

Itinerari di Diritto Penale

Collana diretta da

E. Dolcini - G. Fiandaca - E. Musco - T. Padovani - F. Palazzo - F. Sgubbi

FRANCESCA CONSORTE

L'INDIVIDUO NELL'“INGRANAGGIO PROCESSUALE”

**I RISCHI DELLA GIUSTIZIA PENALE
CONNESSI AGLI OBBLIGHI
DI PAROLA E VERITÀ**



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

NOTE INTRODUTTIVE

In un'ottica garantista, le riflessioni teoriche sul processo penale e sulle sue dinamiche tradizionalmente pongono al centro la figura dell'accusato (indagato, imputato o condannato che sia) per concentrarsi sui meccanismi funzionali alla sua tutela, sulle distorsioni subite dal Codice di Rito nella prassi e sulle riforme più o meno ragionevoli di quest'ultimo. Del resto, diversamente non potrebbe essere. Da un lato, nell'ambito dei soggetti "coinvolti" a vario titolo nel procedimento penale, l'accusato – com'è ovvio che sia – è il solo a rischiare concretamente di perdere diritti e libertà fondamentali. Ci riferiamo alla libertà personale ed al sostentamento economico, ma anche alla possibilità di svolgere la propria professione, di votare e farsi votare e così via. Come se ciò non bastasse, sin dall'inizio delle indagini, è sempre l'accusato a rischiare di subire una serie di pregiudizi immediati. Si pensi banalmente (sempre a titolo di esempio) al danno in termini di reputazione dovuto all'attivarsi della cosiddetta "macchina del fango" o ancora alla possibilità di soggiacere a misure coercitive prima dell'accertamento definitivo della sua responsabilità, magari esclusa alla fine del processo. A tutto ciò si aggiungono le attuali istanze repressive maturate, prima di tutto, a livello sovranazionale e le pulsioni punitivo-vendicative che ai nostri giorni pervadono molta parte della politica nostrana.

A ben guardare, vi sono tuttavia ulteriori figure che, nel contatto con la macchina della Giustizia, si trovano esposte a rischi penali non indifferenti, anche se di "secondo livello" e decisamente ridotti rispetto a quelli corsi dall'accusato. Prima tra tutte, vi è la figura della persona informata (per usare un'espressione generica che include anche il testimone). Si tratta di un soggetto che (eccezion fatta per i casi peculiari che vedremo) è totalmente estraneo ai fatti oggetto di accertamento e che, in virtù di ciò, è considerato da sempre una preziosa fonte neutra di informazione, ancorché citato dalle parti. Ebbene, alla persona informata il Codice di Rito dedica una serie di obblighi di parola e verità che la vincolano lungo l'intero corso del pro-

cedimento e addirittura prima dell'attivazione di quest'ultimo, qualora il soggetto in questione sia gravato dall'obbligo positivo di innescarne l'avvio. Qualora disattesi, gli obblighi processuali in esame possono comportare specifiche responsabilità penali. Ciò, vuoi per via della previsione, da parte del Codice Penale, di reati che puniscono l'omessa denuncia o i falsi dichiarativi in indagine o avanti al giudice, vuoi per via dell'opera interpretativa (o meglio, creativa) della giurisprudenza, che si è avvalsa, per supplire all'inerzia del legislatore, del favoreggiamento per punire la menzogna o reticenza alla polizia giudiziaria.

Orbene, è indiscutibile che la Giustizia penale, la sua effettività, la sua efficienza ed il suo buon corso siano beni fondamentali, meritevoli e bisognosi di protezione. È altresì indiscutibile che (a dispetto della crisi legata all'affermarsi della prova scientifico-tecnologica così come ad altri fattori) la fonte dichiarativa resti centrale ai fini della ricostruzione processuale dei fatti. Da ultimo, è indiscutibile che, nel riportare le proprie conoscenze, il dichiarante sia in grado di percepire l'indubbio disvalore di un'eventuale falsità o omissione. È tuttavia altrettanto vero che le servitù di giustizia che gravano sulla persona informata, alle volte già dal primo contatto con la notizia di reato, e, in generale, lungo l'intero corso del procedimento, la collocano, come vedremo, in un crinale sotto diversi profili scivoloso dal punto di vista penale.

