

Trattato di diritto penale. Parte speciale

diretto da SERGIO MOCCIA

III
DELITTI CONTRO
L'AMMINISTRAZIONE
DELLA GIUSTIZIA

a cura di
VINCENZO MAIELLO



Edizioni Scientifiche Italiane

MAIELLO, Vincenzo (*a cura di*)
Delitti contro l'amministrazione della giustizia
Collana: Trattato di diritto penale. Parte speciale, III
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014
pp. 668; 24 cm
ISBN 978-88-495-2895-4

© 2014 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

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, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Presentazione

Non ho mai compreso veramente il significato del pur accreditato assioma secondo cui cultura e pratica del diritto sarebbero in un rapporto di assoluta alternatività. La cultura, nel senso dell'indagine storica, delle implicazioni sistematiche, delle scelte di metodo e dell'elaborazione teorico-generale, sarebbe appannaggio della speculazione dottrinale; viceversa, le problematiche 'del diritto' spetterebbero alla pratica.

Volendo soggettivizzare il discorso, è come voler dire che il teorico è colto, ma non sa di diritto, mentre il pratico è ignorante, ma sa di diritto: tutti possiamo convenire su quanto sia, almeno, strampalata una conclusione del genere.

Eppure, se osserviamo la gran parte delle opere destinate alla 'pratica', non è difficile notare come da esse vengano quasi programmaticamente bandite storia, sistematica, metodologia, teoria generale, che, d'altro canto, effettivamente non compaiono, di regola, nelle decisioni giurisprudenziali. Ma può essere questa una valida ragione per rinunciare alla conoscenza del diritto, per rinunciare alla conoscenza di 'quel che si pratica'?

Io credo proprio di no.

Senza la cultura, non è possibile la conoscenza: non credo che si possa dubitare del fatto che, quanto all'esperienza giuridica, storia, politica del diritto, metodologia, dottrina, teoria generale, sistematica, siano coesistenziali allo stesso dettato normativo, se del fenomeno giuridico si voglia avere piena conoscenza. Infatti la conoscenza del diritto va ben oltre la conoscenza della norma, essa riguarda, quanto meno, l'acquisizione di determinati canoni logici e/o teleologici che sono al di fuori della norma e sovente richiedono un lungo percorso di approfondimento anche di tipo extragiuridico, nonché l'acquisizione di strumenti di elaborazione idonei a stabilire criteri di collegamento tra le varie norme. Tutto ciò serve almeno alla corretta interpretazione ed è, com'è noto, di regola, situato fuori della norma.

Così come fuori della norma è l'astrazione dommatica, che serve a dare un significato di armonica ragionevolezza a norme e complessi di norme; per non parlare del sistema, che rappresenta il momento della sintesi di tutte le componenti – normative e teoretiche – del fenomeno giuridico e dunque giuspenalistico. Tutto questo complesso di elementi chiama naturalmente in causa la civiltà, secondo i moduli della *Kulturwissenschaft*. E quanto ci sia bisogno di civiltà, specialmente per chi pratici di diritto penale, è un dato drammaticamente scontato nell'esperienza attuale.

SERGIO MOCCIA

Indice

Introduzione

Vincenzo Maiello, <i>Oggetto e scopi della tutela nei delitti contro l'amministrazione della giustizia</i>	p.	000
PAOLA PRIMON, <i>Omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale</i>	»	000
PAOLA PRIMON, <i>Omessa denuncia da parte di un incaricato di pubblico servizio</i>	»	000
PAOLA PRIMON, <i>Omessa denuncia aggravata</i>	»	000
PAOLA PRIMON, <i>Omessa denuncia di reato da parte del cittadino</i>	»	000
MARCELLO FATTORE, <i>Omissione di referto</i>	»	000
MARCELLO FATTORE, <i>Rifiuto di uffici legalmente dovuti</i>	»	000
LUCA DELLA RAGIONE, <i>Simulazione di reato</i>	»	000
LUCA MASERA, <i>Calunnia e autocalunnia</i>	»	000
ANTONIO NAPPI, <i>Falso giuramento della parte</i>	»	000
SABATINO ROMANO, <i>False dichiarazioni al P.M.</i>	»	000
CARLO LONGOBARDO, <i>Le false dichiarazioni al difensore</i>	»	000
OMBRETTA DI GIOVINE, <i>Il delitto di falsa testimonianza</i>	»	000
VITO MORMANDO, <i>La falsa perizia o interpretazione</i>	»	000
CRISTIANO CUPELLI, <i>La frode processuale</i>	»	000

DONATO D'AURIA, <i>False dichiarazioni o attestazioni in atti destinati all'autorità giudiziaria</i>	»	000
ANDREA ALBERICO, <i>Le circostanze aggravanti</i>	»	000
GIUSEPPE AMARELLI, <i>La ritrattazione</i>	»	000
STEFANO FIORE, <i>Intralcio alla giustizia</i>	»	000
ANTONINO SESSA, <i>Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria</i>	»	000
PAOLO DI FRESCO, <i>Il delitto di favoreggiamento personale</i>	»	000
PAOLO DI FRESCO, <i>Il delitto di favoreggiamento reale</i>	»	000
LUCA DELLA RAGIONE, <i>Patrocinio o consulenza infedele</i>	»	000
LUCA DELLA RAGIONE, <i>Altre infedeltà del patrocinatore o consulente tecnico</i>	»	000
PASQUALE TRONCONE, <i>Il millantato credito del patrocinatore</i>	»	000
GIANLUCA PERDONÒ, <i>Casi di non punibilità</i>	»	000
FRANCESCO MARCO DE MARTINO, <i>Evasione, procurata evasione e colpa del custode</i>	»	000
ANDREA ABBAGNANO TRIONE, <i>L'inosservanza dei provvedimenti giurisdizionali</i>	»	000
FABRIZIO RIPPA, <i>Inosservanza di pene accessorie</i>	»	000
FABRIZIO RIPPA, <i>Procurata inosservanza di pena</i>	»	000
LUCA DELLA RAGIONE, <i>Agevolazione ai detenuti e internati sottoposti a particolari restrizioni delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario</i>	»	000
ALBERTO DE VITA, <i>Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose e con violenza o minaccia alle persone</i>	»	000

GIUSEPPE AMARELLI

La ritrattazione

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'evoluzione della disciplina della ritrattazione dai codici preunitari al codice penale del 1930. – 3. La *ratio* della non punibilità della ritrattazione: a) la tesi soggettiva. Critica. – 3.1. (Segue) ... b) la tesi oggettiva. – 4. Il presupposto applicativo: la precedente consumazione di uno dei reati indicati dall'art. 376 c.p. – 5. L'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. ... e del delitto di favoreggiamento personale (all'art. 378 c.p.) – 7. I dubbi sulla disciplina della ritrattazione del falso giuramento (art. 371, 2° c.p.) e la sentenza della Corte costituzionale n. 490 del 1995. – 8. I dubbi circa l'efficacia scriminate della ritrattazione nel caso di simulazione di reato (art. 367 c.p.). – 8.1. (Segue) ... di calunnia (art. 368 c.p.). – 8.2. (Segue) ... di false informazioni al p.m., falsa testimonianza e falsa perizia o interpretazione aggravati (art. 375 c.p.). – 8.3. (Segue) ... di 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. – 12.1. (Segue) ... e nel processo civile. – 13. Il difficile inquadramento dommatico. – 13.1. La ritrattazione come causa estintiva del reato. – 13.2. La ritrattazione come causa di non punibilità in senso stretto e critiche al precedente inquadramento dommatico. – 14. La controversa natura giuridica della ritrattazione ed il problema della estensibilità ai concorrenti. – 15. Le posizioni tradizionali a favore della natura soggettiva e della non estensibilità all'istigatore della ritrattazione ai sensi dell'art. 119, 1° comma c.p. – 16. La tesi analoga: la non estensibilità al compartecipe ai sensi dell'art. 182 c.p. – 17. L'opposta tesi a sostegno della natura oggettiva e della comunicabilità al concorrente. – 18. L'ibrida soluzione intermedia e la sussunzione della condotta dell'istigatore nel delitto di subornazione di cui all'art. 377 c.p. – 19. La pronuncia delle Sezioni Unite 7 novembre 2002. – 19.1. Le successive decisioni 'adesive' della Suprema Corte. – 20. Rilievi metodologici per una corretta risoluzione del problema. – 21. Critica alla teoria soggettiva della natura giuridica e della non estensibilità all'istigatore. – 22. Critica alla tesi 'soggettiva causale' accolta dalle Sezioni unite. – 23. Critica alla teoria della punibilità del concorrente ai sensi dell'art. 377 c.p. – 24. L'inadeguatezza anche della teoria oggettiva ed il permanere di un'aporia. Prospettive *de iure condendo*.

1. *Introduzione.* – L'art. 376 c.p. prevede una speciale causa di non punibilità sopravvenuta operante per i colpevoli di uno dei delitti di false dichiarazioni processuali o procedurali ivi espressamente elen-

cati che abbiano ritrattato entro termini perentori le proprie precedenti dichiarazioni mendaci¹.

¹ Per una approfondita trattazione dell'argomento sia consentito rinviare al nostro AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006, e a BOTTALICO, *La ritrattazione. Struttura e funzione tra diritto penale e processo*, Milano, 2011; in argomento si vedano anche PECCIOLI, *La ritrattazione*, in *I reati contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di Pisa, Milano, 2009, 169 ss.; NOTARO, *Ritrattazione*, in *Trattato di diritto penale*, III, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia, il sentimento religioso e la pietà dei defunti, l'ordine pubblico*, a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna e Papa, Torino, 2008, 364 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, 4^a ed., Bologna, 2007, 379 e ss.; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, 2^a ed., Milano, 2004, 212 e ss.; 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 Marinucci, Dolcini, Padova, 2005, 547 e ss.; ID., *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, in *Codice penale commentato*, a cura di Marinucci, Dolcini, Milano, 1999, 2143 e ss.; SEVERINI, *I delitti di false dichiarazioni nel processo penale*, Padova, 2003, 40 e ss.; ROSA, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di Lattanzi, Lupo, vol. VII, Milano, 2000, 184 e ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, Milano, 2000, 130 e ss.; COPPI, *Ritrattazione*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di Coppi, Torino, 1996, 353 e ss. Per una più completa panoramica dei contributi della dottrina in materia cfr. DE MARSICO, *Se sia punibile la determinazione a falsa testimonianza non punibile per ritrattazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, 3 e ss.; CONTIERI, *L'efficacia della ritrattazione nei confronti dell'istigazione a falsa testimonianza, perizia o interpretazione*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1933, 1084 e ss.; TIBALDI, *La ritrattazione nella falsa testimonianza e nella falsa perizia*, in *Riv. pen.*, 1937, 869 e ss.; JANNITI PIROMALLO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 208 e ss.; SALTIELLI-ROMANO DI FALCO, *Nuovo codice penale commentato*, vol. III, Torino, 1940, 401 e ss.; TIBALDI, *La ritrattazione nella falsa testimonianza*, in *Riv. pen.*, 1940, 167 e s.; 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, 607 e ss.; LANZA, *Falsa testimonianza*, in *Giust. pen.*, 1951, II, c. 893 e s.; GRANATA, *La ritrattazione nella falsa testimonianza e la impossibilità giuridica di estensione ai correi*, in *Giust. pen.*, 1957, II, c. 718 e ss.; BORIO PORZIO, *Una questione sul termine per la ritrattazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 469 e ss.; BOSCARRELLI, *Ritrattazione della falsa testimonianza e punibilità del concorrente*, ivi, 448 e ss.; CHIAROTTI, *Osservazioni sulla natura giuridica della ritrattazione*, in *Arch. pen.*, 1958, II, 26 e ss.; CIAMPI, *La proposta di abolire la ritrattazione come causa di non punibilità*, in *Giust. pen.*, 1962, I, c. 79 e ss.; RANIERI, *Manuale di diritto penale*, II, Parte speciale, Padova, 1962, 366 e s.; SANTORO, *Manuale di diritto penale*, II, Torino, 1962, 427 e s.; COLACCI, *Controversie sulla ritrattazione della falsa testimonianza*, in *Scuola pos.*, 1964, 285 e ss.; PETTENATI, *Ritrattazione della falsa testimonianza e cause estintive della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 557 e ss.; DE FENU, *L'esimente della ritrattazione nella falsa testimonianza*, in *Giust. pen.*, 1967, II, c. 759 e ss.; RUGGIERO, voce *Falsa testimonianza*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, 541 e ss.; E.

In origine il suo ambito di operatività era circoscritto ai soli delitti di falsa testimonianza e falsa perizia o interpretazione (artt. 372 e 373 c.p.), solo in seguito, nel lasso di tempo ricompreso tra il 1992 ed il 2009, è stato ulteriormente dilatato dal legislatore con ben tre differenti novelle, fino ad assumere l'odierna fisionomia, comprensiva anche dei delitti di false informazioni al p.m., false informazioni al difensore e favoreggiamento personale (artt. 371 *bis*, 371 *ter* e 378 c.p.).

2. *L'evoluzione della disciplina della ritrattazione dai codici preunitari al codice penale del 1930.* – Prima di procedere ad una analitica trattazione della *ratio* e degli elementi costitutivi di questa speciale ipotesi di non punibilità e prima di affrontare le questioni più complesse emerse nella prassi applicativa e nella elaborazione dottrina, è utile compiere una rapida retrospettiva storica per poter comprendere meglio le peculiarità dell'attuale disciplina ed evidenziarne i relativi limiti.

La ritrattazione è un istituto dalle origini relativamente recenti, non trovando espressa disciplina nella maggior parte delle legislazioni penali italiane preunitarie ottocentesche.

Ed, infatti, nel *Codice penale veronese* del 1797², così come nel *Codice penale per il Principato di Piombino* del 1808³, nelle *Leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli*⁴ e nei *Regolamenti penali di Papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio*⁵, era implicita-

GALLO, *Il falso processuale*, Padova, 1973, 303 e ss.; GUARNERI, *La ritrattazione nella falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 741 ss.; SANTORO, voce *Testimonianza, perizia, interpretazione (falsità in)*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, 297 e ss.; RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, Napoli, 1974, 241 e ss.; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino, 1982, 922 e ss.; CONCAS, *Concorso di persone nella falsa testimonianza ed efficacia della ritrattazione*, in *Riv. giur. Sarda*, 1986, 531 e s.; ID., *Istigazione alla falsa testimonianza e ritrattazione*, *ivi*, 1986, 148 e s.; LA CUTE, voce *Falsa testimonianza*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma, 1989, 10 e ss.

² In argomento si rinvia a *Il codice penale veronese (1797)*, a cura di VINCIGUERRA, Padova, 1996, spec. CCIX (o 199 della ristampa anastatica).

³ Si veda il *Codice penale per il Principato di Piombino (1808)*, a cura di VINCIGUERRA, Padova, 2001, 84 e ss. (o 104 e ss. della ristampa anastatica).

⁴ Si rinvia in argomento a *Le leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli (1808)*, a cura di AA.VV., Padova, 1988, spec. 382 e 383 della ristampa anastatica.

⁵ In argomento si rinvia a *I regolamenti penali di Papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1832)*, a cura di VINCIGUERRA, Padova, 2000, spec. 99 (p. 19 della ristampa anastatica).

mente esclusa la possibilità di attribuire valore scriminante (o anche solamente attenuante) alla ritrattazione di precedenti dichiarazioni mendaci rese all'autorità giudiziaria.

È stato l'art. 193 del *Codice per lo Regno delle due Sicilie* del 1819⁶ il primo a riconoscere *un'efficacia giuridica positiva alla ritrattazione*, prevedendo 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» dovesse essere punito «con pene di grado inferiore rispetto a quelle previste ordinariamente per tali reati». L'unico altro codice coevo ad adottare una disciplina analoga è stato il *codice penale per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla* del 1820 che nell'art. 405 attribuì alla ritrattazione valore di circostanza attenuante⁷.

Successivamente, questa peculiare scelta legislativa venne progressivamente accolta anche dal *Codice sabauda* del 1839⁸, dove alla ritrattazione della falsa testimonianza o perizia e della calunnia si attribuì un'efficacia *attenuante* delle pene comminate per tali reati-pre-supposto e, in maniera ancora più netta, dal *Codice penale pel Granducato di Toscana* del 1853⁹ e dal *Codice penale sardo del 1859*, poi divenuto primo codice dell'Italia unita, dove alla ritrattazione venne conferita la duplice natura alternativa di attenuante o di esimente a seconda dei danni arrecati dalla precedente dichiarazione processuale non solo ad interessi pubblici, ma anche a beni individuali¹⁰.

Analoga opzione politico-criminale venne compiuta nel codice penale Zanardelli del 1889 in cui, all'esito del bilanciamento dei due interessi coinvolti dai delitti di false dichiarazioni processuali – *i.e.* il corretto funzionamento della giustizia, da un lato, e la libertà e l'onore di persone estranee coinvolte dalle dichiarazioni processuali mendaci, dall'altro – venne attribuita nell'art. 216 c.p. alla ritrattazione la

⁶ Si rinvia al riguardo a *Codice per lo Regno delle due Sicilie (1819), Parte II, Leggi penali*, a cura di DA PASSANO-MAZZACANE-PATALANO-VINCIGUERRA, Padova, 1996, 46 e s.

⁷ Si veda *Codice penale per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla*, a cura di CADOPPI, Padova, 1991, 189 e ss.

⁸ Cfr. *Codice penale per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna (1839)*, a cura di VINCIGUERRA-DA PASSANO, Padova, 1993, 113 e 116.

⁹ *Codice penale pel Granducato di Toscana (1853)*, a cura di AA.VV., Padova, 1995, 90 e ss. della ristampa anastatica.

¹⁰ In questo senso, per ulteriori approfondimenti sul rilievo dell'offensività nel codice penale toscano, cfr. PADOVANI, *La "Parte speciale" nel codice penale toscano del 1853*, in *Codice penale pel Granducato di Toscana*, cit., CLVI e ss.

mutante natura giuridica di *causa di esclusione della pena* o di mera *circostanza attenuante speciale*, in base alla sua capacità in concreto di elidere o meno, oltre al pregiudizio arrecato al corretto svolgimento del processo, anche le offese agli interessi individuali di un terzo innocente¹¹.

Tale distinzione è stata, poi, abbandonata dai redattori della parte speciale del codice del 1930 i quali, muovendosi in una prospettiva statocentrica ed ispirandosi ad un modello di parte speciale c.d. a *progressione discendente*¹², hanno anteposto nella tavola dei valori gli interessi pubblico-statali rispetto a quelli individuali ed hanno optato per la univoca qualificazione della ritrattazione come causa di non punibilità.

