

**‘IL DIRITTO PENALE NEL PROCESSO’:
L’INQUINAMENTO INDOTTO DEL SAPERE GIUDIZIARIO
NELL’ART. 377 BIS C.P.**

di Antonino Sessa

Abstract. *L’art. 377 bis del codice penale vigente rappresenta una chiara attuazione di quelle discutibili esigenze di una politica criminale efficientista che, ormai in un evidente contrasto con ragioni dommatiche di garanzia, vede costantemente il diritto penale simbolico subire anche la tirannia del processo. E proprio per evitare una tale ulteriore deriva, al “diritto penale del processo”, allora, sembra imporsi il recupero di un ‘diritto penale nel processo’ che, in una prospettiva di valore, appare destinato, qui, a promuovere una rilettura penalistica degli istituti processuali tale da determinare una rivisitazione teleologica in via non solo ermeneutica, ma anche strutturale, di una norma, quella qui oggetto di studio, solo così capace di affrancarsi da ambiti irrazionali di operatività criminogena.*

SOMMARIO: 1. L’art. 377 bis c.p. e la “dommatica come garanzia”: alle origini della categorizzazione penalistica degli istituti processuali. – 2. Il contributo della *ratio di tutela* alla ricostruzione ermeneutica di una incriminazione. – 3. L’art. 377 bis c.p. e le basi per una necessaria ridefinizione valorativa: a) della fattispecie oggettiva. – 3.1. b) ... della condotta. – 3.2. ... c) dell’evento e del momento consumativo. – 3.3. ... d) della qualificazione penalistica del soggetto destinatario della condotta – 3.4. ... e) della fattispecie soggettiva. – 4. Il bene giuridico e la natura del reato. – 5. Le prospettive *de lege ferenda*.

1. L’art. 377 bis c.p. e la “dommatica come garanzia”: alle origini della categorizzazione penalistica degli istituti processuali.

Il nuovo art. 377 bis del codice penale vigente, sin dalla sua introduzione con la legge n. 63 del 2001¹, ha rappresentato un modello di incriminazione che, riconfermando inquietanti vuoti di tutela, ha alimentato e legittimato forti riserve² nella più attenta

¹ Frutto di un necessario sforzo di adeguamento del sistema probatorio ai canoni di quel “giusto processo” così come consacrato nella legge costituzionale n. 2 del 1999 di riforma dell’art.111 cost., è quanto osserva PAPA, *Il nuovo reato dell’art. 377-bis c.p.: una forma di subornazione “transgenica”?*, in AA. VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1 marzo 2001 n.63)*, a cura di P. Tonini, Padova 2001, 531.

² Subornazione transgenica, tipicità mobile e complessa, strumentale funzione processuale di scorciatoia probatoria, irragionevoli asimmetrie ed aporie sistemiche individuerebbero, secondo una suggestiva sintesi, una norma, l’art. 377 bis c.p., che alla conferma di una evidente incoerenza sistematica unirebbe una peculiare disarmonia interna, così PAPA, *I delitti di subornazione (artt. 377 e 377 bis)*, in *Trattato di diritto penale*.

dottrina pronta a denunciare i già forti dubbi di effettività legati ad una opzione di diritto penale dal carattere marcatamente simbolico³.

La necessità di un recupero di esigenze di efficienza e garanzia⁴, pertanto, non ha tardato ad imporsi nell'ambito di un processo di ristrutturazione del sistema complessivo di giustizia penale di stretta derivazione costituzionale⁵ che, senza mettere in discussione, ancora una volta, una possibile opzione penalistica, fosse destinato a verificarla in termini di razionalità e di 'necessità' (*Strafbedürfnis*) sul piano strettamente politico-criminale, laddove proprio la pur riconosciuta esigenza di colmare un 'reale' vuoto di tutela non vada a discapito di quei principi destinati a governare il ricorso alla sanzione più grave nell'ambito di un processo normativo conforme a ragioni di stretta legalità normativo-superiore⁶.

Alla stregua delle considerazioni di cui sopra, allora, non è risultato difficile comprendere come proprio in riferimento all'art. 377 bis c.p. si sia avvertita la forte esigenza di ricorrere a quei correttivi che, non solo in una prospettiva di riforma, ma già *de iure condito* ed in chiave ermeneutica, fossero in grado di sottrarre l'ibridismo criminologico tipico della norma qui oggetto di studio agli inconvenienti derivanti da

Parte speciale diretto da CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, vol. III, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti. I delitti contro l'ordine pubblico*, Torino 2008, 431 con ampi riferimenti bibliografici; Id., *Il nuovo reato dell'art. 377 bis c.p.: una forma di subornazione "transgenica"?*, cit., 532; DI MARTINO, *Commento all'art. 20 della legge 1.3.2001 n.63*, in *Leg. pen.* 2002, 337 ss.; ZANOTTI, *La tutela penale dell'Io narrante. A proposito dell'art.377 bis c.p.*, in *Crit. dir.* 2003, 49; CONTI, *Il nuovo delitto di subornazione ex art. 377 bis c.p. tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. proc.* 2004, 1027; PISA, *Il nuovo reato di induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci*, in AA. VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di KOSTORIS, Torino 2002, 229 ss; SCOPINARO, *Intralcio alla giustizia e induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria*, in AA. VV., *Reati contro l'amministrazione della giustizia* (a cura di P. PISA), in *Trattato di diritto penale. Parte speciale* diretto da GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, Milano 2009, 220 s.

³ Un tale assunto sembrerebbe trovare la sua più adeguata conferma nel fatto che dopo circa un decennio dalla sua introduzione l'art. 377 bis c.p. non registra ancora alcuna sentenza di condanna definitiva. Il dato sembra affondare le sue radici nelle dirette carenze e contraddizioni che, tipiche dell'attuale sistema processuale penale, finiscono per contagiare il diritto penale sostanziale fino a compromettere irrimediabilmente quella necessaria precisione/determinatezza che deve caratterizzare la formulazione delle fattispecie incriminatrici, cfr. PIFFER, *Le modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 696; NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale*, in *Dir. pen. proc.* 2001, 5; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano 2001, 119 s. Più in generale sul diritto penale simbolico per tutti cfr. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.* 2003, 491 ss.; nella dottrina tedesca Voß, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach 1989, *passim*; HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin New York 2001, 1001 ss.

⁴ Secondo lo schema autorevolmente tracciato da MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1997, *passim* e spec. 267 ss.

⁵ Per ulteriori approfondimenti sul punto cfr. MAIELLO, *Diritto penale e processo: la necessità di un approccio integrato. In margine al VII congresso dell'Unione delle Camere penali*, in *Crit. dir.* 1998, *passim*.

⁶ Nato per dare piena attuazione ai principi del giusto processo, l'art. 377 bis c.p. appare votato a scongiurare un possibile esito processuale non conforme a ragioni di legalità, secondo pure quanto in riferimento all'art. 371 bis c.p. osserva SCHIAFFO, *Necessità ed aspettative di tutela nel delitto di false informazioni al pubblico ministero*, in *Ind. pen.* 1999, 97-98.

una sua predestinata funzione di mero completamento di un discutibile circuito normativo in cui il diritto penale finisce supinamente per ridursi a mero riflesso sostanziale di disposti processualpenalistici⁷, in particolare nella fisiologica disciplina delle modalità e dei presupposti⁸ di concretizzazione della formula autorizzativo-precettiva di cui all'art. 111 comma 5 Cost., che, in via derogatoria ed in nome della esaltazione dell'accertamento del fatto, proponessero, a loro volta, una chiara alternativa alla regola del contraddittorio e, quindi, al metodo ordinario nella formazione etica ed epistemica della prova (art. 111 co. 4 Cost.)⁹.

Risulta facile comprendere, quindi, come tanto nella avvenuta ristrutturazione del delitto di cui all'art. 377 c.p.¹⁰, quanto nella stessa introduzione della incriminazione sottoposta qui al nostro esame, vengano facilmente individuate quelle due norme, cioè, sule quali riflettere dal momento che specularmente sembrano essenzialmente rivolte, nella valorizzazione di una sistematica tutela della generale figura dell'Io narrante¹¹, più a costituire i fondamenti di un diritto penale sostanziale creato per il processo che non di un diritto penale posto a tutela del processo. Il c.d. "*diritto penale del processo*"¹²,

⁷Il circuito sostanziale e processuale (artt. 377 bis c.p. e 500-210 c.p.p.), unitamente alla norma costituzionale di cui all'art. 111 comma 5, affidano alla norma penale la individuazione di quei presupposti concreti per cui la tipizzata condotta illecita viene a porsi alla base di un meccanismo di delibazione sommaria fondato sul mutamento del contegno processuale del soggetto con facoltà di non rispondere e tale da consentire l'acquisizione al fascicolo del dibattimento, senza necessità di contraddittorio, di precedenti contegni ovvero di precedenti dichiarazioni assunte unilateralmente e convertite in possibile prova, cfr. SIRACUSANO, *Relazione introduttiva*, in AA. VV., *Il contraddittorio tra costituzione e legge ordinaria*, Milano 2002, 9 ss.

⁸ Per una disamina sistematica sul punto cfr. per tutti FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna 2007, 142 ss.

⁹ Non mancano perplessità sulle eccezioni al contraddittorio, e sulla loro capacità, in particolare per le ipotesi di sua oggettiva impossibilità, di muoversi all'interno di un sistema di natura epistemologica, anche in conseguenza della negazione della irrilevanza probatoria delle contestazioni ex art. 500 c.p.p. come regola d'oro del processo accusatorio che, per le dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi inquirenti, consente solo per deroga espressa il recupero al fascicolo del dibattimento di conoscenze acquisitive da utilizzare per fini decisori almeno per processi di criminalità organizzata, in virtù dello stereotipo della "non dispersione della prova" che, nella neutralità della Costituzione, sappia affrancarsi da una epistemologia giudiziaria di stampo antilegalista ed emotivo tipico di una *preuve morale* avulsa dalla ragione cfr. AMODIO, *Dalla intime conviction alla legalità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2012, *passim* e spec. 32; FERRUA, *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrilevanza probatoria delle contestazioni*, in AA. VV., *Il giusto processo*, cit., 6 ss. e 11 ss.; GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del), II Diritto processuale penale*, in *Enc giur.*, vol. VIII, Roma 2001, 9; GREVI, *Alla ricerca di un processo penale "giusto": Itinerari e prospettive*, Milano 2000, 269 ss.

¹⁰ I cui elementi strutturali sono rinvenibili, da ultimo, in PAPA., *I delitti di subornazione*, cit., 411 ss.

¹¹ Così ZANOTTI, *op. ult. cit.*, 49 ss.

¹² Con la tirannica processualizzazione del diritto penale si è finito per attribuire alla norma di diritto sostanziale un ruolo meramente servente che attraversa tutta la teoria del reato. Si pensi ai cc. dd. *reati distrettuali* che, ex art. 51 comma 3 bis c.p.p., presentano la capacità di creare particolari canali di indagine nell'ambito del procedimento penale (carcerazione preventiva obbligatoria *rectius* pena anticipata, intercettazioni ambientali, provvedimenti premiali da collaborazione processuale); si pensi alle difficoltà di verifica processuale per istituti che finiscono per subire – anche attraverso il ricorso a dubbie forme di prova legale – una metamorfosi probatoria delle categorie sostanziali (il riferimento può valere per una causalità sempre più lontana da criteri di credibilità razionale e tanto da degradare a mero coefficiente di rischio in nome di un dubbio principio di precauzione); si pensi, infine, alla mera funzione simbolica di un diritto penale votato ad un controllo sociale ineffettivo, ma capace di stabilizzare consensi fondandoli su di una strumentale percezione soggettiva di insicurezza, cfr. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*,

pertanto, ha finito per vivere, in un tale schema, la sua massima esaltazione, limitandosi a fornire ai meccanismi processuali, propri delle contestazioni (ex art. 210 e 500 c.p.p.) o delle letture (ex art. 513 c.p.p.), il mero presupposto di diritto sostanziale capace di trovare, nel nostro caso, in quella condizione di “provata condotta illecita”, ex art. 111 comma 5 cost., quella legittimazione di forme derogatorie del contraddittorio che, nell’ambito di un necessario recupero di ‘conoscenze acquisitive’, sapessero porsi alla base di un valore probatorio da affidare unicamente ad una motivata valutazione critica del giudice. Quest’ultimo, poi, esaltato così nell’esercizio del suo libero convincimento (art. 192 c.p.p.)¹³, non avrebbe mancato, a sua volta, di partecipare alla presa d’atto dell’affermazione di quelle istanze di non dispersione della prova¹⁴ che, attraverso il concorso di contegni ‘assolutamente’ reticenti e dichiarazioni intermittenti ovvero ‘oggettivamente’ mendaci¹⁵, anche in sede predibattimentali, sono da porre a fondamento della genuinità delle conoscenze giudiziarie nell’accertamento del fatto.

Se tutto questo è vero, dunque, è apparso sin da subito la necessità di valorizzare un teleologismo valorativo che, nell’arginare la ‘tirannia’ processuale sul diritto penale sostanziale, ponesse le basi per una decisa affermazione di un razionale ‘diritto penale nel processo’ che fosse capace di imporsi qui come il risultato di un quanto mai necessario

in *Ind. pen.* 1999, 529; INSOLERA, *La macchina “ingolfata della giustizia penale, il processo e la pena*, in *Quest. giust.* 1999, 868 s.; PALIERO, *La maschera e il volto*, in *Riv. it. dir. proc. pen* 2006, 470 ss.; FIORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli 2007, pp. 99 ss.; SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano 2008, *passim*; SCHIAFFO, *Le minime ragioni della legislazione penale simbolica: la criminalità mediata*, in *Crit. dir.* 2010, 127

¹³ Su tale principio e sulla sua funzionalizzazione alle istanze garantiste di un processo accusatorio, in cui è proprio la ragionevolezza della motivazione a porre al riparo da abusi del libero convincimento del giudice che, nel rievocare la deriva inquisitoria della prova legale mirerebbero a porre rimedio alle inadeguatezze della teoria della prova con una gnosi onnivora che esalti l’accertamento del fatto e della verità, per una compiuta sintesi sul punto e sui fondamenti dell’ordine logico nella successione degli “ulteriori elementi di prova” che devono concorrere con le dichiarazioni del coimputato si rinvia alle lucide osservazioni di NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974, *passim*; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1990, 119 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass. SS.UU, 21 ottobre 1992, in *Cass. pen.* 1993, 1939; per la manualistica cfr. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2001, 592 ss.

¹⁴ E’ evidente che una tale istanza viene in luce in una chiave ben diversa da quella prevalsa nella svolta inquisitoria operata dalla Consulta nel 1992, laddove alla prevalenza delle dichiarazioni unilateralmente raccolte, anche contro gli esiti della testimonianza orale, qui invece si impone la non dispersione di un contributo probatorio che, riferibile a fonti dichiarative condizionate nella loro libertà di autodeterminazione, si rinnova in sede dibattimentale quale risultato non di una sua cognizione prettamente letterale, quanto piuttosto di una sua razionale e motivata valutazione critica delle prove legittimamente acquisite e capaci di ispirare il libero convincimento del giudice così articolato, per una disamina della evoluzione storico-normativa del principio di non dispersione della prova cfr. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, cit., 158 ss.; MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 171 ss.; per un diverso ordine di idee, non manca chi alle dichiarazioni non assunte in forma dialettica attribuisce un valore esclusivo di elemento di conferma o falsificazione della prova in senso proprio, così GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., 12; in giurisprudenza per tutte cfr. C. Cost., 16 giugno 1994, n. 241, in *Giur. cost.* 1994, 1982 ss.

¹⁵ La valorizzazione di un tale assunto consente decisamente di sottrarre il processo alla sua connaturata violenza strutturale, secondo quanto suggestivamente rilevato da ultimo in NOBILI, *L’immoralità necessaria. Citazioni e percorsi dei mondi della giustizia*, Bologna 2009, *passim*.

tentativo di generale categorizzazione penalistica degli istituti processuali¹⁶. Solo così, dunque, l'art. 377 bis c.p. avrebbe potuto trovare la forza di liberarsi da preoccupanti cadute di garanzia nella positivizzazione di un contegno che, lesivo di un bene giuridico tutelato, diventi il risultato di un tipo e di un grado di prova variabile in ragione proprio della particolarità del procedimento e del tema oggetto di verifica¹⁷.

Quello che qui si vuole sottolineare, allora, è la necessaria focalizzazione penalistica degli effetti di una doverosa e quanto mai opportuna differenziazione ontologica, anche normativamente fondata, tra il "processo" per la prova "della colpevolezza" riferibile ad un autore (ex art. 111 comma 4 cost.) e il 'procedimento incidentale' per la prova di una 'condotta illecita' (ex art.111 comma 5 cost.) laddove, solo respingendo decisamente, per quest'ultimo, la degradazione della prova in 'seme' di prova, si può ovviare, partendo da una visione moderna del contraddittorio come metodo e non come fine in sé, ad una sicura dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 500 c.p.p.¹⁸

Se, dunque, la Carta fondamentale, ex art. 111 comma 4, prevede la regola della inutilizzabilità¹⁹ – ai fini della prova della colpevolezza – delle dichiarazioni precedentemente rese da soggetti che per libera scelta si sottraggono al contraddittorio²⁰,

¹⁶ Il diritto penale nel processo non vivrebbe solo di una necessaria categorizzazione penalistica di istituti processuali, ma si affermerebbe anche in imputazioni che si rivelerebbero corrette solo se capaci di veicolare nel processo quei criteri garantistici di teoria generale del reato, espressione di rapporti tra diritto penale e processo orientati ad una dommatica nella sua razionale funzione di garanzia.

¹⁷ Infatti, ex art. 111 cost., appare chiara la diversità di evidenza probatoria, sotto il profilo del tipo, tra l'accertamento della impossibilità oggettiva del contraddittorio, della condotta illecita e del consenso dell'imputato, e, sotto il profilo del grado, tra la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio per la prova della colpevolezza e il superamento della regola del sospetto per la incidenza della condotta illecita sulla libera autodeterminazione del dichiarante, cfr. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., 164 ss.; in giurisprudenza per tutti C. cost., 15.12.2010, n. 358 (ord.), con nota di LEO, *La Consulta sulla prova delle pressioni indebite nei confronti del testimone*, cit., 1; Cass. pen., sez. II, 6 febbraio 2008, con nota di TODARO, *Note in tema di "provata condotta illecita" ai sensi dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, in *Cass. pen.* 2009, 590 ss.; sulla tipicità delle condotta di induzione ex art. 377 bis c.p. come risultato di un procedimento ermeneutico che recuperi forme concettuali processualmente fruibili cfr. SOTIS, *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come "programmi di azione"*, in *Dir. pen. proc.* 2009, 1149 ss.

¹⁸ Nella valorizzazione della sistematica costituzionale, si tratta, in definitiva, di maturare uno *standard* probatorio che, diversamente dalla prova della colpevolezza, miri a recuperare gli elementi concreti della valutazione empirica della condotta illecita a parametri correnti di ragionevolezza e persuasione, per raggiungere un seme di prova che abbia in se stessa la qualità della precisione, della obiettività e della significatività. In tale contesto, la peculiarità della procedura incidentale non rifiuta anche il diritto alla controprova, tipico dell'accertamento della colpevolezza, ma lo adatta alla peculiare struttura e finalità del procedimento di prova della condotta illecita, senza assumere l'ampiezza del tema principale, affidandone il contenuto al giudice nel caso concreto mediante il ricorso a quegli accertamenti necessari che impediscono un processo nel processo, con il pericolo di paralizzare l'accertamento base, cfr. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., 158-163; ID., *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni*, in AA. VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, cit., 18 ss.

¹⁹ Sul punto, per i necessari approfondimenti cfr. SCCELLA, *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. di aggiornamento, Milano 2008, 479 ss.

²⁰ Una tale affermazione di principio potrebbe portare, se non razionalmente temperata, a conseguenze paradossali, quasi che il sottrarsi al contraddittorio diventerebbe oggetto di una facoltà riconosciuta

ne discende coerentemente in via sistematica la 'utilizzabilità' di precedenti dichiarazioni mendaci o contegni reticenti che, in casi di forza maggiore ovvero di superamento consensuale del contraddittorio, siano caratterizzati da modalità aventi come effetto il recupero di una fonte probatoria tesa ad ovviare ad un inammissibile inquinamento – perché illecitamente indotto, quindi non “spontaneo” ovvero ‘utilitaristico’ – dell’apporto conoscitivo al sapere giudiziario.

Ed è in un tale contesto normativo, quindi, che appare non senza rilievo come alla razionale concretizzazione di legittime esigenze di politica criminale, sembra imporsi, in via preliminare, un quanto mai necessario ed opportuno tentativo di ricondurre a sistema quelle soluzioni penalistiche che, in una chiara prospettiva di valore, siano capaci di lasciarsi orientare da una ormai consolidata e affidabile opzione di metodo.

Sono, ormai, noti, infatti, i rapporti in materia penale di consapevole divaricazione tra bene e *ratio* di tutela²¹, tanto che proprio nella proiezione teleologica della norma è possibile rinvenire la sua insostituibile funzione dommatica sia rinvenendo nello scopo di tutela un affidabile criterio di interpretazione per la individuazione di un legittimo oggetto della tutela penale come condizione indispensabile alla esatta definizione dell’ambito di applicazione di un fatto²², e sia perché, recuperando alla condotta incriminata gli scopi perseguiti dal legislatore, è in grado di incidere sulla valutazione e sulla ricerca di una offesa tipica, per una altrettanto affidabile ricostruzione della natura della fattispecie in termini di danno o di pericolo²³, così confermando l’illecito penale in una dimensione sostanziale di illecito come modalità di aggressione²⁴.

meritevole di tutela fino ad invocare il diritto al silenzio dell’imputato anche sulla responsabilità altrui, ben oltre i confini segnati dalla fondamentale esigenza di evitare il solo rischio di autoincriminazione, con una Costituzione che, nel generico richiamo alla indifferenziata figura del dichiarante, corre il rischio di rimettere alla piena discrezionalità dell’imputato per reato connesso o collegato la disponibilità del contraddittorio. In verità, anche il tentativo di ovviare a tali effetti, sicuramente indesiderati per una riforma dell’art.111 cost. che resta lontana dalla sua sostanza, la legge n.63 del 2001 finisce per attenuare solo parzialmente l’indebolimento del contraddittorio che, ridotto alle sole forme in cui viene definitivamente eliminata ogni forma di conflitto di interessi in capo allo stesso soggetto che rischia l’autoincriminazione, registra come vera alternativa al confronto col ‘muto’ quella del confronto probabilmente inutile. Per maggiori approfondimenti sul punto sia consentito rinviare al nostro *Tutela penale dell’ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in MOCCIA (a cura di), *Delitti contro l’ordine pubblico*, vol. V, in *Trattato di diritto penale parte speciale*, diretto da MOCCIA, Napoli 2007, 76 s.; GREVI, *op. ult cit.*, 279 ss.