Il presente lavoro si propone appunto di snidare alcuni dei rischi a cui è esposto il dichiarante, tenendo conto del fatto che il rischio a carico della persona informata può tradursi in un rischio per la stessa Giustizia penale; questo è vero soprattutto nei casi in cui a non essere adeguatamente tutelata è la libertà di autodeterminazione della fonte dichiarativa.

Il faro che orienterà l'analisi è costituito dal principio di offensività, principio che, se nell'ambito dei falsi ha svolto un ruolo cruciale, all'interno delle peculiari falsità dichiarative rivolte contro l'Amministrazione della Giustizia, in alcuni casi, viene depotenziato sino quasi ad assumere un mero ruolo di “facciata”. Più nel dettaglio, l'approccio adottato richiama il metodo della seriazione dei beni giuridici, senza trascurare la necessità che l'offesa al bene-processuale strumentale, di volta in volta individuato, si proietti sul bene finale dell'Amministrazione della Giustizia come delineato dalla Costituzione.

Venendo ai rischi selezionati, per cominciare, vi sono quelli connessi alle interpretazioni (sensibili alla prassi più che alla volontà del legislatore costituzionale) che – nella ricerca del bene giuridico tute-

lato dai vari falsi processuali dichiarativi – procedono ad una *reductio ad unum*, individuandolo sempre nell'interesse strumentale della veridicità e completezza della prova testimoniale. Ciò, anche nel caso di sommarie informazioni, con il rischio di chiamare dunque il dichiarante a rispondere per un fatto futuro ed eventuale, da lui non causato e non prevedibile, rappresentato da quello che nel nostro sistema processuale – in teoria – dovrebbe essere un evento eccezionale, ossia l'immissione nel dibattimento degli atti di indagine o l'accesso del giudicante a questi ultimi.

Il secondo rischio considerato discende da un approccio giurisprudenziale che, nel settore in esame, è improntato alla massima anticipazione della tutela, quasi che la giurisprudenza si adoperasse a tutela di sé stessa, o meglio dell'efficace ed efficiente esercizio della propria funzione. Ci riferiamo a quell'orientamento che riconduce la verifica dell'"offensività concreta" delle condotte tipiche all'accertamento della loro pericolosità in un'ottica *ex ante*, "astratta" tuttavia dalle circostanze concrete effettivamente esistenti. Si tratta di un approccio che, nei casi che esamineremo in seguito, espone la persona informata al rischio di restare invischiata in una responsabilità per mera disobbedienza, se non per mera infedeltà alle Istituzioni che amministrano la Giustizia.

I successivi rischi considerati sono un precipitato inevitabile del peculiare contenuto degli obblighi che gravano sulla persona informata ovvero degli obblighi di verità. Come vedremo, quello appena menzionato rappresenta un concetto estremamente "problematico", tanto da aver indotto intere correnti filosofiche, anche estremamente attuali, ad evidenziarne la pericolosità o addirittura a negarne l'esistenza. Si tratta di una problematicità che trova espressione anche a livello giuridico. Lo dimostra il fatto che, a seguito di un dibattito annoso ed articolato che ha portato all'affermarsi di una concezione soggettiva della verità a cui sono tenuti la persona informata ed il testimone, il giudice si trova a dover indagare, già a livello di fatto tipico, il "percepito" del dichiarante, magari ad anni di distanza dagli accadimenti, con tutte le incertezze e le difficoltà insite in tale accertamento.

Da ultimo, considereremo i rischi connessi ad una specifica previsione normativa del codice di rito. Ci riferiamo all'art. 202 c.p.p. ed al correlato conflitto tra l'obbligo penalmente sanzionato di deporre ed il divieto, anch'esso penalmente sanzionato, di rivelare il segreto di Stato. Eccezion fatta per il caso del soggetto titolare di qualifica pubblica, si tratta, come vedremo, di un conflitto la cui soluzione è "delegata" al cittadino comune, cioè ad una figura non inclusa – almeno letteralmente – nell'ambito applicativo del suddetto art. 202 c.p.p.