Alla base di questa inversione di rotta stava il radicale mutamento del retroterra culturale realizzatosi con l'avvento del fascismo ed, in particolare, il ben diverso ruolo e significato attribuito (nonostante *l'apparente continuità* con l'impostazione sistematica del codice precedente) alla nozione di amministrazione della giustizia¹³.

¹¹ DATTINO, *Il falso giudiziale*, Milano, 1915, 253 e ss.; *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, a cura di COGLIOLO, vol. II, Pt. I, Milano, 1890, 75; ZERBOGLIO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA.Vv., *Trattato di diritto penale*, vol. V, III^a ed., Milano, 1927, 345; MANFREDINI, *Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, *ivi*, 244 e ss.

¹² 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 PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, 2^a ed., Bologna, 2002, 44. Va precisato che, come sottolineano i due illustri Autori – cfr. 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.

¹³ Mettono in luce i profili di continuità con la sistemazione in materia operata dal codice penale del 1889, CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*, Padova, 2004, 109 e ss. Per una approfondita indagine su tale oggetto giuridico, con particolare riferimento all'oggetto dei delitti di falsità giudiziali, si rinvia a RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, cit., 45 e ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 3 e ss.; B. ROMANO, *La subornazione. Tra istigazione, corruzione e processo*, Milano, 1993, 124 e ss.; PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 1 e ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 325; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 4; TAGLIARINI, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in CANESTRARI-GAMBERINI-INSOLERA-MAZZACUVA-SGUBBI-STORTONI-TAGLIARINI, *Di-*

Essendo questo bene giuridico assunto nella nuova dimensione dello Stato propugnata dal governo fascista, in ragione della sua natura *superindividuale* o 'istituzionale'¹⁴, a bene di fondamentale importanza, diventava legittimo proteggerlo ad ogni costo, anche tramite la previsione della non punibilità di una tempestiva ritrattazione a prescindere dalla valutazione della eventuale compromissione degli interessi individuali dei terzi estranei.

Proprio tale forte tara ideologica che pervade la disciplina ancora oggi vigente sembra evidenziarne il suo parziale anacronismo e segnalare l'opportunità di un suo temperamento. Ed infatti alla luce della impostazione di stampo personalistico della Costituzione che legittima l'uso del diritto penale per proteggere beni giuridici pubblico-istituzionali, come appunto l'amministrazione della giustizia¹⁵, solo se letti in una proiezione individualistica attraverso l'art. 2 Cost. come beni funzionali alla tutela di interessi dei singoli¹⁶, sembrerebbe più ragionevole, *de iure condendo*, recuperare per la ritrattazione la precedente disciplina anfibia dettata dal codice Zanardelli.

Solo conferendo a questo istituto la duplice natura alternativa di causa di non punibilità o di circostanza attenuante sarebbe possibile evitare che nel bilanciamento tra gli interessi contrapposti non sia considerato, in maniera aprioristica, sempre nettamente prevalente quello statale. In tal modo, difatti, si imporrebbe al giudice di verificare in concreto l'effettivo nocumento cagionato ad entrambi i beni

ritto penale. Lineamenti di parte speciale, Bologna, 2000, 155; BOSCARELLI, voce *Giustizia (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 612; GRANDE, voce *Giustizia (delitti contro l'amministrazione della)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, 11.

¹⁴ Sul punto FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 325. Sulla distinzione tra beni individuali, collettivi ed istituzionali si rinvia per tutti ad DE VITA, *I reati a soggetto passivo indeterminato. Oggetto dell'offesa e tutela processuale*, Napoli, 1999; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3^a ed., Milano, 2001, 540. In argomento si veda anche CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. IV, 1870, § 2471, 11, il quale già distingueva 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*».

¹⁵ 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*, Padova, 2008, XLVII e ss.; ID., *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, Padova, 1995, 31 e ss.

¹⁶ Così MOCCIA-SCHIAFFO, voce *False informazioni al pubblico ministero*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma, 1996, 10.

potenzialmente coinvolti dalle dichiarazioni processuali mendaci e, nel caso in cui si costati l'incapacità della ritrattazione di elidere anche quello agli interessi individuali del terzo innocente, la si dovrebbe considerare mera attenuante invece che scriminante.

Una ulteriore conferma circa l'opportunità di modificare in tal senso la disciplina della ritrattazione, la si può ricavare da un raffronto con l'ordinamento giuridico tedesco dove il secondo comma del § 158 del *BGStB* pone sullo stesso piano l'interesse pubblico-statale alla ricerca della verità e quello individuale all'onore del terzo innocente, stabilendo che la rettifica della falsa dichiarazione resa precedentemente è da considerarsi tardiva, e non ha più valore scriminante, 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*¹⁷.

Tuttavia, non si può far a meno di constatare, con disincantato realismo, che i tempi per una riforma organica e profonda del codice penale in cui una novella del genere andrebbe necessariamente calata – nonostante la sua evidente obsolescenza giuridica – non sono ancora maturi¹⁸ e, dunque, per lunghi anni ancora si dovrà continuare a convivere con l'odierna, anacronistica, disciplina dell'art. 376 c.p.

3. *La ratio della non punibilità della ritrattazione: a) la tesi soggettiva. Critica.* – Il *fondamento politico criminale* della opzione legislativa della non punibilità della tempestiva ritrattazione di falsi processuali non è individuato in modo univoco, contendendosi il campo *due diversi orientamenti*, uno soggettivo ed uno oggettivo.

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 mendace¹⁹ e, dall'al-

¹⁷ In argomento cfr. *ex multis* LENCKNER, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2001, 1354.

¹⁸ Da ultimo, sul fallimento dei recenti progetti di riforma del codice penale e sulle difficoltà di procedere alla effettiva riscrittura dello stesso, si veda *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C. Fiore, S. Moccia, A. Cavaliere, Napoli, 2009.

¹⁹ Cfr. SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *Nuovo codice penale commentato*, cit., 402; sul punto sia consentito rinviare al nostro *La ritrattazione*, cit., 161 e ss.

tro, nella *mutata condizione psicologica del colpevole* dalla quale sono scaturiti il ravvedimento attuoso e la successiva riparazione del danno.

Ad avviso di tale indirizzo di pensiero la ritrattazione, essendo ancorata all'*emenda psicologica* verificatasi nell'animo del falso testimone, avrebbe una *ratio* analoga alla 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»)²⁰; con essa il legislatore, al fine di favorire l'accertamento giudiziario della verità, offrirebbe cioè al reo un'*ultima possibilità di ravvedersi*, di mutare l'atteggiamento processuale e di ritornare sui propri passi riparando al mendacio²¹.

A legittimare l'impunità sarebbe quindi (prevalentemente) il *profilo 'etico' della resipiscenza tardiva del reo*, più che l'interesse alla tutela postuma dell'oggetto giuridico²². 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

²⁰ È opinione comune che l'art. 62, n. 6 c.p. contenga, infatti, due distinte ipotesi di circostanze attenuanti, sul punto cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Bologna, 2002, 397; MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 61 e ss.; nonché, più approfonditamente, 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, 1 e ss. In giurisprudenza cfr. Cass., 17 marzo 1960, in *Arch. pen.*, 1961, II, 275; Cass., 29 settembre 1981, in *Riv. pen.*, 1982, 723.

²¹ In tal senso cfr. Cass., 28 marzo 1957, Masiero, in CANTARANO, *I delitti contro l'attività giudiziaria nella giurisprudenza*, Padova, 1978, 274, ed in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 448 con nota di BOScarelli, *Ritrattazione della falsa testimonianza*, cit.; Cass., 3 febbraio 1967, Bellotti, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1967, 1115; Cass., Sez. I, 3 febbraio 1976, n. 229, Rusciano, in *Giust. pen.*, 1976, II, c. 545; Cass., Sez. VI, 17 giugno 1986, Cavaggina, in *Riv. pen.*, 1987, 781 e in *Cass. pen.*, 1988, 59.

²² 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, 490; Cass., Sez. II, 13 novembre 1931, Ciannamea, *ivi*, 1932, 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 MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 926.

da pena per l'autore del reato varrebbe come contropinta psicologica alla spinta criminosa ('al nemico che fugge ponti d'oro')²³.

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 mosse²⁴, 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 contropinta 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 importanza²⁵.

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 pa-*

²³ In argomento si veda CARRARA, *Programma di diritto penale, Parte speciale*, I, cit., § 1180.

²⁴ Sulle critiche alla teoria del 'ponte d'oro' si rinvia a LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, Napoli, 1963, *passim*; nonché nella manualistica per tutti a C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Torino, 2008, 484; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 425; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Torino, 2008, 463 e s.

²⁵ Simili osservazioni sono espresse in Cass., Sez. III, 10 marzo 1980, Orsolini, in *Cass. pen.*, 1981, con nota di V. ZAGREBELSKY, 1013 ss., nonché in *Foro it.*, 1980, II, 654 ss., con nota di BOSCHI. 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».

tratum 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 fondamento 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. Proprio il rango di interesse gerarchicamente sovraordinato attribuito alla ricerca del vero elimina ogni dubbio di irragionevolezza e di disuguaglianza sostanziale relativo alla opzione politico-criminale del legislatore di attribuire in questa circostanza valore scriminante ad un comportamento *post patratum crimen* del reo, in deroga a quanto disposto dall'art. 62, n. 6 c.p. per le ipotesi ordinarie di ravvedimento operoso²⁶.

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.

²⁶ Così PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, 297 e 302. Sul punto si vedano anche le osservazioni di BRICOLA, *Il 2° e 3° comma dell'art. 25*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Padova, 1981, 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 DOLCINI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 626 e ss.

Più in particolare, per quanto attiene al secondo profilo, quello del *deficit* di logica 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 MONACO, *Sul recesso dal delitto tentato*, in *Studi Urbinati*, 1978-1979, 297 e s. Su tale problema si tornerà più approfonditamente *infra*.

3.1. b) *La tesi oggettiva*. – Il secondo orientamento, invece, prende le mosse da una (corretta) inversione dei valori e, precisamente, dall'anteposizione del momento oggettivo rispetto a quello soggettivo. In questa diversa prospettiva il fondamento politico-criminale viene disancorato dall'aspetto etico-soggettivo, che risulta ridimensionato ma non completamente eliso (è innegabile il ruolo di contropartita 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 processo²⁷.

La non punibilità, in altre parole, non è ancorata ad una valutazione di opportunità nei confronti di 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 piano²⁸.

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* l'interesse alla approssimazione massima del processo alla verità storica dei fatti²⁹,

²⁷ In questi termini già si esprimevano negli anni Trenta CONTI-SABATINI, *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, vol. II, Milano, 1934, 525.

²⁸ Del medesimo ordine di idee sono SANTORO, *Manuale di diritto penale*, cit., 429; B. ROMANO, *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2003, 1915. Dello stesso avviso in giurisprudenza si veda *Cass. pen.*, Sez. III, 10 marzo 1980, n. 451, Orsolini, in *Cass. pen.*, 1981, 1013, nonché in *Foro it.*, 1980, II, 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, 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. 206/1982, 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». In argomento sia consentito rinviare al nostro *La ritrattazione*, cit., 165 e ss.

²⁹ Per opportune precisazioni sulla terminologia da adottare in relazione alle ipotesi di postfatto cfr. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., 2. In argomento si veda anche CONTENUTO, *La condotta susseguente al reato*, Bari, 1965, *passim*. Del medesimo avviso è GUARNERI, *La ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., 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

anche con condotte successive alla realizzazione del 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; le si deve *effettivamente annullare*³⁰.

L'interesse statuale 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 intralcino³¹. 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»³².

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*». Sul nesso intercorrente tra la non punibilità della ritrattazione e l'interesse alla ricerca della verità nel processo, si veda il nostro *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., 19 e ss.

³⁰ In tal senso si vedano per tutti le fondamentali pagine di PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 529 e ss. Sul tema della non punibilità sopravvenuta, sia consentito rinviare al nostro *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Napoli, 2008, 15 e ss.

³¹ In tal senso anche C. Cost., n. 424/2000, 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». Sul punto si vedano anche M. PISANI, *La tutela penale delle prove*, Milano, 1959, 234; FIAN-DACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 328, nonché GRANDE, voce *Giustizia (delitti contro l'amministrazione della)*, cit., 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».

Una simile prospettazione in chiave marcatamente oggettiva³³, sembra da preferirsi anche perché decisamente più in sintonia con i postulati del diritto penale del fatto e con il principio dell'*extrema ratio* o di *sussidiarietà-necessità* di cui la ritrattazione, come molte delle cause sopravvenute di esclusione della pena, rappresenta una sorta di attuazione ulteriore ed 'estrema'³⁴.

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 che richiede la 'spontaneità' del soggetto e prescinde dall'effettiva eliminazione del danno, a quello del recesso attivo disciplinato dall'art. 56, 4° comma c.p. o a quello della riparazione del danno regolato dall'art. 62, n. 6 prima parte c.p.³⁵, con la considerevole differenza, però, che in questo caso il legislatore, oltre a non richiedere esplicitamente neanche il requisito minimo della volontarietà, non prevede una semplice ri-

³² Così BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981, 457 e 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, 133 e s., qui citati nelle versioni contenute in *Franco Bricola. Scritti di diritto penale. Dottrine generali teoria del reato e sistema sanzionatorio*, a cura di Canestrari, Melchionda, Vol. I, Tomo II, Milano, 1997, rispettivamente 1423 e 1473.

³³ Sottolinea l'aspetto prevalentemente oggettivo delle fattispecie premiali CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., 114, il quale evidenzia nei casi di non punibilità sopravvenuta «la relativa irrilevanza dei motivi psicologici e dell'atteggiamento psichico in genere dell'agente».

³⁴ Sulla funzione di sussidiarietà secondaria svolta dalle ipotesi di non punibilità sopravvenuta si veda DONINI, *Non punibilità ed idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, 1035; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, *ivi*, 2003, 75, anche in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, rispettivamente 347 e ss. 377 e ss.; nonché il nostro *Le ipotesi estintive*, cit., 15 e ss.

³⁵ 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, v. PATALANO, *Sull'applicabilità*, cit., 5 e ss. e 20 e ss. In termini sostanzialmente analoghi DEAN, *Il risarcimento del danno come attenuante comune*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, 812; ed in giurisprudenza Cass., 21 gennaio 1960, in *Foro pen.*, 1960, 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, 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. Sul punto si veda anche D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, 461.

duzione di pena bensì l'esenzione, pur essendo il fatto più grave in quanto la condotta successiva non impedisce il verificarsi dell'evento, ma elimina un evento (in senso giuridico) che si è già verificato³⁶.

Concepito in termini prevalentemente oggettivi il fondamento politico-criminale della non punibilità risulta allora coerente anche con una concezione del reato teleologicamente orientata dalle *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 legislativa di inutilità dell'infliczione 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, desocializzante³⁷.

4. *Il presupposto applicativo: la precedente consumazione di uno dei reati indicati dall'art. 376 c.p.* – Presupposto applicativo necessario dell'art. 376 c.p. è la *precedente commissione* da parte dello stesso soggetto (testimone, perito, consulente, indagato ecc.) di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, integrante la consumazione di uno dei reati tassativamente elencati nell'art. 376 c.p.

Con accuratezza terminologica il legislatore nell'art. 376 c.p. ha puntualizzato che non è punibile in caso di ritrattazione unicamente il *colpevole* dei delitti previsti dagli artt. 371 *bis*, 371 *ter*, 372, 373, nonché 378 c.p., intendendo con tale locuzione precisare in modo inequivoco che l'esimente in questione concerne solo quel soggetto

³⁶ In tal senso cfr. PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Milano, 2002, 441.

³⁷ Sulla teoria dello scopo della pena come fondamento politico-criminale della desistenza si veda per tutti nella dottrina tedesca ROXIN, *Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch*, in LÜTTGER (Hrsg.), *Festschrift für E. Heinitz*, Berlin, New York, 1972, 251 e 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.

che sia già autore di un fatto che presenti tutti gli elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi, di uno dei suddetti reati³⁸.

Da ciò si deduce che la ritrattazione, non trova applicazione tutte le volte in cui manchi un elemento costitutivo di tali illeciti, anche di natura meramente *psicologica*. Non si configura, quindi, 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 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 procedimentale³⁹.

Non di meno la ritrattazione non si configura nell'ipotesi in cui il testimonio, 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 consumato⁴⁰.

Tuttavia, si deve rilevare che nonostante l'apparente chiarezza e precisione del precetto dell'art. 376 c.p. sono sorti non pochi dubbi sul suo ambito di operatività⁴¹, 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 vi-

³⁸ BOSCARRELLI, *Ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., 452; GRANATA, *La ritrattazione nella falsa testimonianza*, cit., 720 e ss.; PETTENATI, *Ritrattazione della falsa testimonianza e cause estintive della punibilità*, cit., 558; GUARNERI, *La ritrattazione nella falsa testimonianza*, cit., 747.

³⁹ Così COPPI, *Ritrattazione*, cit., 361.

⁴⁰ Sulla individuazione problematica del momento consumativo del delitto di falsa testimonianza, si veda per tutti PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 451 e ss.; nella dottrina più risalente cfr. in proposito, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 923.

⁴¹ 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. 60, 73, 104, 137.

gore nel 1989 del nuovo codice di procedura penale che ha sostituito al precedente modello inquisitorio il modello accusatorio⁴² ed alla costituzionalizzazione nel 1999 con la legge cost. 23 novembre 1999, n. 2, modificativa dell'art. 111 Cost., del principio-regola del giusto processo⁴³; 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 civile⁴⁴.

La previsione di un *nuovo rito nel processo penale*, la *costituzionalizzazione* del principio-diritto 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 or-

⁴² 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 BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto sostanziale*, in *Ind. pen.*, 1989, 337 e s.; FERRUA, *Il nuovo processo penale e la riforma del diritto penale sostanziale*, in FERRUA, *Studi sul processo penale. Anamorfosi del processo accusatorio*, vol. II, Torino, 1992, 13 e ss.; PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 922; ID., *Commento all'art. 11 d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *Leg. pen.*, 1993, 121; 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, 814 e ss.

⁴³ Sulla opportunità di adeguare la disciplina dei delitti contro l'amministrazione della giustizia alla riforma del giusto processo e di introdurre 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; BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa. Dopo la legge 7 dicembre 2000 n. 397*, Milano, 2001; CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive nel processo penale. Commento analitico alla legge 7 dicembre 2000 n. 397*, Torino, 2001; GIUNTA, *Le innovazioni ai delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 136; PATALANO, *Nasce il delitto di false dichiarazioni al difensore*, in *Guida dir.*, 2001, n. 1, e s.; PISA, *Modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 292 e s.