²¹ Così come autorevolmente sostenuto da MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell’)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXII, Roma 1990, 3 ss.; nella dottrina tedesca HASSEMER, *Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*, in *Festschrift für Coing*, I, München 1992, 493 ss.

²² Così PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna 1991, 41 s.; PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino 2010, 122 s.

²³ Qui resta ancora un punto di riferimento l’insegnamento di ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano 1994, *passim*.

²⁴ E’ la conferma dell’antiformalismo come metodo secondo la condivisibile ricostruzione di MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 68 ss.

2. Il contributo della *ratio di tutela* alla ricostruzione ermeneutica di una incriminazione.

Fondamentale per il prosieguo del nostro tentativo di razionalizzazione del contenuto normativo del nuovo art. 377 bis c.p., e fedeli alla opzione di metodo così come sopra assunta, appare necessario procedere alla ricostruzione della *ratio* di tutela che anima la norma qui oggetto di studio.

Prendendo, dunque, spunto dai lavori parlamentari²⁵ che hanno accompagnato il varo della legge n. 63 del 2001 emerge in modo palmare come, anche allo scopo di adeguare il sistema probatorio ai nuovi canoni del giusto processo di cui all'art. 111 cost., l'art. 377 bis c.p. appare originariamente e manifestamente funzionalizzato ad assolvere ad una legittima esigenza di politica criminale. La norma, infatti, è stata introdotta con il dichiarato intento di colmare essenzialmente quell'evidente vuoto sistematico di tutela²⁶ che, a ben vedere, pur se fondato su di una limitata lacuna di impunità preesistente, si è imposto come diretta conseguenza della adozione di riti penali differenziati²⁷ in cui, anche relativamente alla sorte da destinare a quanto dichiarato in fasi precedenti (c.d. dichiarazioni intermittenti²⁸), è possibile rinvenire un chiaro

²⁵ L'esame dei lavori parlamentari dimostra una chiara discrasia tra il testo normativo originariamente approvato alla Camera nel 2000 e quello definitivamente approvato in commissione al Senato nel 2001, laddove il destinatario della condotta di induzione di cui all'art. 377 bis c.p. si assolutizza, a differenza che nell'art. 377 c.p., in un soggetto (imputato-indagato) che, potendosi avvalere della facoltà di non rispondere, e a prescindere dal contenuto delle sue dichiarazioni, consente di rifuggire da figure intermedie (imputato-testimone) che, invece, nel rendere dichiarazioni sulla responsabilità di altri, assumono l'obbligo di dire la verità su fatti su cui sono tenuti a rispondere in contraddittorio, cfr. PIFFER, *Le modifiche al codice penale*, cit., 689-690.

²⁶ Fondamentalmente per contrastare gli inconvenienti derivanti da un abuso strumentale e insidioso della facoltà di tacere o mentire riferibile a soggetti imputati o imputati in reati connessi e collegati, per un'esigenza già avvertita anche da non giuristi ed in particolare per fatti di criminalità organizzata cfr. PAPA, *Il nuovo reato dell'art. 377 bis c.p.*, cit., 535; SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi*, Milano 2000, spec. 201 ss. L'esigenza di colmare un vuoto di tutela si traduce in una discutibile attuazione di quella funzione manifestamente simbolica della penalità (*sein*) che finisce per relegare allo stato latente la fondamentale funzione penale di strumentale tutela di beni (*sollen*), sul punto, ed in particolare, sul rapporto tra principi dichiarati e principi reali di funzionamento della penalità come correttivo alla malattia congenita del diritto penale moderno cfr. BARATTA, *Prefazione a MOCCIA, La perenne emergenza*, cit., XIII ss.

²⁷ Si tratta di quel sistema del 'doppio binario' che, dalla fase cautelare a quella esecutiva, disegna un percorso giudiziario che, nella specialità antimafia, si caratterizza per una involuzione processuale caratterizzata da una costante caduta in termini di garanzie per i diritti dell'individuo, senza raggiungere livelli di effettività accettabili, assicurati solo dal rigore dei principi cfr. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 143 ss.

²⁸ Il riferimento è a quelle dichiarazioni e contegni che, in particolare nei processi di criminalità organizzata, finiscono per essere espressione di un abuso del diritto al silenzio da parte di soggetti collaboranti che, dopo aver reso dichiarazioni nella fase delle indagini preliminari e lucrato i vantaggi della loro collaborazione, non confermano le stesse nella fase del dibattimento. L'art. 377 bis c.p. si propone, allora, di porre un argine agli abusi del diritto al silenzio tutelando il procedimento penale in modo da garantire la formazione del sapere processuale probatorio e paraprobatorio da indebite interferenze, tanto da consentire il confronto

fenomeno di strumentalizzazione indebita, mediante coazione e subornazione, dell'uso residuale della facoltà processuale di tacere o mentire che, seppur nei limiti della simulazione di reato (art. 367 c.p.), calunnia (art. 368 c.p.), autocalunnia (art. 369 c.p.) e del favoreggiamento personale (art. 378 c.p.), è riconosciuto in concreto a determinati soggetti²⁹.

Rispetto ad una tale sollecitazione fenomenica, in verità, e dal momento che a seguito del riconoscimento politico-criminale di una lacuna di tutela non sempre, da un punto di vista strettamente penalistico, si determinano i presupposti oggettivi per colmarla, non appaia qui fuori di luogo rilevare che, attraverso una attenta valorizzazione sistematica degli artt. 371 bis, 372, 377, 339 e 610 c.p., un reale vuoto di tutela penale poteva e può, già ad una prima verifica, essere riferibile limitatamente ad ipotesi riconducibili ai soli comportamenti di strumentalizzazione indotta mediante subornazione del dichiarante con diritto al silenzio, dal momento che, specialmente per i processi di criminalità organizzata, proprio la previsione nel nuovo art. 377 bis c.p. di una peculiare modalità di aggressione, da affiancare a quelle di allettamento, può comprendersi solo se riferibile ad una chiara valorizzazione, nell'ambito di una dimensione necessariamente plurioffensiva del fatto, di un ulteriore e specifico oggetto di tutela penale che, collocandosi ben oltre la mera difesa della libertà morale, giustifica, almeno per le ipotesi coattive, un ragionevole incremento sanzionatorio³⁰.

Infatti, una volta che a livello di legislazione ordinaria si è provveduto alla riaffermazione di quel diritto al silenzio³¹ che, seppur razionalizzato e ridimensionato

dialettico tra dichiarante e accusato. E' evidente come a tutto questo abbia fornito un notevole contributo la riforma dell'art. 111 cost., laddove ad una omogeneità di disciplina processuale sul destino delle dichiarazioni rese da imputato e testimone, segue una lacuna penalistica di tutela da colmare per quelle indebite pressioni, criminologicamente distinte, da coazione e allettamento sul dichiarante con facoltà di non rispondere, anche nei termini della loro utilizzabilità a fini probatori, cfr. PAPA, *Il nuovo reato dell'art. 377 bis c.p.*, cit., 535 ss.

²⁹ Cfr. PAPA, *Il nuovo reato dell'art. 377 bis c.p.*, cit., 538 s.

³⁰ Così come per la fattispecie di intralcio alla giustizia di cui al nuovo art. 377 c.p. che, rivisitato all'esito delle interpolazioni operate dalla legge n.146 del 2006, ha accomunato modalità di allettamento a quelle coattive, tanto da fare assumere al fatto una valenza plurioffensiva nel momento in cui si aggiunge alla lesione del bene giustizia quella della libertà individuale di autodeterminazione del soggetto passivo, al quale pure è riconosciuto il ruolo di parte offesa, cfr. PISANI, *Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'Autorità giudiziaria*, in M. CATENACCI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, in *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da PALAZZO-PALIERO, Torino 2011, 512; PAPA, *I delitti di subornazione*, cit., 419-420 e 438; ID., *Il nuovo reato dell'art. 377 bis c.p.*, cit., 539 s.; più in generale sul reato plurioffensivo cfr. DURIGATO, *Rilievi sul reato plurioffensivo*, Padova 1972, *passim*; MONGILLO, *Prospettive normative del principio di offensività*, in *Giust pen.* 2003, 151 ss.; per la manualistica per tutti C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino 2008, 175 s.

³¹ Il *nemo tenetur se detegere*, contribuendo così alla riaffermazione di diritti pubblici soggettivi di fronte agli organi statuali, viene valorizzato anche come limite sistematico alle possibilità di intervento penale costruite attorno all'idea di inesigibilità scusante non generale e correlata alla formazione autoritativa di prove, in modo da resistere ad ogni possibile pressione, cfr. PULITANÒ, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1999, 1271 ss.; per una prospettiva critica, anche in una visione di diritto comparato, che sia capace di proporre un bilanciamento non di tipo massimalistico tra doveri di solidarietà e diritto di difesa cfr. TONINI, *Imputato "accusatore" ed "accusato" nei principali ordinamenti processuali dell'Unione Europea*, in AA. VV., *Le nuove leggi penali*, Padova 1998, 261 ss. e spec. 270-273

nelle sue modalità³², ha continuato ad essere riconosciuto come espressione di un principio di civiltà³³ destinato, quale diretta espressione della intangibilità del più generale diritto di difesa ex art. 24 Cost.³⁴, a porsi come deciso argine al rischio dell'(ab)uso del diritto della forza per ottenere dichiarazioni autoincriminanti³⁵, l'ambito di operatività del nuovo art. 377 bis c.p. sembra concentrarsi decisamente sul comportamento del soggetto che, nell'esercizio abusivo del diritto al silenzio normativamente riconosciuto, diventa strumento di possibili pressioni *ab extra* o di esche d'altro tipo, tanto da rendersi protagonista di scelte che, proprio perché indotte da una condotta illecita, sono funzionali alla volontà e all'interesse di terzi³⁶ e che, quindi, allontanandosi da un comportamento lecito come libera scelta di esercizio personale di quel diritto fondamentale di difesa sopra descritto, portano l'imputato-

³²Il modello accusatorio, a differenza di quello inquisitorio, deve escludere in ogni caso dal processo misure coercitive atte ad ottenere dichiarazioni di natura confessoria e, nel nostro codice di rito, agli artt. 78 e 61, il diritto al silenzio non può non trovare un minimo riconoscimento nei rapporti con l'autorità procedente, laddove, esplicandosi nella facoltà di non rispondere, arriva a sopportare anche il mendacio di chi non è obbligato al vero, tanto da determinare la irrilevanza penale di quelle dichiarazioni che non ledono interessi dei terzi innocenti ovvero la funzionalità della macchina giudiziaria, cfr. ZANOTTI, *La tutela penale dell'io narrante*, cit., 56; sul travaglio che, anche in sede di lavori preparatori alla legge sul 'giusto processo', ha portato al nuovo regime di restrizioni al diritto al silenzio, con l'ampliamento di forme di testimonianza da riferirsi all'imputato cfr. SCOPINARO, *Intralcio alla giustizia e induzione a non rendere dichiarazioni*, cit., 219 s.

³³Tanto da non imporre a nessuno di rendere dichiarazioni da cui possa emergere la propria responsabilità penale, cfr. PULITANÒ, *Nemo tenetur*, cit., 1283; infatti, al diritto di convocare e domandare non segue un diritto di ottenere risposte, e questo per una ragione teorica e pratica, e cioè che il diritto positivo si scontra con altro valore costituzionalmente garantito dal diritto di difesa ex art. 24 Cost. (*ult. cit.*, ivi).

³⁴Non manca, da ultimo, chi riconduce tale diritto costituzionalmente riconosciuto ad una funzione scriminante espressione dell'esercizio di quella libertà fondamentale che, ex art. 24 cost., è tale da permeare il diritto penale sostanziale attraverso il riconoscimento del *nemo tenetur* come causa di esclusione dell'illecito e, quindi, ben oltre la sua tradizionale dimensione soggettiva di scusa, per una sintesi dell'ampio dibattito sul punto cfr. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, 1049; FORNASARI, *Nemo tenetur se detegere sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.* 2008, 907 ss.; FERRUA, *Il giusto processo*, cit., 171-173; PULITANÒ, *op. ult. cit.*, 1271 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. V., 15 febbraio 2007, in *Riv. pen.* 2007, 759.

³⁵Si tratta di rifuggire dalla tentazione di ricorrere ad ulteriori forme di 'scorciatoia probatoria' che, nel diritto premoderno, animavano, insieme alla confisca 'allargata', modelli processuali in cui la tortura, sotto gli strali della cultura giuspenalistica dell'epoca, rappresentava una evidente semplificazione probatoria rispetto all'interrogatorio ovvero all'esame, in una visione che facesse prevalere le ragioni di stato rispetto alla garanzie dei diritti dell'individuo. Non vi è dubbio che l'abolizione della tortura ha portato ad un radicale abbattimento delle confessioni, ma ciò non significa che sia lecito nutrire una qualche forma di nostalgia per tale 'pratica' cfr. MOCCIA, *La confisca quale mezzo di contrasto alla criminalità organizzata*, in AA. VV., *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di V. PATALANO, Torino 2003, 382. Più in generale sull'obiettivo di politica criminale teso a stigmatizzare la tortura come offesa alla dignità dell'individuo, da perseguire mediante la previsione di una specifica aggravante ovvero di una autonoma fattispecie incriminatrice di parte speciale cfr. GIANNELLI-PATERNÒ (a cura di), *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, Roma 2004, *passim*; FENDERICO, *La tortura. Percorsi di incriminazione*, Tesi di Dottorato, Università degli Studi del Molise-Anno Accademico 2008/2009, 217 s.

³⁶Cfr. ZANOTTI, *op. ult. cit.*, ivi.

dichiarante/reticente, in ossequio al principio del *nemo tenetur*³⁷, a sottrarsi al contraddittorio (s)oggettivo con l'imputato-accusato³⁸, generando così un inammissibile inquinamento del sapere giudiziario.

In un tale conteso, dunque, risulta evidente come lo stesso riconoscimento costituzionale dell'esercizio del diritto al silenzio debba trovare il suo giusto temperamento in evidenti esigenze di ragionevolezza per cui, mentre le dichiarazioni dell'imputato su fatto proprio debbono godere della garanzia incondizionata del rischio da autoincriminazione, quelle su fatto altrui vengono conseguentemente assistite da una garanzia minore, specialmente quando l'imputato abbia già scelto di rendere liberamente dichiarazioni *erga alios* in fasi processuali precedenti, laddove in tali condizioni il diritto di tacere del dichiarante, *rectius* testimone-assistito, può residuare, così come nella legge n. 63 del 2001, solo su quelle domande che lo esporrebbero in concreto ad autoincriminazione. Lo strumento protettivo, allora, abbandona per tale via così la sua rigidità originaria per divenire duttile e, funzionalizzandosi alle esigenze del caso, si bilancia razionalmente con il fondamento dell'obbligo a testimoniare³⁹.

Il problema vero, però, è che un tale lineare schematismo è destinato ad infrangersi, e la linea di demarcazione convenzionale diventa fittizia⁴⁰ quando il rapporto di connessione tra fatto proprio e fatto altrui appare per il soggetto con facoltà di non rispondere così stringente – si pensi al caso della coimputazione nel medesimo reato – tanto da giungere ad annullare il diritto al silenzio a lui riconosciuto solo con la assoluta riduzione di quel possibile conflitto di interessi che naturalmente lo caratterizza.

Ed è nella ricerca di un tale faticoso equilibrio, dunque, che il diritto penale è stato chiamato a dare il suo contributo, completando sul piano sostanziale una rivisitazione normativa tesa a ribadire il carattere accusatorio del 'giusto processo', arginando quella involuzione inquisitoria che, diretta espressione delle contraddizioni

³⁷ A conferma della non reale consistenza del rischio, paventato da alcuni, della scomparsa del diritto al silenzio, quanto piuttosto di ridurne gli abusi, cfr. TONINI, *L'attuazione del contraddittorio nell'esame di imputati e testimoni*, in AA. VV. *Il contraddittorio tra costituzione e legge ordinaria*, cit., 65 s.

³⁸ Si tratta della presa d'atto della compressione non solo del diritto al confronto dell'accusato con il suo accusatore (contraddittorio soggettivo), ma anche delle limitazioni alla verità riferibili al soggetto titolare del diritto al silenzio (contraddittorio oggettivo debole), secondo modalità coattive e corruttive che finiscono per compromettere la genuinità della formazione di conoscenze da porre alla base di un giudizio cfr. TONINI, *L'attuazione del contraddittorio nell'esame di imputati e testimoni*, in AA. VV. *Il contraddittorio tra costituzione e legge ordinaria*, cit., 61-62 e spec. 68 s.

³⁹ Cfr. ORLANDI, *Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema di incompatibilità a testimoniare*, in AA. VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, cit., 166 ss.; PULITANÒ, *Nemo tenetur*, cit., 1288 ss.

⁴⁰ A seconda del legame tra imputati, l'obbligo a testimoniare diventa forte o debole in ragione della connessione e della coimputazione tra reati ovvero della coimputazione nello stesso reato, per una linea di demarcazione tra dichiarazioni che è facilmente eludibile dagli organi inquirenti in fatti non sempre nucleari. Ed allora, in tale contesto, l'eclittismo della legge n. 63 del 2001 mira proprio ad assolvere ad una funzione di controstimolare a rendere testimonianza, agendo proprio sulla valutazione e sulla assunzione di una astensione con privilegio, ma anche sul potenziamento delle cause di non punibilità.

emergenti nella giurisprudenza costituzionale degli anni '90⁴¹, rinveniva proprio nel fenomeno delle dichiarazioni-intermittenti la spia per mettere in moto meccanismi verso cui nutrire forti perplessità per una piena formazione della prova in un processo garantito dall'effettivo contraddittorio delle parti. Infatti, figure ibride di c.d. *impumone*⁴² in cui hanno finito per convivere normativamente due anime contrapposte, vale a dire quella dell'imputato e quella del testimone, hanno spinto il legislatore ordinario, con la legge n. 63 del 2001, a predisporre idonei correttivi ad una pur sempre possibile deriva probatoria, anche se, tuttavia, l'intento di infliggere un deciso colpo alla logica del doppio binario⁴³ ha finito per infrangersi in un reticolo normativo che riserva il contraddittorio in casi rari in cui esso, tenuto conto dei limiti edittali di accesso al rito, sarà presumibilmente di significato pari al disvalore del fatto per cui si procede⁴⁴, per un 'contraddittorio col muto' che cede al 'contraddittorio probabilmente inutile'.

In un tale scenario sistematico, senza scongiurare la possibilità per il dichiarante-collaborante di optare per il mantenimento dell'affiliazione al sodalizio criminoso, come conseguenza del suo ostinato avvalersi della facoltà di non rispondere ovvero di rispondere nell'interesse dell'organizzazione⁴⁵, anche tacendo parzialmente le proprie conoscenze e senza destare sospetto, sin dalla fase delle indagini e sulla base di una speculativa valutazione, la premialità statuale e la premialità mafiosa si rincorrono nell'ambito di un sistema in cui la verità processuale a pagamento risulta appannaggio del miglior offerente⁴⁶.

⁴¹ Cfr. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 148.

⁴² Il termine vorrebbe esprimere una figura di sintesi tra imputato e testimone, individuando una eccezionale convergenza nello stesso soggetto dei diritti difensivi dell'imputato e degli obblighi del teste, cfr. *Il punto*, in *Crit. dir.* 1998, 229; BEVERE, *La chiamata di correo. Itinerario del sapere dell'imputato nel processo penale*, Milano 2001, 78 ss.

⁴³ Così come denunciata dalla più attenta dottrina processualpenalistica cfr. per tutti CORSO, *Codice di procedura penale e criminalità organizzata*, in AA. VV., *Mafia e criminalità organizzata*, coordinati da CORSO-INSOLERA-STORTONI, vol. I, Torino 1995, 156 ss.

⁴⁴ Per gli opportuni approfondimenti cfr. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 173 ss.; ILLUMINATI, *L'imputato che diventa testimone*, in *Ind. pen.* 2002, 387 ss.; BEVERE, *La chiamata di correo*, cit., 79 ss. Anche a seguito delle legge 143/2003, l'assunto sembra essere confermato dalla prevista preclusione dei fatti di criminalità organizzata ex art. 51 comma 3 bis c.p.p. dal novero delle imputazioni oggetto di definizione concordata mediante "patteggiamento allargato", sul punto più ampiamente PERONI, *La nuova fisionomia del patteggiamento*, in AA. VV., *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino 2003, 379 s.

⁴⁵ Del resto, la schematizzazione di un tale sistema premiale sembra riflettere lo stesso mutamento di strategia che, negli ultimi anni, è stato delineato dalla criminalità mafiosa. Quest'ultima, con il passaggio dalla tecnica dello scontro aperto a quella dell'inabissamento, mostra di ricorrere al delitto sempre più in via di *extrema ratio*, laddove i collaboratori di giustizia che in passato venivano intimiditi con vendette sui familiari, oggi diventano oggetto di un richiamo da 'figliuol prodigo', per cui se mediante allettamento il pentito non ritratta, la mafia gli consente pur sempre di collaborare nell'interesse dell'organizzazione mediante un inquinamento del sapere processuale che si limita alla conferma delle accuse di soggetti già noti alla giustizia, lasciando fuori chi opera ancora al coperto, per una 'reticenza parziale' che sembra rimanere fuori dal nucleo tipico del fatto di cui all'art. 377 bis c.p., secondo quanto si desume dalle suggestive osservazioni di TONINI, *L'attuazione del contraddittorio nell'esame di imputati e testimoni*, cit., 79.