Pur essendo tradizionali e risalenti, i rischi sopramenzionati (che vogliono essere meramente esemplificativi) sono divenuti di estrema attualità a seguito dell'entrata in vigore, nel 2016, del delitto di depistaggio. Nell'ambito del lavoro, sarà dedicato ampio spazio all'esegesi di tale reato. Ciò in ragione non solo della sua recente genesi, ma anche della “vitalità” applicativa che da subito l'ha connotato, della problematicità di alcuni suoi aspetti strutturali e del peculiare intento che ha guidato il legislatore nell'introdurlo nel nostro ordinamento. Più nel dettaglio, come avremo modo di vedere, questo delitto si caratterizza per un trattamento punitivo-sanzionatorio estremamente severo, che per certi versi non è esente da profili di irragionevolezza. Pur sovrapponendosi ai falsi processuali minori commessi nell'ambito delle indagini pubbliche o avanti al giudice, il reato in esame prevale su questi ultimi grazie a due elementi di specialità: la qualifica soggettiva e il dolo specifico. In teoria, questi elementi di specialità dovrebbero garantirne un'applicazione circoscritta. Nella realtà, tuttavia, esprimendo la logica del complotto, tali elementi rischiano di caratterizzarsi per una ridotta capacità selettiva. Oltre a rendere oltre modo attuali e seri i rischi penali del dichiarante, che il depistaggio, in buona parte, condivide con i falsi minori, questo aspetto è preoccupante. La logica del sospetto, che tante espressioni incontra nel settore dei reati contro la pubblica amministrazione, entra per la prima volta ufficialmente in un ambito, quello dei reati contro il procedimento penale, che tradizionalmente ne era immune.

Quanto evidenziato sino ad ora ci porta a riflettere sulla peculiare funzione che la minaccia di pena può assumere nel contesto dei reati contro l'Amministrazione della Giustizia. Davanti all'Autorità Giudiziaria si pone infatti un soggetto in carne ed ossa al quale si richiede (salvo incorrere in responsabilità penale) una “prestazione positiva”: dire tutta la verità, con l'inevitabile incertezza che caratterizza tale concetto. La questione è spinosa. Da un lato, infatti, vi è la tutela del bene giuridico sovraindividuale rappresentato dall'Amministrazione della Giustizia, un bene al quale sono strettamente legate le sorti dell'accusato, le istanze dei consociati e la “tenuta” del sistema, ed alla cui tutela è strumentale l'ottenimento della verità. Dall'altro lato, vi è la libertà di espressione e di autodeterminazione del dichiarante terzo, una figura estranea al reato da accertare, che non si è macchiata di alcun illecito e che dalla minaccia di pena può sentirsi per varie ragioni condizionato. Vedremo in quali casi ciò può avvenire, per riflettere su eventuali “soluzioni interpretative” ispirate alla necessità di rispettare quei principi costituzionali che dovrebbero governare sempre e comunque la materia penale.

Una premessa generale è tuttavia d'obbligo. L'intento del presente studio non è né quello di disconoscere la rilevanza sociale delle indiscutibili richieste di verità delle Associazioni delle Vittime, né quello di negare il disvalore e la natura deprecabile della condotta di depistaggio e degli altri reati che offendono il procedimento. Non a caso, da quest'ultimo punto di vista, l'introduzione dell'aggravante di depistaggio di cui all'art. 384 *ter* c.p. viene, come vedremo, ritenuta una soluzione condivisibile. Il nostro obiettivo è invece quello evidenziare – muovendo da un'attenta analisi del reato proprio introdotto dal legislatore “del depistaggio” e, più in generale, della disciplina dei falsi dichiarativi – come il dichiarante finisca per trovarsi in un crinale scivoloso che, a dispetto delle sue intenzioni, lo espone a rischi. Ebbene, il punto è che si tratta di rischi che, se alle volte sono inevitabili ai fini della tutela della Giustizia, altre volte possono essere invece eliminati o mitigati dal legislatore a vantaggio della Giustizia stessa.

In quest'ottica, due sono i presupposti di base che hanno guidato l'analisi dall'esordio sino alle conclusioni. Innanzitutto, vi è la convinzione che i diritti fondamentali, che nascono per fungere da argine nei confronti del potere pubblico a tutela dell'individuo, non possono essere “sospesi” né in funzione della natura sovraindividuale o istituzionale dell'interesse protetto, né in funzione del “tipo d'autore”. Tra questi diritti fondamentali, un ruolo di primo piano è giocato dal diritto di difesa, che, se non adeguatamente garantito in tutta la sua poliedricità, finisce inevitabilmente per rendere il processo iniquo. Non meno fondamentale è la libertà di autodeterminazione del dichiarante, la cui frustrazione si traduce ancora una volta in un *vulnus* per la Giustizia nel momento in cui essa finisce con il far tesoro di dichiarazioni non genuine. Tutto questo ci conduce inevitabilmente al secondo postulato da cui muove il presente studio, ossia che, in questo specifico segmento punitivo, la tutela di un bene giuridico così sfaccettato quale è la Giustizia non può prescindere da una gestione equilibrata (consacrata a livello legislativo istituito per istituto) degli interessi sovraindividuali ed individuali in gioco; ciò nell'ottica di consentire la convergenza di tali interessi verso un obiettivo comune, quello di garantire sempre e comunque il Giusto Processo, unica via per ricostruire quella verità su cui si basa la pronuncia giurisdizionale.

