoria largamente accreditata da parte della dottrina e, soprattutto, condivisa per lungo tempo dalla giurisprudenza assolutamente maggioritaria – in base alla quale la ritrattazione ha natura soggettiva e non si estende ai concorrenti (cfr. par. 2) –, va rilevato che essa si espone ad una serie di obiezioni difficilmente superabili.

Il primo dato che induce a ritenere poco conferente questa conclusione è di tipo *normativo*. Nel testo dell'art. 376 c.p., infatti, *manca ogni riferimento a requisiti di carattere soggettivo* ai fini dell'operatività della ritrattazione, sicché risulta impossibile individuare un indice dal quale poter desumere che il legislatore in tale circostanza abbia voluto impennare la non punibilità su profili di matrice individuale⁸¹.

Nella parte in cui è stabilito in questa disposizione codicistica che non è punibile chi (entro termini perentori) ritratta il falso e manifesta il vero, non è presente nessun esplicito richiamo alle motivazioni inte-

⁷⁹ Di diverso avviso è invece F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 486.

⁸⁰ Si rinvia anche in questo caso a quanto già precedentemente chiarito al riguardo nel par. 3, Cap. III.

⁸¹ Dello stesso ordine di idee è anche a B. ROMANO, *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., p. 1913.

riori o all'atteggiamento psichico dell'autore: l'esenzione da pena in questo caso non si fonda sul requisito della *spontaneità*⁸².

A conferma ulteriore della netta prevalenza accordata al dato oggettivo in tale esimente (a differenza ad esempio delle 'attenuanti' della desistenza e del recesso attivo e, soprattutto, del 62, n. 6, c.p. prima parte) contribuisce la mancanza nel disposto della norma, oltre che del carattere della spontaneità, di un riferimento esplicito anche al requisito della *intenzionalità* o, ancor più genericamente, della *volontarietà*: come a voler dire che ciò che conta ai sensi della non punibilità è solo la *manifestazione della verità*, anche se essa discende da una scelta in qualche modo coartata o condizionata del reo.

Un'attenta esegesi del testo dell'articolo, per altro verso, aiuta a risalire anche ai formanti politico-criminali dell'istituto e a comprendere che nelle intenzioni dei compilatori del codice del 1930 non figurava la pretesa di vincolare l'esclusione dalla responsabilità penale nell'art. 376 c.p. ad un particolare atteggiamento soggettivo ed intimo dell'autore, né di voler perseguire lo scopo di ottenere la resipiscenza del reo, il suo pentimento, la sua emenda⁸³: l'unica cosa che interessava era l'aspetto puramente *oggettivo* della idoneità della condotta *post factum* ad incidere in maniera significativa sulle conseguenze dannose della precedente azione criminosa, eliminandole.

Il 'premio', infatti, non è stato legato dal legislatore ad un comportamento semplicemente *diretto* ad eliminare le conseguenze della precedente condotta criminosa a prescindere dal suo esito effettivo, bensì è stato correlato ad una condotta *realmente in grado* di ripristinare lo *status quo ante* alla commissione del falso processuale, assicurando non solo la confutazione delle precedenti dichiarazioni mendaci ma anche l'accertamento della verità dei fatti oggetto del processo.

In secondo luogo, la tesi favorevole alla natura soggettiva della ritrattazione, oltre ad essere priva di un solido appiglio normativo ed estranea alle opzioni politico-criminali del legislatore, risulta fondata su due argomenti che, ad uno sguardo attento, si rivelano assolutamente inadeguati ed impropri a sostenerla: l'inerenza *all'intensità del dolo* e/o alle *qualità o condizioni personali del colpevole*.

⁸² Per un'esposizione più articolata di queste motivazioni si veda *supra* par. 2.1, Cap. III, di questa Sez.; in particolare, per quanto concerne il problema della pretesa natura giuridica soggettiva dell'art. 376 c.p., si rinvia alle già citate pagine di V. PATALANO, *Sull'applicabilità dell'attenuante del risarcimento del danno nell'ipotesi di transazione*, cit., pp. 5 ss. e 20 ss., che sebbene abbiano ad oggetto la circostanza attenuante del 62, n. 6, si attagliano perfettamente al discorso in materia di ritrattazione.

⁸³ Concorde nel ritenere estranei al fondamento della causa di non punibilità in questione il pentimento del reo ed il suo effettivo ravvedimento, pur sostenendo la tesi della natura soggettiva, F. COPPI, *Ritrattazione*, cit., p. 360.

Innanzitutto, non risulta convincente a tal fine il riferimento al requisito *dell'intensità del dolo* desumibile dall'art. 70, secondo comma, c.p. letto in combinato disposto con l'art. 119, primo comma, c.p.

L'elemento psicologico e la sua intensità attengono, invero, esclusivamente al momento della *consumazione* del reato, e si esauriscono una volta che l'autore abbia portato a termine la condotta esecutiva; a nulla rileva ai fini della loro valutazione l'osservazione del comportamento del reo *posteriore* all'evento criminoso⁸⁴.

Il mutamento di intenzioni dell'agente ed il suo prodigarsi deliberatamente per elidere le conseguenze della precedente condotta già penalmente rilevante, essendo la falsa testimonianza e gli altri delitti di falsità giudiziali reati istantanei e di pericolo, non incidono minimamente sull'intensità del dolo del delitto di falsa testimonianza già realizzato, denotando (come invece ha ritenuto la giurisprudenza di legittimità⁸⁵) una minore pervicacia e persistenza della *voluntas* criminosa al momento del fatto⁸⁶; bensì, tale nuovo atteggiamento della volontà investe una condotta completamente diversa e successiva al fatto *già commesso con dolo*.

Può tranquillamente verificarsi, cioè, che il testimone abbia prima deciso d'accordo con il compartecipe di deporre volontariamente il falso, senza alcuna riserva o timore e, successivamente, dopo aver preso consapevolezza della gravità delle conseguenze sanzionatorie connesse al suo comportamento, abbia nel corso del processo mutato idea, risolvendosi per la ritrattazione; in tale circostanza risulta evidente che questo nuovo atteggiamento postfatto del reo non è certamente sintomatico di una volontà criminosa incerta e poco ferma al momento della commissione del delitto, né tanto meno di un sincero pentimento del reo, bensì è il frutto di un suo (volontario) *calcolo interessato* sui possibili esiti giuridici discendenti dalla sua condotta processuale.

Inoltre, emerge al riguardo una palese confusione in quelle pronunce giurisprudenziali che riferivano il cambiamento dell'atteggiamento psicologico del colpevole all'intensità del dolo, pur reputandolo sintomatico di una scemata capacità a delinquere⁸⁷.

⁸⁴ In tal senso cfr. F. CHIAROTTI, *Osservazioni sulla natura giuridica della ritrattazione*, cit., p. 31; G. SELLAROLI, *Natura della ritrattazione ed estensione dell'impunità al concorrente*, cit., p. 498; Cass., Sez. III, 10 marzo 1980, Orsolini, in *Foro it.*, cit., c. 657.

⁸⁵ Per le pronunce della Suprema Corte che si sono espresse in tal senso si rinvia a quanto già detto nel par. 2 di questo capitolo.

⁸⁶ Concordano nel ritenere la ritrattazione una circostanza non pertinente all'intensità del dolo, A. GRIECO, *Inefficacia della ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., p. 610; G. RUGGIERO, voce *Falsa testimonianza*, cit., p. 544.

⁸⁷ Cfr. in tal senso Cass., Sez. II, 30 gennaio 1933, Castrose, in *Annali dir. proc. pen.*, cit., p. 490.

La condotta *postfatto* e *l'intensità del dolo* rappresentano, infatti, due dati nettamente *distinti*. Una condotta susseguente al reato, quale è quella della ritrattazione, utilizzando gli indici di commisurazione forniti dall'art. 133 c.p., costituisce invero uno dei parametri attraverso cui misurare *la capacità a delinquere* con un giudizio che non è solo di tipo ricognitivo rivolto al passato, ma anche di carattere *prognostico* rivolto al futuro⁸⁸; mentre l'intensità del dolo rappresenta uno dei parametri tramite i quali si valuta (guardando unicamente al *passato*) *la gravità del danno* cagionato dal reato già commesso. Al più, quindi, se si voleva teorizzare la natura soggettiva di tale esimente, lo si poteva fare tramite il riferimento all'art. 133, secondo comma, n. 3.

Anche questa soluzione, però, si espone ad un'obiezione insuperabile: nel caso della ritrattazione non ci troviamo di fronte ad una generica condotta susseguente al reato indicativa di una minore capacità a delinquere del colpevole ed idonea a mitigare nella commisurazione (incidendo sul dato soggettivo) la pena da infliggere⁸⁹; bensì ci si trova al cospetto di una condotta *postfatto* espressamente presa in considerazione dall'ordinamento e valutata prevalentemente in termini *obiettivo-utilitaristici*, a cui è conferito non il semplice compito di influire sulla commisurazione della sanzione, ma quello ben più rilevante di esonerare totalmente l'autore dalla sua inflizione, dal momento che il suo comportamento *post patratum crimen*, prima ancora di incidere sull'atteggiamento psicologico o sulla capacità a delinquere, ha *eliminato* del tutto sul piano oggettivo *la lesione al bene giuridico tutelato*⁹⁰.

Né, tanto meno, appare congrua la deduzione della natura soggettiva dell'art. 376 c.p. e della sua non comunicabilità ai concorrenti dall'altro parametro individuato dall'art. 70, secondo comma, c.p., quello delle *"condizioni o qualità personali del colpevole"*⁹¹; più precisamente

⁸⁸ Sulla doppia funzione del giudizio diretto a valutare la capacità a delinquere del colpevole si vedano per tutti nella manualistica, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 669 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 710.

⁸⁹ Sull'impossibilità di accomunare in un'unica categoria dommatica tutte le ipotesi di condotta susseguente al reato ed, in particolare, sulla netta diversità tra le ipotesi rientranti nell'art. 133, secondo comma, c.p. che incidono sulla capacità a delinquere e quelle espressamente previste nella parte speciale del codice strutturate in termini obiettivo-utilitaristici, si veda per tutti S. FIORE, *La condotta susseguente al reato: spunti sistematici e politico-criminali*, cit., p. 97 ss.

⁹⁰ Reputa la ritrattazione come una circostanza indicativa di una diminuita capacità a delinquere F. CHIAROTTI, *Osservazioni sulla natura giuridica della ritrattazione*, cit., p. 32.

⁹¹ Di quest'avviso è G. RUGGIERO, voce *Falsa testimonianza*, cit., p. 544, il qua-

dal fatto che l'autore è persona che ha prestato il suo ufficio di testimone, perito ecc. in un procedimento penale o civile.

La *qualità di testimone* incide, difatti, solo ed esclusivamente sulla commissione del delitto di falsa testimonianza, ma non assume particolare rilievo ai fini della non punibilità della condotta antitetica successiva del medesimo soggetto; in tale circostanza l'esenzione dalla risposta sanzionatoria non è connessa alla qualità soggettiva del suo autore, ma al tenore ed agli effetti che la sua condotta *post factum* produce sulla tutela del bene giuridico dell'attività giudiziaria⁹².

Una riprova di ciò discende, indirettamente, dalla tendenza emersa in una parte della dottrina e della giurisprudenza a ritenere applicabile l'art. 376 c.p. anche nel caso in cui la ritrattazione non provenga dal falso teste del processo, bensì dall'istigatore non dotato della qualifica formale soggettiva di testimone⁹³.

Comunque, anche qualora si rifiuti un simile orientamento e si reputi (come sembra più opportuno⁹⁴) che tale esimente operi esclusivamente nell'ipotesi in cui la ritrattazione provenga dal testimone che ha in precedenza reso la falsa deposizione, si può solo addivenire alla conclusione che la qualifica soggettiva di teste sia un *presupposto necessario* per la sua operatività, ma non si può certo arrivare ad asserire che è su tale dato che si fonda la mancanza di interesse all'esercizio della pretesa punitiva dello Stato.

Ennesima conferma del fatto che questa 'scriminante' non sia connessa al mutamento dell'elemento psicologico del colpevole, alla sua capacità a delinquere ed al suo pentimento, ma, utilitaristicamente, all'eliminazione del pericolo creato dalla precedente condotta di *immunitatio veri* al regolare svolgimento del processo, promana dall'irrilevanza della ritrattazione prestata dopo la scadenza dei termini perentori indicati nell'art. 376 c.p.: se il legislatore fosse stato effettivamente in-

le rileva che «il contegno è soggettivo sì, ma non *stricto sensu* personale». Da ultimo, addivene alle stesse conclusioni M. MASTROJENI, *L'estensione della ritrattazione all'istigatore*, cit., p. 1490.

⁹² In questi termini si esprime E. GALLO, *Il falso processuale*, cit., p. 305, ad avviso del quale «è davvero difficile inquadrare la ritrattazione in una 'qualità' della persona: semmai si tratta di un *comportamento processuale*»; del medesimo ordine di idee è F. CHIAROTTI, *Osservazioni sulla natura giuridica della ritrattazione*, cit., p. 32.