⁴⁶ Così come quanto già osservato nel nostro *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., 77.

Appare evidente che così, cedendo a dubbiose forme di giustizia contrattata, si finisce per consegnare il governo del processo nelle mani dei pentiti⁴⁷, per un diritto premiale in continua evoluzione che, sempre più affrancato dai canoni tipici di una sanzione positiva da stato sociale di diritto⁴⁸ registra l'inserimento del nuovo art. 377 bis c.p. come un corpo estraneo nelle pur fondate esigenze di politica criminale che ne hanno imposto l'introduzione, suscitando forti perplessità sulle modalità di realizzazione di quella pur avvertita necessità di limitare un possibile abuso del diritto al silenzio, laddove la avvertita tipizzazione di vuoti di tutela della libertà di determinazione individuale delle parti da specifiche forme di induzione è rimasta sullo sfondo di un dettato normativo che, nell'assumere una prevalente funzione processuale asservita al superamento di talune difficoltà probatorie (c.d. diritto penale del processo), finisce per essere destinata principalmente a ricreare nei presupposti di una condotta illecita, insita nelle tradizionali forme di violenza privata o allettamento, quelle condizioni necessarie al possibile recupero ad una attività di indagine di conoscenze acquisitive necessarie all'accertamento del fatto in deroga alla regole del contraddittorio⁴⁹. Ed è proprio nella piena consapevolezza di una tale deriva ordinamentale che, anche attraverso una strumentale unificazione di condotte illecite criminologicamente distinte, la norma qui oggetto di studio, ben oltre il mero riempimento di lacune di impunità⁵⁰, viene ad imporsi per una sua reale funzione 'dominante' e manifestamente simbolica di scorciatoia probatoria⁵¹, essendo essenzialmente funzionalizzata a tradurre fedelmente sul piano sostanziale quella formulazione che, ex art. 500 e 210 c.p.p., è in grado di assicurare lo stesso effetto processuale acquisitivo riservato al trattamento di dichiarazioni precedenti, anche mendaci, ovvero di contegni reticenti da parte di soggetti che, a differenza dell'art. 377 c.p., possono godere della facoltà di non rispondere.

⁴⁷ Per una sintesi del dibattito sulla deriva irrazionale che alimenta il fenomeno della negozialità nel processo penale cfr. AA. VV., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di MOCCIA, Napoli 1998, *passim*.

⁴⁸ Su questo tema, e per un chiaro esempio di ricostruzione del sistema penale, anche per la sanzione positiva, in termini di una integrazione sociale orientata alla fondamentale opzione di un diritto penale del fatto cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1990, *passim*; ID., *La perenne emergenza*, cit., 182 ss.; DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano 1998, *passim*; AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006, *passim*; MAIELLO, *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea di scopo*, Napoli 2007, *passim*.

⁴⁹ Cfr. ZANOTTI, *La tutela penale dell'lo narrante*, cit., 51-52.

⁵⁰ Che, in verità, pure avrebbero dovuto rimanere essenzialmente limitate, come del resto verificato, alle sole condotte di allettamento dell'imputato-accusatore, e sempre al solo fine di provvedere ad investire della stessa disciplina quei comportamenti che inquinerebbero le fonti di prova strumentalizzando l'esercizio del diritto al silenzio di chi, non per libera scelta, ma per evidente influenza esterna, viene indotto a falsare o a sottrarre il suo spontaneo apporto conoscitivo alla determinazione giudiziaria, è quanto osserva CONTI, *op. ult. cit.*, 1030, appuntando la sua attenzione sulla *ratio* manifesta dell'art. 377 bis c.p.

⁵¹ Infatti, ad una attenta esegesi della norma appare chiara la divaricazione tra il fine che animava il Parlamento nella adozione dell'art. 377 bis c.p. e le effettive ripercussioni che la nuova incriminazione ha finito con il produrre all'interno del sistema penale complessivo, cfr. CONTI, *Il nuovo delitto di subornazione ex art. 377 bis c.p. tra diritto penale e processo*, cit., 1029.

Solo un attento e completo approfondimento del teleologismo normativo che investe il nuovo art. 377 bis c.p., quindi, può consentire di individuare nella *ratio* di tutela della stessa norma una conferma di quella ormai costante contraddizione strutturale che attanaglia il diritto penale emergenziale tipico della postmodernità⁵², laddove la chiara distanza tra produzione legislativa e principi costituzionali di riferimento diventa espressione di una prospettiva efficientista in cui il legislatore penale tende a contrabbandare effetti manifestamente simbolici come funzioni strumentali alla difesa dei beni giuridici⁵³.

3. L'art. 377 bis c.p. e le basi per una necessaria ridefinizione valorativa: a) della fattispecie oggettiva.

La dubbia attuazione penalistica di una pur condivisibile *ratio* di politica criminale, così come sopra individuata, allora, nella eliminazione di lacune di impunità allo scopo di impedire un possibile inquinamento del sapere (para)probatorio giudiziario, sembra imporre la necessità di promuovere il doveroso approfondimento di un dettato normativo che, nel recupero di una dimensione strettamente teleologica dei suoi elementi costitutivi, assolva al compito di proiettare l'art. 377 bis c.p. verso una funzione propriamente penalistica che, dichiaratamente non simbolica e strumentale alla tutela di beni, sia capace di correggere quella peculiare difficoltà di integrazione tra norme sostanziali e processuali in un settore, quello dei reati contro l'amministrazione della giustizia, in cui gli elementi costitutivi della fattispecie, lontani da una loro riqualificazione normativo-valutativa⁵⁴, sono destinati, anche per la loro intrinseca mobilità, ad alimentare una ambiguità legislativa dal carattere marcatamente barocco⁵⁵.

Tutto ciò, a nostro modo di vedere, si alimenta qui nella articolazione tipica di un fatto in cui la ricchezza di elementi caratterizzati da necessarie specificazioni di rinvio,

⁵² Sul tema per tutti LYOTARD, *La condizione postmoderna*, Milano 1985, *passim*; individua nel "postmoderno" la possibile proiezione dell'attuale contesto sociale CHIURAZZI, *Il postmoderno*, Milano 2001, *passim*.

⁵³ Cfr. BARATTA, *Prefazione* a MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., XV-XVI.

⁵⁴ Per una ridefinizione della categoria degli elementi normativi che porti ad una reinterpretazione degli stessi elementi descrittivi tesa alla valorizzazione delle caratteristiche strutturali della fattispecie che, ben oltre le tradizionali coppie concettuali, si qualificerebbero per una dimensione non meramente definitoria, ma valutativa, in quanto compenetrata integralmente con il senso del divieto penale, cfr. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano 2004, *passim* e spec. 217 ss.; per la dottrina tedesca per tutti cfr. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, III ed., München 1997, par. 10, 57-60

⁵⁵ La difficile decifrazione della fattispecie è il risultato di un modo di legiferare poco sistematico e connotato da evidenti finalità di tipo pratico. L'esame della norma attraverso la funzione che la stessa è chiamata a rivestire nelle intenzioni del legislatore diventa propedeutico per verificare la discutibile attuazione di un dettato normativo caratterizzato da una struttura ambigua e condizionata da elementi costitutivi che, funzionalizzati al processo, sono tali da ispirare una dimensione ambivalente dello stesso bene giuridico cfr. CONTI, *op. ult. cit.*, 1028; LONGOBARDO, *Le false dichiarazioni al difensore*, in AA. VV., *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di FERRAIOLI, Milano 2002, 408 s.p.; SCHIAFFO, *Necessità ed aspettative di tutela nel delitto di false informazioni al pubblico ministero*, cit., 94 ss.

oltre a moltiplicarne i problemi, contribuisce e condiziona l'affermarsi di una tirannia del diritto processuale votata al potenziamento delle attività di indagini per l'accertamento del fatto che, anche attraverso la esaltazione della non dispersione di conoscenze ritenute utili al sapere ed al convincimento giudiziario⁵⁶, porta ad uscire da un circolo virtuoso solo attraverso una decisa valorizzazione di una lettura penalistica di quegli istituti processuali che, richiamati nell'art. 377 bis c.p., siano capaci così, e per quanto razionalmente rivisitati, di sradicare il simbolismo di un tale illecito penale da quella sua esclusiva funzione rituale di meccanismo votato alla (ri)acquisizione di conoscenze, ma chiaramente disinteressato alla punibilità dell'autore mediato di un fatto. Quest'ultimo, infatti, qualificato come reato plurisoggettivo improprio⁵⁷, limita tipicamente la responsabilità penale al solo soggetto che induce il dichiarante all'abuso strumentale del suo diritto al silenzio; e salvo che la sua condotta non integri gli estremi di altro reato, il soggetto indotto risulterà sempre non punibile, sia comprensibilmente quando è vittima che specialmente quando è complice, in attuazione di un regime premiale che, pur sempre espressione della funzione simbolica che l'ha ispirato, neppure sembra capace di recuperare alla norma di riferimento livelli apprezzabili di effettività nel controllo penalistico dei fatti ad essa riconducibili.

Sulla base di tali premesse, allora, la verifica teleologico-strutturale del delitto qui oggetto di studio, partendo dalla presa d'atto della sua classificazione come reato comune – riferibile anche all'imputato⁵⁸ –, si caratterizza per la incriminazione di una condotta vincolata di induzione effettiva che, incidendo sulla psiche di un soggetto, è rivolta a far tenere al destinatario della stessa un comportamento, di reticenza o di menzogna processuale⁵⁹, da realizzare tassativamente mediante quella coazione (violenza e minaccia) ovvero quell'allettamento (promessa e offerta di denaro o altra utilità)⁶⁰ con cui, nell'escludere per ragioni di tipicità ogni altro mezzo di induzione, si pensi all'inganno⁶¹, il soggetto agente si propone di esulare, ma allo stesso tempo, anche di minare, la spontaneità di una attività difensiva lecita⁶².

Infatti, oggetto dell'induzione ex 377 bis c.p. non è certamente quello di spingere un soggetto alla realizzazione di reati contro l'amministrazione della giustizia, così come

⁵⁶ E' questo il risultato collegato alla distrazione della categoria del "semper loquens" dalle sue finalità originarie: dal rafforzamento del contraddittorio al potenziamento delle indagini preliminari, cfr. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale*, in *Dir. pen. proc.* 2001, 11.

⁵⁷ Per tutti cfr. PAPA, *Il nuovo reato dell'art. 377 bis c.p.*, cit., 560; PIFFER, art. 377 bis, MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 3879.

⁵⁸ Oltre che all'indagato, al suo difensore ovvero al coimputato in procedimento connesso e per lo stesso reato, dal momento che il diritto di difesa non implica quello di commettere reati ben oltre la facoltà di mentire nei limiti dei diritti dei terzi ovvero della offesa alla funzione giurisdizionale, per quanto osservato dallo stesso MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino 1982, 943; PIFFER, *Le modifiche al codice penale*, cit., 688.

⁵⁹ Secondo modalità marcatamente diverse dalla mera istigazione che caratterizza l'art. 377 c.p., cfr. lucidamente PAPA, *Il nuovo reato dell'art. 377 bis c.p.*, cit., 533; ID., *I delitti di subornazione*, cit., 453.

⁶⁰ La manipolazione della condotta di induzione finisce per vedere innestata nella sua struttura condotte di coazione e di allettamento generalmente strumentali ad essa, cfr. PAPA, *op. ult. cit.*, 450.

⁶¹ In tal senso già PIFFER, *Le modifiche al codice penale*, cit., 689.

⁶² Cfr. PIFFER, *op. ult. cit.*, 688.

esatto dall'art. 377 c.p.⁶³, quanto piuttosto quello di determinare o convincere il soggetto tipicamente destinatario della condotta a tenere un comportamento in sé lecito, quell'avvalersi della facoltà di non rispondere che, qualora illecitamente indotta, e quindi lontana da una 'genuina' manifestazione dell'esercizio del diritto fondamentale di difesa (art. 24 Cost.), è tale da inquinare la spontaneità dell'apporto conoscitivo al sapere giudiziario, minacciando, in particolare per le ipotesi coattive, anche la libertà personale dell'individuo che gode di una tale facoltà⁶⁴.

Dunque, sin da questi primi rilievi, si avverte facilmente come l'incremento dell'arsenale penalistico segua qui ancora una volta uno schema tipicamente emergenziale, laddove con il nuovo art. 377 bis c.p., l'introduzione di un delitto privo di *nomen iuris*, e qualificato da una rubrica di tipo descrittivo/analitica, ma allo stesso tempo incompleta nei tratti salienti della nuova tipicità, ha finito per condizionare il normale ruolo lessicografico da attribuire ad una norma che, autonoma e non speciale nel suo rapporto con il delitto di "intralcio alla giustizia"⁶⁵, conferma evidenti tratti di incuria nel suo concepimento e nel suo contenuto tipicamente riferibile ad una irrazionale 'subornazione transgenica' in cui geni di specie diverse rendono non agevole la messa a fuoco strutturale del fatto.

3.1. ... b) della condotta.

Alla luce delle considerazioni di cui sopra sembra imporsi, nell'attuale assetto normativo dei reati contro l'amministrazione della giustizia, ed anche in via prioritaria, uno sforzo sistematico decisamente rivolto al recupero di un razionale contemperamento tra la naturale staticità dell'incriminazione e la dinamicità degli istituti processuali di riferimento, al fine di scongiurare quelle insidie che, proprie di una tipica tecnica del rinvio, finiscono per risentire delle difficoltà nella ricostruzione di un rapporto biunivoco tra diritto penale e processo, in modo da attutire per il penalista il senso di estraneità di una norma, come l'art. 377 bis c.p., probabilmente nata per il processo e non posta a tutela del processo⁶⁶.

Lo studio delle condotte induttive riferibili alla norma qui in esame, allora, finisce per confermare un tale assunto, laddove nella stessa unificazione, criminologicamente incomprensibile, di modalità di aggressione, coazione e allettamento, chiaramente connotate da diverso disvalore, appare improprio lo stesso accostamento,

⁶³ Per una esaustiva disamina della più recente figura di "intralcio alla giustizia", cfr. PAPA, *op. ult. cit.*, 411 ss.

⁶⁴ Si tratta della sintesi di quanto sostenuto da DI MARTINO, *Commento all'art. 20*, cit., 337.

⁶⁵ Elemento soggettivo (dolo specifico e generico), consumazione (anticipata e non), pena *per relationem* e disvalore fisso che, nel suo omologarsi a quello della falsa testimonianza ex art. 372 c.p., non tiene conto della sede della dichiarazione indotta, davanti al pubblico ministero o al giudice, per questi aspetti cfr. anche per una verifica in riferimento al vecchio reato di subornazione PAPA, *op. ult. cit.*, 431-432; CONTI, *Il nuovo delitto di subornazione ex art. 377 bis c.p.*, cit., 1029-1030.

⁶⁶ Cfr. ZANOTTI, *La tutela penale dell'Io narrante*, cit., 50.

rispettivamente, tra vittima e complice quali destinatari delle stesse. Ed un tale ibridismo criminologico, in verità, appare comprensibile, solo se funzionalizzato ad una *ratio* che, evidentemente, è rivolta a giustificare le coerenti origini processuali dell'art. 377 bis c.p. che, tuttavia, non mancano di suscitare reazioni stupefacenti in chi si avvicina con le categorie penalistiche sostanziali alla norma qui in discussione, quando risulta facile osservare che mentre nella condotta di induzione mediante allettamento, in cui il destinatario della stessa assume il ruolo di complice, l'offesa concorrente si concentra esclusivamente sulla tutela dell'attività giudiziaria, nella induzione mediante coazione la dimensione plurioffensiva⁶⁷ del reato investe anche la libertà morale del soggetto passivo della condotta.

L'eterogeneo accostamento di modalità di aggressione criminologicamente distinte – coazione e allettamento – finisce per caratterizzare una incriminazione sovrabbondante, mettendone a dura prova la coerenza interna nell'ambito di un disordine globale generato dalla irragionevole parificazione in termini di disvalore tra diritto al silenzio oggetto di mercimonio e diritto al silenzio coartato, per una soluzione legislativa paradossale quando, come pure già si è avuto modo di rilevare, si sceglie di non colpire l'autore dell'abuso quanto l'autore mediato dello stesso.

Del resto, se l'art. 377 bis c.p., con la criminalizzazione del mercimonio del principio del *nemo tenetur*, ha fatto perno sulla originaria subornazione, l'accostamento ad essa dall'analisi strutturale della norma diventa normativamente insostenibile quando l'art. 377 c.p. arriva a punire l'allettamento del potenziale⁶⁸ dichiarante-testimone, anche davanti al difensore, la stessa punibilità non si registra per i soggetti che, anche se magmatici e indeterminati, sono destinatari della induzione di cui all'art. 377 bis c.p., normativamente riservato alla *persona chiamata* con facoltà di non rispondere che, di contro, necessita di un suo effettivo esercizio⁶⁹.

⁶⁷ Secondo una piena valorizzazione del disvalore complessivo dell'illecito che, come sintesi del disvalore di azione e di evento, sembra confermare per tali ipotesi la qualificazione dell'art. 377 bis c.p. come di un reato *necessariamente* plurioffensivo, dal momento che le modalità di allettamento non compromettono la libertà morale dell'individuo cfr. CONTI, *op. ult. cit.*, 1030; PIFFER, *Le modifiche al codice penale*, cit., 691.

⁶⁸ Il tutto si inquadra in un delitto di impronta soggettivistica in quanto il pericolo di offesa dell'amministrazione della giustizia deriva dal limite alla formale assunzione della qualifica soggettiva del destinatario e dal contenuto del dolo specifico, senza lasciarsi trascinare in forme più ampie, ma allo stesso tempo indeterminate, di tutela affidate alla mera conoscenza della assunzione di una qualità cfr. SCOPINARO, *Intralcio alla giustizia e induzione a non rendere dichiarazioni*, cit., 197 e 204 s.; sulla essenzialità del dolo specifico nella capacità di concentrare in sé tutta l'offensività del fatto cfr. Cass., sez. VI, 8.3.2005, n. 15789, in *Cass. pen.* 2006, 2854.

⁶⁹ Importante appare la relazione statico-dinamica riferibile alla effettiva dichiarazione ed al contegno della persona chiamata a tanto in un reato con evento di danno(?) che, proiettando sulle conoscenze giudiziarie l'interesse da tutelare, ben oltre la eventuale incidenza sulla libera autodeterminazione del singolo, concentra il suo disvalore sulle conseguenze di condotte induttive di coazione e allettamento incidenti su una persona che, *essendo stata chiamata dall'autorità giudiziaria*, è in grado di rendere – non più in via meramente potenziale – un effettivo contributo conoscitivo utilizzabile nella dialettica processuale, cfr. Cass. pen., sez. VI, 25 novembre 2010, n. 45626, con nota di TRINCHERA, [In tema di tentativo del delitto di cui all'art. 377 bis c.p.](#), in *questa rivista*, 25 gennaio 2011, 1.

Pertanto, la rigorosa dommatica appena verificata, con la emersione di un ulteriore vuoto di tutela generato dalla atipicità dell'allettamento del 'potenziale' chiamato con diritto al silenzio, sembra imporre una rivisitazione critica di quella logica del processo contemporaneo in cui, però, all'appiattirsi delle vecchie figure – teste, imputato e coimputato – in un nuovo soggetto, "l'io narrante", come figura di sintesi di tutte le voci che nel rito penale sono chiamate a collaborare al sapere processuale, è proprio il diritto penale sostanziale ad opporsi dal momento che l'obbligo a rispondere secondo il vero che investe l'io narrante nell'art. 377 c.p. viene meno nell'art. 377 bis c.p. in cui, seppur caratterizzato da maggiori incertezze per la possibile confluenza in esso di figure promiscue, si impone la incriminazione di un patto a contenuto lecito, ma dagli effetti illeciti, con una peculiare disciplina che porta all'unica punibilità del soggetto non titolare dell'esercizio del diritto riconosciuto⁷⁰.

Di fronte ad una tale necessaria acquisizione, allora, risulta facile comprendere come il vero problema resta quello dell'accorpamento normativo in un disvalore unico delle condotte di allettamento e di coartazione che, riferibile alle ipotesi di cui all'art. 377 bis c.p., è tale da suscitare perplessità legate, in termini di ragionevolezza, anche alla proiezione sistematica di un tale impianto tipico (si pensi al concorso in fatto lecito altrui⁷¹ ovvero alla asimmetria sistematica legata alla omogeneità del trattamento punitivo di modalità di aggressione chiaramente distinte⁷²).

Tutto, allora, sembra muoversi in un quadro sistematico complessivo in cui alla chiarezza concettuale non segue una condivisibile razionalità in termini di disciplina. Ma una maggiore asimmetria, forse, la si registra per le condotte di indebita pressione che hanno come riferimento le attività svolte nella fase delle indagini preliminari o, più in generale, le attività di accertamento nel processo penale⁷³.

⁷⁰ Fenomeno singolare che, tuttavia, in settori affini, presenta caratteristiche differenti non trascurabili: gli artt. 233 delle Legge Fallimentare, nonché l'art. 416 ter c.p. individuano pur sempre ipotesi di reati plurisoggettivi propri, con esplicita punibilità di entrambi i soggetti, cfr. ZANOTTI, *op. ult. cit.*, 54.

⁷¹ Sul punto cfr. DI MARTINO, *Commento all'art. 20*, cit., 342.

⁷² E' quanto sostiene PISA, *Il nuovo reato di induzione*, cit., 229 ss.