CAPITOLO I

OBBLIGHI DI VERITÀ DELLA PERSONA INFORMATATA E FATTISPECIE DEDICATE: I REATI DI OMESSA DENUNCIA ED I “FALSI DICHIARATIVI MINORI”

SOMMARIO: Sezione Prima: *La Giustizia penale: caratteristiche e funzioni*. – 1. Tutela del procedimento penale e peculiarità del rapporto tra diritto sostanziale e processuale. – 2. Tutela penale della Giustizia penale. – 2.1. La verità processuale: tra rito e realtà. – 3. Modello costituzionale di Giustizia penale: la funzione “repressivo-punitiva” degli illeciti e l’art. 112 Cost. – 4. Modello costituzionale di Giustizia penale: funzione cognitiva del processo ed art. 111 Cost. – 5. Modello costituzionale di Giustizia penale: la funzione cognitiva delle indagini preliminari, l’art. 112 Cost. ed il principio di completezza delle indagini. – 6. Modello costituzionale di Giustizia penale: diritto di difendersi “investigando” e libertà, autonomia e indipendenza del difensore. L’art. 24 Cost. – 7. *Segue*. Diritto di difesa ed art. 111 Cost.: l’auspicata costituzionalizzazione dei principi di libertà, autonomia ed indipendenza dell’avvocato quali corollari del Giusto Processo. – Sezione Seconda: *Persona informata sui fatti e fattispecie penali “dedicate”*. – 1. Procedimento penale e “rischio penale del dichiarante”. – 2. I doveri pre-procedimentali di “alcune” delle persone informate: gli obblighi di denuncia rivolti al terzo detentore della notizia di reato. – 3. *Segue*. La natura pre-procedimentale degli obblighi di denuncia e l’interesse tutelato dalle fattispecie che sanzionano l’omissione della denuncia stessa. – 4. *Segue*. Procedibilità a querela ed esclusione degli obblighi di denuncia: aspetti problematici. – 5. *Segue*. Omessa denuncia e soggetti obbligati. – 6. *Segue*. Ancora sull’ambito di applicazione dei reati di omessa denuncia. – 7. I doveri “procedimentali” preliminari della persona informata sui fatti: comparire ed assumere l’ufficio. – 8. *Segue*. La facoltà di non rendere dichiarazioni o di non rispondere alle domande del difensore. – 9. Il rischio penale vero e proprio: gli obblighi di parola e verità del dichiarante. – 10. L’obbligo di verità nella fase delle indagini preliminari: il favoreggiamento mediante mendacio o reticenza alla polizia giudiziaria. – 11. *Segue*. Il favoreggiamento mediante mendacio alla polizia giudiziaria: forzature interpretative, ricerca del bene protetto e “vicinanza” con il reato di false informazioni al pubblico ministero. – 12. *Segue*. I “costi” delle forzature interpretative dell’art. 378 c.p.: la tutela solo parziale della Funzione. – 13. Le false informazioni al pubblico ministero e la tutela delle indagini. – 14. Il falso al difensore e la tutela del diritto di difendersi in-

vestigando. – 15. La discutibile irrilevanza penale della reticenza al difensore. – 16. L'obbligo di verità della fonte dichiarativa nella fase dibattimentale. La falsa testimonianza. – 17. *Segue*. Falsa testimonianza, contraddittorio ed interesse tutelato.