⁹³ Sullo specifico problema della possibilità di ritenere applicabile l'art. 376 c.p. anche ai casi in cui la ritrattazione e la manifestazione del vero non provengano dal soggetto titolare della qualifica soggettiva di testimone, bensì dall'istigatore, si rinvia a quanto già detto *supra* par. 9, Cap. II, di questa Sez.

⁹⁴ Per una esauriente ricostruzione delle ragioni in forza delle quali non si può estendere l'ambito soggettivo di operatività dell'art. 376 c.p., cfr. M. MASTROJENI, *L'estensione della ritrattazione all'istigatore*, cit., p. 1499.

teressato al ravvedimento interiore dell'autore del delitto di falso non avrebbe, invero, posto *limiti temporali* di alcuna sorta, o quanto meno non così angusti come quelli del processo penale⁹⁵.

In ulteriore istanza, non appare convincente, allo scopo di sostenere l'opportunità della punibilità del concorrente in uno dei delitti di falso processuale ritrattati, il corrente richiamo operato da una parte della dottrina e della giurisprudenza più risalenti alla disciplina dell'art. 377 c.p.; in particolare la considerazione deduttiva in base alla quale se il subornatore risponde penalmente ai sensi di quest'ultima disposizione codicistica dell'induzione alla falsa deposizione testimoniale che non sia stata accolta, a maggior ragione non deve andare esente da pena e deve rispondere del più grave delitto di falsa testimonianza di cui all'art. 372 c.p. l'istigatore nell'ipotesi in cui la falsità sia già avvenuta, e solo successivamente ritrattata⁹⁶.

Questo argomento, innanzitutto, tradisce in modo evidente la tara di un retaggio culturale-giuridico di quegli interpreti che nei primi anni di vigenza della nuova disciplina in parola si erano cimentati con tali problemi, essendo inevitabilmente ancora legati alla disciplina del precedente codice Zanardelli, in base alla quale il subornatore era *sempre* ritenuto penalmente responsabile a prescindere dall'esito della tentata 'corruzione' del testimone⁹⁷.

Inoltre, sebbene essa risulti convincente sotto il profilo dell'*equità sostanziale*, non appare in realtà sostenibile da un punto di vista *tecnico-giuridico*. Come rilevato già tempo addietro da una parte della dottrina: «che ragioni di politica criminale possano consigliare di non rendere la sorte del determinatore la cui istigazione è stata accolta, sebbene poi frustrata dalla ritrattazione, migliore di quella dell'autore di una istigazione non accolta, può ammettersi; ma qui trattasi di vedere se la legge abbia o meno attuato questo punto di vista. Non è la politica criminale che può dominare la interpretazione e segnare i limiti della legge; ma è la legge che indica, coi suoi limiti ben definiti, quanto della politica criminale sia in essa attuato e quanto sia riservato, se mai, al diritto a venire.

⁹⁵ Si veda in tal senso E. CONTIERI, *L'efficacia della ritrattazione*, cit., p. 1084, nonché quanto già detto in proposito *supra*, par. 4, di questo capitolo.

⁹⁶ A tal proposito si rinvia a quanto già detto in precedenza al par. 5 di questo capitolo, ed in particolare ad un passaggio (anch'esso già testualmente richiamato in quella sede) della Relazione Appiani, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, Parte I, cit., p. 296.

⁹⁷ Evidenziano l'influenza avuta su questa proposta interpretativa dalla precedente normativa del codice penale del 1889, E. CONTIERI, *L'efficacia della ritrattazione*, cit., p. 1084; A. DE MARSICO, *Se sia punibile la determinazione a falsa testimonianza non punibile per ritrattazione*, cit., p. 14.

Il certo è che non può la ritrattazione essere considerata, in un codice che disciplina e definisce le circostanze, causa personale e straordinaria, senza deviare dal codice e cadere nell'empirismo»⁹⁸.

In altre parole, non esistendo alcuna disposizione normativa esplicita in tal senso, non si può ritenere penalmente rilevante un determinato comportamento anche se ciò appare senza dubbio più equo e più in armonia con altre opzioni politico-criminali cristallizzate in diverse fattispecie incriminatrici; nell'interpretazione delle norme penali i parametri del buon senso e dell'equità non possono mai condurre ad oltrepassare il dato formale della legge, soprattutto *in malam partem*.

Senza tener conto che accogliendo la tesi della natura soggettiva della ritrattazione e della punibilità del concorrente, si finisce con il frustrare la primaria esigenza politico-criminale che sta alla base di questa esimente: quella di riuscire a pervenire all'accertamento della verità celata dalla falsa dichiarazione processuale. In tale caso, infatti, il partecipante, consapevole della punibilità a qualunque condizione della sua condotta, non sarebbe in alcun modo stimolato ad invogliare il falso testimone a ritrattare, anzi sarebbe più probabilmente portato ad ostacolare ogni comportamento di quest'ultimo a tal fine diretto⁹⁹.

A far aumentare ancora le perplessità contribuiscono anche argomenti relativi alla *funzione della pena*. Nel caso dell'istigazione ad una falsa testimonianza successivamente ritrattata dal testimone, l'eventuale affermazione della responsabilità penale del solo concorrente morale per il delitto di cui all'art. 372 c.p. prima commesso e poi 'eliminato' dall'autore materiale, porta all'assurdo di infliggere al partecipante le pesanti sanzioni previste per un delitto (quello di falsa testimonianza) che giuridicamente non esiste più per l'autore materiale e che non ha prodotto alcuna lesione penalmente rilevante al bene giuridico protetto.

Una simile soluzione non sembra appagante né sotto un profilo general-preventivo positivo, né tanto meno nell'ottica della prevenzione speciale integratrice; essa non sembra soddisfare, invero, né le funzioni di orientamento culturale dei consociati – apparendo anzi 'dracooniana' ed ingiusta agli occhi dei più –, né le esigenze di rieducazione-risocializzazione dell'autore del fatto, che la percepirebbe eccessiva e sproporzionata rispetto al disvalore della propria condotta¹⁰⁰.

⁹⁸ Così A. DE MARSICO, *Se sia punibile la determinazione a falsa testimonianza non punibile per ritrattazione*, cit., p. 14.

⁹⁹ In questi termini cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 133.

¹⁰⁰ Per un'attenta ricostruzione dell'intero sistema penale in una prospettiva teleologica, ancorata alle funzioni della pena, si veda per tutti S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 17 ss.

Questa scelta, per di più, oltre ad essere *lontana* dai binari del nostro *diritto penale del fatto*, e pericolosamente vicina ad un diritto penale dell'autore di stampo *soggettivistico* (l'istigatore viene punito a titolo del delitto di falsa testimonianza, per un fatto che ha solo voluto ma che nella realtà, a causa della tempestiva ritrattazione del teste, si è consumato in una forma inidonea a ledere il bene giuridico protetto), apparirebbe anche in aperto contrasto con il principio minimo della *adeguatezza* della risposta sanzionatoria rispetto al reato commesso, risultando la pena del tutto sproporzionata ed irragionevole.

Al più essa potrebbe appagare le mai sopite istanze di general-prevenzione negativa insite nel potere punitivo statale (che, soprattutto, nel momento della commisurazione della pena non dovrebbero essere mai presenti), nel senso di cercare di valere, in qualità di minaccia di 'punizione esemplare', come deterrente per gli altri consociati, lasciando intendere che qualunque comportamento teso ad intralciare l'amministrazione della giustizia va incontro a pesanti risposte sanzionatorie da parte dell'ordinamento.

10.1. Critica alla tesi 'soggettiva causale' accolta dalle Sezioni Unite

A non minori critiche si espone la successiva rielaborazione, in forma temperata, di questa teoria accolta dalla più volte citata seconda sentenza delle Sezioni Unite, 7 novembre 2002, Vanone.

In quella sede, come già si è avuto modo di accennare, il massimo organo nomofilattico, seguendo un orientamento già sostenuto da una parte autorevole della dottrina e da una recente giurisprudenza di legittimità¹⁰¹, ha risolto il problema con una *soluzione salomonica*, asserendo che, ai sensi dell'art. 119, primo comma, c.p., «la causa sopravvenuta di non punibilità, prevista dall'art. 376 c.p. è circostanza di carattere soggettivo che può operare nei confronti dell'istigatore, concorrente nel reato di cui all'art. 372 c.p., esclusivamente qualora questi abbia arrecato un decisivo contributo causale alla neutralizzazione del fatto lesivo dell'interesse alla realizzazione del giusto processo»¹⁰².

Anche questa soluzione, come si è osservato in precedenza, sebbene (a differenza della teoria soggettiva 'pura') si profili congrua e parzialmente condivisibile *sul piano dell'equità sostanziale*, e nonostante consenta di incentivare anche l'istigatore alla rivelazione del-

¹⁰¹ Si rinvia al riguardo a quanto detto ai parr. 2 e 7 di questo capitolo.

¹⁰² Così Sez. Un., 7 novembre 2002, Vanone, in *Riv. pen.*, cit., p. 1063.

la verità ed a concorrere nella ritrattazione ¹⁰³, non appare però in alcun modo sostenibile *sul piano strettamente giuridico-normativo*.

Essa, a ben vedere, nel momento in cui risolve il dubbio sull'estensibilità o meno dell'art. 376 c.p. al correo utilizzando il *criterio dell'efficienza causale* del suo contributo nella condotta esente da pena, finisce per introdurre *un criterio di imputazione* delle cause di non punibilità ai concorrenti *di tipo extranormativo*, prescindendo dalle disposizioni codicistiche a tal fine predisposte.

Nel nostro sistema penale, infatti, il *criterio dell'efficienza causale* del contributo del partecipe viene utilizzato per fondare il giudizio di imputazione al concorrente di un reato in forza del tenore letterale della disposizione dell'art. 110 c.p.; mentre per le ipotesi normative di non punibilità (o di attenuazione della pena) il legislatore, trattandosi di norme favorevoli al reo, ha stabilito nell'art. 119 c.p. delle distinte, e meno stringenti, regole di imputazione ai compartecipi.

Come dire, *il codice non tipizza un "concorso di persone nelle cause di non punibilità"* richiedendo espressamente ai fini della loro applicazione apporti causali adeguati da parte dei concorrenti, ma si limita più semplicemente a disciplinare nell'art. 119 c.p. il regime di operatività delle 'esimenti' nei confronti dei soggetti che hanno concorso nel reato senza riferirsi in alcun modo al ruolo svolto da ciascuno di loro per la realizzazione della condotta esente da pena.

La precisa scelta fatta al riguardo dal legislatore è, cioè, quella di ancorare tale giudizio, anziché alla complessa e sempre difficile valutazione dell'*efficienza causale* delle condotte dei compartecipi nel comportamento 'giustificato', alla *natura giuridica* della singola situazione scriminante, stabilendo semplicemente che se essa è soggettiva la circostanza non si estende, mentre se è oggettiva si estende.

Se nell'art. 110 c.p. il legislatore ha strutturato (trattandosi di estendere la punibilità a soggetti che hanno compiuto condotte atipiche) la disciplina del concorso di persone nel reato facendo riferi-

¹⁰³ Mette in luce questo ulteriore vantaggio connesso alla distinzione del ruolo svolto dai concorrenti nella ritrattazione ai fini dell'estensione o meno ad essi delle sue benefiche conseguenze giuridiche, M. MASTROJENI, *L'estensione della ritrattazione all'istigatore*, cit., p. 1498. A suo avviso, infatti, un simile effetto positivo di incentivazione da parte dell'istigatore nei confronti del teste falso alla ritrattazione non si avrebbe nell'ipotesi in cui «la manifestazione del vero, che per l'autore principale rappresenta il passaggio obbligato per l'impunità, costituisce per il concorrente resipiscente – che non potrebbe giovarsene – una sorta di chiamata in correità. Nel qual caso, quest'ultimo non avrebbe convenienza alcuna a sollecitare il "pentimento" del testimone: anzi avrebbe tutto l'interesse ad ostacolarlo in ogni modo, per evitare di sopportare, da solo, le conseguenze sanzionatorie dell'illecito già realizzato e che proprio in conseguenza della ritrattazione assumerebbe palmare evidenza».

mento (sebbene in modo generico, attraverso il ricorso ad un 'modello unitario', in cui non si distingue tra autori e partecipi) ai soggetti che causalmente contribuiscono alla sua consumazione, nell'art. 119 c.p. ha, invece, imperniato la disciplina delle 'circostanze di esclusione della pena' nel concorso unicamente sulla natura giuridica di queste ultime, senza entrare nel merito del ruolo ricoperto da ciascuno dei concorrenti nella realizzazione della condotta esimente¹⁰⁴.

Non esistendo, quindi, nessuna norma nella parte generale del codice volta a disciplinare il concorso di cui parlano le Sezioni Unite nella loro pronuncia e valendo per tali ipotesi, invece, le regole sancite nell'art. 119 c.p. (e, peraltro, invocate dalla stessa sentenza), appare evidente che questo criterio di natura extranormativa non può essere condiviso, sebbene operi parzialmente a favore del reo nel senso di consentire di derogare alla rigorosa regola stabilita nel primo comma, qualora l'istigatore abbia concorso attivamente nella ritrattazione del falso testimone.