⁷³ Se rispetto alle condotte di indebita pressione incidenti su potenziali interlocutori dell'AG, infatti, i reati contro l'amministrazione della giustizia si affidavano, privilegiando dichiaranti potenziali testimoni, a norme di parte generale (artt. 46, 54 e 110 c.p.) che, in combinato disposto con gli artt. 372 e 371 bis c.p., determinavano una risposta sanzionatoria evidentemente riconducibile alla previsione di parte speciale, con la introduzione dell'art. 377 bis c.p., riferibile alle dichiarazioni di soggetti che potenzialmente non diventano testimoni per incompatibilità o perché godono della facoltà di non rispondere, occorre rilevare che, essendo prevista la stessa pena che il codice riserva all'art. 372 c.p., i problemi sorgono non tanto quando il (non)dichiarante-imputato è pressato per rendere false dichiarazioni o tenere contegni reticenti, ma quando è indotto a sottrarsi all'esame del giudice non comparando o allontanandosi senza lasciare traccia. In questi casi, la pena applicabile ex art. 377 bis c.p. risulta ancora una volta sensibilmente superiore rispetto a quella che ex art. 377 c.p. in casi analoghi sarebbe riferibile alla condotta realizzabile nei confronti di un potenziale dichiarante/testimone, e tutto ciò non ostante che le dichiarazioni del soggetto con facoltà di non rispondere sono 'semplicemente' utilizzabili, mentre quelle del testimone integrano una vera prova, cfr. PISA, *op. ult. cit.*, 230 dove già il problema veniva sollevato in riferimento all'art. 611 c.p. prima della introduzione della norma sull' "intralcio alla giustizia" che, in ogni caso, non muta le perplessità su di un contesto sistematico evidentemente discutibile.

In un tale contesto sistematico, allora, non deve meravigliare se la stessa condotta di induzione mediante allettamento è capace di generare altrettante asimmetrie, anche se meno clamorose. Infatti, ad esempio, a seconda che la induzione corruttiva sia accolta da un soggetto con obbligo di rispondere ovvero da un soggetto con facoltà di non rispondere, nel primo caso, tanto che si verifichi davanti al giudice (con riferimento all'art. 372 c.p.) ovvero davanti al pubblico ministero (con riferimento all'art. 371 bis c.p.), la pena sarà per lo stesso comportamento sensibilmente inferiore rispetto a quella che l'art. 377 bis c.p. riserva a chi convince un soggetto con facoltà di non rispondere.⁷⁴

Prima di concludere sul punto, sia consentita un'ultima annotazione che, anche se sotto altro profilo, pure rivela il rischio di un difettoso coordinamento sistematico. Ci si riferisce, infatti, alla mancata sanzionabilità ex art. 377 bis c.p. della induzione coattiva o corruttiva a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci davanti al difensore che svolga indagini difensive, e ciò evidentemente quale frutto del mancato richiamo dell'art. 371 ter c.p. nella norma qui criticata che, non ostante l'intreccio cronologico tra normative poste a tutela del processo – il riferimento è alle leggi 397/2000 e 63/2001 –, limita la sua operatività alla induzione per dichiarazioni rese davanti all'autorità giudiziaria. Il mancato richiamo dell'art. 371 ter c.p. nell'art. 377 bis c.p. diventa, allora, un ulteriore viatico di irragionevolezza diffuse, che portano alla ulteriore conferma della inopportunità di microinterventi settoriali se non accompagnati da una adeguata ricognizione sugli effetti che si producono quando vengono trascurate ineludibili esigenze di coordinamento e di equilibrio sistematico⁷⁵.

L'irragionevolezza che investe, dunque, la norma qui oggetto di esame viene allora amplificata nel suo confronto sistematico con il disvalore penale che caratterizza altre norme poste a tutela dell'attività giudiziaria. Infatti, se l'art. 377 bis c.p. può operare nei confronti di un soggetto chiamato a rendere dichiarazioni già in sede di indagini preliminari, non trova giustificazione la pena sproporzionatamente maggiore prevista per lo stesso comportamento corruttivo tendente ad ottenere la falsa dichiarazione di un indagato rispetto ad una persona informata sui fatti. Ed una tale diversificazione risulta assolutamente incomprensibile soprattutto se, da un lato, si considera che le dichiarazioni di un imputato con facoltà di non rispondere, senza essere gravate da alcun obbligo di veridicità, non hanno nel procedimento penale lo stesso rilievo probatorio che possono avere le dichiarazioni rese da soggetti che assumono, in quanto chiamati obbligatoriamente a rispondere, la qualifica pubblicistica di testimone e, dall'altro, si confronta la pena prevista per l'art. 377 bis c.p. con quella in cui incorre il soggetto che induce un testimone a non comparire all'esame, laddove il concorso in rifiuto di ufficio legalmente dovuto risulterà punito in modo marcatamente inferiore⁷⁶.

⁷⁴ Per maggiori approfondimenti cfr. PISA, *op. ult. cit.*, 232.

⁷⁵ Opportune esemplificazioni a sostegno dell'assunto sono ancora rinvenibili in PISA, *op. ult. cit.*, 234.

⁷⁶ Cfr. SCOPINARO, *Intralcio alla giustizia e induzione a non rendere dichiarazioni*, cit., 221.

3.2. ... c) dell'evento e del momento consumativo.

Accanto ai caratteri della condotta tipica, l'art. 377 bis c.p. merita di essere ulteriormente approfondito in un altro elemento che lo qualifica strutturalmente: l'evento. Quest'ultimo, infatti, in quanto oggetto di induzione effettiva, è destinato a caratterizzarsi normativamente per l'effettivo non rendere dichiarazioni o per l'effettivo rendere dichiarazioni mendaci, tanto da coincidere, nel primo caso, con la manifestazione di volontà di un comportamento obiettivamente rilevabile e teso ad esercitare la facoltà di non rispondere, mentre, nel secondo caso, con il comportamento del soggetto indotto che, astenendosi dall'esercizio della facoltà di tacere a lui riconosciuta, rende dichiarazioni false senza essere obbligato al vero, ma con la possibilità di negarlo⁷⁷.

Ed una tale acquisizione, del resto, è destinata a svolgere un ruolo fondante nel giudizio di tipicità relativo alla norma qui in esame dal momento che, proprio ai fini dell'accertamento della falsità delle dichiarazioni, troverebbe applicazione il criterio del vero oggettivo e non quello del vero soggettivo perché, diversamente da quanto avviene nell'art. 372 c.p., sarà da ritenere falsa esclusivamente la deposizione che contrasta con la realtà oggettiva e non quella che contrasta con ciò che il deponente sa per averlo visto e udito⁷⁸.

Inutile ribadire qui che la qualificazione dell'art. 377 bis c.p., inoltre, come reato di evento, non solo porta a considerare insufficiente, ai fini della consumazione, la potenziale idoneità della condotta che, meramente istigatoria, si concentrerebbe, come nell'art. 377 c.p., sulla sola verifica dello scopo ulteriore prefissatosi dall'agente, ma impone necessariamente l'esistenza di un nesso causale tra la induzione effettiva del

⁷⁷ Sembra essere questa la logica conclusione per una norma che nella formulazione del testo definitivo è, ancora una volta, sfuggita di mano al legislatore. Quest'ultimo, nella esplicitazione del requisito della "facoltà di non rispondere" riferibile ai destinatari della condotta di induzione, non ha provveduto, nel caso di dichiarazioni mendaci, a limitare ulteriormente il contenuto delle stesse false dichiarazioni, tanto da estenderle anche alla negazione del vero (si pensi al caso dell'indagato indotto a dichiarare falsamente di non conoscere i concorrenti nel reato ovvero a fornire false indicazioni sui medesimi), cfr. quanto rilevato da PIFFER, *Le modifiche al codice penale*, cit., 691. Dunque, la induzione penalmente rilevante ex art. 377 bis è tipicamente rivolta alla alterazione del vero oggettivo, dal momento che la alterazione del vero soggettivo è fuori dalla tipicità della norma.

⁷⁸ Infatti, conformemente a quanto rilevato per il reato di cui all'art. 371 bis c.p., e secondo una prospettiva sistematica che porti alla verifica della assimilazione strutturale e teleologica per norme in cui la ricostruzione del concetto di verità non appare omogeneo, dal momento che le dichiarazioni false di cui all'art. 377 bis c.p., così come per l'art. 371 bis c.p., non comprendendo *la mera negazione del vero*, si differenziano da quelle testimoniali ex art. 372 c.p., per una divergenza di *ratio* tesa ad accentuare l'attenzione su conoscenze che, anche e soprattutto nelle fasi iniziali del procedimento, si presentano come frutto di un atto di indagine e non come un atto di investigazione (si pensi alla conferma delle dichiarazioni rese da altri ovvero al fornire indicazioni e conoscenze sui concorrenti nel reato), ad ulteriore conferma di una verità che implicitamente si afferma in termini oggettivi e non soggettivi cfr. sul piano metodologico le condivisibili osservazioni di SCHIAFFO, *Necessità ed aspettative di tutela*, cit., 107 ss. Contra PIFFER, *Le modifiche al codice penale*, cit., 691; PISANI, *Induzione a non rendere dichiarazioni*, cit., 522; in giurisprudenza anche se relativamente all'art. 377 c.p. cfr. Cass. pen., sez. VI, 11 ottobre 2006, in *CED*, n. 235719/2006.

soggetto attivo ed il comportamento effettivamente tenuto dal destinatario della stessa⁷⁹, per cui il momento consumativo del reato si raggiunge quando la persona indotta dichiara manifestamente davanti all'autorità giudiziaria di avvalersi della facoltà di non rispondere ovvero mente senza offendere diritti di terzi, contenendo, cioè, la falsità nei limiti della calunnia, autocalunnia ovvero del favoreggiamento⁸⁰.

Se, dunque, la condotta di induzione effettiva ex art. 377 bis c.p. non risolve il disvalore complessivo dell'illecito, per cui, allontanandosi dai connotati di una mera condotta istigatoria, così come avviene nell'art. 377 c.p., essa presuppone, in termini di evento, la effettività del mendacio o del contegno 'assolutamente' reticente da parte del soggetto a tanto indotto, risulta facile comprendere come tutto ciò sia capace di condizionare l'operatività di una norma. Del resto, a conferma di un tale assunto, in particolare per le ipotesi di induzione corruttiva, non basta che il tacere o il mentire siano oggetto di un mero accordo, quanto che essi siano effettivamente realizzati, in quanto anche il rifiuto della qualificazione dell'art. 377 bis c.p. come reato a consumazione anticipata, sembra imporsi non solo per la asimmetria strutturale di questa norma con l'art. 377 c.p.⁸¹, ma anche per il fatto che *nell'iter criminis* della incriminazione qui in esame la coazione e allettamento non hanno ad oggetto un fatto-reato, ma un comportamento penalmente lecito. Ed è proprio quest'ultimo, infatti, che, in quanto esercizio del più generale diritto costituzionale di difesa, esige lo spostamento in avanti della consumazione del fatto fino a farla coincidere con la realizzazione di quell'evento processuale⁸², silenzio e mendacio, in modo da evitare, da un lato, il non potere addebitare la istigazione a tacere o a mentire di chi ha la facoltà di non rispondere per mancanza in esso delle qualifiche soggettive necessarie alla operatività degli artt. 371 bis, 372 e 377 c.p., e, dall'altro lato, la presa d'atto del mancato delinearsi dei necessari presupposti per ammettere la punibilità di un mero accordo finalizzato alla commissione di un comportamento lecito⁸³.

3.3. ... d) della qualificazione penalistica del soggetto destinatario della condotta.

I problemi di ragionevolezza che investono la condotta e l'evento di cui all'art. 377 bis c.p. preludono all'esame di quel terzo elemento che, collocandosi più di ogni altro lontano da situazioni ontologiche familiari al diritto penale sostanziale, finisce per qualificare il nucleo essenziale di disvalore della fattispecie qui in esame. Infatti, è

⁷⁹Condividendo l'interpretazione più plausibile cfr. PAPA, *Il nuovo reato dell'art. 377 bis c.p.*, cit., 545 s. e 556 s.; PIFFER, *Le modifiche al codice penale*, cit., 689.

⁸⁰ Per una tale individuazione del momento consumativo del reato di cui all'art. 377 bis c.p., cfr. da ultimo PISANI, *op. ult. cit.*, ivi; in giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. VI, 12 luglio 2006, in *CED*, n. 234876/2006.

⁸¹ Cfr. PAPA, *op. ult. cit.*, ivi.

⁸² Silenzio e mendacio del soggetto con facoltà di non rispondere, infatti, verrebbero a costituire il risultato di una fattispecie complessa che, senza esaurirsi nella mera *induzione* del soggetto chiamato, provochi la contaminazione processuale da un apporto conoscitivo illecitamente coartato o allettato cfr. TRINCHERA, *In tema di tentativo del delitto di cui all'art. 377 bis c.p.*, cit., 1.

⁸³ Cfr. PAPA, *I delitti di subornazione*, cit., 453.

proprio il soggetto destinatario della condotta che, come diretto responsabile dell'evento, sembra appunto destinato, nella analisi strutturale della disposizione qui oggetto di studio, a sollevare gli ormai noti problemi che, maggiormente legati alla magmaticità del tessuto normativo, e fuori dalla ambiguità della locuzione "persona che, chiamata a rendere dichiarazioni utilizzabili davanti all'autorità giudiziaria, gode della facoltà di non rispondere", vengono ad imporre la necessaria adozione penalistica di una lunga descrizione di elementi extrapenali⁸⁴ che, di chiara marca processuale, finiscono per risentire di una faticosa ricostruzione tipica, anche perché condizionata da una serie di proprietà cumulative effettivamente esistenti⁸⁵.

Così come nell'art. 377 c.p., quindi, anche nell'art. 377 bis c.p., una valorizzazione sistematica del dettato normativo, implica che, la induzione *effettiva* a tacere o mentire, unitamente all'uso del participio passato "chiamata" con riferimento alla persona con facoltà di non rispondere, portano a ritenere fondatamente che il soggetto, sentito dall'autorità giudiziaria per rendere dichiarazioni utilizzabili in un procedimento penale, abbia già assunto *staticamente* la relativa qualificazione processuale al momento della induzione⁸⁶, e che *dinamicamente* la completi minando l'assunzione di effettivi contributi conoscitivi alla dialettica processuale⁸⁷.

Pertanto, e di fronte ad un tale pacifico assunto, ne consegue, logicamente, la esclusione tassativa dalla tipicità della norma qui in esame delle dichiarazioni rese da soggetti che, prevenendo una indagine nei loro confronti, o si presentano spontaneamente al Pubblico ministero⁸⁸, o, con la qualifica di imputati, rendono dichiarazioni spontanee in ogni stato del dibattimento⁸⁹.

⁸⁴ Inutile dire, infatti, che la stessa definizione processuale di tali elementi, a seconda che lasci prevalere una interpretazione formalistica o sostanzialistica degli stessi, rischia di condizionare, ampliandolo, l'ambito di operatività dell'art. 377 bis c.p. qualora non venga recuperato a criteri assiologici di diritto penale sostanziale, sul punto già CONTI, *Il nuovo delitto di "subornazione"*, cit., 1031 s.

⁸⁵ Cfr. PAPA, *Il nuovo reato dell'art. 377 bis c.p.*, cit., 541-542.

⁸⁶ Si pensi alle ipotesi di invito a presentarsi che il pubblico ministero rivolge all'indagato ex art. 375 c.p.p. ovvero ad altre persone informate sui fatti con facoltà di non rispondere, ma anche alle ipotesi di citazione ai fini dell'incidente probatorio o del dibattimento. Sono queste le conseguenze di una affermazione ineccepibile, ma che sposta troppo in avanti, rispetto al colloquio con il pubblico ministero, l'inizio dell'attività penalmente rilevante, non tanto di coazione, quanto di allettamento del terzo, per una soluzione che nel rispetto di esigenze di legalità non consente altre interpretazioni, aprendo tuttavia possibili inquietanti spazi di impunità e sollecitando contatti precoci con dichiaranti potenziali, cfr. PAPA, *I delitti di subornazione*, cit., 439-440.

⁸⁷ E' quanto osserva TRINCHERA, *In tema di tentativo del delitto di cui all'art. 377 bis c.p.*, nota a Cass. pen., sez. VI, sent. 25 novembre 2010, n. 45626, cit., 1

⁸⁸ Cfr. PAPA, *Il nuovo reato dell'art. 377 bis c.p.*, cit., 544.

⁸⁹ Così PAPA, *I delitti di subornazione*, cit., 440; inutile dire che non manca chi ritiene puramente di scuola l'ipotesi di una condotta di subornazione ovvero di coazione del chiamato a rispondere sul fatto proprio nel procedimento che lo riguarda, salvo sottolineare che nella vicenda dei reati plurisoggettivi appare difficile distinguere tra circostanze rilevanti solo per il fatto proprio e quelle *contra alios*, cfr. sul punto le osservazioni stringenti di AMODIO, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in Cass. pen. 2001, spec. 3594 ss.

Se tutto questo è vero, è anche vero che il rigoroso rispetto delle esigenze di legalità in materia penale⁹⁰ finisce per aprire evidenti spazi di impunità, dal momento che, ben oltre il pur discutibile ricorso suppletivo ad ipotesi di favoreggiamento personale 'limitato'⁹¹, l'impianto normativo, caratterizzato da uno stretto rapporto tra qualifica personale e indebita pressione, neppure sfugge, nel sollecitare contatti precoci con gli stessi potenziali "chiamati", alla atipicità ex art. 377 bis c.p. di quelle forme pur discutibili di subornazione ambientale⁹², laddove, per le ipotesi di induzione coattiva, è possibile pur sempre recuperarne una rilevanza penale ad altro titolo⁹³.

Una volta chiarita la portata normativa della locuzione "persona chiamata", merita opportuno approfondimento nell'art. 377 bis c.p. il richiamo alla locuzione "davanti all'autorità giudiziaria" che, a conferma di quanto pure sopra rilevato, trova ancora nei lavori parlamentari il fondamento di un ulteriore evidente vuoto di tutela e che, maldestramente associato, questa volta, all'intento del legislatore di perseguire un chiaro ampliamento della operatività della norma, è riferibile alle dichiarazioni rese dal soggetto con facoltà di non rispondere rese al difensore⁹⁴ e alla polizia giudiziaria, anche quando quest'ultima agisce per delega del pubblico ministero⁹⁵, quando, assolutizzandosi in ipotesi corruttive, non integreranno forme di favoreggiamento personale, minaccia o violenza⁹⁶.

⁹⁰ Per cui l'uso del participio passato – persona *chiamata* – esclude sicuramente dal suo ambito di operatività i dichiaranti con diritto al silenzio che, solo *potenzialmente* da chiamare e non ancora chiamati, debbano deporre davanti all'autorità giudiziaria. E' fatta salva, in questi casi, la rilevanza penalistica della reiterazione delle pressioni dopo la formale chiamata, la puntuale osservazione è riconducibile, anche se con riferimento all'art. 377 c.p., a ROMANO B., *La subornazione tra istigazione, corruzione e processo*, Milano 1993, 63 ss.

⁹¹ Si pensi alle ipotesi di dichiarazioni mendaci che, rese alla polizia giudiziaria e, quindi, fuori dall'ambito di operatività dell'art. 372 c.p., portano ad una applicazione della norma di cui all'art. 378 c.p., scongiurando estensioni analogiche *in malam partem*, solo quando le informazioni non veritiere provocano un autentico depistaggio rispetto ad interventi urgenti della polizia giudiziaria, cfr. più ampiamente sul punto PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, Milano 1984, 173 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte speciale*, vol. I, V ed., Bologna 2012, 405 ss. e spec. 411; sul punto, anche in conseguenza della riformulazione dell'art. 376 c.p. ad opera della legge n. 94 del 2009, si impone una chiara diversificazione tra tali ipotesi che coprono il mendacio 'limitato' da esercizio del diritto al silenzio, da quelle di falso di chi sarebbe obbligato al vero ed a cui estendere l'applicazione della nuova disciplina della ritrattazione, cfr. da ultimo, per ulteriori approfondimenti AMARELLI, *La ritrattazione del favoreggiamento-mendacio: prime applicazioni del nuovo art. 376 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2012, 727 ss.

⁹² Sul punto cfr. per tutti PAPA, *Il nuovo reato*, cit., 541-543.

⁹³ Infatti, per le ipotesi di coazione del soggetto potenzialmente chiamato con facoltà di non rispondere soccorrono le ipotesi di cui agli artt. 610 e 611 c.p., anche al fine del recupero acquisitivo di conoscenze, in tal senso già DI MARTINO, *Commento all'art. 20*, cit., 336.

⁹⁴ A differenza dell'art. 377 c.p., e coerentemente con la mancanza di ogni riferimento all'art. 371 ter c.p. nel tessuto normativo dell'art. 377 bis c.p. cfr. da ultimo PISANI, *Induzione a non rendere dichiarazioni*, cit., 511.

⁹⁵ Con argomentazioni analoghe affermatesi rispetto alla fattispecie di cui all'art. 371 bis c.p. cfr. per tutti PADOVANI, *Commento all'art. 11 del d.l. 8 giugno 1992 n.306*, in *Leg pen.* 1993 117; GARUTI, *Utilizzabilità delle dichiarazioni integranti il reato di favoreggiamento personale rese in sede di polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.* 1996, 148. In giurisprudenza cfr. *Cass. pen. Sez. VI*, 27 novembre 1992, in *Giur. it.* 1994, II, 408; Corte Cost., sentenza n. 101 del 1999, in *Cass. pen.* 1999, 2466.

⁹⁶ Cfr. PISA, *Il nuovo reato di induzione*, cit., 233; CONTI, *Il nuovo delitto di subornazione*, cit., 1034.

In questo contesto sistematico, tuttavia, se la struttura e le conseguenze ricollegabili alle locuzioni normative appena sopra esaminate appaiono evidentemente convergenti nella individuazione di chiari limiti all'ambito di operatività di una norma, è nella struttura tipica del delitto di cui all'art. 377 bis che il richiamo alla locuzione "dichiarazioni utilizzabili" assume un significato nevralgico nella nostra indagine, in quanto la sua mobilità è in grado di incidere chiaramente sulla portata della incriminazione e, come più avanti si approfondirà, sullo stesso bene giuridico di riferimento. Inutile dire, qui, che, a differenza dell'art. 377 c.p., e pur concentrando la verifica di utilizzabilità delle dichiarazioni nel solo procedimento penale⁹⁷, la lettera della norma di cui all'art. 377 bis c.p. consente di propendere per l'adozione di una 'larga' nozione di utilizzabilità, laddove è proprio il riferimento al procedimento e non al processo penale che, unitamente al richiamo alla più ampia nozione di Autorità Giudiziaria, tipicamente finiscono per consentire di ricomprendere tra le dichiarazioni utilizzabili anche quelle rese al pubblico ministero e, quindi, ben oltre una tutela del contraddittorio, non solo quelle utilizzabili ai fini del giudizio, ma anche tutte quelle in base alle quali è possibile effettuare contestazioni ex art. 500 c.p.p., senza escludere, infine, quelle di uso endoprocessuale per l'adozione di una misura cautelare⁹⁸.