SEZIONE PRIMA

LA GIUSTIZIA PENALE: CARATTERISTICHE E FUNZIONI

1. *Tutela del procedimento penale e peculiarità del rapporto tra diritto sostanziale e processuale*

Come noto, la tutela del procedimento penale e della sua ritualità rappresenta una delle varie declinazioni della salvaguardia complessiva che il nostro Codice penale appresta all'Amministrazione della Giustizia¹. In quest'ambito, un tratto caratterizzante è l'inconsueta relazione tra le fattispecie che esprimono la suddetta tutela ed il diritto processuale. Alla connessione di per sé tutt'altro che lineare² che

¹ Per un cenno alle problematiche concernenti l'individuazione del bene tutelato dai tre capi che formano il Titolo III, si vedano le note da 18 e 19. Sul tema cfr. in particolare ARDIZZONE S., voce *Amministrazione della giustizia (Delitti contro)*, in *Enc. giur.*, Vol. 2, 1988, p. 1 ss. ed in part. p. 5 ss.; PULITANÒ D., *Sulla tutela penale della giustizia penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Coppi*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2011, p. 1261; BERTOLINO M., *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 5-6; BOSCARELLI M., *Giustizia (delitti contro l'amministrazione della)*, in *Enc. dir.*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 612; PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro l'attività giudiziaria*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da MARINUCCI G., DOLCINI E., Tomo I, Vol. IV, Cedam, Padova, 2005, p. 5; LEVITA L., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 3; MANZINI V., *Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, in *Tratt. Dir pen. it.*, Vol. V, Utet, Torino, 1982, p. 729; RIONDATO S., *Introduzione breve ai delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in AA.VV., *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di FORNASARI G., RIONDATO S., Giappichelli, Torino, 2017, p. XXIX.

² CAMON A., *Sfondi*, in AA.VV., *Fondamenti di procedura penale*, Cedam, Padova, 2019, pp. 10-11, evidenzia come il rapporto tra le due discipline sia diventato complesso per via, tra le altre cose, del fatto che entrambe rappresentano due componenti inseparabili della politica criminale. Ne è espressione, sempre secondo l'Autore, il fatto che spesso il legislatore interviene su uno dei due rami per modificare l'altro; così ad esempio diverse sono le fattispecie introdotte appositamente per risolvere problemi procedurali (l'Autore cita fra gli altri il caso

di norma, a prescindere dai settori, ormai intercorre tra quest'ultimo ed il diritto sostanziale, si associa infatti, nel caso dei reati posti a tutela del procedimento, la circolarità che contraddistingue l'interdipendenza tra questi ultimi e le norme processuali sottostanti. Tali reati, infatti, si atteggiano a servi-padroni di queste ultime e viceversa³. Il punto è che la circolarità in esame non è stata e non è priva di conseguenze per la genesi e per l'interpretazione delle fattispecie poste a tutela della Giustizia⁴, finendo per rendere particolarmente complesso lo studio della materia.

Come avremo modo di constatare occupandoci delle falsità dichiarative, le difficoltà derivano non solo dall'interazione tra le due diverse discipline ma anche dai connotati del nostro sistema processuale. Più nello specifico, sotto il profilo dell'interazione tra discipline, quella tra diritto processuale e sostanziale, oltre a connotarsi per tutte le difficoltà che in genere accompagnano l'intreccio tra materie diverse rette da principi differenti, sconta anche, sotto diversi profili, il mancato coordinamento tra la disciplina processuale, non di rado oggetto di riforme, ed il diritto sostanziale dei reati contro l'Amministrazione della Giustizia, settore non sempre al passo con le evolu-

dell'incriminazione del rifiuto del conducente di sottoporsi all'etilometro la cui introduzione ha consentito di ovviare alla difficoltà che il principio del *nemo tenetur se detegere* avrebbe implicato nel caso si fosse deciso di imporre tale test tramite una norma processuale volta ad acquisire per tale via una prova) e diversi sono i casi in cui si è inciso sui limiti edittali per rendere applicabili dati istituiti processuali (es. misure cautelari, intercettazioni etc.). A tutto questo si somma, sempre secondo l'Autore citato (*op. cit.*, p. 10), il superamento della tesi della natura "servente" del diritto processuale rispetto a quello sostanziale; ciò per via della "strumentalità speculare" che lega tali rami dell'ordinamento (GIUNTA F., *Legalità penale e poteri del processo*, in AA.VV., *Legge e potere nel processo penale*, Cedam, Padova, 2017, p. 11). In quest'ottica sempre Alberto Camon evidenzia come da un lato sia il diritto sostanziale ad assumere un ruolo ancillare nel momento in cui è strumentale a guidare il processo durante il suo corso, fissandone il tema; dall'altro, come sia il processo ad assumere finalità di controllo sociale prima e a prescindere dalla pena grazie, ad es., alle misure cautelari. Si è addirittura detto che in realtà il socio paritario si è trasformato in socio "tiranno"; su tali considerazioni cfr. PADOVANI T., *La disintegrazione del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 436.