⁴⁴ 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, FURNO, *Irretrattabilità del giuramento*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, 182; LEPRI, *L'irretrattabilità del giuramento d'ufficio e l'abrogazione tacita dell'art. 371, secondo comma, codice penale*, in *Riv. pen.*, 1993, 450; VALDEMARCA, *Osservazioni sull'esimente dell'art. 371 cpv. c.p.*, in *Giust. pen.*, 1953, II, c. 181.

mai 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.

5. *L'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 compiuto nel 1992 nell'ambito di una più ampia 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, l'applicazione nei suoi confronti della disciplina in materia di falsa testimonianza, lasciando così sguarnita di tutela l'attività delle indagini preliminari⁴⁵.

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 comma 5 che alla nuova disposizione si deve applicare, insieme a tutte

⁴⁵ Sulla *ratio* dell'incriminazione della condotta di false informazioni al pubblico ministero si rinvia per tutti a FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., 358.

le altre regole comuni alle fattispecie poste a tutela del processo, anche la disciplina della ritrattazione⁴⁶.

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"⁴⁷. L'art. 22 di tale legge ha disposto difatti l'estensione a questa nuova figura di delitto dell'intera disciplina prevista per i reati contro l'amministrazione della giustizia e, quindi, anche della ritrattazione.

Tuttavia, a tale riguardo non si può tacere che una parte della dottrina ha osservato che questa opzione normativa all'apparenza assolutamente logica, nella realtà applicativa potrebbe «concretizzarsi in un pregiudizio per la difesa, o, viceversa, in manovre disinvolute da parte della difesa stessa»⁴⁸. Sotto il primo profilo potrebbe verificarsi che la difesa imponi la sua strategia sulle dichiarazioni di un teste favorevoli all'indagato ma non veritiere, magari trascurando altre prospettive difensionali 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 'disinvolute') 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 dibattimentale⁴⁹.

⁴⁶ 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, 479, ed in *Giur. it.*, 2001, 570, con nota di CURSARO, *Applicabilità della ritrattazione al favoreggiamento personale mediante dichiarazioni reticenti alla polizia giudiziaria*.

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

⁴⁸ Testualmente LONGOBARDO, *Le false dichiarazioni al difensore*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, cit., 420.

⁴⁹ Espone incisivamente tali perplessità sulla estensione dell'art. 376 c.p. al nuovo delitto di false dichiarazioni al difensore PISA, *Modifiche al codice penale*, cit., 296. Analoghe considerazioni sono svolte anche da LONGOBARDO, *Le false dichiarazioni al difensore*, cit., 420.

6. ... e del delitto di favoreggiamento personale (art. 378 c.p.). – Di recente il legislatore con la l. n. 94/2009, “*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*” (il c.d. pacchetto sicurezza) è nuovamente intervenuto sul catalogo dei reati-presupposto dell’art. 376 c.p., introducendovi anche l’art. 378 c.p. *Favoreggiamento personale* e colmando così una lacuna normativa rivelatasi da tempo palesemente irragionevole⁵⁰.

Prima di questa riforma, nelle ipotesi di ritrattazione di false dichiarazioni alla polizia giudiziaria il reo doveva comunque rispondere del delitto di favoreggiamento personale, poiché l’art. 378 c.p. non figurava nel *numerus clausus* delle fattispecie elencate nell’art. 376 c.p.

Per tale ragione già sotto la vigenza del vecchio codice di rito erano state sollevate dai giudici *a quibus* numerose questioni di legittimità costituzionale dell’art. 376 c.p. per violazione dell’art. 3 Cost. in cui si deduceva la irragionevolezza dell’esclusione dal suo ambito di applicazione dell’art. 378 c.p. considerando la *eadem ratio* con l’art. 372 c.p.

La Corte costituzionale, in più occasioni le aveva sempre rigettate dichiarandole inammissibili sulla base della diversità di struttura e di *ratio* delle due fattispecie richiamate⁵¹, tutelando la falsa testimonianza

⁵⁰ In generale, sul delitto di favoreggiamento personale, oltre alle già più volte citate parti speciali dei manuali di FIANDACA-MUSCO-PAGLIARO-ANTOLISEI-B. ROMANO, si rinvia al lavoro di PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale tra diritto e processo penale*, Milano, 1984; in argomento cfr. anche, ZILLETTI, *I delitti di favoreggiamento*, in *Trattato di diritto penale*, III, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia, il sentimento religioso*, cit., 459 e ss.; RINALDINI, *Il favoreggiamento personale*, Milano, 2005; DINACCI, *Favoreggiamento personale*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di Coppi, cit., 385 e ss.; PADOVANI, voce *Favoreggiamento*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989, 1 e ss.; PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 638 e ss.; PISA, voce *Favoreggiamento personale e reale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1992, 162 e ss. Trattano, invece, approfonditamente il problema specifico della ritrattabilità della condotta di favoreggiamento-mendacio, BELLUTA, *Operatività della ritrattazione per talune specie di favoreggiamento*, in *Leg. pen.*, 1999, 762 e ss.; ID., *Ritrattazione e favoreggiamento: la Corte costituzionale argina le ipotesi di incompatibilità*, ivi, 2001, 574 e ss.; CORVI, *Informazioni false o reticenti nel corso delle indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 131 e ss.; GULLO, *Il favoreggiamento personale tra tendenze repressive e nuove esigenze di tutela*, in *Cass. pen.*, 1999, 3345 e ss.; MARCONI, *La Corte costituzionale estende i margini di applicabilità della ritrattazione*, in *Giur. cost.*, 1999, 2332 e ss.; RANZATTO, *Estesa la ritrattazione al favoreggiamento-mendacio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 983 e ss.; ID., *Non ritrattabili le dichiarazioni alla polizia giudiziaria non delegata dal p.m.*, ivi, 2000, 1608 e ss.

⁵¹ C. Cost., 13 dicembre 1982, n. 228, in *Giur. cost.*, 1982, 2266; nonché in *Cass.*

la *veridicità e la completezza della prova* ed il favoreggiamento l'interesse all'*accertamento del reato*⁵².

Ad avviso della Consulta, 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; diversamente, nella seconda ipotesi quella dell'art. 378 c.p., questa efficacia contro-offensiva difettava, essendo irreversibile il danno causato alle indagini dalla mendace dichiarazione⁵³.

In seguito all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale ed alla estensione dell'ambito di incidenza dell'art. 376 c.p. anche al nuovo delitto di false informazioni al p.m. di cui all'art. 371 *bis* c.p.⁵⁴ erano poi state sollevate nuove questioni di legittimità costituzionale che utilizzavano come *tertium comparationis* l'art. 371 *bis* c.p., invece dell'art. 372 c.p.⁵⁵.

Utilizzando queste diverse coordinate giuridiche la Consulta con la sentenza n. 101 del 1999 era arrivata a dichiarare (in maniera inappagante) l'illegittimità costituzionale dell'art. 376 c.p. nella sola *parte in cui non escludeva la punibilità delle false dichiarazioni alla polizia giudiziaria delegata dal pubblico ministero*⁵⁶.

Permanevano, però, notevoli perplessità in merito alla irragionevolezza della esclusione dal raggio di azione della ritrattazione delle ipotesi di favoreggiamento mendacio rese alla p.g. non delegata⁵⁷, so-

pen., 1983, 557; *Foro it.*, 1983, I, 2103; per delle osservazioni critiche al riguardo cfr. PISA, voce *Favoreggiamento personale e reale*, cit., 165 e ss.; C. Cost., 28 gennaio 1983, ord. n. 50, in *Giur. cost.*, 1983, I, 211 e ss.

⁵² Sul punto si veda anche RANZATTO, *Estesa la ritrattazione*, cit., 984; ROSA, *Art. 376 c. Ritrattazione*, cit., 187.

⁵³ Così C. Cost., 13 dicembre 1982, n. 228, cit.

⁵⁴ Manifestava la non condivisibilità 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) conferm(are) la ragionevolezza del differente trattamento sotto il profilo della ritrattazione», PISA, voce *Favoreggiamento*, cit., 165.

⁵⁵ In tal senso cfr. Cass., Sez. VI, 19 aprile 1993, Malena, in *Giust. pen.*, 1994, II, c. 515, con nota di 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, 330. RANZATTO, *Estesa la ritrattazione*, cit., 983 e ss.; MOCCIASCHIAFFO, voce *False informazioni*, cit., 1.

⁵⁶ Così C. Cost., 30 marzo 1999, n. 101, in *Cass. pen.*, 1999, 2466; nonché in *Dir. pen. proc.*, 1999, 982, con nota di F. RANZATTO, *Estesa la ritrattazione*, cit.

⁵⁷ Per una approfondita analisi critica delle argomentazioni su cui si fonda que-

prattutto in considerazione del fatto che la stessa Corte costituzionale con la sent. n. 416 del 30 marzo 1996, di poco precedente, aveva ritenuto illegittima la mancata estensione al favoreggiamento-mendacio *tout-court* (senza distinzione tra attività delegate e non) della disciplina premiale dell'altra speciale causa di non punibilità dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, l'art. 384, secondo comma, c.p.⁵⁸. Perplesità, però, stranamente non condivise dalla Consulta che con due opinabili decisioni successive (sent. 16 ottobre 2000, n. 424 ed ord. 14 giugno 2002 n. 244) aveva rigettato le nuove questioni di legittimità sollevate⁵⁹, ritenendo ragionevole (*sic!*) che le sorti di un soggetto che avesse ritrattato tempestivamente le proprie precedenti dichiarazioni mendaci o reticenti rese dinanzi alla polizia giudiziaria – punibilità con una pena da uno a quattro anni *versus* non punibilità ai sensi dell'art. 376 c.p. – dipendessero 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 giudiziaria⁶⁰!

Come se non bastasse, ulteriori argomenti a sostegno dell'illegittimità costituzionale dell'esclusione del 'favoreggiamento-mendacio'

sta pronuncia della Corte costituzionale sia consentito rinviare al nostro *La ritrattazione*, cit., 115 e ss.; CORVI, *Informazioni false o reticenti*, cit., 138 e ss.; F. SIRACUSANO, *La tutela del falso processuale dopo le riforme del codice di procedura penale*, in *Ind. pen.*, 2001, 1262. Ritenevano prevedibile e necessario una ennesima pronuncia della Corte costituzionale al fine di eliminare questa irragionevole distinzione tra le due *species* di attività di assunzione di informazioni da parte della polizia giudiziaria, con delega o senza delega del pubblico ministero, GULLO, *Il favoreggiamento personale*, cit., 3353; RANZATTO, *Estesa la ritrattazione*, cit., 986; ID., *Non ritrattabili le dichiarazioni*, cit., 1609.

⁵⁸ Su tale pronuncia si rinvia a MARCONI, *La Corte costituzionale estende*, cit., 2332 e s.; PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 909; SANTORIELLO, *I rapporti fra favoreggiamento personale e ritrattazione in una (parziale) sentenza di illegittimità costituzionale dell'art. 376 c.p.*, in *Giur. cost.*, 1999, 928 e ss. Per dei rilievi critici al riguardo cfr. F. SIRACUSANO, *La tutela del falso processuale*, cit., 1262.

⁵⁹ C. cost., 14 giugno 2002, n. 244, in *Giur. cost.*, 2002, 1815; C. cost., 9 ottobre 2000 n. 424, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1457, nonché *Cass. pen.*, 2001, 772; sul punto v. BELLUTA, *Ritrattazione e favoreggiamento*, cit., 574 e ss.; PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 560 e ss.; RANZATTO, *Non ritrattabili le dichiarazioni*, cit., 1608 e ss.; B. ROMANO, *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni unite*, cit., 1915; F. SIRACUSANO, *La tutela penale del falso processuale*, cit., 1263.

⁶⁰ In tal senso Cass., sez. VI pen., 17 febbraio 2000, con nota di CURSANO, *Applicabilità della ritrattazione*, cit., 571.

dal novero dei reati-presupposto dell'art. 376 c.p. erano stati indirettamente addotti dal ruolo peculiare assegnato dal legislatore ai sensi degli artt. 11 e 13 d.lgs. n. 274/2000 alla polizia giudiziaria nella fase delle indagini preliminari nell'ambito del processo penale dinanzi al *giudice di pace*⁶¹.

La regola della non ritrattabilità delle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria si sostanzialmente in questo caso in una ancor più ingiustificata discriminazione dell'autore delle stesse, dal momento che la non punibilità ai sensi dell'art. 376 c.p. dipendeva prevalentemente dal *tipo di reato* in relazione al quale si svolgevano le attività investigative, dato questo completamente estraneo alla sfera di conoscenza del falso dichiarante⁶².

Avendo riconosciuto un potere di iniziativa autonomo alla p.g. per i reati meno gravi di competenza del giudice di pace, si ravvisava il paradosso che se il reato in relazione al quale si indagava era di competenza di quest'ultimo, sussistevano maggiori possibilità che la polizia operasse senza delega nella fase delle indagini preliminari e, quindi, che le false dichiarazioni ad essa rese, anche se ritratte tempestivamente, integrassero sempre il reato di cui all'art. 378 c.p.; e che se invece il reato era più grave e la competenza era quella del giudice ordinario sussistevano buone possibilità che la polizia giudiziaria agisse su delega del pubblico ministero e che di conseguenza le false dichiarazioni ad essa rese fossero efficacemente ritratte ai sensi dell'art. 376 c.p.

L'aporia derivante dal mancato inserimento di questa fattispecie nel catalogo dei reati presupposto dell'art. 376 c.p. affiorava in maniera icastica nei casi in cui durante l'udienza preliminare una per-

⁶¹ In argomento si rinvia a COPPETA, *Indagini della polizia giudiziaria e del pubblico ministero*, in AA.Vv., *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di Giostra, Illuminati, Torino, 2001, 135 e ss.; 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, 79 e ss.; C. PANSINI, *La fase delle indagini preliminari*, in AA.Vv., *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, a cura di Scalfati, Padova, 2001, 145 e ss.

⁶² Sul punto, sebbene non tocchi il problema specifico della ritrattazione, si 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. 274/2000 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.

sona ritrattava le mendaci dichiarazioni da lei stessa precedentemente rese nella fase delle indagini preliminari, in un primo momento, alla polizia giudiziaria ed, in un secondo momento, anche al p.m.

La giurisprudenza, muovendo dal discutibile presupposto che in ipotesi di questo tipo sussistesse un concorso di reati anziché un concorso apparente di norme tra il delitto di cui all'art. 378 c.p. integrato dalle false dichiarazioni rese alla p.g. e quello di cui all'art. 371 bis c.p. integrato dalla sostanziale ripetizione di tali narrazioni anche al p.m., approdava all'aberrante conclusione, da un lato, di assolvere l'imputata dal reato di cui all'art. 371 bis c.p., reputandolo non punibile a causa della intervenuta ritrattazione di quanto affermato davanti al pubblico ministero e, dall'altro, di ritenerla altresì colpevole del reato di favoreggiamento personale in relazione alle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria, in quanto per tale reato non era prevista la causa di non punibilità della ritrattazione⁶³.

Si assisteva cioè all'assurdo giuridico di vedere uno stesso identico comportamento valutato in maniera strabica da parte del diritto penale positivo e considerato, contestualmente, sia punibile che non punibile.

Come si è accennato in precedenza, tutte le perplessità circa l'illegittimità costituzionale della non ritrattabilità delle false dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria sono state definitivamente diradate con l'inserimento nel catalogo tassativo dei delitti presupposto dell'art. 376 c.p. anche dell'art. 378 c.p. operato con l'ultimo pacchetto sicurezza del 2009⁶⁴.

⁶³ A tali conclusioni era pervenuta C. App. Bari, 7 novembre 2007, confermando Trib. Foggia, 3 marzo 2004, relativamente al caso di una donna che aveva ritrattato in sede di udienza preliminare le precedenti dichiarazioni mendaci rese alla p.g. prima, ed al p.m. poi per aiutare il proprio ex-amante ad eludere le investigazioni relative all'omicidio da questi commesso nei confronti del suo nuovo compagno. In particolare, la donna solo in quel momento aveva dichiarato di aver nascosto nelle informazioni rese ai Carabinieri ed al pubblico ministero, il rapporto sentimentale di carattere clandestino che l'aveva legata in un recente passato all'omicida e che era proseguito anche durante la relazione avuta con la vittima, così aiutando l'autore del delitto ad eludere le investigazioni dell'autorità giudiziaria e impedendo agli inquirenti di battere immediatamente la pista del delitto passionale.

⁶⁴ In argomento, su tale recente riforma cfr. PIFFER, *Ritrattazione: estensione al delitto di favoreggiamento personale*, in *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, in (a cura di) CORBETTA-DELLA BELLA-GATTA, *Sistema penale e sicurezza penale. Le riforme del 2009*, Milano, 2009, 49 ss.; PECCIOLI, *La riforma dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1340 ss.; PECCIOLI-SCOPINARO, *Recenti interventi legislativi e della Corte costituzionale in*

Nel coacervo disgregato delle novità introdotte dietro l'etichetta emergenziale della '*sicurezza pubblica*' spicca, infatti, per la razionalità l'art. 1, comma 6, che ha disposto l'inserimento nell'art. 376 c.p. della disposizione che incrimina il delitto di favoreggiamento.

Questa opzione politico-criminale, molto probabilmente, consentirà una notevole estensione dell'operatività nei procedimenti penali della scriminante della ritrattazione, dal momento che nella prassi giudiziaria sono frequenti i 'ripensamenti' tra le prime dichiarazioni rese alla p.g. nel corso delle investigazioni e quelle successive rese nel corso di fasi processuali. Inoltre, i termini utili per ritrattare tempestivamente le mendaci dichiarazioni rese alla p.g. (il più delle volte) in sede di indagini preliminari, prima ancora di quelle al p.m., sono di norma decisamente più ampi di quelli angusti previsti di fatto per le false deposizioni rese in fase processuale.

Una simile potenzialità espansiva dell'art. 376 c.p. novellato sembra esser confermata dal fatto che nel ristretto lasso di tempo successivo alla la Suprema Corte (che di rado si trova a pronunciarsi sull'art. 376 c.p.) l'ha già applicata proprio relativamente al caso descritto in precedenza, sanando l'aporia poc'anzi evidenziata.