Infatti, assecondando una interpretazione teleologica della norma di cui all'art. 377 bis c.p., occorre rilevare che essa, non solo è rivolta essenzialmente ad assicurare il corretto svolgimento del procedimento penale da indebite interferenze⁹⁹, ma si assolutizza nel tentativo di superare gli inconvenienti tipici legati ad una sua eccessiva dilatazione, contribuendo anche al superamento di una connotazione vaga ed evanescente del bene di riferimento da funzionalizzare, invece, alla formazione non solo del sapere processuale probatorio, ma anche paraprobatario, come espressione della

⁹⁷ Ad ulteriore conferma di quella *ratio* esclusiva che anima i procedimenti differenziati di criminalità organizzata asserviti ad una chiara logica di "doppio binario" in cui si tende a confermare una 'eccezionale' efficacia espansiva, anche probatoria, agli atti di indagine preliminare come espressione diretta di quella involuzione del sistema penale complessivo denunciata dalla più attenta dottrina cfr. CORSO, *Codice di procedura penale e criminalità organizzata*, in AA. VV., *Mafia e criminalità organizzata*, coordinati da CORSO-INSOLERA-STORTONI, vol. I, Torino 1995, 156; MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., *passim*. Rileva, da ultimo, un allarmante fenomeno diffusivo di micro-sistemi processuali che, modellati sul tipo d'autore, individuerrebbero forme rituali accomunate da una disciplina caratterizzata da evidenti cadute in termini di garanzie nell'ambito di un "c.d. diritto processuale penale del nemico" LORUSSO, *Il rafforzamento del micro-sistema processuale per i reati a sfondo sessuale commessi nei confronti dei minori*, in AA. VV., *L'abuso sessuale sui minori: prassi giudiziarie e novità normative introdotte dalla legge 38/2006 sulla pedopornografia*, a cura di LORUSSO-MANNA, Milano 2007, 129 s. e più in generale sul tema del "diritto penale del nemico" cfr. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da satana al diritto penale cool*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI-PALIERO, vol. I, Milano 2006, 757 ss.; AA. VV., *Il diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di DONINI-PAPA, Milano 2007, *passim*; AA. VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di GAMBERINI-ORLANDI, Bologna 2007, *passim*; per la dottrina tedesca cfr., per tutti JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in HRRS 2004, Heft 3, 88 ss.

⁹⁸ Per una più esaustiva panoramica delle ipotesi riferibili a dichiarazioni utilizzabili in ambito endoprocessuale cfr. CONTI, *op. ult. cit.*, 1034.

⁹⁹ Cfr. PAPA, *op. ult. cit.*, 438.

necessaria acquisizione di elementi conoscitivi suscettibili di produrre unicamente conseguenze di tipo endoprocedurale.

Pertanto, ai fini di una corretta valutazione della utilizzabilità di (non)dichiarazioni rese già nella fase delle indagini preliminari da chi poi si (ri)sottrae inspiegabilmente al contraddittorio ovvero all'attività del pubblico ministero, l'art. 377 bis c.p., nel prendere le mosse dalla condotta di induzione, alla origine di irragionevoli sopravvenuti silenzi, dinieghi, novità di affermazioni ovvero inspiegabili contraddizioni del soggetto con facoltà di non rispondere, fornisce la base sostanziale per avviare un percorso accusatorio indiziario di prova, sostanzialmente indiretta e più agevole rispetto alle condotte di violenza e minaccia che sul piano criminologico, ex art. 610 e ss. del Codice Rocco, si rivelano spesso più difficilmente riscontrabili. Dunque, senza la necessità che la condotta illecita di induzione ex art. 377 bis c.p. sia oggetto di accertamento processuale di merito o che con sentenza passata in giudicato giunga a determinare la sussistenza del reato, il giudice, con molto meno, e alla luce della legislazione vigente, avvalendosi del dispositivo di cui agli artt. 500 e 210 c.p.p., può svolgere quelle necessarie verifiche probatorie che, su richiesta della parte, e a completamento degli elementi concreti da essa forniti, giungono a far ritenere che il testimone ovvero, nel nostro caso, l'imputato per reato connesso o collegato siano stati sottoposti a violenza o minaccia o allettamento anche sostanzialmente indiretti¹⁰⁰.

In questi termini, però, non si tratta di procedere ad una supina valorizzazione di una prassi evolutiva, sostenendone la legittimità o auspicandone la realizzazione¹⁰¹, quanto, piuttosto, in definitiva, di recuperare una affidabile struttura penalistica ad una norma, l'art. 377 bis c.p. che può essere sottratta alla sua 'doppia funzione processuale di scorciatoia probatoria'¹⁰² solo se si affranca da un pericoloso circuito che, pervenendo a forme razionali di 'tipicità come risultato', sappia recuperare *standard* di garanzia nella individuazione di quelle condizioni positive necessarie alla utilizzabilità di (non)dichiarazioni procedurali che, ben oltre la logica del sospetto, sappiano porsi a fondamento dell'accertamento di un fatto¹⁰³.

¹⁰⁰ Sul punto cfr.. Cass. pen., sez. II, 22 gennaio 2008 con nota di TODARO, *Note in tema di provata condotta illecita ai sensi dell'art. 500, commi 4 e 5 c.p.p.*, in *Cass. pen.* 2009, 593 ss.; Corte Cost., ord. n. 358 del 15.12.2010, con nota di LEO, [La Consulta sulla prova delle pressioni indebite nei confronti del testimone](#), in *questa rivista*, 15 dicembre 2010, 1.

¹⁰¹ Sarebbero queste le reali ragioni che, non senza qualche perplessità, avrebbero imposto la nuova incriminazione, così PAPA, *Il nuovo reato dell'art. 377 bis c.p.*, cit., 540-541.

¹⁰² Infatti, il circuito virtuoso che investe l'art. 377 bis c.p. non solo riguarda il recupero di conoscenze acquisitive da porre a fondamento del convincimento del giudice, ma anche la facilitazione nella ricerca di quel seme di prova da riferire ad una condotta illecita, l'induzione, strutturalmente meno pregnante di quelle stesse modalità che tipicamente la caratterizzano (violenza, minaccia, offerta e promessa), sul punto cfr. PAPA, *I delitti di subornazione*, cit., 437.

¹⁰³ Se così non fosse, allora, più che il frutto di un procedimento ermeneutico che, valorizzando formule concettuali in grado di indicare all'interprete un programma di azione, pure concorre alla definizione concretamente riconoscibile di una legalità 'qualitativa' capace di contribuire a esplicitare i limiti applicativi per la validità di una norma penale, la tipicità sarebbe qui trasfigurata in un risultato indotto da un procedimento probatorio indiziario che, lungi dalle garanzie di verifica della prova per la colpevolezza, vivrebbe di standard mobili pronti ad essere strumentalizzati e ad incidere negativamente sulla stessa

Ma a questo punto della nostra indagine, l'approfondimento della esatta determinazione del soggetto destinatario della condotta non può chiudersi senza un'ultima annotazione sulla specificazione di un requisito pure ad esso riferibile e normativamente individuabile: la facoltà di non rispondere. Infatti, se l'art. 377 bis c.p., in quanto realizzabile da chiunque, individua chiaramente un reato comune, la stessa norma, dal punto di vista del destinatario della condotta di induzione, si caratterizza per il riferire l'induzione tipica ad un soggetto qualificato che, passivo e non, così come anche confermato dai lavori preparatori, si caratterizza proprio nella estrinsecazione di quella facoltà di non rispondere, destinata a concretizzarsi nella titolarità di un diritto a non rendere dichiarazioni ovvero a rendere dichiarazioni mendaci, anche se sempre nei limiti della tutela del processo e dei diritti di terzi¹⁰⁴.

Quindi, a prescindere dal contenuto delle dichiarazioni, il riconoscimento ad un soggetto della facoltà di non rispondere diventa criterio decisamente distintivo tra il destinatario, tipicamente qualificato, della condotta ex 377 c.p. e quello ex art. 377 bis c.p.; quest'ultimo, infatti, secondo il tenore letterale della norma, e mediante il rinvio agli artt. 64, 210 e 197 bis c.p.p., è individuabile solo nell'indagato e nell'imputato che, anche in procedimento connesso o per reato collegato, conservino la prerogativa normativamente richiesta fino a quando non assumono la qualità di testimone, anche assistito, quando chiamato a riferire su fatto altrui¹⁰⁵.

Rispetto ad un tale ultimo assunto, infatti, non appare inutile qui ribadire che, alla stregua dell'attuale assetto processuale, la facoltà di non rispondere, accanto a soggetti cui sembra più propriamente riferirsi, viene riconosciuta ed estesa anche a talune categorie di testimoni e di persone informate sui fatti¹⁰⁶, rispetto alle quali, però, e senza prescindere dal contenuto delle dichiarazioni, appare più corretto riferirsi non tanto ad una *facoltà di non rispondere*, quanto piuttosto ad un *non obbligo di deporre*, dal momento che, in quest'ultima ipotesi, se si decide di rispondere lo si dovrà fare assumendo l'obbligo di dire la verità, configurando, pertanto, una posizione diversa da

irricoscibile determinatezza processuale di un fatto, sul punto cfr. SOTIS, *Formule sostanziali e fruibilità processuale*, cit., *passim* e spec. 1155; PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in AA. VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di VASSALLI, Napoli 2006, 54 e 72 ss.; MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale*, Napoli 2001, *passim*.

¹⁰⁴ Probabilmente, nella redazione del testo definitivo la norma sembra sfuggita ancora una volta di mano al legislatore, incentrando la tipizzazione dei destinatari della condotta di induzione unicamente sul requisito della "facoltà di non rispondere" senza ulteriori limitazioni inerenti la sede delle dichiarazioni e il contenuto delle stesse, con un tentativo arduo di interpretazione 'limitante' sconfessato dal tenore letterale della norma e dall'esame dei lavori parlamentari, laddove sembra insostenibile una dichiarazione mendace sul presupposto dell'obbligo di dire la verità cfr. PIFFER, *Le modifiche al codice penale*, cit., 691.

¹⁰⁵ Cfr. PIFFER, *Le modifiche al codice penale*, cit., 690.

¹⁰⁶ Si pensi, nel procedimento penale, alla facoltà di astenersi dal deporre riservata ai prossimi congiunti ex art. 199 c.p.p. che, ex art. 362 c.p.p., si estende anche alle persone informate sui fatti e sentite dal pubblico ministero, cfr. PIFFER, *op. ult. cit.*, ivi.

quella tipizzata nell'art. 377 bis c.p., sicuramente comprensiva del silenzio, ma anche del mendacio 'limitato'¹⁰⁷.

La mobilità della qualifica di testimone, pertanto, quand'anche processualmente estensibile a quella di imputato, è destinata a trovare un limite, ma allo stesso tempo un fondamento sistematico nel diritto penale sostanziale ogni volta in cui lo stesso imputato riferisca su fatti che, non riconducibili alla propria responsabilità, concernono la responsabilità di altri (art. 64 comma 3 c.p.p.) e, quindi, anche nel corso dello stesso interrogatorio, l'oggetto delle dichiarazioni può inevitabilmente concorrere al mutamento di una stessa posizione penale e processuale¹⁰⁸. Se tutto questo è vero, allora, l'esatta portata dell'obbligo di deporre e lo stesso ambito di applicazione delle norme sul mendacio risultano condizionati, nel caso di imputato in procedimento connesso o per reato collegato, alla possibilità di distinguere con sufficiente chiarezza tra le dichiarazioni su fatto altrui e quelle su fatto proprio, e siccome ciò non sempre può risultare agevole, le difficoltà si acuiscono in caso di dichiarazioni miste riferibili a figure di compromesso, si pensi al c.d. "impumone"¹⁰⁹.

In un tale contesto sistematico, quindi, le novità introdotte dalla legge n.63 del 2001 risentono delle carenze di un assetto processuale che, contagiando inevitabilmente il diritto penale sostanziale¹¹⁰, si caratterizza per la complessità e la scarsa linearità nella disciplina della formazione e della valutazione della prova. Appare, allora, chiaro come, rispetto a tali acquisizioni, l'interprete, di fronte alla genericità e alla conseguente indeterminatezza di un elemento – la facoltà di non rispondere –, sia chiamato ad una non semplice operazione di ricognizione di confini capace, ragionevolmente, di ridefinire la portata dell'incriminazione tanto da impedire all'art. 377 bis c.p. di restare sempre in agguato rispetto a tutti i possibili rapporti riferibili a soggetti che godono di un diritto costituzionalmente riconosciuto, quello al silenzio. Si tratta, in definitiva, di recuperare alla definizione dell'ambito dei soggetti che possono avvalersi della facoltà di non rispondere sia il riferimento alle norme procedurali che attribuiscono tale facoltà, sia, sul terreno del diritto penale sostanziale, la valorizzazione sistematica delle fattispecie poste a tutela del bene giustizia in cui l'art. 377 bis c.p. si inserisce¹¹¹.

Pertanto, alla luce di tutto quanto sopra, dunque, appare evidente come la condivisibile esigenza di politica criminale che anima lo stesso art. 377 bis c.p. può affrancarsi da tutta una serie di perplessità derivanti dai rischi di una sua pur sempre possibile strumentalizzazione endoprocessuale solo se, sradicata da una fuorviante interferenza tra 'subornazione transgenica' ed esercizio del diritto al silenzio, sarà capace di proporre una fedele ricostruzione penalistica di modi e caratteri dell'*induzione effettiva* e della *effettiva determinazione a tacere o mentire* del soggetto con facoltà di non rispondere.

¹⁰⁷ Una tale impostazione è da tributare alle pertinenti osservazioni di DI MARTINO, *Commento all'art. 20*, cit., 339-341; ZANOTTI, *La tutela penale dell'io narrante*, cit., 64 ss.

¹⁰⁸ Appare questa la naturale conseguenza di quanto rilevato da PIFFER, *Le modifiche al codice penale*, cit., 696

¹⁰⁹ Cfr. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.* 2001, 8; SANTORO, *Il cambio da coimputato a teste esalta il confronto*, in *Guida dir.* 2001, 13, 44.

¹¹⁰ Così NOBILI, *op. ult. cit.*, 5.

¹¹¹ Secondo quanto sostenuto da PAPA, *Il nuovo reato dell'art. 377 bis c.p.*, cit., 549.

A questo punto, allora, l'esito della nostra indagine appare segnato, ed è decisamente condizionato dall'analisi di una struttura normativa, quella dell'art. 377 bis c.p., in cui trova spazio una forza centrifuga che, imponendo la valorizzazione di un sindacato esterno, ha ad oggetto il rinvenimento di una condotta illecita necessaria alla ricostruzione delle ragioni e dei modi di un silenzio o di un mendacio che, senza corrispondere all'interesse processuale di chi se ne avvale, finiscono per giovare a soggetti diversi, determinando il rischio, così, di un esito anomalo rispetto alla funzione di politica criminale cui la stessa norma sembrerebbe destinata. In un tale contesto è il regime processuale che, disciplinando la sorte e il contenuto di dichiarazioni e silenzi, non solo definisce il sorgere o meno dell'obbligo dichiarativo o testimoniale, ma finisce per decidere così *ab externo* tanto del titolo del reato (artt. 377 e 377 bis c.p.) quanto della stessa sanzione, mentre *ab interno* risulta difficile comprendere come il tecnicismo processuale si traduca automaticamente in un regime differenziato per l'applicazione della fattispecie di diritto penale sostanziale. Appare profondamente illogico, pertanto, in una norma che non vi fa alcun riferimento, giungere a ritenere una eguaglianza di disvalore penale tra la facoltà di non rispondere come estrinsecazione del diritto al silenzio e la inesistenza di un obbligo a rispondere come eccezione all'obbligo testimoniale ex art. 197 bis c.p.p.¹¹²

La ricerca dei necessari limiti ad un tale esasperato funzionalismo simbolico, dunque, si è venuta affermando inesorabilmente come opzione prioritaria per il recupero di un diritto penale orientato alla tutela di beni giuridici in una disciplina in cui, anche da un punto di vista strettamente tecnico, una rigorosa ricognizione di confini per un elemento essenziale della tipicità, la facoltà di non rispondere nell'art. 377 bis c.p., non può esaurirsi semplicemente con il riferimento ai soggetti destinatari dell'induzione, in quanto si correrebbe il rischio di individuare così un criterio definitorio ampio ed attualmente riferibile a tipologie differenziate – imputato, indagato, persona informata sui fatti e testimone –, incapaci di risolvere il problema, ripetendo anche il destino che scontano le definizioni legislative¹¹³.

Le argomentazioni decisive per respingere tale ampiezza¹¹⁴, allora, sono state sopra ricercate essenzialmente nel tentativo di collegare la irresponsabilità del dichiarante alla (ri)definizione della responsabilità di chi lo induce, per cui il riferimento alla facoltà di non rispondere, solo se recuperato in concreto alla articolazione tipica di silenzi ovvero di menzogne, riesce ad esplicitarsi in un inesistente obbligo dichiarativo che, senza essere mai collegato ad un corrispondente obbligo di verità, individua l'essenza tipica della nuova incriminazione.

Seguendo questo diverso itinerario ricostruttivo della tipicità si scopre, allora, che nella cerchia dei destinatari ex art. 377 bis c.p. entra assai poco il riferimento alla

¹¹² Cfr. le lucide osservazioni di DI MARTINO, *Commento all'art. 20*, cit., 342-343.

¹¹³ Sul rapporto tra disposizioni definitorie di carattere "equiparatorio" e quelle di carattere "interpretativo-normativo" cfr. PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., 117 ss.; AA.VV., *Omnis definitio in Jure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di CADOPPI, Padova 1996, *passim*.

¹¹⁴ Cfr. le stringenti argomentazioni di ZANOTTI, *La tutela penale dell'Io narrante*, cit., 64-66.

facoltà di tacere essendo decisivo il criterio per cui deve trattarsi di soggetti che, al riparo di offese a terzi o alla funzione giurisdizionale, tacciono o mentono senza conseguenze penali, il che esclude in radice ogni soggetto che abbia la qualità di teste, teste assistito e persona informata sui fatti¹¹⁵.

Dunque, tutto ciò è la naturale conseguenza di un tentativo di razionalizzazione penalistica di una disciplina processuale differenziata che, in ordine al concreto uso processuale della facoltà di tacere e alla sorte delle (non)dichiarazioni precedenti, cerca di porre rimedio ai rischi insiti in una mobilità concettuale che, a sua volta, non ha mancato di evidenziare una chiara difficoltà definitoria di quei soggetti destinatari delle forme tipiche di pressione ex art. 377 bis del codice penale vigente. Molto probabilmente, a ben vedere, tale norma avrebbe dovuto limitarsi a colmare una lacuna di tutela ben determinata, ma ben oltre la sua *ratio* manifestamente e strettamente penalistica, ben presto essa non ha mancato di rivelare il suo vero volto, proponendosi come strumento necessario di completamento di un circuito teso a privilegiare funzioni essenzialmente processuali e 'doppiamente' simboliche legate ad un meccanismo processuale di recupero di conoscenze acquisitive che, ex art. 500 c.p.p., si pongono alla base di un sistema probatorio ultralegale garantito solo da un convincimento motivato del giudice¹¹⁶.

Di fronte ad una tale possibile ed ulteriore deriva, allora, si è venuta affermando in via prioritaria la necessità di uscire da quell'equivoco che, per una norma penale lontana dalla tutela del processo, e, anzi, introdotta per il processo, si caratterizzava e si caratterizza per la esaltazione di una prova affidata a schemi presuntivi, esonerando di fatto, così, lo stesso pubblico ministero dai compiti probatori a suo carico¹¹⁷. Si è trattato, allora, anche nel tentativo di addivenire alla ricostruzione di un affidabile oggetto della tutela penale, ancora una volta di promuovere, nell'ambito di un tale contesto sistematico, una razionale lettura penalistica degli istituti processuali, ribilanciando il rapporto tra incriminazione e meccanismo processuale, laddove l'interesse al recupero di conoscenze acquisitive non prevalessse in modo assoluto sulla (non) punizione dell'autore della induzione ex art. 377 bis c.p.

Proprio in virtù di una tale consapevolezza, nella norma qui oggetto di studio, si è ben presto giunti a comprendere che il recupero di una sua effettività penalistica dovesse essere affrontato nel suo vero problema, vale a dire quello di individuare una

¹¹⁵ La norma sembra così recuperare sia in termini di determinatezza che nella individuazione di corretti stimoli alla razionalizzazione del suo contenuto cfr. la condivisibile analisi di ZANOTTI, *La tutela penale dell'io narrante*, cit. 66.

¹¹⁶ Si tratta di un vero e proprio colpo di teatro che, se non opportunamente delimitato nel procedimento incidentale di delibazione sommaria, così come richiesto ex art. 111 comma 5 cost, può portare, di fronte al mutato contegno processuale del dichiarante, ad una emotiva conversione in prova delle (non) dichiarazioni unilaterali assunte nella fase delle indagini preliminari ed ignote al giudice, non tramite il meccanismo delle contestazioni, ma tramite una loro acquisizione al fascicolo dibattimentale, cfr. ZANOTTI, *op. ult. cit.*, 60.

¹¹⁷ Si pensi al silenzio e alle contraddizioni di chi precedentemente ha parlato, e che sono da assumere come dato da cui inferire coazione o allettamento, tanto da proiettare la norma qui in esame nei limiti dei suoi soli effetti processuali, rinunciando così ad assegnarle un ruolo applicativo effettivo, sul punto cfr. ZANOTTI, *op. ult. cit.*, 51-52.

concreta elaborazione di affidabili *standard* probatori¹¹⁸ che, lontani da una prassi appiattita su procedimenti differenziati e dominati dalla elasticità dell'accertamento giudiziale, avrebbero costituito, per l'art. 377 bis c.p., il riflesso di formule sostanziali processualmente fruibili in quanto espressione di una 'tipicità come risultato' di un procedimento ermeneutico ancorato ad una legalità qualitativamente riconoscibile, laddove la necessità del nesso tra accertamento processuale e incriminazione ai fini del pre-giudizio del destino di quest'ultima nel meccanismo di cui all'art. 500 c.p.p., sapesse valorizzare, così, la interdipendenza finale di due prospettive che porterebbero nel sistema complessivo di giustizia penale alla consacrazione definitiva di un razionale *diritto penale nel processo*¹¹⁹.