Né può valere a rendere condivisibile tale impostazione del problema l'osservazione prospettata da una parte della dottrina che questa soluzione "*soggettiva moderata*", fondata sul principio del *contrarius actus* in una dimensione plurisoggettiva – che consente a precise condizioni la non punibilità anche dell'istigatore –, valga a disciplinare «una sorta di concorso al rovescio, in cui l'effetto estensivo non deriva dall'art. 376 c.p. – che resta riferito esclusivamente all'autore materiale del reato, diretto destinatario della causa di non punibilità – bensì da un'interpretazione estensiva del concetto, contenuto nel primo comma dell'art. 119 c.p., di "persona a cui si riferisce" la causa di non punibilità»¹⁰⁵.

Sebbene questa ipotesi di lavoro rappresenti il tentativo più fine elaborato per legittimare le conclusioni cui è pervenuta la recente pronuncia delle Sezioni Unite, non sembra essere pienamente convincente se analizzata con l'unico metro a disposizione del giurista positivo per l'applicazione del diritto: il *ius conditum, la legge vigente*.

In materia di concorso di persone la chiarezza e la precisione del disposto normativo dell'art. 119, primo comma, c.p. non lasciano aperti spazi ad interpretazioni diverse: le circostanze di esclusione della pena di natura soggettiva non si estendono *mai* ai partecipi e valgono solo per la persona a cui si riferiscono, e tale persona è nel caso della ritrattazione, ai sensi dell'art. 376 c.p., unicamente il soggetto dotato

¹⁰⁴ Dello stesso ordine di idee è B. ROMANO, *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., p. 1924.

¹⁰⁵ In tal senso cfr. M. MASTROJENI, *L'estensione della ritrattazione all'istigatore*, cit., p. 1497.

della *qualifica formale* di testimone e non anche il concorrente morale, per difetto di tale presupposto soggettivo.

La non punibilità dell'istigatore può scaturire unicamente dalla nuova '*fattispecie scriminante plurisoggettiva eventuale*' creata dalla combinazione della esimente *monosoggettiva* di cui all'art. 376 c.p. con il 119 c.p., non primo, ma secondo comma.

Argomentando diversamente, si finisce piuttosto che con l'accogliere "una moderata interpretazione estensiva" dell'art. 119, primo comma, c.p., con il prospettare una lettura *praeter legem* al di là del suo "senso possibile".

Il problema deve essere allora impostato su basi differenti, e l'art. 119 c.p. deve essere interpretato non nel tentativo di ricavarne, in spregio alle regole dell'ermeneutica giuridica¹⁰⁶, un significato (in taluni casi più favorevole al reo) collimante con le intenzioni degli interpreti e con le esigenze dell'equità sostanziale, ma in conformità al suo *tenore letterale*¹⁰⁷.

In primo luogo, a tal proposito, preme rilevare che la lettura di questo articolo a prescindere dai criteri contenuti nell'art. 70 c.p. che è stata prospettata dalle Sezioni Unite, ed accolta con favore da larga parte della dottrina, non sembra cogliere nel segno, risultando incongrua nel momento in cui limita il significato della locuzione "circostanze oggettive di esclusione della pena" contenuta nel suo secondo comma alle sole *cause di giustificazione in senso stretto*¹⁰⁸.

A nostro avviso sembra doversi ancora ritenere prevalente la vecchia opzione ermeneutica che sosteneva la necessità di leggere l'art. 119 c.p. *in combinato disposto* con l'art. 70 c.p., e di interpretare così alla luce delle distinzioni in quest'ultimo contenute il diverso significato del termine soggettivo ed oggettivo ivi utilizzato¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Sul tema dell'ermeneutica giuridica si veda per approfondimenti L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, *passim*; F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria dell'ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, *passim*; G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., p. 357 ss.

¹⁰⁷ In questi termini B. ROMANO, *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., p. 1914.

¹⁰⁸ In tal senso cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 571; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 472; F. VIGANÒ, *Art. 119 Valutazione delle circostanze di esclusione della pena*, in *Codice penale commentato*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, cit., p. 980; G. GRASSO, *Art. 119*, in M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, III ed., Milano, 2005, p. 260; G. LA GRECA, *Art. 119*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi ed E. Lupo, vol. II, cit., p. 255; di questo avviso è anche la Suprema Corte nella pronuncia Sez. Un., 7 novembre 2002, Vannone, ora in questione.

¹⁰⁹ E. CONTIERI, *L'efficacia della ritrattazione*, cit., p. 1087, nota 2; G. VASSALLI,

Tale diversa chiave di lettura trova in effetti un appiglio abbastanza solido nei Lavori preparatori al codice penale. Nella relazione al Progetto definitivo presentato da Arturo Rocco nel 1929 si legge, infatti, che a differenza del codice precedente, l'articolato agli artt. 122 e 123 «con maggior precisione e compiutezza, si occupa distintamente delle *circostanze* aggravanti, di quelle attenuanti e di quelle *dirimenti*, e per ciascuna di tali ipotesi considera le circostanze oggettive e soggettive»¹¹⁰. In particolare le circostanze che escludono la pena, se oggettive «fanno venir meno l'oggetto del reato, e, ove questo non sussista, cessa, per tutti i compartecipi, la possibilità di applicare la legge penale; [se soggettive], invece, le esimenti si riferiscono a stati o qualità personali, e, per il principio della individualizzazione della responsabilità, non possono spiegare influenza sulla valutazione del fatto degli altri compartecipi»¹¹¹.

Il fatto che i compilatori del codice abbiano deliberatamente accuminato nella relazione entrambi i tipi di circostanze, e nella descrizione di quelle di esclusione della pena abbiano parlato genericamente di oggettive e soggettive senza avvertire il bisogno di specificare il significato, porta a concludere che il loro scopo era quello di ricomprendere anche queste ultime, nella stessa categoria di genere delle circostanze in senso strettamente tecnico disciplinate nell'art. 59 ss. c.p. Appartendo tutte al medesimo *genus* non appariva necessario specificare nuovamente il significato da attribuire ai termini 'soggettivo' ed 'oggettivo' utilizzati sia nell'art. 118 c.p. che nell'art. 119 c.p., essendo implicito il riferimento per la loro comprensione alle definizioni contenute all'interno dell'art. 70 c.p.¹¹².

Che tali fossero le intenzioni del legislatore appariva in modo ancora più netto prima della modifica del testo dell'art. 118 c.p. realizzata in attuazione della riforma del 1990 con la legge n. 19 che ha riscritto l'intera disciplina del regime di imputazione delle circostanze. Vigendo il vecchio testo non sussistevano dubbi sul fatto che il significato delle nozioni di 'circostanze oggettive' e 'circostanze soggettive' dell'art. 118 c.p. fosse desumibile *per relationem* guardando alle definizioni contenute nell'art. 70 c.p. e che, a sua volta, anche il significato dei

voce *Cause di non punibilità*, cit., p. 630; A.R. LATAGLIATA, voce *Concorso di persone*, cit., p. 598; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, I, cit., p. 720.

¹¹⁰ Così la *Relazione sul Libro I del Progetto. Lavori preparatori*, cit., vol. V, I, p. 175.

¹¹¹ Così la *Relazione sul Libro I del Progetto. Lavori preparatori*, cit., vol. V, I, p. 176.

¹¹² Sul punto, con particolare riferimento alla determinazione del significato di queste due norme *per relationem* con le definizioni contenute nell'art. 70 c.p., si rinvia a quanto già detto nel par. 4 di questo capitolo.

termini 'oggettivo' e 'soggettivo' utilizzati nell'art. 119 c.p., strettamente collegato all'art. 118 c.p. (come si evince anche dal passo della Relazione al codice penale poc'anzi citato), fosse evincibile sempre dall'art. 70 c.p.

In seguito alla novella del 1990 che ha riformulato il testo del solo art. 118 c.p.¹¹³, e non anche quello dell'art. 119 c.p., si può ritenere invece – in ossequio all'antico adagio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* – che mentre il primo articolo possa ora esser letto indipendentemente dall'art. 70 c.p., il secondo (non contenendo nessuna specificazione delle nozioni di circostanze oggettive e soggettive) debba essere ancora interpretato sulla base dei criteri distintivi in esso contenuti¹¹⁴.

Da una simile, e preferibile, lettura di queste due norme in combinato disposto tra loro non si può pervenire alla conclusione di intendere il precetto normativo dell'art. 119, primo comma, c.p. (quello inerente alle circostanze oggettive) riferito esclusivamente (ed in modo arbitrario) alle sole cause di giustificazione in quanto uniche cause in grado di eliminare l'antigiuridicità obiettiva del fatto criminoso; bensì, più ampiamente, esso deve essere considerato come un disposto valido per tutte quelle cause di esclusione della punibilità che incidono sugli aspetti *oggettivi* del reato indicati dall'art. 70 c.p., quali, appunto, nell'ipotesi della ritrattazione della falsa testimonianza, la gravità del danno o del pericolo arrecato all'interesse statale all'accertamento della verità nel processo.

Peraltro, questa interpretazione del primo comma dell'art. 119 c.p. risulterebbe inesatta sotto un altro profilo, dal momento che *non tutte le cause di giustificazione hanno natura giuridica oggettiva*. Come rileva

¹¹³ In seguito alla riforma in parola l'art. 118 c.p. recita che «le circostanze che aggravano o diminuiscono le pene concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono». Il testo originario, invece, era il seguente «le circostanze oggettive, che aggravano o diminuiscono la pena, anche se non conosciute da tutti coloro che concorrono nel reato, sono valutate a carico o a favore di essi. Le circostanze soggettive, non inerenti alla persona del colpevole che aggravano la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato, stanno a carico anche degli altri, sebbene non conosciute, quando hanno servito ad agevolare l'esecuzione del reato. Ogni altra circostanza, che aggrava o diminuisce la pena, è valutata soltanto riguardo alla persona cui si riferisce».

¹¹⁴ Ammette questa eventualità, pur essendo propenso per l'inutilità del rinvio all'art. 70 c.p. per distinguere le circostanze di esclusione della pena in oggettive e soggettive, G. GRASSO, *Art. 119*, cit., p. 237. Ad avviso di questo Autore, infatti, «è possibile ritenere, tuttavia, che dall'art. 70 siano egualmente desumibili degli elementi utili al fine di tracciare una linea di demarcazione tra circostanze soggettive ed oggettive di esclusione della pena».

puntualmente una parte della dottrina esistono, infatti, delle cause di giustificazione strettamente personali che, per espressa volontà legislativa, si applicano soltanto a determinati soggetti lasciando sussistere l'illiceità della condotta degli eventuali compartecipi, come ad esempio l'art. 51, ultimo comma che rende lecita l'esecuzione dell'ordine illegittimo vincolante da parte del sottoposto, ma lascia sopravvivere la responsabilità del superiore che ha impartito tale ordine, e l'art. 53 c.p. che legittima l'uso delle armi da parte del pubblico ufficiale e non anche del privato che non sia stato da questi legalmente richiesto¹¹⁵. Sicché si può affermare che l'art. 119, primo comma, c.p. non si riferisce solo ed esclusivamente a tutte le cause di giustificazione indistintamente considerate, bensì a *tutte quelle cause di esclusione della punibilità che abbiano natura oggettiva*, siano esse cause di giustificazione vere e proprie, o cause di esclusione della punibilità in senso stretto di tipo oggettivo.

Ciò diviene ancora più plausibile se da un punto di vista dommatico si privilegia in materia di cause di giustificazione la *teoria degli elementi soggettivi*, in base alla quale esse, o quanto meno alcune di esse (gli artt. 52 e 54 c.p.) non si ritengono sussistenti in forza del solo dato oggettivo, bensì quando, oltre al 'valore di evento', sono connotate anche dal 'valore d'azione' che ricomprende in sé, ovviamente, anche il 'valore' dell'elemento psicologico. Muovendo da una tale premessa teorica ogni causa di giustificazione può trovare applicazione unicamente quando si accerti, oltre al verificarsi di un evento 'avvalorato' oggettivamente dall'ordinamento giuridico all'esito di un ponderato bilanciamento degli interessi confliggenti, anche il dato (tutto soggettivo) della effettiva 'costrizione ad agire'¹¹⁶.

Che esistano due diverse *species* del *genus* cause di esclusione della pena in senso stretto (oggettive e soggettive) è poi fuor di dubbio, distinguendosi da tempo nella dottrina tedesca, ma anche in quella italiana, tra le *persönliche Strafausschliessungsgründe* (generalmente di natura originaria) e le *sachliche Strafausschliessungsgründe* (di natura sopravvenuta e denominate anche, preferibilmente, *Strafaufhebungsgründe*)¹¹⁷.

¹¹⁵ In tal senso si veda per tutti G. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 137.

¹¹⁶ Sul punto si rinvia a S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 203; F. SCHIAFFO, *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato*, Napoli, 1998, *passim*; G. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980, *passim*.