Con una sentenza del 2010 la Cassazione ha, infatti, annullato senza rinvio la precedente decisione della Corte d'Appello di Bari applicando retroattivamente la causa di non punibilità prevista dall'art. 376 c.p., come modificato dalla l. 15 luglio 2009, n. 94, art. 1, vale a dire con l'aggiunta anche del reato di favoreggiamento personale (art. 378 c.p.), per il quale l'imputata era stata condannata quando la nuova disposizione non esisteva. Come ha rilevato la stessa Corte "in questo caso, trova applicazione il principio di retroattività della legge più favorevole di cui all'art. 2 c.p., comma 3, sicché gli effetti della ritrattazione – che i giudici di merito hanno ritenuto pacificamente sussistente in relazione all'art. 371-*bis* c.p. – devono estendersi necessariamente anche al reato di favoreggiamento"⁶⁵.

tema di reati contro l'amministrazione della giustizia, in *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di PISA, in *Trattato di diritto penale*, diretto da GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, Vol. VII 2009, 449 ss.; BRICCHETTI-PISTORELLI, *Effetti della ritrattazione estesi al favoreggiamento*, in *Guida dir.*, 15 agosto 2009, 64 ss.; ID., *Punito chi fa comunicare i detenuti al 41 bis c.p.*, in *Guida dir.*, 15 agosto 2009, 66 ss.; ID., *Estesa la portata incriminatrice degli atti del giudice*, in *Guida dir.*, 15 agosto 2009, 68 ss. Da ultimo, si veda F. SIRACUSANO, *Si estende l'area dei reati presupposto della ritrattazione: l'art. 1, n. 6, della l. n. 94 del 15 luglio 2009*, in *Cass. pen.*, 2011, 3255 ss.

⁶⁵ Così Cass., Sez. VI, 7 luglio 2010, n. 25971. In argomento, sia consentito rin-

Da ultimo, proprio ad ulteriore conferma della nuove potenzialità applicative dischiuse dall'inserimento dell'art. 378 c.p. nel novero dei reati utilmente ritrattabili, la Suprema Corte ha sostenuto che non è più punibile anche la ritrattazione del c.d. favoreggiamento-mendacio aggravato ex art. 7, d.l. 152/1991 (vale a dire, dal c.d. 'metodo mafioso')⁶⁶. Ciò, peraltro, vale, non solo per i casi futuri in cui si verificherà una simile evenienza, ma anche per quelli pregressi: ed infatti nei giudizi ancora pendenti dinanzi alla Suprema Corte – in applicazione del principio di retroattività della legge penale più favorevole di cui all'art. 2, comma 4 c.p. – l'eventuale ritrattazione tempestiva intervenuta in costanza della vecchia e più severa disciplina dell'art. 376 c.p. può ugualmente essere considerata efficace ai fini della non punibilità del favoreggiamento-mendacio. Unica condizione necessaria perché la Cassazione possa disporre l'annullamento senza rinvio della sentenza d'appello di condanna ai sensi dell'art. 609, comma 2 c.p.p. per il delitto di cui agli artt. 378 c.p. e 7, d.l. 152/1991 è che risulti già provata nei precedenti gradi di giudizio di merito la sussistenza delle condizioni di fatto della causa di non punibilità di cui all'art. 376 c.p.⁶⁷.

7. I dubbi sulla disciplina della ritrattazione del falso giuramento (art. 371, 2° c.p.) e la sentenza della Corte costituzionale n. 490 del

viare al nostro *La ritrattazione del favoreggiamento-mendacio: prime applicazioni del nuovo art. 376 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 727 ss. Tale orientamento si è consolidato nelle pronunce successive in cui è stato ribadito che "la modifica normativa contenuta nella legge n. 94/2009 deve estendere la sua operatività alle ipotesi pregresse non coperte da giudicato, ove sussistano tutte le condizioni richieste dalla norma per l'applicazione della causa di non punibilità, poiché ciò costituisce espressione del principio generale di retroattività della norma più favorevole alle situazioni processuali non definite, di cui all'art. 2 c.p., comma 4, applicabile in questo giudizio, anche d'ufficio, in ragione di quanto previsto dall'art. 609 c.p.p., comma 2" (in tal senso cfr. Cass., Sez. VI, 21 dicembre 2012, n. 49854; Cass., Sez. VI, 26 aprile 2012, n. 17065).

⁶⁶ In tal senso cfr. Cass., Sez. VI, 29 aprile 2012, n. 692, in *www.penalecontemporaneo.it*, con un nostro commento *Anche il favoreggiamento mendacio, aggravato ex art. 7, d.l. 152/1991, è ritrattabile ai sensi del novellato art. 376 c.p.* Conforme Cass., Sez. VI, 8 maggio 2012, n. 17065.

⁶⁷ Cass., Sez. VI, 29 aprile 2012, n. 692, cit. Questo orientamento è stato prontamente ribadito da una sentenza di poco successiva in cui la S.C., Sez. VI, 23 luglio 2012, n. 30075, ha precisato che la ritrattazione del favoreggiamento-mendacio non può trovare applicazione retroattiva quando nelle fasi di merito in cui sia stata resa nel rispetto dei termini sanciti dalla legge si presenti però priva di taluno dei suoi altri requisiti (nella specie la ritrattazione delle dichiarazioni agevolatrici era incompleta, poiché avvenuta per uno solo dei coimputati e non per tutti gli altri).

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., 2° 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 tale disposizione normativa esiste, dunque, *un'altra fattispecie 'qualificata' di ritrattazione* di una precedente condotta mendace valida all'interno del solo *processo civile*⁶⁸.

La caratteristica saliente di questa ritrattazione autonomamente regolata dall'art. 371, 2° 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.

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.»⁶⁹.

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.

⁶⁸ Sul punto per approfondimenti si rinvia, *ex multis*, a NOTARO, *Il falso giuramento della parte*, in *Trattato di diritto penale*, III, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia, il sentimento religioso*, cit., 145 e ss.; DOLCE, voce *Falso giuramento della parte*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, 680 e ss.; E. GALLO, *Il falso processuale*, cit., 199 e ss.; GATTI, *Falso giuramento della parte*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. Coppi, cit., 327 e ss.; ROSSI VANNINI, voce *Giuramento (falsità in)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2000, 385 e ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., 372 e ss.; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 99 e ss.; nonché al nostro *La ritrattazione*, cit., 128 e ss.

⁶⁹ Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., 379. Contra ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, 14^a ed., a cura di L. Conti, Milano, 2002, 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».

371, 2° 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*⁷⁰.

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 desunse 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 ritrattazione⁷¹.

⁷⁰ Sul punto si veda LEPRI, *L'irretrattabilità del giuramento d'ufficio*, cit., 451 e ss.; VALDEMARCA, *Osservazioni sull'esimente dell'art. 371 cpv. cod. pen.*, cit., c. 181. *Contra*, a favore della vigenza di questa norma, pur manifestando delle perplessità a causa del suo evidente anacronismo, PANNAIN, voce *Giuramento (falsità del)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. VII, Torino, 1961, 980; PISA, voce *Giuramento (falsità del)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1991, 569.

⁷¹ 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.

Tale condivisibile tesi abrogatrice, fondata sulla incompatibilità ex a. 15 disp. prel. c.c. di questa disposizione con le nuove norme in materia di giuramento, è stata poi accolta sia dalla Corte di Cassazione nei primi anni Novanta⁷², sia dalla Corte costituzionale nel 1995⁷³.

In particolare, la Consulta in questa pronuncia 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 giudicato. 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»⁷⁴.

La soluzione appare decisamente condivisibile anche perché 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 che *non può* in alcun 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 ingiusta⁷⁵.

⁷² Cass., Sez. VI, 5 maggio 1992, Mascitti, in *Riv. pen.*, 1993, 448; in argomento cfr. anche PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 355 e ss. dove sono riportati i passi più salienti di tale pronuncia.

⁷³ C. cost. 20 novembre 1995, n. 490, in *Giur. cost.*, 1995, 4198 e ss., con nota di RIGANO, *Abrogazione della norma oggetto e abrogazione del terzium comparationis: irrilevanza o infondatezza della questione?*.

⁷⁴ Per un commento a tale pronuncia si rinvia a RIGANO, *Abrogazione della norma oggetto e abrogazione del terzium comparationis*, cit., 4201 e ss.; in argomento cfr. anche PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 358 e B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 106.

⁷⁵ 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 LEPRI, *L'irretrattabilità del giuramento d'ufficio*, cit., rispettivamente 449 e 452.

In ogni caso, al giorno d'oggi, la ritrattazione del falso giuramento può solo essere valutata, alla stessa stregua di ogni condotta post-fatto, 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 reato⁷⁶.

8. *Le incertezze circa l'efficacia scriminate della ritrattazione nel caso di simulazione di reato (art. 367 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'⁷⁷), sembri non lasciare adito a dubbi sulla possibilità di estenderla anche ad altre figure 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 pronunzia 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 caso⁷⁸. Ed in base all'art. 220 era prevista una riduzione di

⁷⁶ PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 109; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 106.

⁷⁷ Sul divieto di applicazione analogica delle leggi penali si rinvia per tutti alle illuminanti pagine di VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 158 e ss.

⁷⁸ Sulla differente disciplina dettata nel codice penale Zanardelli per le ipotesi di ritrattazione di tali delitti si rinvia a *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, a cura di COGLIOLO, vol. II, Pt. I, cit., 49 e ss., spec. 217 e ss.

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, 2° 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 resipiscenza dell'autore della falsità processuale rileva, quindi, come elemento capace di far venir meno il carattere lesivo della condotta precedente, dando luogo ad un reato impossibile ai sensi dell'art. 49 c.p.⁷⁹.

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 utilmente ritrattare il proprio precedente comportamento, avendo il legislatore del 1930 compiuto una scelta netta nel momento in cui non ha menzionato all'interno del tipo legale una tale eventualità, diversamente da quanto ha fatto invece nell'art. 371 c.p. per il falso giuramento⁸⁰.

⁷⁹ Molto chiaramente in tal senso si esprime RAMPIONI, *Sul valore della ritrattazione nel delitto di simulazione di reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1304; nonché, da ultimo, GIOFFRÈ, *Ritrattazione e simulazione di reato: spazi applicativi per il principio di offensività*, in *Cass. pen.*, 1997, 734 e ss.

⁸⁰ Per approfondimenti sul delitto di simulazione di reato si rinvia, tra i tanti, ad ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 460 e ss.; CADOPPI, voce *Simulazione di reato*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 628 e ss.; FIAN-DACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., 340 e ss.; LA CUTE, *Simulazione di reato*, Napoli, 1985; MAZZOTTA, *I delitti concernenti le false notizie di reato*, in *Trattato di diritto penale*, III, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, il

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 giudiziale⁸¹.

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. 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 postfatto⁸².

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 ex art. 49, comma 2 c.p.* l'effettiva esposizione a *pericolo* dell'interesse al normale funzionamento dell'attività processuale⁸³.

sentimento religioso, cit., 61 e ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 60 e ss.; PEZZI, voce *Simulazione di reato*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1992; PISA, voce *Simulazione di reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, 310 e ss.; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 55 e ss.; PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 138 e ss.

⁸¹ In tal senso si esprime, sebbene con qualche contraddizione, SANTORO, *Manuale di diritto penale*, cit., 410 e 427, il quale sostiene che la ritrattazione si riconnette strettamente solo a quei delitti che si sostanziano in una dichiarazione di scienza.

⁸² Su tali problemi si vedano le osservazioni svolte da COCO, *Simulazione di reato*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di Coppi, cit., 131 e s.

⁸³ In dottrina su tale specifico punto si vedano RAMPIONI, *Sul valore della ritrattazione*, cit., 1301 e ss.; GIOFFRÈ, *Ritrattazione e simulazione di reato*, cit., 734 e ss.; COCO, *Simulazione di reato*, cit., 150; MORELLI, *La resipiscenza immediata come evento impeditivo del reato di simulazione*, in *Giust. pen.*, 1971, II, c. 306.

Riguardo a tale problema la giurisprudenza in passato si è dimostrata abbastanza incerta, oscillando nelle sue pronunce, 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.⁸⁴.

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 per inidoneità dell'azione ai sensi dell'art. 49 c.p., anziché come mera circostanza attenuante comune⁸⁵.

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 (*nulum crime sine iniuria*), non si può non ritenere che anche «la simu-

⁸⁴ 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 RAMPIONI, *Sul valore della ritrattazione*, cit., 1301, nonché da ultimo Cass., Sez. VI, 19 gennaio 2000, Boniforti, in *Riv. pen.*, 2000, 638; *contra* cfr. Cass., Sez. III, 17 gennaio 1970, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1971, 305 e, da ultimo, Cass., Sez. VI, 28 novembre 1989, Ceccarelli, in *Giust. pen.*, 1991, II, c. 309.

⁸⁵ 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, 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, 734 e ss., con nota di GIOFFRÈ, *Ritrattazione e simulazione*, cit. Sul punto, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, cfr. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 168 e ss. Da ultimo cfr. Cass., Sez. VI, 25 febbraio 2008, Dhrosso, che ha rilevato come la ritrattazione abbia valenza scriminante della calunnia ex art. 49, comma 1, c.p. quando intervenga nell'immediatezza della stessa denuncia ed “impedisca il nascere stesso delle premesse fattuali di un procedimento penale (eventuali investigazioni o accertamenti preliminari), in tal modo vanificando l'idoneità offensiva genetica dell'iniziale contegno dichiarativo simulatorio”.

lazione 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»⁸⁶.

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 infondata⁸⁷, anche in quello di successiva ritrattazione della stessa⁸⁸.

⁸⁶ Così RAMPIONI, *Sul valore della ritrattazione*, cit., 1304. In argomento cfr. anche GRANATA, *La configurazione giuridica del fatto denunciato nella simulazione di reato e nella calunnia*, in *Giust. pen.*, 1952, II, c. 495; GIOFFRÈ, *Ritrattazione e simulazione di reato*, cit., 736.

⁸⁷ In tal senso in giurisprudenza cfr. Cass., Sez. VI, 18 gennaio 1985, Barone, in *Cass. pen.*, 1986, 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 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., 60.

⁸⁸ 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*, in *Ind. pen.*, 1994, 275 e ss.; FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in STILE, a cura di, *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003, 141 e ss.; M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 750 ss.; NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, *passim*; ID., voce *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino, 1996, 259 e ss.; RICCARDI, *I "confini mobili" del principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1999, 711 e ss. Da ultimo, per una completa ricostruzione del principio di offensività, si rinvia a MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 200; nonché, con particolare riguardo al valore fondante che assume in materia di offensività la disciplina codicistica sul reato impossibile, cfr. CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004. Nella manualistica cfr. ALEO, *Il sistema penale*,

Secondo un primo orientamento, accolto ancora in alcune recenti pronunce della 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»⁸⁹ ed è del tutto *irrilevante* ai fini della non punibilità, al più può avere efficacia attenuante ex art. 62, n. 6 c.p.⁹⁰.

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, 4° comma c.p., dal momento che la resipiscenza avviene in un momento necessariamente successivo rispetto alla precedente dichiarazione fraudolenta⁹¹.

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 *contemper*, e cioè *immediatamente dopo* la falsa denuncia⁹². 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

Milano, 2004, 70; DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2004, 118 e ss.; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 292 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 201 e ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 525 e ss.; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 54 e ss. e 73 e ss.; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 200 e ss.

⁸⁹ 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, 81.

⁹⁰ Sul punto cfr. BRICCHETTI, *Art. 367 Simulazione di reato*, in *Codice penale*, a cura di Padovani, Milano, 2005, 1775.

⁹¹ Di questo ordine di idee è COCO, *Simulazione di reato*, cit., 151.

⁹² Cfr. in tal senso FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., 345; PEZZI, voce *Simulazione di reato*, cit., 5; PISA, voce *Simulazione di reato*, cit., 318.

interviene comunque tardivamente, in quanto il turbamento all'amministrazione della giustizia si è già realizzato»⁹³.

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 riceverlo⁹⁴. 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 durata⁹⁵.

In altre parole, com'è stato osservato, 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 connessa ad una continuità d'agire che elide ogni sensibile iato temporale fra le due discordi dichiarazioni»⁹⁶. 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

⁹³ Così Cass., Sez. VI, 3 aprile 2000, De Lillo, cit.

⁹⁴ Di questo avviso Cass., Sez. VI, 11 aprile 1973, Brandimarte, cit.

⁹⁵ Testualmente RAMPIONI, *Sul valore della ritrattazione*, cit., 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 c.p., in forza di una ritrattazione effettuata dinanzi alla medesima autorità entro trentacinque minuti dalla presentazione della denuncia.

⁹⁶ Così ancora RAMPIONI, *Sul valore della ritrattazione*, cit., 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.

condotta simulatoria, dando luogo ad un reato impossibile per idoneità dell'azione a norma dell'art. 49, 2° comma c.p.⁹⁷.

Non sembra, invece, salvo qualche isolato parere contrario⁹⁸, che costituisca requisito indispensabile per la valutazione dell'idoneità della ritrattazione il dato della sua *spontaneità*, dal momento che esso non concerne il profilo oggettivo dell'offesa, bensì il piano soggettivo della condotta. 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 proprio dalla valutazione della ritrattazione in termini di spontaneità⁹⁹.

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 attenuante *ex art. 62, n. 6 c.p.*¹⁰⁰.

8.1. (Segue) ... di calunnia (art. 368 c.p.). – 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

⁹⁷ Così Cass., Sez. VI, 3 aprile 2000, De Lillo, cit.

⁹⁸ Sostiene che ai fini dell'esclusione della sussistenza del reato la ritrattazione debba essere anche spontanea, Cass., Sez. VI, 16 dicembre 1998, Boniforti, in *Riv. pen.*, 2000, 638; *contra* si veda RAMPIONI, *Sul valore della ritrattazione*, cit., 1310.

⁹⁹ Sul punto BRICCHETTI, *Art. 367 Simulazione di reato*, cit., 1776; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., 345. In giurisprudenza si veda Cass., Sez. III, 23 marzo 1970, Nazio, in *Cass. pen.*, 1971, 1605.

¹⁰⁰ In tal senso cfr. Cass., Sez. VI, 20 novembre 1978, Selvaggio, *Cass. pen. Mass. ann.*, 1980, 1088; in dottrina FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., 345; BRICCHETTI, *Art. 367 Simulazione di reato*, cit., 1776.

requisito della idoneità della falsa dichiarazione a dare luogo all'inizio di un processo sfuma, quindi, a *requisito* meramente *implicito*¹⁰¹.

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 (essendo un reato istantaneo) 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. 6¹⁰².

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, comma 4 c.p.¹⁰³.

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 con-

¹⁰¹ Sul delitto di calunnia si rinvia a PAGLIARO, *Il delitto di calunnia*, Palermo, 1961; Id., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 61 e ss.; PULITANÒ, voce *Calunnia e autocalunnia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1982, 9 e ss.; BORTOLO, *Calunnia*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di Coppi, cit., 162 e ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., 348 e ss.; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 67 e ss.; PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 188 e ss.; MAZZOTTA, *I delitti concernenti le false notizie di reato*, cit., 91 e ss.