³PULITANÒ D., *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 951-973.

⁴Per un inquadramento abbastanza recente delle modifiche che hanno interessato i reati contro l'Amministrazione della Giustizia a seguito delle evoluzioni della disciplina processuale (in una fase precedente però all'introduzione del reato di frode in processo e depistaggio), si veda BERTOLINO M., *Analisi critica dei delitti*, cit., p. 16.

zioni della prima. Da quest'ultimo punto di vista, si consideri, ad esempio, il caso “eclatante” dato dal mancato aggiornamento della norma che punisce l'intralcio alla giustizia rispetto al ruolo assunto dal consulente tecnico del pubblico ministero nell'attuale codice di rito, tematica su cui ci soffermeremo analizzando il depistaggio e la sua non inverosimile applicabilità agli esperti⁵. Restando sempre sulle difficoltà di coordinamento tra istituti processuali e sostanziali, un altro esempio, forse meno eclatante ma di certo non meno significativo, è il rapporto tra la disciplina della testimonianza assistita e la causa di non punibilità di cui all'art. 384, comma 1, c.p.⁶. Come avremo modo di vedere più avanti, le norme che regolano questi due istituti partono sostanzialmente da due esigenze antinomiche: la prima persegue lo scopo di ampliare, a date condizioni, il confine degli obblighi di parola e verità anche nei confronti di colui che non è completamente terzo rispetto ai fatti contestati; l'art. 384 c.p. invece garantisce la non punibilità di colui che si trovi costretto a dover tacere o mentire per non fornire elementi in proprio danno.

Orbene, se in teoria il punto di incontro tra i due istituti dovrebbe risiedere nella volontarietà, consapevolezza e libertà della scelta di assumere il ruolo di teste assistito, che a parere di alcuni autori, sulla scia di un certo orientamento giurisprudenziale, dovrebbe implicare una sorta di rinuncia al *nemo tenetur se detegere*, i “punti di debolezza” e le carenze della disciplina della testimonianza assistita, unitamente alle incertezze interpretative che circondano l'art. 384 c.p., mettono in discussione tale conclusione così come la sua equità. Risultato: un cortocircuito ove le carenze della disciplina processuale vengono “scaricate” su quella sostanziale, con il risultato di vanificare, secondo alcuni autori, gli sforzi compiuti con la riforma del 2001 volta a dare attuazione al Giusto Processo (l. n. 63)⁷.

Passando alla questione dei connotati del nostro sistema processuale ed alle ragioni per le quali essi si ripercuotono sulla tutela penale del procedimento, rendendo non sempre facile l'interpretazione delle relative fattispecie, vari sono gli aspetti da segnalare. Da un lato, infatti, il rito penale è contrassegnato da continui bilanciamenti volti a comporre interessi ed istanze eterogenei che – pur arricchendosi e contemperandosi sotto alcuni profili – per altri versi risultano invece

⁵ Cap. III, sezione II, par. 4.

⁶ Sul tema in part. CONTI C., *Profili penalistici della testimonianza assistita: l'esimente dell'art. 384 c.p. tra diritto al silenzio e diritto a confrontarsi con l'accusatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 840 ss.

⁷ CONTI C., *Profili penalistici della testimonianza assistita*, cit., p. 840 ss.

nettamente antinomici; basti pensare al delicato ruolo delle indagini difensive, contese tra tutela della funzione cognitiva della Giustizia e tutela dell'autonomia, libertà ed indipendenza dell'avvocato e a come il privilegiare la prima o la seconda esigenza incida sull'interpretazione del delitto di false informazioni al difensore⁸.

Dall'altro lato, il rito penale vive di una sua specifica "dimensione sociale" condizionata da diverse variabili fattuali⁹ che, tra le altre cose, espongono a continue e disorganiche erosioni l'archetipo processuale forgiato dalla riforma del 1988 ed i suoi principi. Si tratta di variabili fattuali a cui si affianca l'attività di un legislatore che dal 1988 suole percorrere un cammino "... assai tortuoso e confuso, non avendo lo stesso mai seguito obiettivi dichiarati in modo esplicito e linee programmatiche ordinate e consequenziali"¹⁰. Emblematiche delle erosioni di cui si è appena detto sono le continue deroghe a cui prassi e norme espongono il contraddittorio¹¹.