¹¹⁷ Per degli approfondimenti sulle caratteristiche di ciascuna di queste categorie dommatiche si rinvia nella dottrina di lingua tedesca a R. BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe*, Straf-

Nondimeno, siccome l'esimente di cui all'art. 376 c.p. non può essere ricondotta nell'ambito delle circostanze soggettive di esclusione della pena, dal momento che non lascia sussistere l'illiceità penale del fatto¹¹⁸ e non si limita a far venir meno la punibilità per mere ragioni di opportunità politico-criminali connesse «per lo più alle condizioni o qualità personali di un soggetto, ai suoi rapporti con la vittima»¹¹⁹, essa, al contrario, deve essere inquadrata nell'ambito delle *circostanze di esclusione della pena oggettive*.

La non punibilità della ritrattazione si incentra sulla realizzazione da parte del reo di una *condotta postfatto* (di segno opposto rispetto ad una precedente di natura delittuosa) che, pur presentando una ineliminabile componente soggettiva, si caratterizza eminentemente per la capacità di incidere in maniera determinante *sull'offesa al bene giuridico* tutelato. È per tale ragione che essa fa venir meno non solo la *ratio* dell'infrazione della pena nei confronti di quel determinato soggetto per ragioni politico-criminali individuali, bensì lo stesso fondamento oggettivo dell'esercizio del potere punitivo statale¹²⁰. Con la ritratta-

rechtliche Abhandlungen, Neue Folge, vol. 29, Berlin, 1976, *passim*; W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990, p. 243 s.; H.H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 551; C. ROXIN, *Strafrecht*. AT, B. I, cit., p. 894 s.; Id., *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., p. 112. Per quanto concerne la dottrina italiana il rinvio è obbligato ancora una volta a G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, cit., p. 622, ad avviso del quale «come esistono condizioni positive della punibilità, le quali operano spesso in senso oggettivo, nei confronti di quanti abbiano concorso nel fatto (si pensi alla dichiarazione di fallimento, alla querela e via dicendo), parimenti possono esistere condizioni negative della punibilità stessa, operative per determinati reati e concernenti tutti i possibili autori del fatto». Dello stesso ordine di idee è anche M. ROMANO, *Cause di giustificazione, scusanti*, cit., p. 69. Ad analoghe conclusioni sembra approdare inizialmente anche M. MASTROJENI, *L'estensione della ritrattazione all'istigatore*, cit., p. 1494, in particolare nota 89, sebbene alla fine privilegi la lettura dominante dell'art. 119, primo comma, c.p.

¹¹⁸ Individuano questi come requisiti caratteristici delle circostanze di esclusione della pena soggettive di cui all'art. 119, secondo comma, c.p. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 472; gli stessi Autori, coerentemente, per tali ragioni propendono in *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 371, per inquadrare la ritrattazione nel novero delle circostanze di esclusione della pena oggettive di cui all'art. 119, primo comma, c.p. Ad analoghe conclusioni perviene anche A. SANTORO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale: Delitti contro lo Stato*, II, Torino, 1965, p. 428.

¹¹⁹ Di questo avviso è G. GRASSO, *Art. 119*, cit., p. 238.

¹²⁰ Propende per la ricostruzione in termini oggettivi della ritrattazione G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 582 s., il quale rileva che «la non punibilità prevista dall'art. 376 è alla base di un meccanismo premiale finalizzato alla tutela avanzata del bene giuridico protetto dalle nor-

zione della falsa deposizione testimoniale, grazie alla ricomposizione del danno arrecato all'amministrazione della giustizia, lo Stato perde ogni interesse alla repressione delle condotte illecite precedenti¹²¹.

10.2. Critica alla teoria della punibilità del concorrente ai sensi dell'art. 377 c.p.

Se non può essere accolta la tesi soggettiva, né nella versione pura, né in quella c.d. 'moderata', nondimeno può andare esente da osservazioni critiche anche l'altra soluzione prospettata da una parte minoritaria della dottrina, in base alla quale l'istigatore del delitto di falsa testimonianza ritrattata, tutte le volte che non si sia prodigato per indurre il teste a ritrattare, risponderebbe, anziché del delitto di cui all'art. 372 c.p., di quello meno grave di *subornazione* di testimoni di cui all'art. 377 c.p.¹²².

Questa teoria, per quanto appaia ancor più convincente sotto il profilo politico-criminale, risultando la pena da infliggere al partecipe adeguatamente proporzionata alla minore gravità del fatto commesso – dal momento che in tal caso all'istigatore della falsa testimonianza ritrattata si applica una pena più mite rispetto a quella prevista per il (più grave fatto di) concorso in una falsa testimonianza punibile –, non sembra invero cogliere nel segno se la si valuta sotto il profilo strettamente *normativo*. Essa, come rilevava già tempo addietro Pisani, «si giustifica solo su un generico piano equitativo, e non in termini logici rigorosi e di correttezza sistematica, perché il fatto della falsità, nel suo aspetto antiprecettivo, *infectum fieri non potest*, e ciò è indubbiamente di ostacolo alla possibilità di ricorrere all'ipotesi dell'art. 377 c.p.»¹²³.

me richiamate dall'art. 376 e tendente a sollecitare un contributo personale dell'autore del reato, in vista esclusivamente del ristabilimento della verità nel processo.

Una volta ottenuto tale risultato, la normativa premiale ha realizzato la sua funzione e viene meno l'interesse alla applicazione della pena, in relazione ad un fatto del quale è stata neutralizzata la dimensione lesiva. La valutazione di inopportunità del punire, che è alla base della normativa della ritrattazione, assume dunque un'impronta tipicamente obiettiva, riferibile a tutti i concorrenti del reato».

¹²¹ In tal senso cfr. Cass., Sez. III, 10 marzo 1980, Orsolini, in *Foro it.*, cit., c. 654.

¹²² Sul punto si rinvia a quanto già detto in precedenza al par. 5 del presente capitolo.

¹²³ Così M. PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, cit., p. 238. Di questo avviso era anche A. DE MARSICO, *Se sia punibile la determinazione a falsa testimonianza non punibile per ritrattazione*, cit., p. 13 s.

Asserire, anche se per coerenti ragioni di *equità sostanziale*, che il concorrente nel delitto di falsa testimonianza già consumata debba rispondere, in seguito alla ritrattazione da parte dell'autore materiale, del meno grave reato di subornazione, risulta errato dal momento che ai sensi dell'art. 377 c.p. il delitto di subornazione presuppone necessariamente come elemento costitutivo che l'istigazione a commettere il falso *non sia stata accolta* e che, in ogni caso, *il falso non sia mai stato commesso*¹²⁴. L'istigazione alla falsità è, cioè, penalmente rilevante ai sensi dell'art. 377 c.p. solo nel caso *tassativo* di una subornazione realizzata con *modalità corruttive e non seguita dalla deposizione testimoniale falsa* da parte del subornato.

Trattandosi allora di una *fattispecie a forma vincolata* in cui il legislatore ha individuato in modo determinato le modalità realizzative della condotta, essa *non può certamente essere applicata analogicamente* al caso simile del concorso in una falsa deposizione testimoniale ritrattata: la violazione del divieto di analogia statuito dall'art. 14 disp. prel. c.c. e ribadito implicitamente dall'art. 25 Cost. sarebbe invero palese¹²⁵; tanto più se si ritiene che *l'art. 377 c.p.*, oltre ad essere una *norma penale*, è anche una *norma eccezionale*, in quanto, stabilendo la rilevanza penale di una condotta meramente istigatoria, introduce una palese deroga alla regola generale dettata dall'art. 115 c.p. in base alla quale l'accordo e l'istigazione non seguiti dalla commissione di un reato non sono punibili¹²⁶.

Ad analoghe critiche si espone anche la soluzione proposta da Conrieri di ritenere che il subornatore risponda del delitto di cui all'art. 377 c.p. nel caso in cui la falsa testimonianza ritrattata sia stata resa dietro l'offerta o la promessa di danaro o di altra utilità; mentre ogni qualvolta l'istigazione non sia avvenuta nei modi descritti dalla fattispecie incriminatrice, essa sottostia alla disciplina generale prevista dall'art. 115 c.p. secondo capoverso e possa essere sanzionata al più, a discrezione del giudice, soltanto con una *misura di sicurezza*.

Né tanto meno si può sostenere che in tutti i casi di istigazione alla falsità in cui sia avvenuta la ritrattazione non si configuri mai il delitto di subornazione per le ragioni poc'anzi esposte, e si rientri sempre nell'ipotesi descritta dall'art. 115 c.p. potendosi applicare all'istigatore

¹²⁴ In tal senso cfr. F. COPPI, *Ritrattazione*, cit., p. 358; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 923; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 133; e da ultimo G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 585.

¹²⁵ Sui limiti all'applicazione analogica si rinvia per approfondimenti ai lavori già citati in precedenza alla nota n. 66, cap. III, sez. II.

¹²⁶ Cfr. in tal senso anche M. MASTROJENI, *L'estensione della ritrattazione all'istigatore*, cit., p. 1499.

almeno le misure di sicurezza. Ogni tentativo (parziale o totale) di susunzione della condotta dell'istigatore nell'ambito dell'art. 115 c.p. risulta impossibile, poiché anche tale disposizione, alla stessa stregua dell'art. 377, secondo comma, c.p., presuppone che "il reato non sia stato commesso", mentre, come si è già evidenziato in precedenza, nel caso dei delitti di falso processuale, trattandosi di reati istantanei di pericolo, essi si reputano già commessi dal testimone nel momento stesso in cui è stata resa la deposizione giudiziale; successivamente, in seguito alla ritrattazione, ne viene semplicemente meno la punibilità.

Si perviene così alla conclusione obbligata di ritenere che l'istigatore, in base al sistema normativo attualmente vigente, debba beneficiare sempre della ritrattazione tempestiva da parte dell'autore materiale della precedente falsità, salvo dover rispondere eventualmente del diverso delitto di violenza privata qualora abbia minacciato il teste al fine di non farlo ritrattare: ogni altra conclusione alternativa, sebbene più conforme alle esigenze di equità sostanziale, non può trovare accoglimento.

11. *L'inadeguatezza anche della teoria oggettiva ed il permanere di un'aporìa. Prospettive de iure condendo*

Appare, però, evidente che una soluzione del genere, ineluttabilmente dettata dal rigore del dato normativo, sebbene sia coerente e lineare da un punto di vista dommatico 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, addirittura, abbia cercato di ostacolare la ritrattazione. Condividerla passivamente significherebbe, peraltro, contraddire quanto detto in apertura di questo lavoro: che tra i compiti della dommatica esiste anche quello dell'osservazione critica della giurisprudenza¹²⁷, dal momento che dall'analisi delle sentenze in materia emerge, nonostante la discordanza di argomentazioni, la comune esigenza politico-criminale (in parte condivisibile) di ritenere penalmente rilevante ai sensi dell'art. 372 c.p. l'istigazione alla falsa dichiarazione processuale quando ad essa *non sia seguito un comportamento attivo successivo* diretto a far ritrattare il teste. Di ciò non si può non tenere conto.

Una valutazione di questi comportamenti istigatori teleologicamente orientata alle funzioni della pena, fa emergere la assoluta inadegua-

¹²⁷ Si rinvia a quanto già detto *supra* nella Premessa, par. 2.

tezza anche di una simile risposta al problema della punibilità o meno del concorrente.

Punire a titolo di falsa testimonianza consumata *ex art. 372 c.p.* con la reclusione da due a sei anni il correo che non abbia partecipato alla ritrattazione della precedente deposizione mendace contraddice le istanze di general-prevenzione positiva e di special-prevenzione positiva né più e né meno di quanto non le mortifichi il suo esonero da qualunque conseguenza penale.

Il comportamento del partecipe, a ben vedere, in questo caso appare sì bisognoso e meritevole di una risposta sanzionatoria di tipo penale, ma tale risposta non può essere né quella prevista per il più grave delitto di falsa testimonianza consumata e non ritrattata *ex art. 372 c.p.*, per l'evidente differenza di disvalore tra i due episodi, né quella meno grave prevista tassativamente per il delitto analogo, ma sostanzialmente diverso, di subornazione *ex art. 377 c.p.* per la ovvia ragione della impossibilità di procedere in materia penale all'applicazione analogica.

Esso necessita di una *sanzione* che sia *adeguata e proporzionata* alla sua entità e per un *fatto* che sia *espressamente preveduto come reato* da una fattispecie incriminatrice. In altre parole, la sua punibilità non potrà discendere, in spregio ai principi di legalità e di irretroattività, da ardite operazioni ermeneutiche della giurisprudenza costretta, in presenza di una lacuna legislativa di tutela, ad agire *supplendi causa*, ma necessariamente da una precisa norma penale incriminatrice.

Sicché, a nostro avviso, l'unica via da percorrere al fine di poter diradare le incertezze sul tema in esame, di evitare creazioni giurisprudenziali di diritto e di adeguare le spuntate risposte ordinamentali nei confronti di questi comportamenti alle funzioni della pena, è quella di provvedere ad una *modifica normativa*.