Solo una razionale ricostruzione esegetica della norma qui oggetto di studio, dunque, può portare al superamento di ogni perplessità e disorientamento quando il riferimento incrociato alle norme processuali è capace di essere esattamente dipanato nella stessa tassatività di una norma penale che, al riparo dalle sollecitazioni di elementi normativo-valutativi – si pensi alla facoltà di non rispondere e alla utilizzabilità delle dichiarazioni –, trova nei loro riferimenti extrapenali il contributo necessario ad individuarli e a determinarli contenutisticamente nell'ambito di un teleologismo orientato da principi penalistici di stretta derivazione costituzionale¹²⁰. In tutto ciò, quindi, risiede più di un motivo per ritenere che la nuova incriminazione di cui all'art. 377 bis c.p. andasse necessariamente recuperata a criteri di selezione penalistica per un fatto in cui la riconoscibilità delle condotte che lo integrano sia capace di affrancarsi dalle insidie di una tipicità mobile, influenzata da fattori non ponderabili in anticipo e affidati alle scelte processuali dei singoli. E allora uscire dall'*impasse* significa, ancora una volta, affidarsi ad un quanto mai necessario tentativo di razionalizzazione dell'esistente che si concentri essenzialmente sul superamento di due difficoltà: una di metodo, che ispirata ad una lettura penalistica degli istituti processuali sappia recuperare la costruzione di una fattispecie posta a tutela del processo; l'altra sistematica, riconducibile ad una tutela penale che, lontana dall'assumere a suo oggetto la regolare acquisizione al processo dell'apporto conoscitivo di soggetti con facoltà di tacere, si proponga di riaffidare alla norma penale un modello di illecito e una (ri)costruzione della tipicità che, fondata su elementi normativi teleologicamente ispirati da una mobilità biunivoca tra vicende processuali e diritto sostanziale, sia capace, in una prospettiva di valore, di rendere

¹¹⁸ Cfr. ZANOTTI, *op. ult. cit.*, 60-61; in giurisprudenza cfr. da ultimo Corte Cost., ord. n. 358 del 15.12.2010, con nota di LEO, *La Consulta sulla prova delle pressioni indebite nei confronti del testimone*, cit., 1.

¹¹⁹ Solo la dissoluzione del *diritto penale del processo*, attraverso la affermazione di criteri penalistici di teoria del reato nell'ambito delle categorie processuali normativamente richiamate nel tipo di illecito penale (*c.d. diritto penale nel processo*), può consentire di rifiutare il ruolo servente del diritto penale in un sistema nevrotico in cui finisce per dominare, anche attraverso l'art. 377 bis c.p., la strumentalità di standard probatori unicamente funzionali alle scorciatoie proprie del meccanismo acquisitivo sopra descritto, per un approfondimento di tali acquisizioni cfr. la suggestiva tesi di FIORE, *La teoria del reato alla prova del processo*, cit., *passim*.

¹²⁰ Si giunge così al necessario completamento della autorevole intuizione di MANTOVANI, *Diritto penale Parte generale*, Padova 2001, 70-71.

quantomeno riconoscibile la trama di un tessuto normativo in cui, decisamente, non sia il processo, ma il diritto sostanziale a decidere della rilevanza penale di un fatto¹²¹.

3.4. ... e) della fattispecie soggettiva.

Per quanto attiene alla fattispecie soggettiva di cui alla induzione ex art. 377 bis c.p., a differenza di quanto avviene anche nell'attuale formulazione dell'art. 377 c.p., pure appare opportuno precisare, anche alla luce delle considerazioni di cui immediatamente sopra, che anche essa risulta condizionata dalla condotta del destinatario dell'induzione che, nel tacere o nel rendere dichiarazioni mendaci, non costituisce più oggetto di dolo specifico in un reato a consumazione anticipata, ma si conferma, in un reato a dolo generico¹²², come elemento condizionante la necessità dell'effettivo raggiungimento del risultato, tipicamente richiesto, della violenza e della minaccia ovvero dell'offerta e della promessa¹²³. Del resto sembra deporre in tal senso anche l'uso ex art. 377 bis c.p. del termine "induce a" in luogo della locuzione "per indurre" di cui all'art. 377 c.p., per cui, ai fini del dolo generico nella norma qui oggetto di studio si esige la rappresentazione che la persona tipicamente indotta e che gode della facoltà di non rispondere non renda dichiarazioni o le renda 'oggettivamente' mendaci davanti all'autorità giudiziaria in un procedimento penale¹²⁴.

4. Il bene giuridico e la natura del reato.

Facendo tesoro dell'insieme delle considerazioni appena maturate, dunque, un tentativo di razionalizzazione dell'esistente è apparso in via prioritaria contrassegnato dalla necessità di proiettare la complessità normativa di una subornazione transgenica, quella di cui all'art. 377 bis c.p., oltre una sua lettura esclusivamente processuale per cui, solo nel passaggio da una norma funzionale al processo ad una norma penale a tutela del processo¹²⁵, può trovare concretizzazione una legittima *ratio* di politica criminale che, nell'intento di ovviare a reali lacune di tutela¹²⁶, avrebbe il sicuro compito di limitare

¹²¹ La categorizzazione penalistica degli istituti processuali, allora, consente di sottrarre la norma penale alla tirannia delle vicende processuali, per cui non è più il processo a determinare la sanzione, ma è il diritto penale che si consacra nel processo come luogo di affermazione di diritti di garanzia cfr. DI MARTINO, *Commento all'art. 20*, cit., 343 e per la manualistica per tutti DALIA-FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, VII ed., Padova 2010, *passim*.

¹²² Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 404.

¹²³ Per una esaustiva disamina di tali nozioni cfr. PAPA, *I delitti di subornazione*, cit., 449 s.; PIFFER, *Le modifiche al codice penale*, cit., 689 con gli opportuni riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

¹²⁴ Per tutti cfr. PIFFER, *Le modifiche al codice penale*, cit., 691; ID., *art. 377 bis*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 3881.

¹²⁵ Cfr. CONTI, *Il nuovo delitto di subornazione*, cit., 1035.

¹²⁶ Identificabili nelle sole modalità di allettamento dell'imputato, così PAPA, *Il nuovo reato dell'art. 377 bis c.p.*, cit., 539.

ragionevolmente una operazione di respiro più ampio¹²⁷, disarmonica rispetto al sistema in cui si inserisce un precipitato tecnico che attiene al particolare rapporto tra processo penale e reati contro l'amministrazione della giustizia¹²⁸.

Infatti, la ricerca di un sempre più pressante equilibrio tra canoni processuali e principi del diritto penale ha avuto, senza forzature strumentali, lo scopo di muoversi nella individuazione di una disciplina organica capace di produrre sinergie necessarie alla tutela di un giusto processo¹²⁹ che, passando necessariamente attraverso una rigorosa lettura penalistica degli istituti processuali, non solo sappia porsi al riparo da discutibili tendenze involuzioniste, ma sia in grado soprattutto di restituire al diritto sostanziale la funzione che gli è propria, vale a dire quella di strumento di tutela di beni giuridici. Un tale obiettivo sembra, allora, ancorarsi ad una ricostruzione dell'oggetto della tutela penale che, nella sintesi tra *ratio* e struttura di una norma, sappia cogliere, così come per l'art. 377 bis c.p., il reale disvalore della fattispecie, restituendola ad una possibile idea di effettività che, nel nostro caso, non solo passi attraverso il superamento di una dubbia unificazione penalistica di ibride modalità di aggressione asservite soltanto ad una chiara logica processuale, ma sia anche in grado di promuovere un'autonomia normativa disancorata da un soffocante circuito sistematico (artt. 111 co. 5 cost., 500 e 210 c.p.p., 377 bis c.p.).

In verità, diversamente da quanto avviene in altri ordinamenti¹³⁰, e non ostante abbia avuto il grande merito storico di vedere accorpati sotto un medesimo titolo tutta

¹²⁷ Infatti, appare evidente come il legislatore, punendo l'induzione anche nel corso delle indagini, si sia proposto una tutela ad ampio spettro non della prova conseguita a dibattimento, ma anche della spontaneità e genuinità del silenzio o mendacio del soggetto con facoltà di non rispondere nel corso della fase procedimentale, quale naturale esito di un giudizio globale sulla nuova fattispecie, sul punto cfr. CONTI, *op. ult. cit.*, ivi.

¹²⁸ Per una analoga tensione e impostazione metodologica cfr. per tutti INSOLERA, *I delitti di false dichiarazioni al pubblico ministero e al difensore. Alla ricerca del bene giuridico tutelato*, in *Dir. pen. proc.* 2004, 1037 ss.

¹²⁹ Una disciplina organica, caratterizzata da scelte nette, deve tendere a munire di una tutela penale adeguata il sistema processuale, senza che la natura peculiare del bene oggetto di tutela induca a dimenticare i canoni del diritto penale, ed *in primis* di legalità, nell'ambito di una operazione complessa che tocca al cuore il sistema penale complessivamente inteso, così CONTI, *op. ult. cit.*, 1036.

¹³⁰ Un'analisi di diritto comparato evidenzia, accanto ad ordinamenti come quello spagnolo orientato a criteri classificatori simili al nostro, una ulteriore duplicità di organizzazione ordinamentale che si caratterizza, da un lato, per una sistematica più flessibile e, dall'altro, per il non aver dedicato nemmeno uno specifico capo ai reati contro l'amministrazione della giustizia, in quanto discutibile punto di riferimento per una eventuale ricostruzione dei reati in esame. Tra gli ordinamenti di questo secondo tipo, emblematico è l'ordinamento tedesco che, con la presa d'atto della inesistenza di un settore del codice penale specificamente dedicato alla tutela del bene giustizia – pertanto culturalmente e politicamente sottovalutato –, si caratterizza proprio per una frammentazione sistematica delle relative fattispecie incriminatrici all'interno di varie categorie di reati: si pensi alle fattispecie di evasione disperse nei reati contro la pubblica amministrazione; al fatto di omessa denuncia e di simulazione di reati rinvenibili nei delitti contro l'ordine pubblico; il favoreggiamento reale e il favoreggiamento personale, poi, non sempre pacificamente attratti nei reati contro il patrimonio; ai delitti di falsa testimonianza e di falso giuramento nonché alla calunnia è dedicato, poi, un capo autonomo, anche se, mentre i primi hanno come bene di riferimento la tutela di una funzione statale, individuabile nella amministrazione della giustizia, l'ultimo, la calunnia, assurge a tutela, anche alternativamente, della amministrazione della giustizia nella sua dimensione puramente funzionale e autoritativa, ovvero, in termini funzionalpersonalistici, come più condivisibile espressione della violazione/lesione

una serie di reati precedentemente disciplinati in ordine sparso, il codice Rocco neppure è riuscito a smentire una collocazione sistematica meramente indicativa di fattispecie che sono riferibili ad un bene, l'amministrazione della giustizia, sicuramente rilevante a soli fini classificatori e non categoriali¹³¹. Infatti, la stessa divisione delle norme del titolo III del libro II in tre distinti capi – attività giudiziaria, autorità delle decisioni giudiziarie e tutela arbitraria delle private ragioni – non ha impedito di elevare l'amministrazione della giustizia ad amplissimo ed autonomo bene superindividuale di natura funzionale che, teso a garantire il corretto esercizio della funzione giurisdizionale, consente di incriminare quei comportamenti che tipicamente appaiono in grado di recarvi ostacolo o pregiudizio¹³².

dell'affidamento dei consociati nella correttezza della attività persecutoria statale nell'esercizio della sua funzione di amministrazione della giustizia. Così come per la Germania, poi, anche in Francia manca uno specifico settore dedicato alla tutela del bene giustizia, e ciò trova conferma nel fatto che la previsione di una serie di reati (si pensi alla falsa testimonianza e alla calunnia) viene annoverata nella sezione dedicata ai crimini e ai delitti contro i privati, mentre l'evasione è collocata nei reati contro la cosa pubblica. Non mancano, infine, ordinamenti in cui, si pensi in particolare a quello svizzero, la forte flessibilizzazione sistematica è rafforzata dalla peculiarità per cui i reati contro l'amministrazione della giustizia finiscono addirittura per assumere una funzione attrattiva di fattispecie sistematicamente collocate in altri settori codicistici: il riferimento su tutti è al reato di riciclaggio sempre più lontano da un ambito di tutela patrimonialistica, anche se ciò, trascurando il disvalore complessivo dell'illecito, si legittima attraverso una dubbia valorizzazione di un mero disvalore di azione, incentrato su condotte di ostacolo alla identificazione dei proventi illeciti. In una tale ottica di ampliamento settoriale delle fattispecie poste tradizionalmente a tutela dell'amministrazione della giustizia, l'ordinamento statunitense, infine, prevede poche figure criminose in materia di tutela della funzione giurisdizionale che, tuttavia, proprio per la loro struttura, in un ordinamento di *common law*, sono in grado di garantire una più ampia copertura del bene di riferimento: si pensi al caso della figura generale del *Contempt of Court*, cui però pure si aggiungono specifiche figure criminose, unificate sotto il titolo dell' *Obstruction of Justice*. Infatti, accanto a fattispecie di amplissima portata, capaci di ricomprendere in esse ogni comportamento idoneo ad ostacolare l'amministrazione della giustizia, non mancano figure di illecito che delineano modalità di aggressione ben più limitate: si pensi alla violenza o resistenza a pubblico ufficiale calata nel settore giudiziario, e a norme incriminatrici esplicite che puniscono omicidio, violenza o minaccia a danno di testimoni o informatori, per una prospettiva di sintesi cfr. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano 2007, p. 11 (in nota); PAPA, *I delitti di subornazione*, cit., 413-414 in nota; CASTALDO-NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Padova 2010, *passim* e spec. 76 ss.; PISA, *La riforma dei reati contro l'amministrazione della giustizia tra adeguamenti «tecnici» e nuove esigenze di tutela*, in AA. VV., *Verso un nuovo codice penale*, Milano 1993, 359 ss.; RUDOLPHI-HORN-GÜNTHER-SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1. e 2. Besonderer Teil, V ed., Neuwied-Kriftel 1997, *passim*.

¹³¹ Ad ulteriore conferma di quanto, per l'art. 371 bis c.p., già rilevato da SCHIAFFO, *Necessità ed aspettative di tutela nel delitto di false informazioni al pubblico ministero*, in *Ind. pen.* 1999, 81; più in generale sui rapporti tra beni classificatori e categoriali cfr. PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., 39 ss.

¹³² Si tratta, in definitiva, di norme che guardano alla amministrazione della giustizia in una accezione amplissima, ricomprendendovi non solo le attività di esercizio della funzione giurisdizionale in senso stretto, ma anche quelle inerenti le funzioni requirenti e inquirenti, l'esecuzione di giudicati e tutto ciò che ha un qualsiasi riferimento allo scopo ultimo della giustizia, il che spiega la inclusione originariamente in essi anche dei delitti di ragion fattasi e di quelli cavallereschi, questi ultimi ora abrogati dalla legge-delega per la depenalizzazione di reati minori n.205 del 1999 cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 343 ss. In verità, tutto ciò, sembra anche ispirato da una chiara visione paternalistica di un ordinamento penale che, nel ricostruire acriticamente i suoi limiti di legittimazione "morale", finisce per diventare il frutto anche di una costante tendenza alla pubblicizzazione degli oggetti della tutela penale, cfr. sul punto, anche

Nell'ambito di un tale assetto sistematico, però, non è apparsa secondaria la presa d'atto che, sotto l'etichetta amministrazione della giustizia, è stato possibile rinvenire anche fattispecie destinate a tutelare non una astratta idea di giustizia, ma beni giuridici specifici¹³³ che, talora eterogenei, in quanto di tipo individuale e collettivo, rilevano in funzione di un regolare ed efficace operare dell'istituzione giudiziaria in tutte le sue fasi come bene collettivo di primaria rilevanza costituzionale¹³⁴.

Pertanto, anche l'art. 377 bis c.p.¹³⁵ ha rivelato ben presto la necessità di radicare la sua autonomia penalistica nella ricostruzione di un oggetto della tutela capace di contribuire alla definizione di un autonomo contenuto di offesa che, costituzionalmente ispirato ad un diritto penale del fatto, fosse fedele espressione di una *ratio* e di elementi strutturali di una norma incriminatrice finalmente ricondotta a razionalità nel suo inevitabile impatto con istituti processuali che, per definizione, pure dovrebbero essere rivolti alla consacrazione di regole di giustizia democratica¹³⁶.

Se, infatti, la riforma sul "giusto processo" risulta proiettata alla affermazione del particolare interesse statale alla corretta formazione della prova in modo che il giudice origini il suo convincimento da dati veritieri e genuini, ne deriva come diretta conseguenza la conferma della condanna delle conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo di dire la verità ovvero dalla mancanza di spontaneità nell'esercizio di quel diritto fondamentale al silenzio che, costituzionalmente riconosciuto, ed espressione del più generale diritto di difesa, arriva ad estendersi anche al falso 'limitato'¹³⁷. Ed allora, essendo l'art. 377 c.p. una norma autonomamente posta a tutela anticipata dei beni di riferimento dei delitti scopo cui la coazione e l'allettamento sono finalizzati¹³⁸, anche l'art. 377 bis c.p. impone la ricerca di un bene di riferimento che, nella messa a fuoco dello scopo perseguito dalla incriminazione, si incentri sulla necessaria concretizzazione dell'interesse statale a un regolare e giusto processo, assicurato anche dalla genuinità

in una prospettiva critica, per tutti AA. VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di FIANDACA-FRANCOLINI, Torino 2008, *passim*; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, *passim* e spec. p.68 ss.; nella dottrina tedesca cfr. HEFENDEHL, *Grund und Grenzen des Schutzes kollektiver Rechtsgüter im Strafrecht*, München 2000, *passim*.

¹³³ Si pensi alle ipotesi di favoreggiamento reale e all'art. 371 ter c.p. nella suggestiva ricostruzione di LONGOBARDO, *Le false dichiarazioni al difensore*, cit., 383 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 415.

¹³⁴ Cfr. PIFFER, *Introduzione ai reati di cui al Titolo III*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 3744.

¹³⁵ Secondo l'approccio metodologico autorevolmente riferibile a MOCCIA-SCHIAFFO, *False informazioni al pubblico ministero*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIII, Roma 1996, *passim*.

¹³⁶ L'art. 377 bis c.p., sia perché collocato in un contesto di riferimento geneticamente mutevole, quello processuale, e sia perché calibrato per evenienze probatorie di natura endoprocessuale, rende faticoso il rinvio a principi generali di teoria del reato che, nelle vicende dinamiche di una tipicità come quella qui oggetto di studio, andrebbero ricercati *per relationem* in una disciplina extrapenale e processuale, cfr. le stringenti osservazioni di PAPA, *Il nuovo reato*, cit., 532; NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.* 2001, 5-7 e *passim*; LONGOBARDO, *Le false dichiarazioni al difensore*, cit., 400 ss.

¹³⁷ Tale limite è evidentemente ancorato alla tutela dei diritti dei terzi o all'affermazione della giustizia.

¹³⁸ Cfr. per PAPA, *I delitti di subornazione*, cit., 418; in giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. VI, sent. 12 luglio 2006, in *CED*, n. 234876/2006.

delle dichiarazioni di quanti hanno facoltà di riferire su fatti di causa davanti all'AG¹³⁹, fatto salvo il recupero di una dimensione plurioffensiva da riconoscere alle ipotesi di induzione coattiva che legittimano il ruolo di parte offesa ai soggetti passivi delle stesse¹⁴⁰.

Di fronte ad una tale premessa, la difficoltà di una corretta ricostruzione del bene oggetto della tutela penale, così come nel presente lavoro già si è avuto modo di evidenziare, risente nell'art. 377 bis c.p., allora, soprattutto della peculiare convivenza nella stessa norma di modalità di aggressione criminologicamente distinte e del tutto eterogenee che, legate da innaturale fraternità siamese, trovano il loro naturale punto di convergenza nel soggetto destinatario della condotta. Quest'ultimo, in verità, proprio perché definito da una serie di proprietà cumulative effettivamente esistenti¹⁴¹, non solo risulta condizionato nella sua esatta individuazione dalla necessità di correggere una ambigua interpretazione degli elementi costitutivi della norma qui oggetto di studio¹⁴², ma diventa punto focale per il superamento di una fisionomia vaga ed evanescente del bene individuabile ora nella tutela del corretto e normale svolgimento del procedimento penale¹⁴³, ora nell'apporto conoscitivo alla formazione del sapere processuale probatorio e paraprobatorio in relazione ad elementi suscettibili di produrre conseguenze endoprocessuali, anche quelle per le quali è possibile procedere alla emissione di una misura cautelare¹⁴⁴.

In un tale contesto, dunque, si è inserito l'art. 377 bis c.p. il cui testo definitivo, all'esito di un travagliato iter parlamentare, si è caratterizzato per la perdita della sua originaria fisionomia che, ben oltre l'esclusivo strumento di tutela del contraddittorio davanti al giudice, sembra aver assolutizzato l'oggetto della incriminazione nel riferimento a quella condotta di induzione che, individuata da modalità tassative, finisce per trovare il suo naturale punto di confluenza nel destinatario della stessa quale titolare della facoltà a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci davanti all'autorità giudiziaria, quindi, non necessariamente nel contraddittorio delle parti.

Alla luce di quanto sopra immediatamente evidenziato, risulta evidente, allora, come la stessa eterogeneità delle modalità di realizzazione della condotta tipica – coazione e allettamento –, unitamente alle diverse caratteristiche che presentano i comportamenti, anche leciti, costituenti il risultato dell'induzione di un soggetto con

¹³⁹ Posizione chiaramente influenzata dalla assenza di pressioni esterne, corruttive o coattive e, sul punto, anche per la figura di reato riferibile a soggetti obbligati al vero cfr. Cass. pen., Sez. VI, n. 15789/2005.