¹⁰² In tal senso Cass., Sez. VI, 2 luglio 2013, n. 29536; Cass., 16 maggio 1996, Coppolecchia, in *Guida dir.*, 1996, n. 34, 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, 659; sul punto cfr. G. PIFFER, *Art. 368. Calunnia*, in *Codice penale commentato*, a cura di Marinucci, Dolcini, cit., 2109; Id., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 269; BRICCHETTI, *Art. 368 Calunnia*, in *Codice penale*, a cura di Padovani, cit., 1796.

¹⁰³ Così Cass., Sez. VI, 16 ottobre 1995, Garganese, in *Cass. pen.*, 1996, 3639. Da ultimo, tale orientamento è stato confermato da Cass., Sez. VI, 2 luglio 2013, n. 29536, cit. In dottrina sul punto cfr. B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 74.

sidera 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, 2° 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 legislativa¹⁰⁴. 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, 2° 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 ratio* esclusivamente per la protezione di beni giuridici di particolare rilevanza e non diversamente tutelabili in modo effettivo¹⁰⁵.

Anche per la calunnia potrebbe, infatti, presentarsi il caso di una ritrattazione realizzata in quella '*unicità di contesto*' prima definita per la simulazione, oltretutto 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 dal momento che 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 er-

¹⁰⁴ 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, 8 e ss.; nonché più di recente C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 177 e ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 185 e ss.

¹⁰⁵ Cfr. C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, I, cit., 181.

meneutico da utilizzare per la valutazione della effettiva punibilità di una falsa incolpazione.

Ad avviso di questa sentenza la ritrattazione può essere capace di *elidere l'offensività* della precedente dichiarazione mendace 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.»¹⁰⁶.

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 secondo la giurisprudenza di legittimità più recente¹⁰⁷ 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 diversa e meno favorevole valutazione della calunnia si configura tutte le volte in cui il delitto di calunnia ha già prodotto un'offesa, ma la scoperta della sua commissione sia dipesa da una spontanea dichiarazione del colpevole come, ad esempio, nel caso in cui in seguito ad una calunniosa denuncia sia stata poi già eseguita una perquisizione domiciliare da parte della polizia giudiziaria e sia stato sot-

¹⁰⁶ Cass., Sez. VI, 27 agosto 1999, Massagrande, *Guida dir.*, 1999, n. 44, 96. In dottrina è di analogo ordine di idee PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 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».

¹⁰⁷ In questo senso chiaramente Cass., Sez. VI, 17 marzo 2009, 26177, V., in *Guida dir.*, 2009, n. 40, 96, che ha rilevato come la ritrattazione della calunnia piuttosto, può essere configurata come un «post factum», eventualmente valutabile come attenuante ai sensi dell'art. 62, n. 6, c.p., ossia come una condotta di ravvedimento operoso che deve intervenire prima che l'autorità giudiziaria acquisisca la prova della falsità dell'incolpazione.

toposto l'imputato a visita ospedaliera per accertare tracce dei reati denunciati¹⁰⁸.

Ciò significa che tale circostanza non è applicabile al calunniatore che confessi solo dopo che l'innocenza dell'incolpato sia stata giuridicamente accertata e il calunniatore stesso sia stato rinviato a giudizio per rispondere del reato di cui all'art. 368 c.p.¹⁰⁹. «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»¹¹⁰.

Tuttavia, si deve rilevare che in una recente ed isolata decisione della Suprema Corte il problema della ritrattazione della calunnia è stato 'banalizzato' e risolto in modo non del tutto chiaro prescindendo dall'art. 49 c.p., pur facendo però riferimento alla valutazione della idoneità lesiva della mendace dichiarazione resa.

Secondo questa pronuncia, infatti, quando la ritrattazione avvenga *continenter* il delitto non sarebbe proprio consumato e, quindi, non si porrebbe affatto un problema di ritrattazione valutabile ai sensi dell'art. 49 c.p., ma semplicemente un dubbio relativo alla sua consumazione. In tale circostanza il fatto non sussisterebbe poiché non essendo stata avviata ancora alcuna indagine da parte della p.g. che ha ricevuto la *notitia criminis* il delitto di calunnia non si sarebbe ancora consumato¹¹¹.

In realtà, alla luce di quanto già detto in precedenza, questa tesi non sembra condivisibile apparendo decisamente più corretto (anche con le premesse teoriche, peraltro, di questa stessa sentenza) il riferimento all'art. 49, comma 2 c.p. ed al reato impossibile come fulcro argomentativo di una sentenza di proscioglimento, essendo in questi casi imperniata la decisione giudiziaria sulla valutazione in concreto di una azione formalmente corrispondente alla norma incriminatrice, ma concretamente inidonea ad offendere l'interesse da essa tutelato.

Infine, si deve rilevare che di recente la Suprema Corte è stata

¹⁰⁸ Così Cass., Sez. VI, 17 marzo 2009, 26177, V., cit.

¹⁰⁹ Cass., Sez. VI, 15 giugno 1982, Giordano, in *Giust. pen.*, 1983, II, c. 355.

¹¹⁰ BRICCHETTI, *Art. 368 Calunnia*, cit., 1796; sul punto anche B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 74. In giurisprudenza in tal senso cfr. Cass., Sez. VI, 19 settembre 1997, Orietti, in *Guida dir.*, 1998, n. 21. 76.

¹¹¹ In questo senso cfr. Cass., Sez. VI, 12 maggio 2009, n. 20045, Albani.

chiamata a valutare la possibilità di sollevare una questione di legittimità costituzionale nei confronti dell'art. 376 c.p. per violazione del principio di ragionevolezza a causa della esclusione dal novero dei reati-presupposto del delitto di calunnia.

La Corte di Cassazione, però, si è giustamente pronunciata in modo negativo, rigettando tale richiesta; essa ha infatti dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 376 c.p. in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui esclude dal proprio ambito applicativo la fattispecie criminosa della calunnia, dal momento che le dichiarazioni calunniose attengono strutturalmente alla fase iniziale delle indagini, di cui costituiscono l'impulso, nella quale la ritrattazione, quale istituto finalizzato prioritariamente a soddisfare l'interesse alla definizione del giudizio penale o all'esercizio dell'azione penale sulla base di elementi probatori veridici, si rivela inidonea al conseguimento del proprio scopo¹¹².

8.2. (Segue) ... di false informazioni al p.m., falsa testimonianza e falsa perizia o interpretazione aggravati (art. 375 c.p.). – 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 richiamate dall'art. 376 c.p.¹¹³.

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

¹¹² In tal senso Cass., Sez. VI, 19 aprile 2007, n. 34397, J.

¹¹³ Si interrogava su tale specifico problema 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, 1° comma, e dall'art. 376 c.p.*, in *Arch. pen.*, 1977, I, 307.

alla applicazione analogica *in bonam partem* della previsione normativa sulla ritrattazione¹¹⁴.

Sennonché, 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 problème*'.

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 quest'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'ergastolo¹¹⁵.

Proprio questo secondo aspetto, l'oggetto cioè dell'aggravante speciale *de qua*, appare determinante ai fini della risoluzione della questione e 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 resipiscente 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 concluso¹¹⁶!

8.3. (Segue) ... di subornazione (art. 377 c.p.). – 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.

¹¹⁴ In questo senso cfr. VELOTTI, *Il concorso di persone*, cit., 307.

¹¹⁵ Negano l'esistenza anche in astratto di tale problema dell'estensibilità dell'art. 376 c.p. alle ipotesi descritte dall'art. 375 c.p. COPPI, *Ritrattazione*, cit., 363; PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 556, nt. 18.

¹¹⁶ Di tal avviso sono RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, cit., 246 e MASTROJENI, *L'estensione della ritrattazione all'istigatore tra cause di non punibilità e disciplina della partecipazione criminosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1480, nt. 2.

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»¹¹⁷, falso che come detto manca nell'art. 377 c.p.

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')¹¹⁸, 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 avviso¹¹⁹ – l'istigatore che opti per ritrattare le mendaci dichiarazioni del teste da lui 'istruito' non beneficerà del trattamento previsto dall'art. 376

¹¹⁷ B. ROMANO, *La subornazione*, cit., 217.

¹¹⁸ Sul punto cfr. E. GALLO, *Il falso processuale*, cit., 305; nonché, più approfonditamente, nella manualistica di lingua tedesca si veda per tutti JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 266.

¹¹⁹ Sostengono questo diverso orientamento BOSCARELLI, *Ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., 469; COPPI, *Ritrattazione*, cit., 359; GIULIANI BALESTRINO, *I limiti della compartecipazione criminosa*, Milano, 1988, 97; GRIECO, *Inefficacia della ritrattazione*, cit., 607 e s.; B. ROMANO, *La subornazione*, cit., 208 e ss.; SCARDIA, *La ritrattazione dell'istigatore nel caso di correatà nella falsa testimonianza, perizia o interpretazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1942, 381 e s.

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 più 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 ritrattare¹²⁰.

10. *La struttura necessariamente bifasica della condotta 'scusata'.* – Una volta individuati i presupposti applicativi dell'esimente dell'art. 376 c.p., ovverosia 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 mendacio¹²¹.

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 colpevole¹²². La confessione

¹²⁰ In tal senso cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 924; SCARDIA, *La ritrattazione dell'istigatore*, cit., 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 (cioè 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*, 377.

¹²¹ Per dei rilievi sul contenuto e la forma della dichiarazione rettificativa v. RUGIERO, *Profilo sistematico delle falsità*, cit., 247 e ss.

¹²² Individuano puntualmente questi due caratteri come requisiti necessari per

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*; il reo è tenuto ad esporre tutto ciò che sa intorno ai fatti per i quali è stato 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.¹²³.

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 certi¹²⁴, 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

l'applicazione dell'art. 376 c.p., FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 370; PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 564 e s.; in giurisprudenza cfr. Cass., 5 luglio 1929, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1930, 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 DE FENU, cit.

¹²³ In tal senso si veda COPPI, *Ritrattazione*, cit., 363; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 133 e Cass., Sez. VI, 27 ottobre 1967, CED, n. 1061124 ivi richiamata.

¹²⁴ In dottrina cfr. PIFFER, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., 2144; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 370; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 131; in giurisprudenza da ultimo si veda Cass., Sez. VI, 5 agosto 2003, Lumia, in *Riv. pen.*, 2004, 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 deposto 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, 836; Cass. Sez. VI 15 maggio 1986, Lebin, in *Riv. pen.*, 1987, 683; Cass., Sez. VI, 28 settembre 1988, Ruggiero, *ivi*, 1989, e in *Cass. pen.*, 1989, 2002, 358.

del tempo trascorso»¹²⁵: *l'esclusione della pena discende dall'accertamento in concreto di entrambi i momenti*. Analogamente, la Suprema Corte è approdata alla conclusione di escludere la sussistenza di una ritrattazione scriminante anche nell'ipotesi in cui l'autore delle false dichiarazioni "si è successivamente limitato ad offrire chiavi di lettura alternative ed interpretative alle precedenti dichiarazioni, quando pacificamente nell'alveo della ritrattazione possono ricondursi solo la smentita non equivoca di quanto dichiarato e l'espressione del vero"¹²⁶.

Da ultimo, la giurisprudenza di legittimità, proseguendo nel solco tracciato da tale consolidato indirizzo ermeneutico, ha precisato che l'esimente di cui all'art. 376 c.p. "richiede per la sua applicazione una collaborazione, ancorché tardiva, rispetto allo sviluppo delle indagini, che consenta di fare definitiva chiarezza sulle acquisizioni realizzate, eliminando ogni elemento inquinante dell'accertamento oggetto dell'imputazione, circostanza di fatto, per quanto chiaramente esposto nelle due sentenze di merito, non verificatosi nel concreto, con valutazione di fatto semplicemente ignorata dal ricorrente"¹²⁷.

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*¹²⁸; mancando una precedente dichiarazione falsa, la successiva affermazione del vero ha valore anche di implicita ammissione della inautenticità del proprio precedente atteggiamento processuale¹²⁹.

11. *L'elemento soggettivo della ritrattazione.* – Qualche parola deve essere spesa sul problema dell'elemento soggettivo richiesto dall'art.

¹²⁵ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 370; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 924; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 140; ROSA, *Art. 376 c. Ritrattazione*, cit., 186; Cass., Sez. VI, 20 gennaio 1980, Stagnari, in *Giust. pen.*, 1980, II c. 698, e in *Cass. pen.*, 1981, 758.

¹²⁶ Così Cass., Sez. VI, 2 marzo 2011, n. 14404.

¹²⁷ Così Cass., Sez. VI, 17 luglio 2013, n. 30770.

¹²⁸ Di questo avviso è RUGGIERO, voce *Falsa testimonianza*, cit., 541, il quale rileva che «il primo momento può mancare, praticamente, nell'ipotesi di falsità per reticenza e può essere tacito in quelle di falsità attiva, allorché sia certamente desumibile dalla semplice manifestazione del vero».

¹²⁹ Ammettono un'ipotesi di ritrattazione implicita PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 131; GUARNERI, *La ritrattazione nella falsa testimonianza*, cit., 749; di diverso avviso è JANNITTI PIROMALLO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 210.

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*¹³⁰.

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 giudiziaria¹³¹.

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'esenzione della pena per il colpevole, alcun limite stringente di natura soggettiva all'operatività dell'esimente in questione rappresenta l'ennesima

¹³⁰ 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, Roma, 1929, 209, Rel. Ravaglià, ed alle osservazioni della Corte di Appello di Palermo e delle Commissioni degli avvocati di Asti e di Padova.

¹³¹ Sul punto si rinvia a ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 460; D'AMBROSIO, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., 1830; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 370; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 130; M. PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, cit., 199 e 225; PIFFER, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., 2144; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 140; RUGGIERO, voce *Falsa testimonianza*, cit., 541; SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *Nuovo codice penale commentato*, cit., 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 AL-BEGGIANI, 327 e 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».

conferma della fondamentale importanza che il legislatore ha attribuito a questa condotta nel perseguimento da parte del processo della ricerca della verità¹³².

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»¹³³.

Grazie alla modifica della disciplina in materia dettata dal nuovo testo dell'art. 476, 2° 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, perito o interprete, la natura di comportamento realmente volontario e non coartato¹³⁴.

12. I termini per la ritrattazione nel processo penale. – Per quanto concerne l'operatività della ritrattazione va, infine, precisato che il legislatore ha stabilito, oltre ai predetti requisiti oggettivi e soggettivi della condotta resipiscente, anche dei *limiti esterni di natura cronologica*. L'art. 376 c.p. nei suoi due commi prevede *differenti termini* perentori per il processo penale e per quello civile entro cui il col-

¹³² Di questo avviso è anche SANTORO, *Manuale di diritto penale*, cit., 428.

¹³³ Evidenza bene tali rischi di «non gioco da *fair play*» del processo M. PISANI, *La tutela delle prove formate nel processo*, cit., 234; analoghe perplessità sui pericoli connessi alla ritrattazione sono state espresse da CARNELUTTI, *Proposte per una maggior tutela penale del giudizio*, in *Riv. dir. pen.*, 1957, I, 345 e ss.; nonché, da ultimo, da PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 555.

¹³⁴ Cfr. CARACCIOLI, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia. Lezioni di diritto penale I. Parte speciale*, Torino, 1996, 37.

pevole 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 356 del 1992 che ha convertito in legge l'art. 11, 5° comma del d.l. 306/1992, nel tentativo di adeguarla alle specificità del processo penale descritto dal nuovo codice di rito del 1989¹³⁵. 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 deposto il falso, si sono dimostrati dopo il 1989, come un *non sense* giuridico, essendo stata radicalmente 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 udienza¹³⁶.

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'e-

¹³⁵ Per un esame della questione relativa ai termini della ritrattazione fissati dalla versione originaria dell'art. 376 c.p., 1° comma si rinvia a BATTAGLINI, *I termini per la ritrattazione nella falsa testimonianza in rapporto al giudizio e alla condanna*, in *Giust. pen.*, 1936, II, c. 112 e ss.; CARNAROLI, *I termini della ritrattazione della falsa testimonianza in giudizio penale*, in *Giust. pen.*, 1936, II, c. 668 e ss.; GRIECO, *Una questione circa il termine utile per la ritrattazione della falsa testimonianza*, in *Giust. pen.*, 1954, II, c. 1043 e ss.; BORIO PORZIO, *Una questione sul termine per la ritrattazione*, cit., 469 e ss.; DOMINIONI, *I limiti cronologici della ritrattazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 512 e ss., nonché in *La testimonianza nel processo penale*, Milano, 1974, 242 e ss.

¹³⁶ Sulle differenze dei limiti cronologici della ritrattazione nelle due formulazioni dell'art. 376 c.p. si rinvia a ROSA, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., 196.

saurimento della discussione (art. 523 c.p.p.)¹³⁷. «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»¹³⁸.

Tuttavia nell'ipotesi in cui la discussione dibattimentale sia stata *interrotta* per consentire l'acquisizione di *nuove prove* ai sensi dell'art. 523, comma 6 c.p.p., «la ritrattazione resta ancora possibile, poiché non si è ancora verificato l'esaurimento della discussione e quindi la chiusura del dibattimento»¹³⁹. 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 dibattimento¹⁴⁰.

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 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»¹⁴¹.

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

¹³⁷ Sui problemi sollevati dalla modifica (comunque tardiva rispetto all'emanazione del nuovo codice di rito) del testo dell'art. 376, 1° co. operata dalla l. 356/92, si veda per tutti PADOVANI, *Commento all'art. 11 d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, cit., 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*.

¹³⁸ Così COPPI, *Ritrattazione*, cit., 362.

¹³⁹ Così PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 567.

¹⁴⁰ In argomento cfr. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 568; Cass., Sez. V, 22 ottobre 1993, Montani, in *Cass. pen.*, 1995, 973.

¹⁴¹ Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 370.

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, comma 1° 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 degli art. 529 e seguenti 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'articolo 376 c.p. a tale rito speciale, potendo costituire anch'esso, alla stregua del giudizio dibattimentale, sede di formazione della prova testimoniale falsa¹⁴².

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, comma 3 e 422, comma 3 (art. 446 c.p.p.), costituendo questo il limite di ammissibilità della richiesta prevista dall'art. 444, comma 1° c.p.p.¹⁴³.

Infine, nell'ipotesi di giudizio immediato, potendo essere avanzata la richiesta di patteggiamento fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il termine utile per ritrattare coincide con quest'ultimo¹⁴⁴.