Il legislatore, però, non dovrebbe intervenire sulla disciplina degli artt. 119 e 376 c.p. snaturandola, bensì dovrebbe intervenire sul disposto dell'art. 377 c.p.¹²⁸ che incrimina il delitto di *subornazione*, introducendo in esso un *nuovo terzo comma* nel quale sia statuita espressamente la rilevanza penale della condotta istigatrice diretta a far rende-

¹²⁸ Ci sembra utile, ai fini di una più agevole lettura, riportare nuovamente il testo di tale art. 377 c.p.: «1. Chiunque offre o promette denaro od altra utilità alla persona chiamata a rendere dichiarazioni davanti alla 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, di consulente tecnico, o interprete, per indurla a commettere i reati previsti dagli artt. 371 *bis*, 371 *ter*, 372 e 373, soggiace alle pene stabilite negli articoli medesimi ridotte dalla metà ai due terzi.

2. La stessa disposizione si applica qualora l'offerta o la promessa sia accettata, ma la falsità non sia commessa».

re al teste, al perito ecc. false dichiarazioni processuali successivamente ritrattate *autonomamente* dallo stesso autore materiale. Più precisamente ancora, in questo ulteriore comma potrebbe essere disposto, sulla falsariga di quanto previsto già nel codice penale del 1889, che:

«*La stessa disposizione si applica qualora, anche al di fuori delle ipotesi dell'offerta o della promessa di danaro, la falsità sia commessa ma successivamente ritrattata in modo autonomo dal colpevole alle condizioni e nei termini indicati dall'art. 376 c.p.*».

Esistendo una simile fattispecie incriminatrice, ed avvalendosi del canone ermeneutico dell'interpretazione sistematica, si avrebbe che, ai sensi della lettura in combinato disposto degli artt. 376 e 119, secondo comma, c.p., di regola l'istigatore dovrebbe beneficiare degli effetti della ritrattazione del falso teste essendo questa una circostanza di esclusione della pena di *natura oggettiva*. Mentre nell'ipotesi speciale, espressamente prevista dal nuovo comma dell'art. 377 c.p. (in deroga anche al disposto dell'art. 115 c.p.), in cui l'istigatore non si sia prodigato e non abbia in alcun modo contribuito alla ritrattazione, egli debba rispondere penalmente, non ai sensi del più grave delitto di falsa testimonianza, bensì del più mite delitto di subornazione.

Questa appare l'unica soluzione realmente in grado di *contemperare* le esigenze di equità sostanziale che orientano la giurisprudenza (e parte della dottrina), pur in assenza di una precisa disposizione normativa, verso la repressione della condotta del partecipe inoperoso nella falsità ritrattata, con le esigenze di rispetto della *proporzionalità della risposta sanzionatoria*, della *legalità formale* e della *determinatezza-tassatività*, che non consentono di sussumere (e quindi di punire) tale comportamento né all'interno del delitto di falsa testimonianza ex art. 372 c.p., né all'interno del delitto di subornazione di cui all'art. 377 c.p.

L'unica modifica da apportarsi eventualmente all'art. 376 c.p. è quella (a cui già si è accennato in precedenza nel par. 1.1 Cap. II, Sez. II) imposta dalla nuova necessità emersa nel nostro sistema penale, in seguito all'entrata in vigore di una Costituzione dalla forte impronta personalistica, di bilanciare l'interesse pubblico alla ricerca della verità nel processo con quello individuale alla tutela degli interessi degli altri soggetti eventualmente offesi.

Ci riferiamo alla opportunità di prevedere in tale norma, come avveniva nel codice penale del 1889 e come avviene ancora oggi in molti codici penali europei, una *limitazione alla operatività* della ritrattazione alle sole ipotesi in cui la falsa dichiarazione processuale *non abbia già prodotto effetti dannosi nei confronti di terzi innocenti*.

In questi casi il ritrattante, senza che si introduca una nuova circostanza attenuante speciale, potrà più ragionevolmente beneficiare, anziché della totale esenzione della pena, di una sua riduzione ai sensi dell'art. 62, n. 6, c.p.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *La legislazione premiale*, Atti del XV Convegno E. De Nicola, Milano, 1987.
- AA.VV., a cura di, *Le leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli (1808)*, Padova, 1988.
- AA.VV., a cura di, *Codice penale pel Granducato di Toscana (1853)*, Padova, 1995.
- AA.VV., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Atti del Convegno a cura di S. Moccia, Napoli, 1998.
- AA.VV., *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di M. Ferraioli, Milano, 2002.
- AA.VV., *Il libero convincimento del giudice penale*. Atti del Convegno, Siracusa 6-8 dicembre 2002, Milano, 2004.
- AA.VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. Cocco, Padova, 2005.
- AA.VV., *La giurisprudenza commentata delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Diritto penale*, a cura di F. Palazzo, Padova, 2005.
- ALBEGGIANI F., *Nota a Sez. Un., 23 novembre 1985, Cottone*, in *Foro it.*, 1987, II, c. 327.
- ALEO S., *Il sistema penale*, Milano, 2004.
- ALESSI G., voce *Processo penale (dir. intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 386 ss.
- ALIMENA F., *Le condizioni di punibilità*, Milano, 1938.
- AMARELLI G., *Sulla configurabilità della falsità ideologica in atti pubblici dispositivi*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1774.
- AMARELLI G., *Prospettive evolutive della "non punibilità" tra tecniche da abbandonare e tecniche da valorizzare*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, Napoli, 2005, p. 247.
- AMODIO E., *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1422.
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed. aggiornata e integrata da L. Conti, Milano, 2003.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, XIV ed. integrata e aggiornata a cura di L. Conti, Milano, 2003.
- ANTONINI E., *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, Milano, 1990.
- BACIGALUPO E., *Applicazione del diritto penale ed uguaglianza dinanzi alla legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 961.

- BALSAMO A., *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali: efficienza, garanzie e ricerca della verità*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 387.
- BARATTA A., *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in onore di G. Tarello*, vol. II, Milano, 1990, p. 94.
- BARATTA A.-HOHMANN R., *Vérité procédurale ou vérité substantielle? Introduction*, in *Deviance et société*, 2000, p. 91.
- BATTAGLINI G., *Gli elementi del reato nel nuovo codice penale*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1934, p. 1089.
- BATTAGLINI G., *I termini per la ritrattazione nella falsa testimonianza in rapporto al giudizio e alla condanna*, in *Giust. pen.*, 1936, II, c. 112.
- BATTAGLINI G., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1949.
- BELING E., *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen, 1906.
- BELLAVISTA G., *La compensazione come causa estintiva speciale della punibilità del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, p. 278.
- BELLUTA H., *Operatività della ritrattazione per talune specie di favoreggiamento*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 762.
- BELLUTA H., *Ritrattazione e favoreggiamento: la Corte Costituzionale argina le ipotesi di incompatibilità*, *ivi*, 2001, p. 574.
- BELTRÁN J.F., *Prova e verità nel diritto*, trad. it., Bologna, 2004.
- BINDING K., *Lehrbuch des gemeinem deutschen Strafrecht*, Leipzig, vol. II, 1904.
- BINDING K., *Handbuch des Strafrechts*, (1885), ristampa anastatica, Aalen, 1991.
- BIRKMEYER K., *Deutsches Strafprozessrecht*, Berlin, 1898.
- BLOY R., *Die dogmatische Bedeutung der Strafusschließungs- und Strafhebungsründe*, *Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge*, vol. 29, Berlin, 1976.
- BORIO PORZIO, *Una questione sul termine per la ritrattazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 469.
- BORTOLO P., *Calunnia*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. Coppi, Torino, 1996, p. 162.
- BOSCARELLI M., *Ritrattazione della falsa testimonianza e punibilità del concorrente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 448.
- BOSCARELLI M., voce *Giustizia (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 612.
- BOSCHI M., *Nota redazionale*, in *Foro it.*, 1980, II, c. 654.
- BRICCHETTI R., *Art. 367 Simulazione di reato*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, Milano, 2005, p. 1775.
- BRICCHETTI R., *Art. 368 Calunnia*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, Milano, 2005, p. 1796.
- BRICCHETTI R.-RANDAZZO E., *Le indagini della difesa. Dopo la legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001.
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIX, 1973, p. 7.
- BRICOLA F., *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *Quest. crim.*, 1980, p. 453.

- BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 457.
- BRICOLA F., *Il secondo e terzo comma dell'art. 25*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Padova, 1981, p. 283.
- BRICOLA F., *Riforma del processo penale e profili di diritto sostanziale*, in *Ind. pen.*, 1989, p. 337.
- BRICOLA F., *Diritto premiale e sistema penale*, in *Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali*, Como 26-27 giugno 1981, Milano, p. 133, qui citato nella versione contenuta in *Franco Bricola. Scritti di diritto penale. Dottrine generali teoria del reato e sistema sanzionatorio*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, vol. I, Tomo II, Milano, 1997, p. 1473.
- BUZZELLI S., *Contraddittorio e contestazioni nell'esame testimoniale: una sbrigativa ordinanza della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 320.
- CADOPPI A., voce *Simulazione di reato*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, p. 628.
- CADOPPI A., edizione e presentazione a cura di, *Codice penale per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla*, Padova, 1991.
- CADOPPI A., *La genesi delle fattispecie penali. Una comparazione tra civil law e common law*, in *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di G. Fiandaca, Padova, 1997, p. 147.
- CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999.
- CADOPPI A.-VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*, Padova, 2004.
- CALAMANDREI P., *La genesi logica della sentenza civile* (1914), in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, p. 25.
- CALAMANDREI P., *Linee fondamentali del processo inquisitorio civile*, in *Studi in onore del Chioventa*, Napoli, 1927.
- CALAMANDREI P., *Il giudice e lo storico* (1939), ora in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, p. 393.
- CALAMANDREI P., *Verità e verosimiglianza nel processo civile* (1955), in *Opere giuridiche*, vol. V, Napoli, 1972, p. 615.
- CANESTRARI S.-GAMBERINI A.-INSOLERA G.-MAZZACUVA N.-SGUBBI F.-STORTONI L.-TAGLIARINI F., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2000.
- CANTARANO C., *I delitti contro l'attività giudiziaria nella giurisprudenza*, Padova, 1978.
- CANZIO G., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1193.
- CANZIO G., *L'oltre il ragionevole dubbio come regola probatoria e di giudizio del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 303.
- CAPOGRASSI G., *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 1, pubblicato anche in G. CAPOGRASSI, *Opere*, vol. V, Milano, 1959, p. 53.
- CARACCIOLI I., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia. Lezioni di diritto penale I. Parte speciale*, Torino, 1996.
- CARNAROLI, *I termini della ritrattazione della falsa testimonianza in giudizio penale*, in *Giust. pen.*, 1936, II, c. 668.

- CARNELUTTI F., *La prova civile*, (1915), ristampa Milano, 1992.
- CARNELUTTI F., *Le prove civili e le prove penali*, in *Riv. dir. proc.*, 1925, p. 18.
- CARNELUTTI F., *Teoria del falso*, Padova, 1935.
- CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936.
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto penale*, Milano, 1942.
- CARNELUTTI F., *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, p. 161.
- CARNELUTTI F., *Proposte per una maggior tutela penale del giudizio*, in *Riv. dir. pen.*, 1957, I, p. 345.
- CARNELUTTI F., *Rapporti tra il processo penale principale e il processo di falsa testimonianza*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 492.
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958.
- CARNEVALE E., *Carattere della verità nel processo criminale*, (1925) in E. CARNEVALE, *Diritto criminale*, vol. III, Roma 1932, p. 391.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. IV, Lucca, 1870.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. V, Lucca, 1870.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, IV ed., Lucca, 1871.
- CATERINI M., *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004.
- CAVALIERE A., *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000.
- CAVALIERE A., *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Napoli, 2004.
- CAVALLONE B., *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 679.
- CEREZO MIR J., SUAREZ MONTES R.F., BERISTAN IPIÑA A., ROMEO CASABONA C.M., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*, Granata, 2000.
- CHIARLONI S., *Processo civile e verità*, in *Quest. giust.*, 1987, p. 504.
- CHIAROTTI F., *Le cause speciali di non punibilità*, Roma, 1946.
- CHIAROTTI F., *Osservazioni sulla natura giuridica della ritrattazione*, in *Arch. pen.*, 1958, II, p. 26.
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928.
- CIAMPI, *La proposta di abolire la ritrattazione come causa di non punibilità*, in *Giust. pen.*, 1962, I, c. 79.
- COBO DEL ROSAL M. (diretto da), *Compendio de derecho penal espanol. Parte especial*, Madrid-Barcelona, 2000.
- COGLIOLO P., a cura di, *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, vol. II, Pt. I, Milano, 1890.
- COLACCI M.A., *Controversie sulla ritrattazione della falsa testimonianza*, in *Scuola pos.*, 1964, p. 285.
- COLESANTI V., voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1964, p. 173.
- CONCAS L., *Concorso di persone nella falsa testimonianza ed efficacia della ritrattazione*, in *Riv. giur. Sarda*, 1986, p. 531.
- CONCAS L., *Istigazione alla falsa testimonianza e ritrattazione*, in *Riv. giur. Sarda*, 1986, p. 148.