¹⁴⁰ Cfr. PAPA, *I delitti di subornazione*, cit., 418 s. e 430.

¹⁴¹ Il requisito qui espresso pone ancora una volta in risalto il superamento delle discutibili tesi sostanzialistiche nella individuazione delle qualità personali dell'indotto, in senso critico GALLO, *Il falso processuale*, Padova 1973, 311; PAPA, *I delitti di subornazione*, cit., 439 anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali.

¹⁴² Il richiamo ad una tale nozione dilatata di utilizzabilità delle dichiarazioni, oltre ad escludere possibili forme di subornazione ambientale, si rivela funzionale, in senso ampio, alla tutela della prova formata in contraddittorio nonché alla tutela del diritto di difesa; in via di sintesi, però, può riferirsi anche alla tutela del corretto svolgimento dell'attività processuale contro indebite interferenze, così PAPA, *Il nuovo reato*, cit., 547.

¹⁴³ Cfr. PAPA, *I delitti di subornazione*, cit., 442.

¹⁴⁴ Cfr. PIFFER, art. 377 bis, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 3878-3879.

facoltà di non rispondere rendono non solo inevitabilmente complessa la fisionomia dell'interesse tutelato nell'art. 377 bis c.p., ma hanno rischiato di imporre una ricostruzione in termini necessariamente generici¹⁴⁵.

Rispetto ad una tale possibile deriva, quindi, il vero nodo problematico si è confermato, ancora una volta, non tanto nella ricostruzione dei concetti di condotta ed evento, che in ogni caso presentano una indubbia familiarità ontologica con il diritto penale sostanziale, quanto, particolarmente nello stesso art. 377 bis c.p., nella stessa enucleazione della persona chiamata¹⁴⁶ davanti all'AG che, a prescindere dal contenuto delle stesse sue dichiarazioni, diventa elemento determinante per la esatta tipizzazione penalistica di una norma. Quest'ultima, infatti, risentendo del decisivo spostamento del baricentro teleologico del fatto, non solo abbandona la tutela delle condizioni di effettività del contraddittorio davanti al giudice, ma si concentra, accanto alla tutela della libertà individuale, sulla garanzia della genuina acquisizione del possibile apporto conoscitivo al sapere giudiziario di tutti quei soggetti cui è tipicamente riconosciuta la facoltà di non rispondere¹⁴⁷.

Tale ultima acquisizione, quindi, di fronte alla presa d'atto della dissoluzione di beni giuridici diversificati nella più accreditata posizione che, rafforzata da autorevole dottrina, vuole la riconducibilità del titolo dedicato ai reati contro l'amministrazione della giustizia ad un referente oggettivo comune ed individuabile nella tutela della funzione giurisdizionale¹⁴⁸, non solo merita opportuno approfondimento, ma anche una necessaria verifica nella sua compatibilità con un assetto costituzionale antropocentrico da stato sociale di diritto¹⁴⁹. L'abbandono di una ormai inadeguata forma di tutela, infatti, sembra qui ispirata soprattutto da una visione costituzionale complessiva¹⁵⁰ in cui l'individuo si impone come punto di riferimento anche dell'attività giurisdizionale, la quale finisce per trovare una nuova legittimazione nella valorizzazione di una dimensione 'personalistica' della stessa funzione, giustificata non in quanto espressione

¹⁴⁵ Così per tutti cfr. PISANI, *Induzione a non rendere dichiarazioni*, cit., 512-513.

¹⁴⁶ Così DI MARTINO, *Commento all'art. 20*, cit., 337.

¹⁴⁷ Cfr. PIFFER, art. 377 bis, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 3879; infatti, non manca, in dottrina chi ha pure rinvenuto il fondamento della nuova fattispecie di cui all'art. 377 bis c.p. proprio nel contrasto efficace ad un eventuale uso strumentale e insidioso della facoltà di tacere e persino di mentire dell'imputato, anche connesso cfr. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi*, Milano 2001, 201 ss.

¹⁴⁸ Cfr. per tutti ARDIZZONE, *Amministrazione della giustizia (delitti contr l')*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. II, Roma 1988, 5 ss; PISA, *Giustizia (delitti contro l'amministrazione della)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino 1992, 11 ss.; nella manualistica cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 343 ss.

¹⁴⁹ Per maggiori approfondimenti, anche in relazione ai modelli organizzativi capaci di riflettere nella tutela penale di funzioni sovrane uno strumento di salvaguardia dell'ordinamento democratico secondo una prospettiva antropocentrica di stretta derivazione costituzionale e capace di realizzare una felice sintesi di componenti liberali e solidaristiche cfr. PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit. 43-71; PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, cit., 55 ss.; SANDULLI, *Stato di diritto e stato sociale, in Nord e Sud* 1963, n.44, 8 ss.

¹⁵⁰ Si tratta di una impostazione che già abbiamo avuto modo di verificare anche in relazione alla rivisitazione teleologica del concetto di pubblica amministrazione, per cui ci sia consentito rinviare al nostro *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli 2006, *passim* e spec. 142 ss.

della struttura statale e a presidio di un potere costituito, ma perché garantita solo in quanto dinamicamente rivolta alla protezione dei valori dell'individuo (artt. 2 e 3 Cost.) come singolo e come espressione delle formazioni sociali in cui svolge la sua personalità, da porre a fondamento di quello stato sociale di diritto che, di stretta derivazione normativo-superiore, si pone oltre lo Stato e oltre i diritti del singolo¹⁵¹.

Se tutto questo è vero, allora, la tutela penale della funzione giurisdizionale non può risolversi, con riferimento ad una società dei diritti¹⁵², nella mera tutela di una delle manifestazioni tipiche dello stato in quanto potere costituito, ma deve essere ispirata necessariamente dalla valorizzazione di un nuovo *concetto personalistico di funzione giurisdizionale* capace di originare, a sua volta, una individuazione *personalistica di quel bene giuridico-penale* che possa individuarsi sicuramente e categorialmente nelle aspettative dei consociati ad un corretto esercizio della funzione giurisdizionale penale, come espressione della tutela e dello sviluppo di valori riferibili alla personalità individuale e collettiva in quella principale formazione sociale rappresentata dallo stato democratico¹⁵³.

Fedeli ad una tale impostazione, e per quanto attiene, allora, anche allo specifico bene giuridico tutelato dall'art. 377 bis c.p. appare subito chiaro come in tale norma esso risulti influenzato da una *ratio* e da una struttura tipica, che, sinteticamente, giungono a fondare, in considerazione della ridefinizione dello stesso ambito di operatività della fattispecie, una oggettività più ampia rispetto al richiamo ad una tutela solo eventuale delle condizioni atte a garantire il contraddittorio davanti al giudice¹⁵⁴.

Infatti, non ostante l'aver accomunato, rispetto ad uno stesso bene, modalità di aggressione caratterizzate da disvalore distinto (coazione e allettamento), il recupero di una ragionevole lettura penalistica della norma non ha mancato di evidenziare, anche attraverso una corretta analisi degli elementi costitutivi dell'art. 377 bis c.p., come il circuito sistematico tra diritto penale e processo è destinato chiaramente ad interrompersi di fronte ad una riproduzione non fedele del combinato disposto presente negli artt. 111 commi 4-5 cost. e 500 comma 4-210 c.p.p., per un ambito di applicazione della norma qui in esame più ampio in considerazione del riferimento in essa a dichiarazioni rese davanti all'autorità giudiziaria, quindi non solo nella fase dibattimentale, ma anche in quella delle indagini preliminari. Pertanto, è il riferimento normativo a (non) dichiarazioni che, rese dal soggetto con facoltà di non rispondere ed

¹⁵¹ Così MOCCIA-SCHIAFFO, *False informazioni al pubblico ministero*, cit., 10-11.

¹⁵² Una società, cioè, in cui i giuristi inchiodati al dispotismo delle verità di fatto si mostrino fortemente critici verso il trionfo dell'ideologismo, come espressione logica di un'idea che, completamente sganciata dal dato ontico, si lascia strumentalizzare da norme di comportamento tipiche di regimi totalitari, così ARENDT, *Verità e politica*, Torino 2003, p. 47 ss.; da ultimo, sul tema, cfr. AA. VV., *Il penale nella società dei diritti*, a cura di DONINI-ORLANDI, Bologna 2010, *passim*; AA. VV., *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di STILE, Napoli 2011, *passim*.

¹⁵³ Cfr. MOCCIA-SCHIAFFO, *op. ult. cit.*, *ivi*; nella manualistica, e per una norma penale che si inserisce in un processo di comunicazione e di reciproco riconoscimento tra Stato e consociati, tanto da porsi a fondamento di un diritto penale del cittadino e non del nemico, evidentemente estraneo ad un tale dialogo cfr. CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna 2007, 220-224.

¹⁵⁴ Cfr. PIFFER, *Le modifiche al codice penale*, cit., 693.

acquisite anche davanti al pubblico ministero, e sicuramente non davanti al difensore¹⁵⁵, si pongono le basi per una oggettività giuridica che, ex art. 377 bis c.p., e ben oltre la tutela del contraddittorio, porta pure all'abbandono di una prospettiva individualistica di tutela del diritto di difesa ovvero dell'interesse alla efficace attività difensiva, nonché pure alla tutela del corretto svolgersi del procedimento e della verità processuale, anche quando essa diventa presupposto imprescindibile delle aspettative al corretto esercizio della stessa funzione giurisdizionale da porre al riparo da indebite interferenze¹⁵⁶.

E' nell'ottica costituzionale del 'giusto processo' che, allora, con opportuna sintesi tra interessi connessi all'amministrazione della giustizia, valorizzazione teleologica, collocazione sistematica e struttura delle fattispecie è possibile giungere, senza correre il rischio di ridurre il diaframma tra principi penalistici e tipicità ricavata *per relationem* dalla dinamicità della disciplina processuale¹⁵⁷, alla individuazione di un oggetto della tutela penale che, ex art. 377 bis c.p., accanto alla libertà di autodeterminazione individuale, da riferire più specificamente alle ipotesi plurioffensive di induzione coattiva, sappia anche riflettere ed associare, sul terreno strettamente della tutela del processo¹⁵⁸, le condizioni atte ad assicurare quella genuinità dell'apporto conoscitivo al sapere giudiziario che, sin dalla fase indagini preliminari¹⁵⁹, i soggetti con facoltà di tacere possono fornire al procedimento penale¹⁶⁰, tanto da determinare la punizione di

¹⁵⁵ In virtù della esclusione, nell'art. 377 bis c.p., di ogni richiamo all'art. 371 ter c.p.

¹⁵⁶ Tali affermazioni sembrano trovare fondamento, accanto alle ipotesi di mendacio del dichiarante imputato che non ledono diritti di terzi innocenti ovvero la funzionalità della macchina giudiziaria, anche nelle suggestive ricostruzioni di PIFFER, *op. ult. cit.*, ivi; LONGOBARDO, *Le false dichiarazioni al difensore*, *passim* e spec. 409 ss.; MOCCIA-SCHIAFFO, *False informazioni al pubblico ministero*, *cit.*, *passim* e spec. 10-11; INSOLERA, *I delitti di false dichiarazioni al pubblico ministero e al difensore. Alla ricerca del bene giuridico tutelato*, *cit.*, 1037 ss.; ZANOTTI, *La tutela penale dell'lo narrante*, *cit.*, 59; nella manualistica da ultimo PISANI, *Induzione a non rendere dichiarazioni*, *cit.*, 516 ss.

¹⁵⁷ Assecondando le fondate preoccupazioni di NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale*, in *Dir. pen. proc.* 2001, 5-7 e *passim*.

¹⁵⁸ Ciò risulta evidente in norme, come gli artt. 377 e 377 bis c.p., in cui la tutela penale, superando la effettiva contaminazione della volontà del dichiarante/reticente, aggiunge alla tutela di beni personali quella più direttamente riferibile al processo, confermata del resto da un disvalore penale autonomo rispetto a condotte altrimenti rilevanti solo come illeciti contro la persona cfr. PISANI, *Induzione a non rendere dichiarazioni*, *cit.*, 512.

¹⁵⁹ Quindi il riferimento alla tutela del corretto svolgersi del procedimento penale è da ritenersi *latu sensu*, dal momento che le dichiarazioni rese nel corso delle indagini possono sortire effetti immediati ed estremamente rilevanti, quali l'applicazione della custodia cautelare cfr. CONTI, *Il nuovo delitto di subornazione ex art. 377 bis c.p.*, *cit.*, 1035; in senso critico, per una norma che sembra sfuggita di mano al legislatore, nel caso della mancata determinazione, per le dichiarazioni mendaci, del contenuto delle stesse dichiarazioni cfr. PIFFER, *Le modifiche al codice penale*, *cit.*, 691.

¹⁶⁰ Lo specifico riferimento al procedimento penale nell'art. 377 bis c.p., oltre ad esser collegato alle esigenze di particolari riti differenziati, quelli di criminalità organizzata, sembra ispirarsi anche alla possibilità che, diversamente dall'art. 377 c.p., solo in esso è possibile il riferimento a soggetti dichiaranti non gravati da un obbligo di dire la verità.

comportamenti che in via indotta ne impediscono il contributo o ne alterano il contenuto non spontaneo¹⁶¹ a discapito dello stesso¹⁶².

Pertanto, nel tentativo di ridurre la concezione personalistica della funzione giurisdizionale ad una concezione personalistica del bene giuridico¹⁶³, l'oggetto categoriale della tutela penale conferma anche qui la sua focalizzazione in una dimensione personalistica superindividuale da rinvenire nelle aspettative dei consociati al corretto esercizio della funzione giurisdizionale, fondata sul presupposto qui della genuinità del sapere giudiziario probatorio o paraprobatario riferibile al procedimento penale¹⁶⁴. Infatti, l'alterazione del contributo gnoseologico di chi per difetto di qualifica, come nell'art. 377 bis c.p., non è obbligato al vero processuale¹⁶⁵ è destinato alla irrilevanza penale, a meno che non leda gli interessi di un terzo innocente, la stessa funzionalità della macchina giudiziaria, ovvero non riveli una carica inquinante di quella spontaneità dichiarativa che, determinante ai fini della decisione, è destinata a sopportare il necessario recupero di materiali che, non affiorati sulla scena processuale, si affermino attraverso un onnivoro appetito cognitivo insoddisfatto e tale da generare una offesa penalmente rilevante fondata su disattese condizioni di genuinità del sapere probatorio o paraprobatario giudiziario atte proprio a garantire le aspettative dei consociati al corretto esercizio di una funzione statale, qui coincidente con quella giurisdizionale¹⁶⁶. E tutto ciò sembra trovare il suo naturale fondamento anche nella legge fondamentale, laddove la stessa deroga al metodo del contraddittorio nella

¹⁶¹ La struttura della nuova incriminazione si desume dalla finalità di evitare che con violenza e allettamento si influisca sui contributi probatori riversati nel procedimento penale, strumentalizzando così la facoltà di tacere o di mentire riconosciuta al dichiarante, cfr. ZANOTTI, *op. ult. cit.*, 58 s.

¹⁶² E' evidente che quando la condotta si arricchisce di modalità connotate da violenza e minaccia, allora, la plurioffensività del fatto investe nell'oggetto della tutela penale anche la libertà individuale o la autodeterminazione del singolo, cfr. PIFFER, *Le modifiche al codice penale*, cit., 693.

¹⁶³ Sulla funzione critica della concezione personalistica del bene giuridico come valore, anche collettivo, degno di assurgere ad oggetto della tutela penale ci sia consentito rinviare al nostro *Infedeltà e oggetto della tutela penale nei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 32 ss., nella dottrina tedesca, per tutti, resta ancora fondamentale il contributo di HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in *Jenseit des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, a cura di PHILIPPS-SCHOLLER, Heidelberg 1989, 86 ss.

¹⁶⁴ E' la necessaria chiarificazione di un quadro normativo dalla ambigua eterogeneità e complessità, a completamento delle condivisibili osservazioni di PISANI, *Induzione a non rendere dichiarazioni*, cit., 512; SCOPINARO, *Intralcio alla giustizia e induzione a non rendere dichiarazioni*, cit., 214; ZANOTTI, *La tutela penale dell'io narrante*, cit., 57 ss.

¹⁶⁵ Si tratterebbe, dunque, di un vero oggettivo e non soggettivo, in quanto nell'art. 377 bis c.p. non è normativamente riproposto il paradigma del falso testimoniale che, nella sua tipicità, appunto ricomprende il falso accanto alla negazione del vero, per gli opportuni approfondimenti cfr. le stringenti osservazioni di SCHIAFFO, *Necessità ed aspettative di tutela nel delitto di false informazioni al pubblico ministero*, cit., 102 ss.; *Contra*, per tutti, anche se relativamente all'art. 377 c.p. cfr. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro l'attività giudiziaria*, in DOLCINI-MARINUCCI (diretto da) *Trattato di diritto penale*. P.s., IV, Padova 2005, 631; in giurisprudenza Cass. pen., sez. VI, sent 11 ottobre 2006, in CED, n. 235719/2006.

¹⁶⁶ Una lettura penalistica degli istituti processuali, dunque, favorisce anche nell'art. 377 bis c.p., una ricostruzione dell'oggetto della tutela penale in grado di superare una irrazionale unificazione di figure coattive e corruttive che, fuori da una logica processuale, sappiano cogliere disvalori distinti legati a modalità di aggressione distinte ovvero ad una impunità premiale da sanzione positiva imposta da necessità di politica criminale.

formazione della prova, ex art. 111 comma 5 cost., può avvenire con un meccanismo di recupero acquisitivo per effetto di provata condotta illecita quando volta ad assicurare le aspettative al corretto esercizio della funzione giurisdizionale attraverso la genuinità del sapere giudiziario¹⁶⁷.

Solo così, alla luce delle considerazioni di cui sopra, la incriminazione qui oggetto di studio sembra destinata ad un immediato recupero di credibilità e, sotto il profilo politico-criminale, di una razionalità che, respingendo le riserve negative più incalzanti, le consentono di incarnare una ulteriore forma di tutela del processo, e non un *escamotage* normativo di diritto sostanziale nato per il processo. Infatti, attraverso una rilettura penalistica teleologicamente orientata dei suoi elementi strutturali, che non solo incide sulla individuazione del bene tutelato, ma contribuisce alla definizione della stessa natura del reato, l'art. 377 bis c.p., quindi, in posizione sicuramente più avanzata dello stesso art. 377 c.p., appare non accontentarsi della semplice prova della contaminazione processuale legata alla strumentalizzazione del silenzio e del mendacio del soggetto con facoltà di non rispondere¹⁶⁸, quanto piuttosto si spinge ad esigere la prova del pregiudizio da essi prodotto sulla eventuale alterazione del corretto esercizio della funzione giurisdizionale che, condizionato dall'inquinamento delle conoscenze giudiziarie, è destinato, in provvedimenti infondati, a subirne gli esiti pregiudizievoli a fini probatori e paraprobatori nell'accertamento del fatto.

Nei reati contro l'amministrazione della giustizia, allora, una reinterpretazione sostanziale dell'art. 377 bis c.p. giunge anche a rafforzare una riclassificazione del reato come diretta conseguenza della valorizzazione di una piena realizzazione del concetto di offesa riconducibile alla teoria dell'evento giuridico di danno o di pericolo così come tipizzato dal legislatore¹⁶⁹. Ed una tale affermazione, infatti, risulta fortemente avvalorata da una attenta analisi del dato testuale della norma qui in esame, laddove il superamento di una sanzionabilità penale fondata su di una tipizzazione meramente formale dell'illecito è rappresentato dalla verifica dello scarto tra tipo e offesa così come dedotta dalla necessità della ricerca di un effettivo pregiudizio per la funzione giurisdizionale sulla base dell'inquinamento del sapere giudiziario sin dalle primissime fasi della attività di indagine.

¹⁶⁷Per gli opportuni approfondimenti cfr. per tutti FERRUA, *Il giusto processo*, cit., 94 ss. e spec. 163 ss.

¹⁶⁸ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 25 novembre 2010, n.45626, con nota di TRINCHERA, *In tema di tentativo del delitto di cui all'art. 377 bis c.p.*, cit., 2.

¹⁶⁹ Una opzione per la concezione giuridica dell'evento, non solo consente di recuperare le modalità di aggressione al bene in funzione di tipizzazione della condotta, ma produce come sua conseguenza, nell'ambito di un giudizio di offesa, la valorizzazione ermeneutica del dato normativo, limitando l'illecito sulla base dell'interesse tutelato e del fatto conforme al tipo non meramente formale o apparente, cfr. per tutti FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli 1959, *passim*; SANTAMARIA, *Evento*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano 1967, 118 ss.; BRICOLA, *Teoria del reato*, in *Nss. Dig. It.*, vol. XIX, Torino 1973, 72 ss.; FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVIII, Milano 1987, 770 ss; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 178 e 185 ss.; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, *passim*.

Si tratta di non riproporre, allora, anche per l'art. 377 bis c.p.¹⁷⁰, quel discutibile modello di concezione ulteriormente sanzionatoria del diritto penale in cui la sanzione più grave, destinata a rivivere in reati che violano principi diritto penale del fatto¹⁷¹, si assolutizza nella mera violazione di un obbligo di verità ovvero, più specificamente nel nostro caso, in una mera strumentalizzazione di quel diritto al silenzio di cui processualmente godono determinati soggetti¹⁷². In definitiva, si tratta qui di promuovere la fuga da una predisposizione della tutela penale che, esaurendosi nella criminalizzazione di un mero disvalore della condotta, ben oltre il pericolo di una lesione potenzialmente presunta del bene¹⁷³, giunga alla esaltazione di una logica precauzionale¹⁷⁴ per fatti che, anche per le ipotesi induttive mediante coazione, risulterebbero costruiti come illeciti di mera trasgressione¹⁷⁵, proprio ed in quanto

¹⁷⁰ Sembra questo un problema comune ai reati contro l'amministrazione della giustizia, cfr. per l'art. 371 bis c.p. quanto sostenuto da SCHIAFFO, *Necessità ed aspettative della tutela nel delitto di false informazioni al pubblico ministero*, cit., 113; nella manualistica cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2009, 190 ss.