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 in materia che esso sia costituito, invece che da quello ordinario previsto dall'art. 376 c.p. 1 comma, rispettivamente dalla chiusura dell'udienza camerale fissata per l'incidente probatorio e dalla chiusura

¹⁴² Si veda a tal proposito PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 569.

¹⁴³ In tal senso PADOVANI, *Commento all'art. 11 d.l. 8 giugno 1992*, n. 306, cit., 121. Dello stesso ordine di idee sono FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 370; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 131; PIFFER, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., 2145; ROSA, *Art. 376 c. Ritrattazione*, cit., 196.

¹⁴⁴ Cfr. SEVERINI, *I delitti di false dichiarazioni nel processo penale*, cit., 44.

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 dibattimento¹⁴⁵.

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»¹⁴⁶.

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»¹⁴⁷.

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 falsità e che essa l'abbia utilizzata insieme con altri elementi processuali»¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Cfr. SEVERINI, *I delitti di false dichiarazioni nel processo penale*, cit., 44.

¹⁴⁶ Testualmente in questi termini COPPI, *Ritrattazione*, cit., 363; cfr. anche DI GIOVINE, voce *Testimonianza (falsità di)*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, 309.

¹⁴⁷ Così ancora COPPI, *Ritrattazione*, cit., 362.

¹⁴⁸ Sul punto cfr. ROSA, *Art. 376 c. Ritrattazione*, cit., 196; PIFFER, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., 2145. In giurisprudenza vd. Cass., Sez. VI, 8 giugno 1990, Pirrottino, in *Giust. pen.*, 1991, II, c. 298, nonché in *Cass. pen.*, 1992, 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, 201.

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 casazione relativo al delitto di falso¹⁴⁹.

Nel caso, invece, in cui la *ritrattazione* sia *tardiva*, perché avvenuta dopo i termini perentori ora indicati, essa non può incidere più sull'*an*, ma solo, eventualmente, sul *quantum* della pena; 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 reato¹⁵⁰.

12.1. (Segue) ... e nel processo civile. – 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*¹⁵¹.

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 falsità¹⁵².

¹⁴⁹ Cass., Sez. VI, 10 1985, Pani, in *Riv. pen.*, 1986, 725; Cass., Sez. VI, 8 giugno 1983, Minelli, in *Riv. pen.*, 1984, 534; Cass., Sez. III, 12 ottobre 1957, Baroncelli, in *Giust. pen.*, 1958, III, c. 91. In argomento in dottrina si veda PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 567.

¹⁵⁰ In tal senso cfr. M. PISANI, *La tutela penale delle prove nel processo*, cit., 224; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 926; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 460.

¹⁵¹ In argomento per approfondimenti sulla ritrattabilità delle dichiarazioni mendaci o reticenti nell'ambito del processo civile si rinvia a LANZI, *Osservazioni in tema di ritrattazione avvenuta in una causa civile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 308 e ss.

¹⁵² La giurisprudenza di legittimità è univoca sul punto già da lungo tempo. Cfr. al riguardo Cass., 24 marzo 1958, in *Arch. pen.*, 1958, II, 473. In dottrina per tutti cfr. RUGGIERO, voce *Falsa testimonianza*, cit., 542.

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 merito¹⁵³; ad essa viene equiparato il provvedimento del giudice civile che dichiara estinto un processo¹⁵⁴.

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 testimonianza¹⁵⁵.

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 giudicato¹⁵⁶. Come rilevato dalla Su-

¹⁵³ Cfr. Cass., Sez. VI, 31 ottobre 2012, n. 42502; Cass., Sez. VI, 19 aprile 1996, Caldarulo, in *Riv. pen.*, 1996, 958; Cass., Sez. VI, 22 febbraio 1974, Bosco, in *Giust. pen.*, 1975, II, c. 225; sul punto cfr. Cfr. ROSA, *Art. 376 c. Ritrattazione*, cit., 197.

¹⁵⁴ Cass., Sez. VI, 7 novembre 1979, De Vizia, in *Cass. pen.*, 1981, 756.

¹⁵⁵ In tal senso da ultimo cfr. Trib. Napoli, 28 giugno 2010, n. 1275, dove si rileva che una ritrattazione resa nel procedimento penale per falsa testimonianza produce i suoi effetti scriminanti purché intervenga prima della chiusura del procedimento civile (nel caso di specie un processo per risarcimento danni da sinistro stradale innanzi al giudice di pace) e sia portata a conoscenza del giudice civile, di modo che ne tenga conto nella sentenza emessa.

¹⁵⁶ Cfr. in argomento Cass., Sez. VI, 19 aprile 1996, Caldarulo, in *Riv. pen.*, 1996, 958; Cass., Sez. VI, 6 novembre 1995, D'Ercole, in *Guida dir.*, 1996, n. 27, 57; Cass., Sez. VI, 1 aprile 1974, Schiavon, in *Giust. pen.*, 1975, II, c. 52 ed in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 308 con nota di LANZI, *Osservazioni in tema di ritrattazione*, cit., spec. 315; D'AMBROSIO, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., 1831; DOMINIONI, *I limiti cronologici della ritrattazione*, cit., 515; PIFFER, *Art. 376 c.p. Ritrattazione*, cit., 2145; ID., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 571; ROSA, *Art. 376 c. Ritrattazione*, cit., 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 MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 925; GRIECO, *Falsa testimonianza intervenuta nel giudizio civile e ritrattazione*, in *Riv. pen.*, 1967, I, 594. Analogo orientamento è stato seguito da una parte della giurisprudenza più risalente, cfr. in tal senso, Cass.,

prema 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»¹⁵⁷.

Proprio la previsione di due termini differenti per un'efficace ritrattazione aveva fatto sorgere *dubbi di legittimità costituzionale* per violazione del principio di uguaglianza 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.

La Corte costituzionale, investita di tale questione, si è pronunciata con sentenza 30 novembre 1982, n. 206, rilevandone correttamente la manifesta infondatezza¹⁵⁸ sulla base della considerazione che, «pur nella fondamentale unità della funzione giurisdizionale, processo civile e processo penale rappresentano diversità di fini e di struttura». In particolare, ha osservato che, 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»¹⁵⁹.

13. Il difficile inquadramento dommatico della ritrattazione. – Un altro profilo particolarmente interessante della ritrattazione, nonché ricco di effetti pratici nelle ipotesi di concorso di persone, è rappre-

Sez. III, 7 aprile 1964, Cingolani, in *Foro it.*, 1965, II, 86; Cass., Sez. III, 18 febbraio 1957, Ciardo, in *Giust. pen.*, 1957, II, c. 734.

¹⁵⁷ Così Cass., Sez. VI, 1 aprile 1974, Schiavon, cit.

¹⁵⁸ Si veda C. Cost., 30 novembre 1982, n. 206, in *Cass. pen.*, 1983, 254; nonché in *Foro it.*, 1983, I, 2105; *Giust. pen.*, 1983, I, c. 101; sul punto cfr. D'AMBROSIO, Art. 376 c.p. *Ritrattazione*, cit., 1834; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 139.

¹⁵⁹ Così testualmente C. Cost., 30 novembre 1982, n. 206, cit.

sentato dalla sua collocazione nell'ambito delle categorie dommatiche della teoria del reato.

Nel corso del tempo, difatti, sono state prospettate molteplici ricostruzioni da parte della dottrina e della giurisprudenza: *a)* una prima, storicamente più datata, volta a ricondurre la ritrattazione nell'alveo delle *condizioni di procedibilità*; *b)* una seconda diretta a collocarla in una nozione di *non punibilità in senso lato* (comprensiva, senza distinzioni di sorta, anche delle cause estintive del reato); *c)* ed una terza, invece, tesa a 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 disamina, unitamente ad una attenta comparazione della terminologia utilizzata dal legislatore in materia, rispettivamente, di cause estintive del reato e di altre ipotesi di non punibilità, e ad una lettura sistematica di una serie di disposizioni del codice penale e del codice di rito, aiuta a mettere in evidenza la maggiore condivisibilità dell'ultima soluzione rispetto alle altre.

13.1. La ritrattazione come causa estintiva del reato. – Partendo dal presupposto che le prime due teorie sono oramai superate, poiché legate alla pregressa disciplina della ritrattazione e, soprattutto, alle regole processuali *ante* 1988¹⁶⁰, si può quindi 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 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 presupposti¹⁶¹.

Ad avviso del primo orientamento, che incontrava consensi so-

¹⁶⁰ Per approfondimenti su tali tesi si rinvia al nostro *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., 161 ss.

¹⁶¹ 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 ZICCONI, *Le cause "sopravvenute" di non punibilità*, Milano, 1975, *passim*; in argomento cfr. anche M. ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., 60.

prattutto 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 sorta¹⁶².

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*¹⁶³ quale è quella di un reato (*praeceptum legis*) senza punibilità (*sanctio legis*)¹⁶⁴.

Da questa angolazione non è in alcun modo immaginabile che la

¹⁶² Di quest'ordine di idee sono CHIAROTTI, *Le cause speciali di non punibilità*, Roma, 1946, spec. 165 e ss.; FROSALI, *Sistema penale italiano*, II, Torino, 1958, 85 e ss.; PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 1950, 507; BELLAVISTA, *La compensazione come causa estintiva speciale della punibilità del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, 278 e 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. BINDING, *Handbuch des Strafrecht*, cit., 221, 312; MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, A. T., Karlsruhe, 1954, 369.

¹⁶³ In questi termini si esprimeva ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913, 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».

¹⁶⁴ Sulla problematica individuazione della categoria delle cause di non punibilità si vedano per tutti le sempre fondamentali pagine di VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, cit., 609 e ss., e di PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1952, 4 e ss. Per una esauriente trattazione del problema della scindibilità o meno dei due dati 'reato' e 'punibilità' si rinvia al lavoro di PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 669, anche in *Saggi di diritto penale. Seconda serie*, Padova, 1965, 1 e ss.

sanzione possa venir meno lasciando sopravvivere il precetto, in quanto la *mancanza di pena* equivale sempre e necessariamente alla *mancanza 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 penale¹⁶⁵.

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 irrilevanti¹⁶⁶.

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 di-*

¹⁶⁵ In tal senso si esprime MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale*, Napoli, 1930, 65 e 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 ALIMENA, *Le condizioni di punibilità*, Milano, 1938, 3 e 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 PECORARO ALBANI, *L'estinzione delle situazioni soggettive penali*, Napoli, 1967, *passim*.

¹⁶⁶ Sono di questo ordine di idee CHIAROTTI, *Le cause speciali di non punibilità*, cit., 165 e ss.; ID., *Osservazioni sulla natura giuridica della ritrattazione*, cit., 29; CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., 187 e s.; sul punto in termini critici cfr. DE MARSICO, *Le conseguenze del reato nel diritto sostantivo e processuale*, Napoli, 1937, 9; M. Pisani, *La tutela delle prove formate nel processo*, cit., 224. *Contra* cfr. RUGGIERO, voce *Falsa testimonianza*, cit., 543.

sposizioni generali previste in materia di cause di estinzione del reato o della pena contenute nel Libro I, della Parte generale del codice penale¹⁶⁷.

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 soggettivamente¹⁶⁸. 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»¹⁶⁹.

Il tenore letterale della norma non lascerebbe, cioè, adito a dubbi. Anzi, a tali condizioni, per risolvere il problema della estensibilità o 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,

¹⁶⁷ 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*, cit., 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 art. 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 RAMACCI, *Corso di diritto penale*, II, Torino, 1993, 358.

¹⁶⁸ Per approfondimenti sulle cause estintive del reato cfr., fra gli altri, SANTORO, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Nss. dig. it.*, vol. II, Torino, 1960, 991 e ss.; SPAGNOLO, *Lineamenti di una categoria dei fatti estintivi nel diritto penale*, Napoli, 1963; RAGNO, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, 950 e ss.; PAGLIARO, *Profili dommatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 472 e ss.; STORTONI, *Profili sistematici delle cause estintive*, in *Ind. pen.*, 1989, 397 e ss.; Id., voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. IV, Torino, 1990, 342 e ss.; ANTONINI, *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, Milano, 1990.

¹⁶⁹ In tal senso BOSCARRELLI, *Ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., 450 e ss.; GRIECO, *Inefficacia della ritrattazione*, cit., 611; PETTENATI, *Ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., 566.

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 di tipo soggettivo, 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 richiamati¹⁷⁰.

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*¹⁷¹.

13.2. 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

¹⁷⁰ Di questo avviso, sebbene non si soffermi che in modo marginale su tale questione, è SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit., 143, ed in particolare nt. 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 ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 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, 448.

¹⁷¹ Cfr. in tal senso CHIAROTTI, *Osservazioni sulla natura giuridica della ritrattazione*, cit., 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 BOSCARRELLI, *Ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., 452.

di non punibilità in senso stretto rispetto a quelle estintive del reato, non può essere però avallata, esponendosi a due diversi ordini di obiezioni 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 pena¹⁷².

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 statutale alla persecuzione di una condotta* rispetto alla quale può essere già intervenuta addirittura una sentenza di condanna definitiva.

Inoltre, in una corretta ricostruzione teleologicamente orientata agli scopi della pena, si nota che le ipotesi sopravvenute di non pu-

¹⁷² In argomento si rinvia a VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, 382. Evidenzia la differenza di queste ipotesi normative di esenzione della pena rispetto alle cause estintive, RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, cit., 259. Tale differenza è messa in rilievo, seppur utilizzando una terminologia diversa, anche da PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VII^a ed., Milano, 2000, 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.

nibilità 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'infrazione della pena non contribuirebbe in alcun modo alla risocializzazione e rieducazione del condannato, ma finirebbe unicamente per essere avvertita come ingiusta¹⁷³.

Da questa differenza di *ratio*, come rileva puntualmente Prosdoci, 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»¹⁷⁴.

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 inter-

¹⁷³ La coerenza di questo genere di fattispecie premiali rispetto alle funzioni della pena è stata evidenziata da PALIERO, «Minima non curat praetor». *Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 129 e ss.

¹⁷⁴ Così ancora PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., 325. Di analogo ordine di idee è ZICCONI, *Le cause "sopravvenute"*, cit., 107. Concorde 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*, cit., 65.

venuto 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*¹⁷⁵.

Non si può, dunque, ammettere la validità sistematica di un'unica categoria in grado di svolgere il ruolo di concetto di genere 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 prime¹⁷⁶.

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

¹⁷⁵ Per una analoga lettura del valore delle soglie temporali nelle ipotesi di condotte susseguenti al reato esimenti cfr. S. FIORE, *La condotta susseguente al reato: spunti sistematici e politico-criminali*, in *Arch. pen.*, 1989, 119 e s.

¹⁷⁶ Di questo ordine di idee sono anche, GRANATA, *La ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., 718 e ss.; CONTIERI, *L'efficacia della ritrattazione*, cit., 1090 e ss.; RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, cit., 259 e ss.

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 assolutoria¹⁷⁷.

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-semantico*, 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 giuridica¹⁷⁸.

Anzi, da una più ampia analisi a trecentosessanta gradi di tutte le 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 pena¹⁷⁹. Come se il legislatore in questo caso, denominando tra tutte le cause di non punibilità disseminate nel codice solo alcuni fatti in tal modo, avesse «manifestato inequivocabilmente

¹⁷⁷ 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*, cit., 55 e ss.

¹⁷⁸ Per una ricognizione delle diverse locuzioni utilizzate nelle disposizioni di legge per individuare le cause di non punibilità si veda per tutti PISAPIA, *Fondamento e limiti*, cit., 5 e ss.

¹⁷⁹ Sulla scelta di Alfredo Rocco e dei compilatori del codice del 1930 di parlare intenzionalmente sempre in termini neutri di 'non punibilità' si veda *Relazione sul Libro I del Progetto preliminare*, in *Lavori preparatori*, cit., vol. V, I, 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».

la volontà di assoggettare gli stessi alle disposizioni appositamente dettate per questa categoria»¹⁸⁰.

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 normativa¹⁸¹. 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 3° 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. 448/1988)¹⁸².

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 codice¹⁸³; o, capovolgendo la prospettiva, si può anche asserire – indifferente-

¹⁸⁰ Così ZICCONI, *Le cause "sopravvenute" di non punibilità*, cit., 14.

¹⁸¹ 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 GRANATA, *La ritrattazione nella falsa testimonianza*, cit., 719.

¹⁸² Dello stesso avviso sono anche COPPI, *Ritrattazione*, cit., 356 e RUGGIERO, voce *Falsa testimonianza*, cit. 542 e s.

¹⁸³ In tal senso si è espressa molto chiaramente Cass., Sez. III, 10 marzo 1980, Orsolini, in *Foro it.*, cit., 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».

mente – 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 statale¹⁸⁴.

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 sicurezza¹⁸⁵. Diversamente,

¹⁸⁴ Di diverso avviso sul punto è PETTENATI, *Ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., 564 e s.

¹⁸⁵ Del medesimo ordine di idee è PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., 330, ad avviso del quale è impossibile riferire il disposto del primo comma dell'art. 210 c.p. anche alle cause di non punibilità sopravvenute. Sebbene le sue osservazioni siano limitate solo a questo sottoinsieme di ipotesi di non punibilità in senso stretto,

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, 2° comma della Cost., dal momento che questo articolo 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 diritto penale, e come tale rientrante nell'ambito di operatività del divieto di applicazione analogica «delle norme che fanno eccezione alle regole generali»¹⁸⁶.

L'art. 203 c.p., invece, nella parte in cui disciplina la pericolosità sociale quale presupposto soggettivo per l'infrazione 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

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 DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, 196 e 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.

¹⁸⁶ Sull'analogia in diritto penale e sui suoi limiti di liceità si rinvia ancora a VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, cit., 158 e 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. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1228 e s., qui citato nella versione contenuta in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci, Dolcini, Milano, 1985, 222 e s. Nella manualistica per un analogo punto di vista si rinvia per tutti a C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 81.

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.¹⁸⁷.

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').

14. La controversa natura giuridica della ritrattazione ed il problema della estensibilità ai concorrenti. – L'aspetto maggiormente controverso in materia di ritrattazione è senz'altro rappresentato dalla definizione della sua natura giuridica e da quello correlato della sua estensibilità o meno ai concorrenti nel delitto presupposto¹⁸⁸.

Nel corso degli ultimi trent'anni la dottrina e la giurisprudenza hanno, infatti, fornito le risposte più disparate a tali quesiti finendo con il creare una notevole confusione sul punto. Soprattutto in giurisprudenza si è assistito ad un susseguirsi di contrasti interpretativi sia dicacronici che sincronici, orizzontali che verticali¹⁸⁹ che ha fatto delineare in questa

¹⁸⁷ Per approfondimenti su ulteriori argomenti di natura processuale in grado di confermare questa distinzione sia consentito rinviare al nostro *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., 181 ss.