- CONTENTO G., *La condotta susseguente al reato*, Bari, 1965.
- CONTI C., voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. V, Milano, 2001, p. 627.
- CONTI C., *Il nuovo delitto di "subornazione" ex art. 377-bis c.p. tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1027.
- CONTI U.-SABATINI G., *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, vol. II, Milano, 1934.
- CONTIERI E., *L'efficacia della ritrattazione nei confronti dell'istigazione a falsa testimonianza, perizia o interpretazione*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1933, p. 1084.
- COPPEA M.G., *Indagini della polizia giudiziaria e del pubblico ministero*, in AA.VV., *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di G. Giostra e G. Illuminati, Torino, 2001, p. 135.
- COPPI F., a cura di, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 1996.
- COPPI F., *Ritrattazione*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. Coppi, Torino, 1996, p. 353.
- CORDERO F., *Diatribes sul processo accusatorio*, in *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 229.
- CORDERO F., *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1981.
- CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2003.
- CORVI P., *Informazioni false o reticenti nel corso delle indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 131.
- CRAMER P., in A. SCHÖNKE-H. SCHRÖDER, *Kommentar Bundesstrafrechtsgesetzbuch*, München, 2001, sub § 139.
- CRISTIANI A., *Guida alle indagini difensive nel processo penale. Commento analitico alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Torino, 2001.
- CRISTIANI A., *Il difensore penale nell'arcobaleno legislativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 533.
- CURATOLA P., voce *Calunnia (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, p. 818.
- CURSARO R., *Applicabilità della ritrattazione al favoreggiamento personale mediante dichiarazioni reticenti alla polizia giudiziaria*, in *Giur. it.*, 2001, p. 570.
- D'ALESSANDRO F., *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella revisione del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 682.
- D'AMBROSIO V., *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, Milano, 2005, p. 1829.
- DA PASSANO M.-MAZZACANE A.-PATALANO V.-VINCIGUERRA S., edizione e presentazione a cura di, *Codice per lo Regno delle due Sicilie (1819)*, Parte II, *Leggi penali*, Padova, 1996.
- DALIA A.A.-PIERRO G., *Giurisdizione penale*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 1989, p. 1.
- DAMAŠKA M., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, (1986), trad. it. a cura di A. Giussani-F. Rota, Bologna, 1991.
- DATTINO G., *Il falso giudiziale*, Milano, 1915.
- DE CARO A., *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003.

- DE FENU G., *L'esimente della ritrattazione nella falsa testimonianza*, in *Giust. pen.*, 1967, II, c. 759.
- DE FRANCESCO G.A., *Il problema della colpevolezza tra pensiero giuridico ed evoluzione del sistema normativo*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, a cura di P. Grossi, Milano, 1997, p. 425.
- DE LUCA G., *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in *Scuola pos.*, 1965, p. 43.
- DE LUCA G., *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in *Scritti in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, a cura di M.C. Bassiouni, A.R. Latagliata e A.M. Stile, II, *Politica criminale e criminologia. Procedura penale*, Milano, 1991, p. 181.
- DE MARSICO A., *Se sia punibile la determinazione a falsa testimonianza non punibile per ritrattazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, p. 3.
- DE MARSICO A., *Le conseguenze del reato nel diritto sostantivo e processuale*, Napoli, 1937.
- DE MARSICO A., voce *Falsità in atti*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 563.
- DE VERO G., *Corso di diritto penale*, Torino, 2004.
- DE VITA A., *I reati a soggetto passivo indeterminato. Oggetto dell'offesa e tutela processuale*, Napoli, 1999.
- DEAN G., *Il risarcimento del danno come attenuante comune*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, p. 812.
- DEL MAR DIAZ PITA M., *El delito de acusación y denuncia falsas: problemas fundamentales*, Barcelona, 1996.
- DEL VECCHIO G., *Sul fondamento della giustizia penale*, in *Arch. pen.*, 1945, p. 89.
- DESORTES F.-LE GUNEHÉC F., *Le nouveau droit penal. Droit pénal général*, Paris, 1994.
- DI CHIARA S.-FIANDACA G., *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Napoli, 2003.
- DI GIOVINE O., voce *Testimonianza (falsità di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, 1999, p. 309.
- DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998.
- DI MARTINO A., *Art. 20, legge 1° marzo 2001, n. 63*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 337.
- DINACCI E., *Favoreggiamento personale*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. Coppi, Torino, 1996, p. 385.
- DOLCE R., voce *Falso giuramento della parte*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 680.
- DOLCINI E., *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 626.
- DOLCINI E., voce *Codice penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 270.
- DOMINIONI O., *I limiti cronologici della ritrattazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 512, nonché in *La testimonianza nel processo penale*, Milano, 1974, p. 242.

- DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.
- DONINI M., *Anatomia dommatica del duello. L'onore dal gentiluomo al colletto bianco*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 1057.
- DONINI M., *Non punibilità ed idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 1035, anche in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 347.
- DONINI M., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 75, anche in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 377.
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.
- DURIGATO L., *Rilievi sul reato plurioffensivo*, Padova, 1972.
- ENGISCH K., *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, in *Studium generale*, 1957, p. 188.
- ENGISCH K., *Einführung in das juristische Denken*, 4 Auflage, Stuttgart, 1968, trad. it. a cura di A. Baratta, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970.
- ESCOBEDO G., *La verità di fatto e giuridica nel processo penale e il dovere del giudice competente di rilevarla d'ufficio*, in *Giust. pen.*, 1915, II, c. 465.
- ESCOBEDO G., *Falsa testimonianza e ritrattazione*, in *Giust. pen.*, 1938, II, c. 639.
- FALZEA A., *Giuristi e legislatori (considerazioni metodologiche)*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, a cura di P. Grossi, Milano, 1997, p. 520.
- FARALDO CABANA P., *Las causas de levantamiento de la pena*, Valencia, 2000.
- FERRAIOLI M., a cura di, *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, Milano, 2002.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.
- FERRARI U., *La verità penale e la sua ricerca nel diritto processuale italiano*, Milano, 1927.
- FERRARI U., *La verità nel diritto penale sostantivo*, Milano, 1929.
- FERRUA P., *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in *Studi sul processo penale. Anamorfosi del processo accusatorio*, a cura di P. Ferrua, vol. II, Torino, 1992, p. 47.
- FERRUA P., *Il nuovo processo penale e la riforma del diritto penale sostanziale*, in *Studi sul processo penale. Anamorfosi del processo accusatorio*, a cura di P. Ferrua, vol. II, Torino, 1992, p. 13.
- FERRUA P., *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1455.
- FERRUA P., *L'avvenire del contraddittorio*, in *Crit. dir.*, 2000, p. 25.
- FERRUA P., *Processo penale e verità*, in *Dem. dir.*, 2000, p. 207.
- FERRUA P., *L'indagine entra in dibattito solo attraverso il contraddittorio*, in *Dir. giust.*, 2001, n. 7, p. 9.
- FERRUA P., *La Corte Costituzionale promuove la "regola d'oro" del processo accusatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 401.

- FERRUA P., *Patteggiamento allargato, legge tre volte irrazionale*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 29, p. 9.
- FERRUA P., *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 401.
- FERRUA P., *Il "giusto processo"*, Bologna, 2005.
- FIANDACA G., *Il "bene giuridico" come problema teorico e come problema di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 42.
- FIANDACA G., a cura di, *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997.
- FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di G. Fiandaca, Padova, 1997, p. 1.
- FIANDACA G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico costituzionale*, in *Legalità e giurisdizione*, Padova, 2001, p. 45.
- FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2001, p. 359, nonché in G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, 2002, p. 35.
- FIANDACA G., *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, 2002.
- FIANDACA G., *L'offensività è un principio codificabile?*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 2003, p. 141.
- FIANDACA G.-MUSCO E., *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 56.
- FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Bologna, 2001.
- FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, I, III ed., Bologna, 2002.
- FILANGIERI G., *La scienza della legislazione*, (1784), qui citato nella versione *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti di Gaetano Filangieri*, a cura di B. Constant, vol. I, Milano, 1855.
- FILANGIERI G., *La scienza della legislazione* (1784), qui citato nella versione *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti di Gaetano Filangieri*, a cura di B. Constant, vol. II, Milano, 1856.
- FIORE C., *Il reato impossibile*, Napoli, 1959.
- FIORE C., *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 275.
- FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, I, II ed., Torino, 2004.
- FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, II, II ed., Torino, 2005.
- FIORE S., *La condotta susseguente al reato: spunti sistematici e politico-criminali*, in *Arch. pen.*, 1989, p. 97.
- FIORE S., *Ratio della tutela e oggetto dell'aggressione nella sistematica dei reati di falso*, Napoli, 2000.
- FIORELLI P., voce *Confessione (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, p. 864.
- FLORA G., *Manuale per lo studio della parte speciale del diritto penale. Il sistema della parte speciale*, vol. I, 1998.
- FLORIAN E., *Prove penali*, vol. I, Milano, 1914.
- FORNASARI G., *I reati contro l'amministrazione della giustizia nell'esperienza tedesca*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 829.

- FORNASARI G., *Diritto giurisprudenziale e cause di giustificazione nell'esperienza tedesca. – A margine, alcune considerazioni sull'interpretazione giudiziale e dommatica giuridica*, in AA.VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. Cocco, Padova, 2005, p. 21.
- FORTUNA E., *Avallato il rafforzamento dei poteri del giudice del dibattimento*, in *Riv. dir. trib.*, 1993, II, p. 508.
- FROSALI A., *Sistema penale italiano*, II, Torino, 1958.
- FURGUELE A., *L'applicazione di pena su richiesta delle parti*, Napoli, 2000.
- FURNO C., *Irretrattabilità del giuramento*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, p. 182.
- GALLO E., *Il falso processuale*, Padova, 1973.
- GALLO M., voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 748.
- GALLO M., *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 8.
- GARCIA PÉREZ O., *La Punibilidad en el Derecho Penal*, Pamplona, 1997.
- GATTI A., *Falso giuramento della parte*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. Coppi, Torino, 1996, p. 327.
- GEMMA G., *Condonò edilizio e costituzione: una compatibilità tutta da dimostrare*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 4506.
- GIANNUZZI R., *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: un ritorno al passato nell'attuazione del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 820.
- GIARDA A.-SPANGHER G., a cura di, *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2001.
- GIOFFRÈ I., *Ritrattazione e simulazione di reato: spazi applicativi per il principio di offensività*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 734.
- GIOSTRA G.-ILLUMINATI G., a cura di, *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001.
- GIRONI E., *Nota redazionale*, in *Foro it.*, 2003, II, c. 73.
- GIRONI E., *Ritrattazione di falsa testimonianza: estensibilità all'istigatore e qualità soggettive del destinatario della subornazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 590.
- GIULIANI A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961.
- GIULIANI A., voce *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 522.
- GIULIANI BALESTRINO U., *I limiti della compartecipazione criminosa*, Milano, 1988.
- GIUNTA F., *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità oggi*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, 2000, p. 63.
- GIUNTA F., *Le innovazioni ai delitti contro l'amministrazione della giustizia introdotte dalla legge sulle indagini difensive*, in *Studium Juris*, 2001, p. 1034.
- GRANATA L., *La ritrattazione nella falsa testimonianza e la impossibilità giuridica di estensione ai correi*, in *Giust. pen.*, 1957, II, c. 718.
- GRANDE E., voce *Giustizia (delitti contro l'amministrazione della)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, p. 11.
- GRANDE E., *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di G. Fiandaca, Padova, 1997, p. 129.

- GRASSO G., *Art. 119*, in M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1995, II, p. 238.
- GRIECO A., *Inefficacia della ritrattazione della falsa testimonianza nei confronti dell'istigatore ed inapplicabilità dell'art. 376 c.p. all'istigatore che confessa la istigazione compiuta*, in *Riv. pen.*, 1949, p. 607.
- GRIECO A., *Una questione circa il termine utile per la ritrattazione della falsa testimonianza*, in *Giust. pen.*, 1954, II, c. 1043.
- GRIECO A., *Falsa testimonianza intervenuta nel giudizio civile e ritrattazione*, in *Riv. pen.*, 1967, I, p. 594.
- GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, vol. I, II ed., Milano, 1947.
- GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, vol. II, II ed., Milano, 1947.
- GROSSI P., a cura di, *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Milano, 1997.
- GROSSO C.F., *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961.
- GUARNERI G., *La ritrattazione nella falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 741.
- GULLO A., *Il favoreggiamento personale tra tendenze repressive e nuove esigenze di tutela*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3345.
- HÄBERLE P., *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, 1995, Baden-Baden, trad. it. a cura di F. Fiore, *Diritto e verità*, Torino, 2000.
- HABERMAS J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, 1992.
- HASSEMER W., *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 110.
- HASSEMER W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990.
- HIPPEL R. v. *Deutsches Strafrecht*, Band II, 1930, rist. 1971, Aalen.
- IACOVIELLO F.M., *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2022.
- IAI I., *Opposizione della persona offesa (privata) nei procedimenti per reati contro l'amministrazione della giustizia*, in *Giur. it.*, 2002, p. 2127.
- IASEVOLI C., *Il nuovo ambito del controllo sull'esercizio dell'azione penale alla luce della nuova formulazione dell'art. 425 c.p.p.*, in *Le nuove frontiere del modello accusatorio*, a cura di A. De Caro, Napoli, 2001, p. 235.
- ICHINO G., *La fase delle indagini preliminari nei reati di competenza del giudice di pace*, in AA.VV., *La competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2000, p. 79.
- ILLUMINATI G., voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1988, p. 1.
- ILLUMINATI G., *Principio di oralità e ideologie della Corte Costituzionale nella motivazione della sentenza n. 255 del 1992*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1973.
- INSOLERA G., *I "moderni condoni" tra prassi legislative e codificazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1304.
- INSOLERA G., *I delitti di false dichiarazioni al pubblico ministero e al difensore. Alla ricerca del bene giuridico tutelato*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1037.