¹⁷¹ Per una esaustiva ricognizione sul punto cfr. SCHIAFFO, *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli 1998, 27 ss.

¹⁷² Sarebbe questo il fondamento della nuova fattispecie di cui all'art. 377 bis c.p., così da ultimo anche PISANI, *Induzione a non rendere dichiarazioni*, cit., 510.

¹⁷³ Sulla necessaria configurazione dei reati di pericolo presunto come reati di mera condotta, e sul loro destino di assoluta degradazione dell'illecito penale in illecito amministrativo, anche alla luce di 'presunzioni di pericolo arbitrarie' non filtrate dal principio di uguaglianza-ragionevolezza cfr. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.* 1969, 1 ss.; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 173; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 185; PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, 1004 s.; in giurisprudenza per tutte cfr. Corte Cost., sentenza n. 263 del 2000, in *Giur. cost.* 2000, 2064 s.

¹⁷⁴ Potrebbe essere questo il terreno, infatti, di ulteriore espansione simbolica del diritto penale ad opera della diffusione nel diritto interno di fattispecie precauzionali che, a differenza di quelle preventive, fonderebbero il ricorso alla sanzione più grave sulla base di un mero nesso di rischio, quindi non causale, perché agganciato alla mera violazione di regole, ancorché prive di fondamento nomologico-scientifico, con la conseguenza di determinare una completa svalutazione dei beni giuridici come oggetto della tutela penale cfr. da ultimo CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni della sicurezza*, in questa rivista, del 28 luglio 2012, 1 ss.; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 107 ss.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano 2004, *passim*; nella manualistica cfr. per tutti PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino 2005, p. 257 s. e per la dottrina tedesca KÜHL, *Probleme der Verwaltungszakzessorietät des Strafrechts, insbesondere im Umweltstrafrecht*, in *Festschrift für Lackner*, Berlin 1987, 815 ss.

¹⁷⁵ Sui rapporti tra pericolo presunto e illeciti di mera trasgressione, nell'ambito di una evoluzione normativa tesa alla estremizzazione della formalizzazione dell'illecito penale che, prescindendo interamente dal momento di offesa, abbandona una chiara diversificazione tra fattispecie preventive, con un fondamento scientifico di rischio, e fattispecie precauzionali, che ne esulano cfr. CASTRONUOVO, *op. ult. cit.*, ivi; PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, cit., 75-77 dove pure l'A. affronta il rapporto tra soglie di accettabilità di rischio legate ad attività tipicamente pericolose ed illeciti di mera disobbedienza, da riferire a regole di sicurezza nell'ambito di un diritto penale del comportamento costituzionalmente legittimo (*ult. cit.*, ivi); nella manualistica cfr. C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 169.

riferibili ad una norma penale quale presidio sanzionatorio a tutela di funzioni di discipline di tipo organizzatorio extrapenale¹⁷⁶.

L'art. 377 bis c.p. va sottratto sicuramente a questo ordine di idee, in quanto i pregiudizi alla funzione giurisdizionale derivanti dall'inquinamento del sapere giudiziario, nell'ambito di un procedimento penale conforme a esigenze di legalità costituzionale, non si assolutizzano in una mera contaminazione processuale da strumentalizzazione del diritto di tacere, anche mediante mendacio, ma devono pur sempre sottostare all'accertamento della concretizzazione di momenti di offesa al bene oggetto di tutela, e ciò non senza il rigoroso rispetto delle garanzie di cui all'art. 49 c.p. che, nell'aver come riferimento normativamente tipico, ex art. 377 bis c.p., una verità oggettiva, vengano pur sempre filtrate dalla prova della impossibilità di verifica dell'evento ovvero di vincibilità, anche in via ermeneutica, della presunzione di pericolo¹⁷⁷.

Infatti, l'assenza dell'obbligo di dire il vero in capo al destinatario della induzione nella norma qui oggetto di studio, non solo contribuisce a differenziarla strutturalmente dalla forma autonoma di tutela anticipata di beni di cui all'art. 377 c.p., ma consente anche di scandagliare, come per gli artt. 372 e 371 c.p., la divergenza di situazioni pregiudizievoli riferibili – nel dibattimento e nelle indagini preliminari – a (non) dichiarazioni che, pure di fronte al mendacio, ed anche quando orientate all'esercizio dell'azione penale, si radicano, non comprendendo tipicamente la negazione del vero, in una verifica di verità oggettiva da porre a fondamento di una autonomia di *ratio*. Quest'ultima, in prospettiva teleologica, sembra rivolta ad enucleare situazioni da prevenire nel procedimento penale e riferibili all'inquinamento di una gnosi onnivora dell'autorità giudiziaria, cui è possibile porre rimedio attraverso il recupero acquisitivo di elementi, fino ad allora inesistenti o manipolati, ma in grado di restituire correttezza all'esercizio della funzione giurisdizionale.

Se, in un tale contesto, la ridefinizione del bene giuridico è passaggio prioritario per la ricostruzione del fatto in termini di danno o di pericolo, è anche vero che alla luce della tutela della aspettative dei consociati al corretto esercizio della funzione giurisdizionale, assicurata anche dalla genuinità del sapere giudiziario, la classificazione

¹⁷⁶ L'art. 377 bis c.p., pertanto, anche in ragione di una tutela di beni avanzata rispetto alla struttura di cui all'art. 377, confermata del resto da un disvalore sanzionatorio più grave, contiene in sé gli elementi evidenti al superamento della dicotomia pericolo astratto e modello sanzionatorio, per un inquadramento del delitto in esame che, nell'esaltarne la funzione, sappia valorizzare le caratteristiche di un reato di offesa al bene di riferimento, più ampiamente sul punto cfr. le lucide considerazioni di CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in AA. VV., *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, a cura di GIOSTRA-INSOLERA, Milano 1998, 133 ss. e spec. 159 s.

¹⁷⁷ Anche il reato di pericolo astratto supporterà pur sempre la verifica della non effettiva contaminazione del convincimento del giudice – da azione inidonea – ovvero della impossibile deviazione dal corretto corso del procedimento e del corretto esercizio della funzione giurisdizionale nella fase di indagine o decisoria – per l'oggetto inesistente –, sembra accogliere una tale impostazione anche PISA, *Il nuovo reato di induzione a non rendere dichiarazioni*, cit., 227; l'assenza di ogni dubbio sulla applicazione dell'art. 49 c.p. ai reati che in via implicita, come l'art. 377 bis c.p., rinviano ad un concetto di verità oggettiva si rinviene anche in MOCCIA-SCHIAFFO, *Le false informazioni al pubblico ministero*, cit., 9; nella manualistica cfr. C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 170 s.

dell'art. 377 bis c.p. come reato con evento di danno¹⁷⁸, rafforzata da una lettura marcatamente processuale della norma penale, potrebbe portare ad un fuorviante svuotamento delle fondamentali funzioni del bene giuridico, favorendo così una involuzione dottrinale e giurisprudenziale penale propria di altri settori ¹⁷⁹.

Pertanto, una volta acquisito il dato per cui la *ratio* che ha determinato l'introduzione della norma qui oggetto di studio è quella di impedire il reale inquinamento del sapere giudiziario, tutelando la genuinità di quest'ultimo, ben oltre la fase dibattimentale, allora appare chiaro che ai fini del disvalore complessivo dell'illecito ex art. 377 bis c.p., il contegno 'assolutamente' reticente e il mendacio 'limitato' *non spontanei* vadano configurati come "eventi di pericolo diretto"¹⁸⁰ per il bene oggetto di tutela penale¹⁸¹ che, rinvenibile nelle aspettative dei consociati al corretto esercizio della funzione giurisdizionale, è teso ad impedire, in difetto proprio della genuinità del convincimento del giudice, un provvedimento assolutorio ovvero di colpevolezza del tutto infondati¹⁸².

¹⁷⁸ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 12.7.2006, in CED, n.234876/2006.

¹⁷⁹ Confermano una tale possibile deriva MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, cit., 343 ss.; PULITANÒ, *La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche*, in AA. VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del CRS, Milano 1987, 40.

¹⁸⁰ La dicotomia pericolo diretto-pericolo indiretto, risentendo del diverso grado di intensità preventiva, è riferibile al nesso strutturale capace di collegare, in via ermeneutica o descrittiva, un eventuale e probabile pericolo alla lesione (effettiva) del bene, laddove indiretto sarà quel pericolo che si riferisce ad un *quid* negativamente valutato, che però non consiste ancora nella lesione del bene giuridico, trattandosi quindi di un pericolo di pericolo di lesione, cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, 176-179.

¹⁸¹ Per una opportuna chiarificazione tra le figure di reati di "evento di pericolo" (*Gefahrerfolg*) e reati di "condotta pericolosa" (*Erfolggefahr*), laddove più che essere frutto di una qualificazione ovvero il presupposto della condotta, il pericolo è un *quid* determinato dalla condotta, dunque un evento, cfr. SANTAMARIA, *Evento*, cit., 131 ss.; ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., 59 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano 1995, 316 e 317; per la dottrina tedesca per tutti cfr. WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin 1981, 197 ss.; per quanto attiene, poi, ai profili antichi e moderni relativi al problema dell'accertamento della causalità *rectius* imputazione oggettiva in un giudizio a posteriori di danno e, come correttivo della idoneità *ex ante*, in un giudizio di pericolo, sulla base di articolazioni diagnostiche e prognostiche, queste ultime come sintesi di un risultato dannoso, solo eventuale o probabile, interno ad una relazione tra situazione pericolosa rispetto al conseguente risultato costituito dal danno effettivo, laddove nei reati a condotta pericolosa, quindi anche nel tentativo, il giudizio di prognosi postuma coinciderebbe con quello di imputazione oggettiva cfr. da ultimo SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano 2012, 992-993; LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli 2011, *passim* e spec. 141 ss.; DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. Nesso di rischio e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006, *passim*; nella dottrina tedesca ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, Berlin 1998, 52 ss e 150 ss.; ROXIN, *Strafrecht, AT, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, 340.

¹⁸² Sembra di rivedere in una tale esigenza i fondamenti di rivisitazione di una causalità che, ai sensi del diritto penale, ed in termini di credibilità razionale, fonda sulla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio il criterio per avviare alla possibile condanna di innocenti, cfr. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., *passim*.

5. Le prospettive *de lege ferenda*

Nell'ambito di un teleologismo di stretta derivazione costituzionale, dunque, la rivisitazione del delitto di cui all'art. 377 bis c.p., sottratta ad evidenti logiche funzionalistiche tipiche di un discutibile *diritto penale del processo*, oltre a contribuire ad una ridefinizione strutturale della fattispecie, anche attraverso una evidente ricostruzione dell'oggetto della tutela penale, costituisce l'occasione necessaria per rimeditare, sul piano del dover essere della penalità, anche sulle implicazioni metodologiche derivanti da nuovi modelli culturali, così come normativizzati nella legge fondamentale, ad imporre, accanto ad una necessaria ristrutturazione penalistica dell'art. 377 bis del codice penale vigente, una più generale 'rifondazione' e una conseguente risistemazione dei reati contro l'amministrazione della giustizia che, nella valorizzazione di una concezione 'personalistica' della funzione giurisdizionale, rappresenti il frutto di una rivisitazione dell'oggetto della tutela penale razionalmente ispirato da una concezione personalistica del bene giuridico, così come categorialmente individuato nelle aspettative dei consociati al corretto esercizio della funzione giurisdizionale.

Anche grazie alla avvenuta rottura della immutabilità del modello processualpenalistico, nonché alla esigenza di sottrarre i reati qui oggetto di studio ad una loro evidente marginalità nel più generale dibattito di riforma della parte speciale del codice penale¹⁸³, un primo autorevole tentativo sulla strada destinata alla concretizzazione di tali attese lo si è registrato, in Italia, nel progetto di riforma Vassalli del 1991¹⁸⁴ che, lontano dalle attese di una rivisitazione di sistema¹⁸⁵, si fece soprattutto apprezzare per un ineccepibile tecnicismo, concentrato sulla rimodulazione vistosamente quantitativa della risposta sanzionatoria dei fatti di cui agli artt. 361 ss. del codice Rocco che, ispirati ad una più opportuna messa a fuoco delle modalità della condotta del reo, erano in ogni caso qualitativamente distratti dalla enucleazione di fattispecie autonome e differenziate nel contesto di realizzazione del fatto¹⁸⁶.

Tuttavia, se il progetto Vassalli, da un lato, coglieva sapientemente le spinte provenienti dall'occasione storica fornita dalla riforma del codice penale di rito, si

¹⁸³ Le ragioni di una tale estraneità possono essere sicuramente individuate: a) nella immunità relativa del settore in esame rispetto ai condizionamenti ideologici del codice Rocco, grazie anche ad una presunta apoliticità delle norme in questione; b) nello scarso peso attribuito ai reati contro l'amministrazione della giustizia nelle strategie volte a fronteggiare le varie emergenze criminali; c) nella sottovalutazione nel suo complesso del bene-giustizia per una carenza culturale e politica comune a non pochi ordinamenti europei, carenti nella previsione di settori specificamente dedicati ad una tale tutela, ma che oggi in ragione di uno spazio giudiziario comunitario di libertà sembrano ricevere nuovi stimoli significativi, sul punto cfr. PISA, *La riforma dei reati contro l'amministrazione della giustizia tra adeguamenti tecnici e nuove esigenze di tutela*, in AA. VV., *Verso un nuovo codice penale*, Milano 1993, 360 s.; AA. VV., *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, a cura di MOCCIA, Napoli 2004, *passim*.

¹⁸⁴ Disegno di legge n. 5390, presentato alla Camera il 22 gennaio 1991, nota 5, 361.

¹⁸⁵ Del resto lo stesso inserimento di nuove figure criminose, come le "False informazioni al pubblico ministero", non rappresenta altro che il conferimento di autonomia a fattispecie già riconducibili al favoreggiamento personale, cfr. PISA, *op. ult. cit.*, 362.

¹⁸⁶ Per un tale rilievo critico cfr. PISA, *op. ult. cit.*, 364-367.

asteneva, dall'altro, dal fornire le basi per una revisione complessiva dei delitti contro l'amministrazione della giustizia e, pur attraverso condivisibili proposte di modifica dei fatti ad esso riferibili, si caratterizzava sul piano metodologico per una prospettiva parziale che, imposta da una logica tipicamente emergenziale, si allontanava dai nodi strutturali della riforma della disciplina penale posta a tutela del bene giustizia.

Ad un tale ambizioso obiettivo, però, non ha mancato di prestare attenzione l'unico tentativo operato da una commissione ministeriale di riforma del codice penale che, presieduta dal Prof. Pagliaro, risulta caratterizzato da una proposta completa di rivisitazione del sistema punitivo anche nella sua parte speciale¹⁸⁷, anche se, in verità, ancora una volta, e non ostante le buone affermazioni di principio contenute nella relazione dedicata alla riforma della parte generale relativa alla proposta di nuovo codice, nei reati contro la giurisdizione, posti nel titolo II del libro IV dedicato ai reati contro la Repubblica, sembra che, pur riorganizzando la parte speciale secondo criteri che, espressione di una democrazia penale, riflettono gli schemi razionali di una "progressione ascendente", il progetto Pagliaro resta ancorato ad una formalistica tutela di funzioni che, nel nostro caso, coincide con quella della giurisdizione appunto¹⁸⁸.

Una razionale riforma dei reati contro l'amministrazione della giustizia, invece, nell'ambito di un processo di evoluzione normativa da stato sociale di diritto, deve porsi come il necessario presupposto per l'affermazione di quel "diritto penale nel processo" che, lontano da irragionevoli relazioni di tirannia, sia il frutto del rafforzamento, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, di formule concettuali processualmente fruibili¹⁸⁹ e che, pertanto, si faccia espressione di una strutturazione "sostanziale" dell'illecito penale in cui la sua dimensione personalistica sia capace di orientare, non solo la teoria del reato, ma anche il sistema ordinamentale, nelle sue funzioni e negli oggetti della tutela penale.

In un tale contesto, allora, può trovare legittimo accoglimento nella parte speciale di un nuovo codice penale il riferimento ad un Titolo che, dedicato ai "Reati contro le aspettative dei consociati al corretto esercizio della funzione giurisdizionale", ricomprenda anche l'attuale art. 377 bis c.p. Quest'ultimo, proprio nell'ambito di una sistematica qualitativamente riorganizzata, potrebbe collocarsi nel Capo dedicato ai "Delitti contro l'attività giudiziaria", con una rubrica ed un testo normativo, però, riformulato secondo la seguente proposta:

¹⁸⁷ Cfr. *Progetto Pagliaro*, in *Documenti Giustizia*, n. 3, 1992, 305 ss. e spec. 360 ss.

¹⁸⁸ L'affermazione sembra trovare conferma nella previsione di un capo specifico che, nei reati contro la giurisdizione, è dedicato ai reati contro l'esercizio delle funzioni giurisdizionali, ed in cui non mancano fattispecie (art. 133) in cui il bene giuridico risente di una dimensione statica della funzione (la correttezza) e non della sua necessaria proiezione dinamica su base personalistica, cfr. *Progetto Pagliaro*, cit., 455.

¹⁸⁹ Sarebbe questo il risultato di una razionalizzazione ontologica dello *Strafverbrechenstyp*, così come imposta dalla ridefinizione del rapporto tra le strutture *empiricamente verificabili* di fatti emergenti dalle vicende della postmodernità e le scelte politiche inerenti ad effettive tecniche di tutela degli stessi, secondo la chiara presa di posizione di MOCCIA, *Una brevissima notazione in tema di struttura e fenomenologia del reato*, in AA. VV., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova 1995, 247 s.

Art. 377 bis c.p. Inquinamento indotto del sapere giudiziario. *Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, con violenza o minaccia, concretamente induce a non rendere dichiarazioni, in tutto o in parte, o a rendere dichiarazioni mendaci, anche negando il vero, la persona chiamata a rendere davanti alla autorità giudiziaria dichiarazioni utilizzabili in un procedimento penale, quando questa ha la facoltà di non rispondere, è punito con la reclusione [...].*

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, inoltre, con offerta o promessa di denaro o di altra utilità, concretamente induce il soggetto con facoltà di non rispondere di cui al medesimo primo comma, è punito con la reclusione [...].

Frutto di una rilettura penalistica dei problemi che, investendo la stessa (in)effettività di una norma, derivano dalla negazione dei principi di diritto sostanziale nella esaltazione delle funzioni del processo, una tale ristrutturazione del delitto qui oggetto di studio mira fundamentalmente alla affermazione di criteri razionali di diritto penale in un fatto che, recuperato alla tutela del processo, si caratterizzi non solo per una quantitativa rimodulazione di una dosimetria sanzionatoria capace di fotografare un disvalore penale differenziato e tale da impedire discutibili irragionevolezza sistematiche nella definizione dei rapporti con altri reati¹⁹⁰, ma si renda soprattutto espressione di una dommatica di garanzia in cui il legame pericolo-oggetto della tutela penale si muova all'interno della rivisitazione di una tipicità che, nel colmare evidenti vuoti di tutela, abbandoni una sua irrazionale funzione criminogena.

Pertanto, proprio per ovviare ad una tale possibile deriva, è il riferimento normativamente espresso e rivolto alla tipizzazione di un parametro di *concretezza* che, associato alla induzione ex art. 377 bis c.p., è destinato a porsi a fondamento della criminalizzazione di una condotta che, ben oltre la logica del sospetto, sia così capace di assurgere a riferimento di una prova della stessa in grado di condizionare positivamente la effettività penalistica del reato, laddove il recupero di credibilità, consenso e razionalità in termini di politica criminale consenta di ristabilire un rapporto equilibrato tra l'interesse alla acquisizione di conoscenze rilevanti sul terreno processuale e la punizione eventuale del subornatore.

Nel rimodulato tessuto normativo, poi, l'incriminazione della 'reticenza parziale' – legata alla introduzione dell'inciso "in tutto o in parte" – e della strumentalizzazione indotta del 'mendacio soggettivo' – riferibile a dichiarazioni che giungono alla negazione del vero – sono destinate, nel loro insieme, ad impedire l'ulteriore ampliamento del

¹⁹⁰ Una tale opzione è destinata ad impedire che il riconoscimento di un principio di civiltà, il diritto al silenzio, si tramuti in un *boomerang*, guardando all'art. 377 bis c.p. come ad una soluzione di compromesso per operazioni di recupero probatorio. In tale contesto allora non manca chi, nel dare nuova attuazione ai principi costituzionali, liberandosi di stanchi fantasmi del passato, incarnati in istituti ibridi rappresentati proprio dall'art. 377 bis c.p., giunge a proporre una abolizione insieme all'art. 210 c.p. nel tentativo di dare attuazione a misure che rendano difficile la menzogna dell'accusatore rendendo obbligatoria la testimonianza dei collaboratori di giustizia, rafforzando la sanzione della falsa testimonianza. Si tratterebbe, tuttavia, di una involuzione inquisitoria, che limiterebbe la tortura solo mediante confessioni provocate, cfr. sul punto TONINI, *L'attuazione del contraddittorio nell'esame di imputati e testimoni*, cit., p. 79.

mercato delle indulgenze, da un lato, ed allarmanti fenomeni di impunità da 'atipicità di confine', dall'altro.

Per quanto attiene, infine, alle spinte sistematiche, legate ad 'attenuanti normativamente incentivate', come diretta conseguenza della anticipazione di contatti per la sollecitazione alla strumentalizzazione del diritto al silenzio, si pensi alla persona non ancora "chiamata" ex art. 377 bis c.p., il ricorso ad una clausola generale di chiusura, sull'esempio dell'art. 378 c.p., può rappresentare, nelle forme del favoreggiamento 'limitato', il rimedio suppletivo necessario per condotte filtrate di offesa al bene di riferimento, anche qualora il sistema penale giunga a completarsi con la criminalizzazione delle false informazioni alla polizia giudiziaria¹⁹¹.

¹⁹¹ Cfr. *Progetto Pagliaro*, cit., 454.