¹⁸⁸ Sul punto sia consentito rinviare al nostro *La ritrattazione*, cit., 205 e ss.; nonché a NOTARO, *Ritrattazione*, cit., 398 e ss.

¹⁸⁹ Per una interessante ricostruzione dei differenti tipi di contrasti giurisprudenziali, diacronici e sincronici, si rinvia ad CADOPPI, *Il valore del precedente*, To-

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 diritto¹⁹⁰.

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 (o altro delitto richiamato nell’a. 376 c.p.) ritrattata è stato affrontato dai giudici, invece che sulla base delle *vincolanti disposizioni codicistiche vigenti* (per quanto in tal caso non chiarissime ed univoche)¹⁹¹, sulla scorta di una loro «lettura eticamente connotata» e non «in contrasto con i propri *credo* o i propri *desiderata*»¹⁹², privilegiando scelte convincenti sul piano ‘*dell’equità*’ e del ‘*buon senso*’, ma non su quello del diritto positivo.

In ogni caso, al fine di fare chiarezza sull’argomento appare necessario ricostruire in maniera analitica e secondo un criterio cronologico tutte le soluzioni che, con alterne fortune, sono state prospettate, fino all’ultima proposta dalle Sezioni unite 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.

15. Le posizioni tradizionali a favore della natura soggettiva e della non estensibilità all’istigatore della ritrattazione ai sensi dell’art. 119,

rino, 1999, 114 e ss.; ID., *La genesi delle fattispecie penali*, in AA.Vv. *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, cit., 181 e s.

¹⁹⁰ Riguardo alla tendenza emersa di recente nel dibattito penalistico italiano di pensare ad aprire le porte del nostro sistema penale al principio del *binding precedent* tipico degli ordinamenti anglosassoni, osserva con la consueta acutezza DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, 2004, 162 e ss., che la seduzione 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, BACIGALUPO, *Applicazione del diritto penale ed uguaglianza dinanzi alla legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 961 e ss.

¹⁹¹ Così DE MARSICO, *Se sia punibile la determinazione*, cit., 3.

¹⁹² Così B. ROMANO, *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni unite*, cit., 1914.

1° 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 1930¹⁹³, affonda le proprie radici, prima 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 subornato¹⁹⁴.

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»¹⁹⁵.

¹⁹³ Tra le prime pronunce di questo segno si veda Cass., Sez. II, 13 novembre 1931, Ciannamea, in *Annali dir. proc. pen.*, 1932, 319, ed oggetto del commento critico di DE MARSICO, *Se sia punibile la determinazione*, cit., 4, nt. 1; Cass., Sez. II, 30 gennaio 1933, Castrose, cit., 490; Corte d'appello Caltanissetta, 10 luglio 1931, *ivi*, 1932, 102. In dottrina si sono espressi da subito a favore di questa conclusione JANNITTI PIROMALLO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 208; SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *Nuovo codice penale commentato*, cit., 403.

¹⁹⁴ CONTIERI, *L'efficacia della ritrattazione*, cit., 1084; DE MARSICO, *Se sia punibile la determinazione*, cit., 4.

¹⁹⁵ Così la Relazione Appiani in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, parte I, Roma, 1929, 296.

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»¹⁹⁶. Se l'art. 377 c.p. stabilisce espressamente che il subornatore tiene una condotta penalmente rilevante anche 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 pena¹⁹⁷.

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 ritrattazione¹⁹⁸. Il legislatore, infatti, ricorrendo alla tecnica normativa

¹⁹⁶ Cfr. sul punto, oltre alla dottrina ed alla giurisprudenza richiamati nella nota n. 494, CHIAROTTI, *Osservazioni sulla natura giuridica della ritrattazione*, cit., 31, nt. 9.

¹⁹⁷ Nello stesso senso in giurisprudenza cfr. Cass., sez. III, 28 marzo 1957, Masiere, in CANTARANO, *I delitti contro l'attività giudiziaria*, cit., 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 riuscirci, di indurre il testimone a deporre il falso, e non colui che ha conseguito il più pericoloso risultato di far rendere la falsa testimonianza».

¹⁹⁸ 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 sog-

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 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., 1° e 2° comma¹⁹⁹.

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 2° 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 c.p., 1° comma²⁰⁰.

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»²⁰¹ 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»²⁰².

gettive di cui all'art. 119 c.p. cfr., tra gli altri, LATAGLIATA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 598; VASSALLI, *Cause di non punibilità*, cit., 630; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., 720.

¹⁹⁹ 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.

²⁰⁰ In tal senso in dottrina si veda, tra gli altri, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 923; GRANATA, *La ritrattazione nella falsa testimonianza*, cit., 720; GUARNERI, *La ritrattazione nella falsa testimonianza*, cit., 747.

²⁰¹ Così COPPI, *Ritrattazione*, cit., 356, il quale propende per la soluzione in parola sostenendo che in tal modo si evitano anche «alcune soluzioni palesemente inique e ingiustificate».

²⁰² Così Cass., sez. III, 28 marzo 1957, Masiero, cit., 275.

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 sin dalle più risalenti pronunce²⁰³.

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, 2° co. c.p., quello delle *condizioni o qualità personali del colpevole*²⁰⁴.

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»²⁰⁵.

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 ravvedi-

²⁰³ Cass., Sez. II, 30 gennaio 1933, Castrose, in *Annali dir. proc. pen.*, cit., 490. In termini conformi si vedano Cass., Sez. II, 13 novembre 1931, Ciannamea, *ivi*, 1932, 319; Cass., 20 aprile 1938, Prinzivalle, in *Mass. Riv. pen.*, 1939, 524. Cass., Sez. I, 23 giugno 1941, Calidonna, in *Riv. it. dir. pen.*, 1942, 382 ed in *Giust. pen.*, 1942, II, c. 87. A queste analoghe conclusioni addivengono anche Cass., Sez. III, 10 febbraio 1948, Comelia, in *Riv. pen.*, 1948, 835; Cass., Sez. VI, 3 novembre 1970, Nizzardelli in *Cass. pen.*, 1971, 1595 ed in *Rep. Foro it.*, 1971, voce *Falsa testimonianza*, n. 7; Cass., 16 marzo 1973, Mancini, *ivi*, 1974, voce *Falsa testimonianza*, n. 8, e Cass., Sez. I, 3 febbraio 1976, Rusciano, in *Giust. pen.*, II, 1976, c. 545, ed in *Cass. pen.*, 1977, 834; Cass., Sez. III, 15 marzo 1978, Rinaldi, *ivi*, 1979, 553. In tali termini cfr. Cass., Sez. III, 15 marzo 1978, *ivi*, voce *Falsa testimonianza*, n. 4; nello stesso senso si veda anche Cass., Sez. VI, 17 giugno, 1986, Cavaggina, in *Cass. pen.*, 1988, 59 ed in *Riv. pen.*, 1987, 781, dove è affermato che «la ritrattazione della falsa testimonianza è una circostanza di esclusione della punibilità di carattere 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».

²⁰⁴ In dottrina a favore di questo orientamento si rinvia a JANNITTI PIROMALLO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 210; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 921; SCARDIA, *La ritrattazione dell'istigatore*, cit., 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, 484.

²⁰⁵ Così Cass., Sez. III, 28 marzo 1957, Masiero, cit., 26.

mento e del ripristino dell'ordine nell'amministrazione della giustizia, non cancella, però, il reato già compiuto ed in via di accertamento»²⁰⁶.

Nondimeno, parte autorevole della dottrina e della giurisprudenza, pur riconoscendo natura soggettiva a questa 'circostanza' ed asserendo in via generale che essa non esime da pena i concorrenti nel delitto di falsità testimoniale ai sensi dell'art. 119, co. 1° 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 eziologico, «la causa della ritrattazione risale anche all'istigatore, ed è quindi giusto ed equo che il fatto, cagionato dal concorso della resipiscenza dell'istigatore e del testimone, giovi ad entrambi»²⁰⁷.

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 impedirla. Diversamente, i suoi effetti benefici si estenderanno anche all'istigatore, qualora questi abbia esercitato pressioni sul teste al fine di indurlo a ritrattare»²⁰⁸.

16. La tesi analoga: la non estensibilità al compartecipe ai sensi dell'art. 182 c.p. – Si deve rilevare, che una parte minoritaria della dot-

²⁰⁶ Così SCARDIA, *La ritrattazione dell'istigatore*, cit., 379.

²⁰⁷ Così MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 924; dello stesso ordine di idee è GUARNERI, *La ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., 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. 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».

²⁰⁸ In tal senso cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 132.

trina 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 in questo caso 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 correo²⁰⁹.

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 riferiscono²¹⁰.

In palese contrasto con tali soluzioni dommatiche²¹¹ 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 eccezionale²¹², 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»²¹³.

17. *L'opposta tesi a sostegno della natura oggettiva e della comunicabilità al concorrente.* – Nonostante la giurisprudenza pressoché

²⁰⁹ Di questo avviso sono ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 486; GRIECO, *Inefficacia della ritrattazione*, cit., 611; M. PISANI, *La tutela penale delle prove*, cit., 237; PETTENATI, *Ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., 566.

²¹⁰ BOScarelli, *Ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., 453. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. VI, 24 maggio 1996, Campana, cit.

²¹¹ Evidenzia la contraddittorietà di tale conclusione con le premesse dommatiche PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 132, nt. 80.

²¹² Esprime fondate perplessità su una simile soluzione BOScarelli, *Ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., 450.

²¹³ In tal senso vd. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 486.

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 ritrattazione 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*»²¹⁴. 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*»²¹⁵.

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»²¹⁶.

Secondo il De Marsico, inoltre, l'istigatore non sarebbe punibile

²¹⁴ DE MARSICO, *Se sia punibile la determinazione*, cit., 10.

²¹⁵ Così DE MARSICO, *op. ult. cit.*, 10.

²¹⁶ Così sempre DE MARSICO, *op. ult. cit.*, 12.

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 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»²¹⁷.

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 riferisce²¹⁸.

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»²¹⁹. 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

²¹⁷ DE MARSICO, *op. ult. cit.*, 13.

²¹⁸ CONTIERI, *L'efficacia della ritrattazione*, cit., 1085 e s.

²¹⁹ Così CONTIERI, *op. ult. cit.*, 1087.

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*, 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 Autore (e successivamente, sempre in tempi risalenti, anche altra parte della dottrina²²⁰) conclude che non può ritenersi applicabile nell'ipotesi di concorso nel reato di falsa testimonianza ritrattata, l'art. 119, 2° co. 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 art. 359 e 458 c.p.p. vecchio codice, contro il falso testimone²²¹; l'istigatore può, però, essere considerato eventualmente responsabile del diverso reato di subornazione di cui all'art. 377 c.p.

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

²²⁰ Cfr. GRIECO, *Inefficacia della ritrattazione*, cit., 610; 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.

²²¹ CONTIERI, *op. ult. cit.*, 1089.

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 correatà dell'istigatore in un reato inesistente»²²².

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 nella nuova disciplina* dettata in questa materia dal codice di procedura penale del 1989.

Più logiche e convincenti, invece, appaiono le argomentazioni addotte 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 compartecipi²²³.

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»²²⁴.

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 ad una re-

²²² Così ancora CONTIERI, *op. ult. cit.*, 1089 e MASTROJENI, *L'estensione della ritrattazione all'istigatore*, cit., 1482.

²²³ RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, cit., 259 e ss.; ID., voce *Falsa testimonianza*, cit., 543 e ss.; E. GALLO, *Il falso processuale*, cit., 304. A conclusioni simili perviene anche SANTORO, *Manuale di diritto penale*, II, cit., 429; ID., voce *Testimonianza, perizia, interpretazione (falsità in)*, cit., 304.

²²⁴ Così RUGGIERO, voce *Falsa testimonianza*, cit., 543.

sponsabilità penale²²⁵? 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 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»²²⁶.

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 dottrina²²⁷, ma ha continuato ad essere ignorata dalla giurisprudenza fino all'inizio degli anni Ottanta, quando una pronuncia della Corte di cassazione, «pur consapevole di una costante ed antica giurisprudenza in senso contrario», la ha per la prima volta accolta²²⁸.

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

²²⁵ In tal senso RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, cit., 263. Condivide tale osservazione, sebbene muova da premesse differenti, PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 133.

²²⁶ Così E. GALLO, *Il falso processuale*, cit., 307.

²²⁷ Tra gli Autori che hanno successivamente aderito a questa costruzione teorica cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 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».

²²⁸ Cass. pen., Sez. III, 10 marzo 1980, Orsolini, cit.

ne desume perciò la connaturale e necessaria estensione degli effetti estintivi al correo (istigatore)» ai sensi dell'art. 119, 2° comma c.p. letto in combinato disposto con l'art. 70 c.p.²²⁹.

A conclusioni analoghe è poi pervenuta nel 1985 anche la prima pronuncia delle Sezioni unite in *subiecata materia*²³⁰ con la quale è stato ribadito che la ritrattazione non deve essere annoverata tra le cause di estinzione del reato, bensì tra le *circostanze (o cause) di esclusione della punibilità in senso stretto*, per la precisione quelle di natura oggettiva le quali, ai sensi dell'art. 119 comma 2 c.p., si estendono anche ai concorrenti nei delitti di falsa testimonianza ecc., anche quando questi non si siano in alcun modo attivati per indurre il falso teste alla ritrattazione e non abbiano quindi prestato alcun contributo causale alla rimozione del fatto lesivo integrato dalla pregressa dichiarazione non veritiera²³¹.

18. *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 dottrina²³² e condiviso da alcune sporadiche pronunce giurisprudenziali²³³, 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

²²⁹ I passaggi argomentativi di questa decisione sono sinteticamente richiamati anche nella recente sentenza delle Sezioni unite sul punto, 7 novembre 2002, n. 37503, Vanone, in *Riv. pen.*, 2002, 1060 ss.; nonché in *Dir. giust.*, 2002, 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, 3818, con nota di F. Ranzatto, *La ritrattazione della falsa testimonianza non si estende al concorrente istigatore*; in *Dir. pen. proc.*, 2003, 22 ss.; in *Studium iuris*, 2003, 510, con nota di V. MAGNINI, *Falsa testimonianza e ritrattazione*.

²³⁰ Così Sez. Un., 18 novembre 1985, Cottone, in *Foro it.*, cit., 330. Sulla pronuncia della Corte di appello di Cagliari, 16 ottobre 1984, si vedano le osservazioni di CONCAS, *Istigazione alla falsa testimonianza e ritrattazione*, cit., 148.

²³¹ In argomento cfr. GIRONI, nota a Sez. Un., 7 novembre 2002, Vanone, in *Foro it.*, cit., 73.

²³² Questa tesi è sostenuta in dottrina da CONTIERI, *L'efficacia della ritrattazione*, cit., 1092. Successivamente, sebbene in forma meno articolata, è stata ripresa da ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 487, nt. 104.

²³³ In giurisprudenza tale soluzione è accolta da Cass., 27 aprile 1936, Sucato, in *Giust. pen.*, 1936, II, c. 945.

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 articoli 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»²³⁴.

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 2° 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»²³⁵.

L'utilità di questa proposta interpretativa è quella di riuscire a *soddisfare* 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 subornatore²³⁶.

²³⁴ 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*, cit.

²³⁵ CONTIERI, *L'efficacia della ritrattazione*, cit., 1092.

²³⁶ Contro questa soluzione si esprime GUARNERI, *La ritrattazione della falsa testimonianza*, cit., 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

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. ed 119, 2° 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 Romano ha affermato, infatti, che «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.»²³⁷.

19. *La pronuncia delle Sezioni Unite 7 novembre 2002.* – Come si è detto poc'anzi, per risolvere tali diatribe esegetiche si era reso indispensabile nel 1985 l'intervento delle Sezioni unite; tuttavia neanche questa pronuncia della massima istanza nomofilattica era riuscita a sopire definitivamente i dubbi interpretativi sul punto: negli anni successivi, difatti, non sono mancate sentenze che hanno continuato ad avallare la tesi della natura giuridica *soggettiva* della ritrattazione e della non comunicabilità dei suoi effetti benefici agli eventuali concorrenti²³⁸.

Si è reso così necessario un nuovo intervento delle Sezioni unite penali con la già più volte richiamata sentenza Vanone del 7 novem-

un antefatto 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., 238; SCARDIA, *La ritrattazione dell'istigatore*, cit., 379, nt. 3.

²³⁷ Così B. ROMANO, *La ritrattazione*, cit., 1923. Giova però rilevare che lo stesso Autore in un lavoro precedente, *La subornazione*, cit., 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».

²³⁸ Cass., Sez. VI, 17 giugno 1986, Cavaggina, cit. Cass., Sez. VI, 24 maggio 1996, Campana, in *Cass. pen.*, 1997, 2704.

bre 2002, Vanone, che, manco a dirlo, sono approdate a conclusioni opposte rispetto a quelle cui erano pervenute vent'anni prima²³⁹.

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 dommatico* nel novero della categoria indistinta delle ipotesi normative di non punibilità.

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 arrecato un decisivo contributo causale alla neutralizzazione del fatto lesivo dell'interesse alla realizzazione del giusto processo»²⁴⁰.

A far propendere per tale soluzione '*soggettiva moderata*' o '*soggettiva causale*'²⁴¹ è la constatazione (su cui, peraltro, già si era fondata la sentenza della Campana del 1996) che «la ritrattazione muove da un atto di volontà individuale, e sotto questo profilo attiene 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»²⁴².

Inoltre, secondo i sostenitori di questo orientamento, ad ulteriore conferma di ciò militerebbe anche il *tenore letterale* dell'art. 119 c.p.,

²³⁹ Per dei commenti critici alla sentenza in questione si rinvia al lavoro di B. ROMANO, *La ritrattazione*, cit., 1914.

²⁴⁰ Così Sez. Un., 7 novembre 2002, Vanone, in *Riv. pen.*, cit., 1063.

²⁴¹ In tal modo la definisce MASTROJENI, *L'estensione della ritrattazione all'istigatore*, cit., 1494 e 1497, mettendone in evidenza il nuovo approccio «più disincantato e moderno nella valutazione della resipiscenza del ritrattante».

²⁴² Così Sez. Un., 7 novembre 2002, Vanone, in *Riv. pen.*, cit., 1064.

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»²⁴³.

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 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)»²⁴⁴.

Guardando unicamente alla norma in materia di concorso di persone, e riprendendo un orientamento già da tempo largamente diffuso in dottrina²⁴⁵, secondo le Sezioni unite si deve allora rilevare che

²⁴³ Sull'opportunità di questa soluzione avallata dalle Sezioni unite si veda B. ROMANO, *La ritrattazione*, cit., 1918.