- INSOLERA G.-STORTONI L., *Le vicende della punibilità*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, p. 413.
- IRTI N., *Intervento in Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*, a cura di P. Di Lucia, Milano, 1995, p. 49.
- JANNITTI PIROMALLO A., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in *Trattato di diritto penale*, coordinato da E. Florian, Milano, 1939, p. 208.
- JHERING R. v., *Geist des römischen Recht*, II, t. 2, Leipzig, 1869.
- JESCHECK H.H.-WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996.
- KELSEN H., *La dottrina pura del diritto* (1934), trad. it., Torino, II ed., 1960.
- KOSTORIS R., voce *Giudizio (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 1997, p. 1.
- L. GRANATA, *La configurazione giuridica del fatto denunciato nella simulazione di reato e nella calunnia*, in *Giust. pen.*, 1952, II, c. 495.
- LA CUTE G., *Simulazione di reato*, Napoli, 1985.
- LA CUTE G., voce *Falsa testimonianza*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma, 1989, p. 1.
- LA GRECA G., *Art. 119*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi-E. Lupo, vol. II, Milano, 2000, p. 255.
- LANZA R., *Falsa testimonianza*, in *Giust. pen.*, 1951, II, c. 893.
- LANZI A., *Osservazioni in tema di ritrattazione avvenuta in una causa civile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 308.
- LATAGLIATA A.R., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, p. 598.
- LATAGLIATA A.R., *La desistenza volontaria*, Napoli, 1963.
- LATTANZI G., a cura di, *Codice di procedura penale*, Milano, 1998.
- LATTANZI G.-LUPO E., a cura di, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2000.
- Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. III, parte III, Roma, 1928.
- Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, parte IV, Roma, 1929.
- LENCKNER T., in A. SCHÖNKE-H. SCHRÖDER, *Kommentar Bundesstrafrechtsgesetzesbuch*, München, 2001, sub § 154.
- LEPRI F., *L'irretrattabilità del giuramento d'ufficio e l'abrogazione tacita dell'art. 371, secondo comma, codice penale*, in *Riv. pen.*, 1993, p. 450.
- LOMBARDO L.G., *Ricerca della verità e nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 751.
- LO MONTE E., *L'illecito penale tributario tra tecniche di tutela ed esigenze di riforma*, Padova, 1996.
- LONGOBARDO C., *Le false dichiarazioni al difensore*, in AA.VV., *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di M. Ferraioli, Milano, 2002, p. 409.
- LORUSSO S., *Art. 530*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Milano, 2001, p. 1529.

- LOSANO M., *Introduzione*, in R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, trad. it., Torino, 1972.
- LOZZI G., *Il patteggiamento e l'accertamento di responsabilità: un equivoco che persiste*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1396.
- LOZZI G., *La realtà processuale penale, ovvero il "modello perduto"*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 1097.
- LOZZI G., *Il giusto processo e i riti speciali deflativi del dibattimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1159.
- LOZZI G., *Una sentenza sorprendente in tema di patteggiamento allargato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 671.
- LUZON PEÑA D.M., *Punibilidad (Derecho Penal)*, in *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Madrid, 1995.
- MACCHIA A., *Re melius perpensa ... gli effetti della ritrattazione in caso di concorso*, in *Dir. giust.*, 2002, p. 32.
- MAFFEO V., *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 2004.
- MAGNINI V., *Falsa testimonianza e ritrattazione*, in *Studium iuris*, 2003, p. 510.
- MAIELLO V., *La politica delle amnistie*, in *Storia d'Italia. Annali*, 12, *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, 1997, p. 977.
- MAIELLO V., *Diritto penale e processo: la necessità di un approccio integrato*, in *Crit. dir.*, 1998, p. 285.
- MAIELLO V., *Fuga dalla sanzione e postmodernità penalistica*, in AA.VV., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, p. 115.
- MAIELLO V., *Il contraddittorio nella Costituzione: una riforma tra politica, diritto penale e processo*, in *Crit. dir.*, 1999, p. 197.
- MAIELLO V., *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, in *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di V. Patalano, Torino, 2003, p. 262.
- MAIELLO V., *Una judge-made law italiana: l'affermata punibilità, ex artt. 110 e 416 bis c.p., del candidato alle elezioni che promette favori alla mafia in cambio di voti*, in *Foro it.*, 2003, II, p. 682.
- MAIELLO V., *Condoni edilizi e limiti costituzionali della remissione sanzionatoria: la Consulta continua a deludere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 1234.
- MAIELLO V., *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, a cura di L. Picotti, G. Fornasari, F. Viganò e A. Melchionda, Padova, 2005, p. 159.
- MALINVERNI A., voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 61.
- MALINVERNI A., voce *Fede pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 69.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

- MANFREDINI M., *Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale*, vol. V, III ed., Milano, 1927.
- MANNA A., *Il difensore come pubblico ufficiale: le controverse indicazioni provenienti dalla disciplina delle indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1278.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, Padova, 1995.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Padova, 2001.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino, 1982.
- MARCONI G., *La Corte Costituzionale estende i margini di applicabilità della ritrattazione*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2332.
- MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, 1993.
- MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1228, anche in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci e E. Dolcini, Milano, 1985, p. 222.
- MARINUCCI G., voce *Antigiuridicità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 172.
- MARINUCCI G., voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 137.
- MARINUCCI G., *Sui rapporti tra scienza penale italiana e legislazione*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, a cura di P. Grossi, Milano, 1997, p. 457.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E., a cura di, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E., a cura di, *Codice penale commentato*, Milano, 1999.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, 1, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, III ed., Milano, 2001.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2004.
- MARZADURI E., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, vol. V, Torino, 1991, p. 513.
- MASSA M., *Contributo allo studio del giudizio di primo grado*, Napoli, 1961.
- MASSARI A., *Il momento esecutivo del reato*, Pisa, 1923.
- MASSARI A., *Le dottrine generali del diritto penale*, Napoli, 1930.
- 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.
- MAURACH R., *Deutsches Strafrecht*, A.T., Karlsruhe, 1954, p. 369.
- MENCONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996.
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992.
- MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 346.
- MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997.
- MOCCIA S., *Presentazione a C. ROXIN, Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998.

- MOCCIA S., *Verità sostanziale e verità processuale*, in *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*, a cura di R. De Giorgi, Lecce, 2002, p. 421, anche in *Deviance et societe*, 2000, p. 109.
- MOCCIA S.-SCHIAFFO F., voce *False informazioni al pubblico ministero*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma, 1996, p. 1.
- MONACO L., *Sul recesso dal delitto tentato*, in *Studi Urbinati*, 1978-1979, p. 297.
- MONACO L., *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, 1984.
- MONGILLO V., *Considerazioni in tema di reati plurioffensivi e di applicazione delle attenuanti di cui all'art. 62, n. 4, c.p. al delitto di rapina*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2111.
- MONGILLO V., *Prospettive normative del principio di offensività*, in *Giust. pen.*, 2003, II, c. 151.
- MORELLI F., *La respiscenza immediata come evento impeditivo del reato di simulazione*, in *Giust. pen.*, 1971, II, c. 306.
- MUÑOZ CONDE F., *Derecho penal. Parte special*, Valencia, 2002.
- NAPPI A., *Guida al codice penale*, Milano, 2003.
- NAPPI ANT., *Principio di legalità, modello accusatorio e resistenze giurisprudenziali*, in *Crit. dir.*, 2004, p. 162.
- NAUCKE W., *Auf der Grenzen zwischen Strafziel und Strafllosigkeit*, in *Jura*, 1979, p. 426.
- NAUCKE W., *Strafrecht. Eine Einführung*, X ed., 2002.
- NEPPI MODONA G., *Il reato impossibile*, Milano, 1965.
- NEPPI MODONA G., voce *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino, 1996, p. 259.
- NIETZSCHE F., *Also sprach Zarathustra. Ein Buch für Alle und Keinen* (1885), trad. it. a cura di M. Montinari, *Così parlò Zarathustra. Un libro per tutti e per nessuno*, Milano, 2003.
- NIETZSCHE F., *Frammenti postumi 1885-1887*, in *Opere di Friederick Nietzsche*, ed. it. diretta da G. Colli e M. Montinari, Milano, vol. VIII, t. I, 1975, n. 2.
- NOBILI M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.
- NOBILI M., *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 5.
- NOBILI M., *Storie d'una illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 71.
- ORIANI R., voce *Eccezione*, (*Postilla di aggiornamento*), in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 2000, p. 1.
- ORIANI R., *Eccezioni rilevabili e (non rilevabili) d'ufficio. Profili generali (I)*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1011.
- ORIANI R., *L'interruzione della prescrizione è rilevabile d'ufficio: le sezioni unite della Corte di Cassazione abbandonano un indirizzo risalente al 1923*, in *Foro it.*, 2005, c. 2660.
- PADOVANI T., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 529.

- PADOVANI T., *Tutela dei beni e tutela delle funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 675.
- PADOVANI T., *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 922.
- PADOVANI T., voce *Favoreggiamento*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989, p. 1.
- PADOVANI T., *Commento all'art. 11, D.L. 8 giugno 1992, n. 306*, in *Leg. pen.*, 1993, p. 114.
- PADOVANI T., *La "Parte speciale" nel codice penale toscano del 1853*, in *Codice penale pel Granducato di Toscana (1853)*, a cura di AA.VV., Padova, 1995.
- PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 527, ed anche in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, 2000, p. 305.
- PADOVANI T., *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Milano, 2002.
- PADOVANI T.-STORTONI L., *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, II ed., Bologna, 2002.
- PAGANO F.M., *Principj del codice penale e logica de' probabili* (1819), ristampa anastatica Padova, 1997.
- PAGANO F.M., *Considerazioni sul processo criminale* (1801), ristampa anastatica a cura di E. Palombi, Milano, 1998.
- PAGLIARO A., *Il delitto di calunnia*, Palermo, 1961.
- PAGLIARO A., *Profili dommatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 472.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Milano, 2000.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, 2000.
- PAGLIARO A., *Principi penalistici e dogmatica del reato*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, p. 1599.
- PALAZZO F., *Diritto penale*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, a cura di P. Grossi, Milano, 1997, p. 311.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2005.
- PALIERO C.E., «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.
- PANNAIN R., *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 1950.
- PANNAIN R., voce *Calunnia e autocalunnia*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. II, Torino, 1958, p. 679.
- PANNAIN R., voce *Giuramento (falsità del)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. VII, Torino, 1961, p. 980.
- PANSINI C., *La fase delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, a cura di A. Scalfati, Padova, 2001, p. 145.
- PAPA M., *Il reato di Mail Fraud nel diritto federale statunitense: spunti sui presupposti della responsabilità penale tra previsione legale dell'illecito e prassi applicativa*, in *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di G. Fiandaca, Padova, 1997, p. 185.

- PATALANO V., *Sull'applicabilità dell'attenuante del risarcimento del danno nell'ipotesi di transazione (contributo all'interpretazione dell'art. 62, n. 6, c.p.)*, in *Foro pen.*, 1967, p. 1.
- PATALANO V., *L'equiparazione agli atti del pubblico ministero si estende al reato di false informazioni*, in *Guida dir.*, n. 32, 1995, p. 72.
- PATALANO V., *Nasce il delitto di false dichiarazioni al difensore*, in *Guida dir.*, 2001, n. 1, p. 51.
- PATALANO V., a cura di, *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Torino, 2003.
- PATALANO V., *Il punto*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, Napoli, 2005, p. 7.
- PECORARO ALBANI A., *L'estinzione delle situazioni soggettive penali*, Napoli, 1967.
- PEDRAZZI C., *L'exceptio veritatis. Dommatica ed esegesi*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1954, p. 430.
- PESSINA E., a cura di, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. VII, Milano, 1907.
- PETROCELLI B., *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 669, anche in *Saggi di diritto penale. Seconda serie*, Padova, 1965, p. 1.
- PETTENATI R., *Ritrattazione della falsa testimonianza e cause estintive della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 557.
- PEZZI A., voce *Simulazione di reato*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1992, p. 1.
- PICOTTI L.-FORNASARI G.-VIGANO F.-MELCHIONDA A., a cura di, *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, Padova, 2005.
- PIERGALLINI C., *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, p. 1653.
- PIFFER G., *Art. 368. Calunnia*, in *Codice penale commentato*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano, 1999, p. 2098.
- PIFFER G., *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, in *Codice penale commentato*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano, 1999, p. 2143.
- 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 G. Marinucci ed E. Dolcini, Padova, 2005.
- PISA P., voce *Favoreggiamento personale e reale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1992, p. 162.
- PISA P., voce *Giuramento (falsità del)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1992, p. 569.
- 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., voce *Simulazione di reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, p. 310.
- PISA P., *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 292.
- PISANI M., *La tutela delle prove formate nel processo*, Milano, 1959.