²⁴⁴ Così ancora Sez. Un., 7 novembre 2002, Vanone, in *Riv. pen.*, cit., 1064.

²⁴⁵ Si veda, tra gli altri, nella manualistica a sostegno di questa lettura dell'art. 119 c.p. 1° e 2° comma, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 485; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 571; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, cit., 582 e s.

«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»²⁴⁶.

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 dichiarazione al fine di eliminare il danno già arrecato all'amministrazione della giustizia²⁴⁷.

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»²⁴⁸.

²⁴⁶ Così Sez. Un., 7 novembre 2002, Vanone, in *Riv. pen.*, cit., 1064.

²⁴⁷ Sul punto cfr. GIRONI, *cit.*, 73.

²⁴⁸ Così Sez. Un., 7 novembre 2002, Vanone, in *Riv. pen.*, cit., 1065.

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»²⁴⁹.

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*²⁵⁰.

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 punibilità del suo autore, che la norma, significativamente, definisce ancora colpevole»²⁵¹.

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

²⁴⁹ Così Sez. Un., 7 novembre 2002, Vanone, in *Riv. pen.*, cit., 1065.

²⁵⁰ In argomento si rinvia a B. ROMANO, *La ritrattazione*, cit., 1922. Per quanto riguarda la terminologia si deve rilevare che PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., 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).

²⁵¹ Così Sez. Un., 7 novembre 2002, Vanone, in *Riv. pen.*, cit., 1064.

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, 1° comma, la norma invocata dalle S.U. 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*.

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.

19.1. Le successive decisioni 'adesive' della Suprema Corte. – Tuttavia, nonostante le tante perplessità suscitate sia dal *decisum* che dal percorso argomentativo della sentenza Vanone ora analizzata, non si può far a meno di constatare che la giurisprudenza di legittimità successiva, in un lasso di tempo oramai significativo – circa dieci anni –, negli sporadici casi in cui è stata chiamata ad affrontare, più o meno esplicitamente, il problema della estensibilità della ritrattazione resa dal falso teste ai concorrenti non si è mai discostata da questa decisione.

In una prima pronuncia del 2010, anzi, la Corte sembra 'assolu-

tizzare' la tesi soggettiva eliminando ogni temperamento, dal momento che, toccando in maniera solo incidentale l'argomento, si limita ad osservare che, sulla scorta della decisione delle Sezioni Unite del 2002, "all'istigatore comunque la causa di non punibilità di cui all'art. 376 c.p. non si estende"²⁵².

Perfettamente aderente con l'orientamento espresso dalla sentenza Vanone è, invece, un'altra pronuncia della Suprema Corte di pochi giorni successiva, in cui – dovendosi questa volta trattare il problema come *petitum* principale del ricorso – è stato chiaramente affermato che "la causa sopravvenuta di esclusione della punibilità *ex art.* 376 in relazione al reato *ex art.* 372 c.p., in favore di chi, avendo reso falsa testimonianza, l'abbia ritrattata, ha natura del tutto soggettiva e, come tale, non opera nei confronti dell'istigatore, concorrente nel reato di cui all'art. 372 c.p.

Al principio anzidetto fa eccezione l'ipotesi in cui la ritrattazione sia il risultato del comportamento attivo e fattivo dell'istigatore, diretto inequivocamente a sollecitarla per neutralizzare gli effetti del falso, lesivi dell'interesse alla realizzazione del giusto processo"²⁵³.

20. *Rilievi metodologici per una corretta risoluzione del problema.*

– Ciò non di meno, il problema dell'estensione ai concorrenti della ritrattazione continua a non sembrare risolto in modo appagante; si impone, quindi, una ricognizione critica di tutte le soluzioni sinora prospettate al fine di metterne in evidenza i rispettivi vizi e difetti di ragionevolezza, e 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 SS.UU.) 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

²⁵² Così Cass., Sez. VI, 23 settembre 2010, n. 39341.

²⁵³ In tal senso, Cass., Sez. VI, 12 ottobre 2010, n. 39349.

alternativa (sostenuta peraltro dalla dottrina e da parte della giurisprudenza, soprattutto nella prima sentenza a 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 concorrenti.

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 riferiscono²⁵⁴. A tali condizioni appare evidente che a nulla più rileverebbe stabilire 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.²⁵⁵.

Diversamente, solo se all'esito di questo primo accertamento si reputi 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 entrare nel vivo della questione e valutare nel merito ciascuna delle tesi in precedenza riassunte, evidenziandone i rispettivi profili di incongruenza.

21. Critica alla teoria soggettiva della natura giuridica e della non estensibilità all'istigatore. – In primo luogo, per quanto concerne la

²⁵⁴ Evidenzia bene questo aspetto Cass., Sez. III, 10 marzo 1980, Orsolini, in *Foro it.*, cit., 656.

²⁵⁵ Di diverso avviso è invece ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 486.

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–, 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 individuale²⁵⁶.

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 interiori o all'atteggiamento psichico dell'autore: l'esenzione da pena in questo caso non si fonda sul requisito della *spontaneità*²⁵⁷.

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 emenda²⁵⁸: l'unica cosa che interes-

²⁵⁶ Dello stesso ordine di idee è anche a B. ROMANO, *La ritrattazione*, cit., 1913.

²⁵⁷ Per quanto concerne il problema della pretesa natura giuridica soggettiva dell'art. 376 c.p. si rinvia alle già citate pagine di PATALANO, *Sull'applicabilità*, cit., 5 e ss. e 20 e ss., che sebbene abbiano ad oggetto la circostanza attenuante del 62, n. 6, si attagliano perfettamente al discorso in materia di ritrattazione.

²⁵⁸ 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, COPPI, *Ritrattazione*, cit., 360.

sava 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 inadeguati ed impropri a sostenerla: l'inerenza *all'intensità del dolo e/o alle qualità o condizioni personali del colpevole*.

Innanzitutto, non risulta convincente a tal fine il riferimento al requisito *dell'intensità del dolo* desumibile dall'art. 70, 2° comma c.p. letto in combinato disposto con l'art. 119, 1° 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 criminoso²⁵⁹.

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 legittimità) una minore pervicacia e persistenza della *voluntas* criminosa al momento del fatto²⁶⁰; 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

²⁵⁹ In tal senso cfr. CHIAROTTI, *Osservazioni*, cit., 31; SELLAROLI, *Natura della ritrattazione*, cit., 498; Cass., Sez. III, 10 marzo 1980, Orsolini, cit., 657.

²⁶⁰ Concordano nel ritenere la ritrattazione una circostanza non pertinente all'intensità del dolo, GRIECO, *Inefficacia*, cit., 610; RUGGIERO, voce *Falsa testimonianza*, cit., 544.

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 delinquere²⁶¹.

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 futuro²⁶²; 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, 2° 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 infliggere²⁶³; bensì

²⁶¹ Cfr. in tal senso Cass., Sez. II, 30 gennaio 1933, Castrose, in *Annali dir. proc. pen.*, cit., 490.

²⁶² Sulla doppia funzione del giudizio diretto a valutare la capacità a delinquere del colpevole si vedano per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 669 e ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 710.

²⁶³ 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, 2° co. c.p. che incidono sulla capacità a delinquere e quelle espressamente previste nella parte speciale del codice strutturate in termini obiettivo-

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 compito di incidere sulla commisurazione della sanzione, ma quello 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*²⁶⁴.

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, 2° c.p., quello delle "*condizioni o qualità personali del colpevole*"²⁶⁵; più precisamente 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 ecc., 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 giudiziaria²⁶⁶.

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 testimone.

Comunque, anche qualora si rifiuti un simile orientamento e si reputi (come sembra più opportuno²⁶⁷) che tale esimente operi esclu-

utilitaristici, si veda per tutti S. FIORE, *La condotta susseguente al reato: spunti sistematici e politico-criminali*, cit., 97 e ss.

²⁶⁴ Reputa la ritrattazione come una circostanza indicativa di una diminuita capacità a delinquere CHIAROTTI, *Osservazioni*, cit., 32.

²⁶⁵ Di quest'avviso è RUGGIERO, voce *Falsa testimonianza*, cit., 544, il quale rileva che «il contegno è soggettivo sì, ma non *stricto sensu* personale». Approda alle stesse conclusioni MASTROJENI, *L'estensione della ritrattazione all'istigatore*, cit., 1490.

²⁶⁶ In questi termini si esprime E. GALLO, *Il falso processuale*, cit., 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 CHIAROTTI, *Osservazioni*, cit., 32.

²⁶⁷ Per una esauriente ricostruzione delle ragioni in forza delle quali non si può

sivamente 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 *immutatio veri* al regolare svolgimento del processo, promana dall'irrelevanza della ritrattazione prestata dopo la scadenza dei termini perentori indicati nell'art. 376 c.p.: se il legislatore fosse stato effettivamente interessato 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 penale²⁶⁸.

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 ritrattata²⁶⁹.

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 testimone²⁷⁰.

estendere l'ambito soggettivo di operatività dell'art. 376 c.p., cfr. MASTROJENI, *L'estensione della ritrattazione all'istigatore*, cit., 1499.

²⁶⁸ Si veda in tal senso CONTIERI, *L'efficacia della ritrattazione*, cit., 1084.

²⁶⁹ A tal proposito v. la Relazione Appiani, in *Lavori preparatori*, cit., 296.

²⁷⁰ Evidenziano l'influenza avuta su questa proposta interpretativa dalla prece-

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 avvenire.

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»²⁷¹.

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 soggettiva 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 compartecipe, consapevole della punibilità a qualunque condizione della sua condotta, non sarebbe in alcun modo stimolato ad involgiare il falso testimone a ritrattare, anzi sarebbe più probabilmente portato ad ostacolare ogni comportamento di quest'ultimo a tal fine diretto²⁷².

A far aumentare ancora le perplessità contribuiscono anche argomenti relativi alla *funzione della pena*. Nel caso dell'istigazione ad una falsa testimonianza successivamente ritrattata, l'eventuale affer-

dente normativa del codice penale del 1889, CONTIERI, *L'efficacia della ritrattazione*, cit., 1084; DE MARSICO, *Se sia punibile*, cit., 14.

²⁷¹ Così DE MARSICO, *Se sia punibile*, cit., 14.

²⁷² In questi termini cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 133.

mazione 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 partecipe le pesanti sanzioni previste per un delitto (quello di falsa testimonianza) che non esiste più per l'autore materiale e che non ha prodotto alcuna lesione penalmente rilevante all'interesse 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 'draconiana' 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 condotta²⁷³.

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.

22. 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

²⁷³ Per un'attenta ricostruzione dell'intero sistema penale in una prospettiva teologica, ancorata alle funzioni della pena, si veda per tutti MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 17 e ss.

organo nomofilattico, seguendo un orientamento già sostenuto da una parte autorevole della dottrina e da una recente giurisprudenza di legittimità, ha risolto il problema con una *soluzione salomonica*, asserendo che, ai sensi dell'art. 119, 1° 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»²⁷⁴.

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 della verità ed a concorrere nella ritrattazione²⁷⁵, 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.

²⁷⁴ Così Sez. Un., 7 novembre 2002, Vanone, in *Riv. pen.*, cit., 1063.

²⁷⁵ 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, MASTROJENI, *L'estensione della ritrattazione*, cit., 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, costituisse 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».

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 riferimento (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 esimente²⁷⁶.

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 1° 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 esten-

²⁷⁶ Dello stesso ordine di idee è B. ROMANO, *La ritrattazione*, cit., 1924.

sivo 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 comma 1 dell'art. 119 c.p., di “persona a cui si riferisce” la causa di non punibilità»²⁷⁷.

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, 1° comma c.p. non lasciano aperti spazi ad interpretazioni diverse: le circostanze di esclusione della pena di natura soggettiva non si estendono *mai* ai compartecipi 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 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'articolo 119, 1° comma c.p., con il prospettarne 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 giuridica²⁷⁸, 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*²⁷⁹.

In primo luogo, a tal proposito, preme rilevare che la lettura di

²⁷⁷ In tal senso cfr. MASTROJENI, *L'estensione della ritrattazione*, cit., 1497.

²⁷⁸ Sul tema dell'ermeneutica giuridica si veda per approfondimenti MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, *passim*; VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria dell'ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, *passim*; FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., 357 e ss.

²⁷⁹ In questi termini B. ROMANO, *La ritrattazione*, cit., 1914.

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*²⁸⁰.

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 utilizzato²⁸¹.

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 art. 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»²⁸². 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»²⁸³.

Il fatto che i compilatori del codice abbiano deliberatamente accomunato nella relazione entrambi i tipi di circostanze, e nella descrizione di quelle di esclusione della pena abbiano parlato genericamente

²⁸⁰ In tal senso cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 571; FIAN-DACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 472; VIGANÒ, sub Art. 119 *Valutazione delle circostanze di esclusione della pena*, in *Codice penale commentato*, a cura di Marinucci, Dolcini, cit., 980; GRASSO, Art. 119, in M. ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, III^a ed., Milano, 2005, 260; LA GRECA, Art. 119, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di Lattanzi, Lupo, vol. II, cit., 255; di questo avviso è anche la Suprema Corte nella pronuncia Sez. Un., 7 novembre 2002, Vanone, ora in questione.

²⁸¹ CONTIERI, *L'efficacia della ritrattazione*, cit., 1087, nt. 2; VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, cit., 630; ALATAGLIATA, voce *Concorso di persone*, cit., 598; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, I, cit., 720.

²⁸² Così la *Relazione sul Libro I del Progetto. Lavori preparatori*, cit., vol. V, I, 175.

²⁸³ Così la *Relazione sul Libro I del Progetto. Lavori preparatori*, cit., vol. V, I, 176.

mente 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 (le c.d. *circostanze improprie*), nella stessa categoria di genere delle circostanze in senso strettamente tecnico disciplinate negli artt. 59 e ss. c.p. Appartenendo 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.

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. era desumibile *per relationem* guardando alle definizioni contenute nell'art. 70 c.p. e che, a sua volta, anche il significato dei 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), era evincibile sempre dall'art. 70 c.p.

In seguito alla novella del 1990 che ha riformulato il testo del solo art. 118 c.p.²⁸⁴, 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) deve essere ancora interpretato sulla base dei criteri distintivi in esso contenuti²⁸⁵.

²⁸⁴ 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».

²⁸⁵ Ammette questa eventualità, pur essendo propenso per l'inutilità del rinvio

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, 1° 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 1° 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 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 ult. co. 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 richiesto²⁸⁶. Sicché si può affermare che l'art. 119, 1° 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 pena 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

all'art. 70 c.p. per distinguere le circostanze di esclusione della pena in oggettive e soggettive, GRASSO, *Art. 119*, cit., 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».

²⁸⁶ In tal senso si veda per tutti MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. pen.*, vol. II, Torino, 1988, 137.

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'²⁸⁷.

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*)²⁸⁸.

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 fatto²⁸⁹ e non si limita a far venir meno la punibilità per mere ragioni

²⁸⁷ Sul punto si rinvia a MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 203; SCHIAFFO, *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato*, Napoli, 1998; SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980.

²⁸⁸ Per degli approfondimenti sulle caratteristiche di ciascuna di queste categorie dommatiche si rinvia nella dottrina di lingua tedesca a BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe*, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, vol. 29, Berlin, 1976, *passim*; HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990, 243 e s.; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 551; ROXIN, *Strafrecht. AT*, B. I, cit., 894 e s.; ID., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, ed. it. a cura di Moccia, Napoli, 1996, 112. Per quanto concerne la dottrina italiana il rinvio è obbligato ancora una volta a VASSALLI, *Cause di non punibilità*, cit., 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., 69. Ad analoghe conclusioni sembra approdare inizialmente anche MASTROJENI, *L'estensione della ritrattazione all'istigatore*, cit., 1494, in particolare nt. 89, sebbene alla fine privilegi la lettura dominante dell'art. 119, 1° comma c.p.

²⁸⁹ Individuano questi come requisiti caratteristici delle circostanze di esclusione

di opportunità politico-criminali connesse «per lo più alle condizioni o qualità personali di un soggetto, ai suoi rapporti con la vittima»²⁹⁰, 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 statale²⁹¹. Con la ritrattazione della falsa deposizione testimoniale, grazie alla ricomposizione del danno arrecato all'amministrazione della giustizia, lo Stato perde ogni interesse alla repressione delle condotte illecite precedenti²⁹².

23. 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 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,

della pena soggettive di cui all'art. 119, 2° comma c.p. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 472; gli stessi Autori, coerentemente, per tali ragioni propendono in *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 371, per inquadrare la ritrattazione nel novero delle circostanze di esclusione della pena oggettive di cui all'art. 119, 1° comma c.p. Ad analoghe conclusioni perviene anche SANTORO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale: Delitti contro lo Stato*, II, Torino, 1965, 428.

²⁹⁰ Di questo avviso è GRASSO, *Art. 119*, cit., 238.

²⁹¹ Propende per la ricostruzione in termini oggettivi della ritrattazione PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 582 e 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 norme 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 obbiettiva, riferibile a tutti i concorrenti del reato».

²⁹² In tal senso cfr. Cass., Sez. III, 10 marzo 1980, Orsolini, in *Foro it.*, cit., 654.

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.

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.»²⁹³.

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*²⁹⁴. 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. cod. civ. e ribadito implicitamente dall'art. 25 Cost. sarebbe invero palese; 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,

²⁹³ M. PISANI, *La tutela penale delle prove*, cit., 238. Di questo avviso era anche DE MARSICO, *Se sia punibile*, cit., 13 e s.

²⁹⁴ In tal senso cfr. COPPI, *Ritrattazione*, cit., 358; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., 923; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., 133; e da ultimo PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 585.

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 punibili²⁹⁵.

Ad analoghe critiche si espone anche la soluzione proposta da Contieri 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 almeno le misure di sicurezza. Ogni tentativo (parziale o totale) di sussunzione della condotta dell'istigatore nell'ambito dell'articolo 115 c.p. risulta impossibile, poiché anche tale disposizione, alla stessa stregua dell'art. 377, 2° 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.

24. L'inadeguatezza anche della teoria oggettiva ed il permanere di un'aporia. Prospettive de iure condendo. – Appare, però, evidente che una soluzione del genere, ineluttabilmente dettata dal rigore del

²⁹⁵ Cfr. in tal senso anche MASTROJENI, *L'estensione della ritrattazione all'istigatore*, cit., 1499.

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 giurisprudenza.

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 inadeguatezza 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.²⁹⁶ 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 rendere al teste, al perito ecc. false dichiarazioni processuali successivamente ritratte *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 dell'art. 376 e 119, 2° 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

²⁹⁶ Ci sembra utile, al fine 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 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 articoli 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».

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) 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.