- PISAPIA G., *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, I, Milano, 1948.
- PISAPIA G., *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1952, p. 3.
- POPPER K., *Congetture e confutazioni* (1969), trad. it., vol. I, Bologna, 1976.
- POPPER K., *Le fonti della conoscenza e dell'ignoranza* (1960), Bologna, 2000.
- PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas ed., 2002.
- PREZIOSI S., *Falsa testimonianza e false informazioni al pubblico ministero*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. Coppi, Torino, 1996, p. 221.
- Progetto del codice penale per il Regno d'Italia 1876, Verbali*, Roma, 1886.
- PROSDOCIMI S., *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982.
- PROTO PISANI A., *Nuove prove in appello e funzione del processo*, in *Foro it.*, 2005, cc. 1699-1700.
- PULITANÒ D., *Il favoreggiamento personale tra diritto e processo penale*, Milano, 1984.
- PULITANÒ D., *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *La legislazione premiale*, Atti del XV Convegno E. De Nicola, Milano, 1987, p. 76, anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1005.
- PULITANÒ D., voce *Calunnia e autocalunnia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 10.
- PULITANÒ D., *Quale scienza del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1209.
- PULITANÒ D., *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, dattiloscritto della relazione tenuta al convegno di Bologna, 12-13 febbraio 2004.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2005.
- PULITANÒ D., *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 950.
- PULITANÒ D., *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 507.
- QUINTERO OLIVARES G.-VALLE MUÑIZ J.M., *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona, 1996.
- RADBRUCH G., *Der Geist des englischen Rechts*, (1946), trad. it. a cura di A. Baratta, *Lo spirito del diritto inglese*, Milano, 1962.
- RADBRUCH G., *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem* (1904), rist. an. 1967.
- RAGNO E., voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, p. 950.
- RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, II, Torino, 1993, p. 358.
- RAMACCI F., a cura di, *Le falsità documentali*, Padova, 2001.
- RAMPIONI R., *Sul valore della ritrattazione nel delitto di simulazione di reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 1301.
- RAMPIONI R., *Falso innocuo e falso consentito: spunti problematici sul bene protetto*, in *Le falsità documentali*, a cura di F. Ramacci, Padova, 2001, p. 119.
- RANIERI S., *Manuale di diritto penale*, II, Parte speciale, Padova, 1962.

- RANZATTO F., *Estesa la ritrattazione al favoreggiamento-mendacio*, 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., *La ritrattazione della falsa testimonianza non si estende al concorrente-istigatore*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3818.
- REINA V., *Sull'obbligo di sospendere il giudizio contro il falso testimone fino alla scadenza del termine per un ravvedimento operoso*, in *Giust. pen.*, 1930, IV, c. 792.
- Relazione ministeriale al Progetto del codice penale per il Regno d'Italia*, in *Progetto del codice penale per il Regno d'Italia*, Roma, 1888.
- Relazione ministeriale al progetto definitivo*, in *Lavori preparatori del codice penale*, vol. V, Parte I, Roma, 1929.
- Relazione sulla giurisprudenza delle Sezioni Unite Penali, anni 2002–2003*, Roma, 20 Gennaio 2004, in www.camerepenali.it.
- RESTA E., *La verità e il processo*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 369.
- RICCARDI G., *I "confini mobili" del principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 711.
- RICCIO G., *Politica penale dell'emergenza e costituzione*, Napoli, 1982.
- RICCIO G., *Diritto al contraddittorio e riforme costituzionali*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 483.
- RICCIO G., *Itinerari culturali e premesse di metodo per la riscoperta del modello processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1325.
- RICCIO G.-SPANGHER G., *La procedura penale*, Napoli, 2003.
- RICOEUR P., *L'atto di giudicare*, in P. RICOEUR, *Il giusto*, trad. it., Torino, 1998, p. 190.
- RIGANO F., *Abrogazione della norma oggetto e abrogazione del tertium comparationis: irrilevanza o infondatezza della questione?*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 4198.
- RINALDINI F., *Il favoreggiamento personale*, Milano, 2005.
- ROCCO A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913.
- ROMANO B., *La subornazione. Tra istigazione, corruzione e processo*, Milano, 1993.
- 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 B., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, II ed., Milano, 2004.
- ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 55.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano, 2004.
- ROSA M.G., *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi ed E. Lupo, vol. VII, Milano, 2000, p. 184.
- ROSSI VANNINI A., voce *Giuramento (falsità in)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2000, p. 385.

- ROXIN C., *Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch*, in H. LÜTTGER (Hrsg.), *Festschrift für E. Heinitz*, Berlin, New York, 1972, p. 251.
- ROXIN C., *Rechtfertigungs und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen*, in *Rechtfertigungs und Entschuldigung*, a cura di A. Eser e G. Fletcher, I, 1987, p. 260.
- ROXIN C., *Cause di giustificazione e scusanti, distinte da altre cause di esclusione della pena*, in C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, ed. it. a cura di S. Moccia, Napoli, 1996, p. 87.
- ROXIN C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band 1, III ed., München, 1997.
- ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998.
- RUDOLPHI H.J.-HORN E.-SAMSON E., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Besonderes Teil*, Band 1, Neuwied-Kriftel, 1995.
- RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002.
- RUGA RIVA C., *Sanatorie, condoni "indultino": forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 225.
- RUGGIERO G., voce *Falsa testimonianza*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 528.
- RUGGIERO G., *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, Napoli, 1974.
- RUGGIERO G., voce *Punibilità*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 1118.
- SALTELLI C.-ROMANO DI FALCO E., *Nuovo codice penale commentato*, vol. III, Torino, 1940.
- SANTACROCE G., *L'art. 371 bis c.p. e la tutela delle indagini preliminari svolte dalla polizia giudiziaria*, in *Giust. pen.*, 1994, II, c. 515.
- SANTALUCIA B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998.
- SANTAMARIA D., *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, anche in *Dario Santamaria. Scritti di diritto penale*, a cura di M. La Monica, Milano, 1996, p. 142.
- SANTORIELLO C., *I rapporti fra favoreggiamento personale e ritrattazione in una (parziale) sentenza di illegittimità costituzionale dell'art. 376 c.p.*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 928.
- SANTORO A., voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. II, Torino, 1960, p. 991.
- SANTORO A., *Manuale di diritto penale*, vol. II, Torino, 1962.
- SANTORO A., *Manuale di diritto penale. Parte speciale: Delitti contro lo Stato*, II, Torino, 1965.
- SANTORO A., voce *Testimonianza, perizia, interpretazione (falsità in)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 297.
- SBRICCOLI M., «*Tormentum idest torquere mentem*». *Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in *La parola all'accusato*, a cura di J.C. Maire Vigueur e A. Paravicini Bagliani, Palermo, 1991, p. 7.
- SCARDIA M., *La ritrattazione dell'istigatore nel caso di correttezza nella falsa testimonianza, perizia o interpretazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1942, p. 376.
- SCHIAFFO F., *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato*, Napoli, 1998.

- SCHIAFFO F., *Necessità ed aspettative di tutela nel delitto di false informazioni al Pubblico Ministero*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 75.
- 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.
- SESSA A., *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2006.
- SEVERINI P., *I delitti di false dichiarazioni nel processo penale*, Padova, 2003.
- SIRACUSANO F., *La tutela del falso processuale dopo le riforme del codice di procedura penale*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 1262.
- SIRACUSANO F., *Studio sui reati contro la giurisdizione*, Torino, 2005.
- SPAGNOLO G., *Lineamenti di una categoria dei fatti estintivi nel diritto penale*, Napoli, 1963.
- SPAGNOLO G., *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980.
- SPANGHER G., *I precedenti investigativi discordanti al primo vaglio del "giusto processo"*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 320.
- STELLA F., *Giustizia e modernità*, III ed., Milano, 2003.
- STELLA F.-GALAVOTTI M.C., «L'oltre il ragionevole dubbio» come standard probatorio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 883.
- STILE A.M., a cura di, *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985.
- STILE A.M., a cura di, *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003.
- STORTONI L., *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 397.
- STORTONI L., *Profili sistematici delle cause estintive*, in *Ind. pen.*, 1989, p. 397.
- STORTONI L., voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 342.
- TAGLIARINI F., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in S. CANESTRARI-A. GAMBERINI-G. INSOLERA-N. MAZZACUVA-F. SGUBBI-L. STORTONI-F. TAGLIARINI, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2000, p. 155.
- TARSKI A., *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica* (1944), trad. it. a cura di A. Meotti, in *Semantica e filosofia del linguaggio*, a cura di L. Linsky, Milano, 1969.
- TARUFFO M., *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 237.
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992.
- TARUFFO M., *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, p. 27.
- TARUFFO M., *Presentazione a J.F. BELTRÁN, Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004, p. 7.
- TIBALDI B., *La ritrattazione nella falsa testimonianza e nella falsa perizia*, in *Riv. pen.*, 1937, p. 869.
- TIBALDI B., *La ritrattazione nella falsa testimonianza*, in *Riv. pen.*, 1940, p. 167.

- TONINI P., *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1388.
- TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2003.
- TRONCONE P., *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Napoli, 2001.
- UBERTIS G., *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, p. 57.
- UBERTIS G., voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, p. 302.
- VALDEMARCA G., *Osservazioni sull'esimente dell'art. 371 cpv. c.p.*, in *Giust. pen.*, 1953, II, c. 181.
- VALENTINI V., *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta. In margine ai "condoni tributari 2003"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1111.
- VAN DE KERCHOVE M., *La vérité judiciaire: quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité?*, in *Deviance et société*, 2000, p. 95.
- VASSALLI G., *La potestà punitiva*, Torino, 1942.
- VASSALLI G., voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1960, p. 609.
- VASSALLI G., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 158.
- VELOTTI G., *Il concorso di persone nei delitti di autocalunnia e di falsa testimonianza, applicabilità al concorrente delle norme di non fungibilità previste per ciascuno dei suddetti reati dall'art. 384, primo comma, e dall'art. 376 c.p.*, in *Arch. pen.*, vol. I, 1977, p. 307.
- VIGANÒ F., *Art. 119 Valutazione delle circostanze di esclusione della pena*, in *Codice penale commentato*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano, 1999, p. 979.
- VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2002.
- VIGANÒ F., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 141.
- VIGANÒ F., *Riflessioni conclusive in tema di "diritto penale giurisprudenziale", "partecipazione" e "concorso esterno"*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, a cura di L. Picotti, G. Fornasari, F. Viganò ed A. Melchionda, Padova, 2005, p. 281.
- VINCIGUERRA S., edizione a cura di, *Il codice penale veronese (1797)*, Padova, 1996.
- VINCIGUERRA S., edizione a cura di, *I regolamenti penali di Papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1832)*, Padova, 2000.
- VINCIGUERRA S., edizione a cura di, *Codice penale per il Principato di Piombino (1808)*, Padova, 2001.
- VINCIGUERRA S., *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002.
- VINCIGUERRA S.-DA PASSANO M., edizione e presentazione a cura di, *Codice*

- penale per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna (1839)*, Padova, 1993.
- VIOLANTE L., a cura di, *Storia d'Italia. Annali*, 12, *La criminalità*, Torino, 1997.
- VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.
- VOLK K., *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus*, in *ZStW*, 97, 1985, p. 871.
- VOLK K., *Introduzione al diritto penale tedesco*, Padova, 1993.
- VOLK K., *Quelques vérités sur la vérité, la réalité et la justice*, in *Deviance et societe*, 2000, p. 103.
- WELZEL H., *Das Deutsche Strafrecht*, XI ed., Berlin, 1969.
- ZAGREBELSKY V., *Nota redazionale*, in *Cass. pen.*, 1981, p. 1017.
- ZANOTTI M., *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 174.
- ZANOTTI M., *La tutela penale dell'io narrante*, in *Crit. dir.*, 2003, p. 49.
- ZERBOGLIO A., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale*, vol. V, Milano, 1927, p. 345.
- ZICCONI G., *Le cause "sopravvenute" di non punibilità*, Milano, 1975.
- ZIPF H., *Kriminalpolitik* (1980), trad. it. A. Bazzoni, *Politica criminale*, Milano, 1989.

Finito di stampare nel mese di giugno 2006
nella Stampatre s.r.l. di Torino
via Bologna 220