In definitiva, tratteggiare oggi il volto delle Giustizia penale è impresa estremamente complessa, che trasmette "un senso generale di insoddisfazione"¹² oltre che di "sconfitta"¹³ se si pone mente alle scelte che hanno portato alla riforma del 1988. Ne è testimonianza la denuncia¹⁴, avanzata a più livelli, del carattere "populista"¹⁵ assunto dal diritto penale e più in generale della crisi ormai risalente del garanti-

⁸ Sulla questione si rinvia al par. 14, Sezione Seconda, del presente capitolo e al cap.II, par. 2.2.

⁹ Tra tali variabili possono annoverarsi i diversi assetti di potere, l'approccio ideologico della magistratura e/o del singolo magistrato, etc. Così NOBILI M., *La disciplina costituzionale del processo: appunti di procedura penale dal corso del prof. Massimo Nobile*, 1976, p. 15 ss. e CORDERO F., *Procedura penale*, cit., p. 5. Sul rapporto tra procedura e diritto processuale, CAMON A., *Sfondi*, cit., p. 12, che richiama i due autori appena citati.

¹⁰ GARUTI G., *Proposte per la ricostruzione sistematica del processo accusatorio: la fonte costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2017, fasc. 3, p. 989.

¹¹ Il tema verrà ripreso più avanti. Per ora ci si limita a rinviare ai saggi contenuti in AA.VV., *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di NEGRI D., ORLANDI R., Giappichelli, Torino, 2017.

¹² GARUTI G., *Proposte per la ricostruzione*, cit., p. 989.

¹³ GARUTI G., *Proposte per la ricostruzione*, cit., p. 990 (e p. 991).

¹⁴ Emblematico della crisi imperante del garantismo penale è il "*Manifesto del Diritto Penale Liberale e del Giusto Processo*" elaborato dalla Unione delle Camere Penali Italiane e pubblicato il 7 maggio 2019 sul sito dell'UCPI <https://www.camerepenali.it>.

¹⁵ Sul tema di recente AMATI E., *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Giappichelli, Torino, 2020.

smo¹⁶ legata alla tendenza a “punire senza legge, senza verità, senza colpa”¹⁷.

Ciò detto, nel seguito ci atterremo al modello astratto di Giustizia penale ovvero al suo “dover essere”, salvo soffermarci, ove strettamente necessario, sulle eventuali derive prasseologiche. Non daremo invece conto del complesso e risalente dibattito concernente il concetto di Amministrazione della Giustizia intesa quale bene comune a tutte le norme del Titolo III nonché delle sue possibili declinazioni in funzione della suddivisione in Capi di tale Titolo¹⁸. Analogamente, non ci soffermeremo sulla problematica relativa alla rilevanza esclu-

¹⁶ Sul tema si veda INSOLERA G., *Declino e caduta del diritto penale liberale*, ETS, Pisa, 2020.

¹⁷ Dal titolo della monografia di Filippo SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Il Mulino, Bologna, 2019.

¹⁸ Secondo alcuni Autori il Titolo III tutela tre gruppi di interessi diversi che tuttavia emergono tutti dal processo. Così, ARDIZZONE S. (voce *Amministrazione della giustizia (Delitti contro)*, in *Enc. giur.*, Vol. 2, 1988, p. 7 ss.), che individua nel processo la ragione che ha spinto il legislatore a tutelare l'Amministrazione della Giustizia. Per quanto attiene ai tre gruppi di interessi salvaguardati dai tre capi del Titolo III, egli tuttavia distingue. Il capo primo sarebbe posto a tutela dell'Amministrazione della Giustizia sotto il profilo dello svolgimento del procedimento giudiziario, punendo “intralci” a tale svolgimento considerati gravi e rilevanti: “la creazione di obblighi processuali relativi al regolare svolgimento del processo dipende dalla necessità che il procedimento segua uno svolgimento prestabilito ai fini del raggiungimento del suo scopo che consiste nell'accertamento di talune situazioni per la emanazione di una decisione autoritaria da parte dell'organo giurisdizionale” (p. 3). In quest'ottica, coerentemente con la natura di organo giudiziario del PM, il capo I, nel tutelare l'attività giudiziaria, include norme che intervengono nella fase para-processuale delle indagini preliminari e che tutelano dunque l'attività di organi non giurisdizionali ma giudiziari. Sempre nella prospettiva dell'Autore citato, il capo II tutela invece l'obbligatorietà delle decisioni giudiziarie per le parti che sono coinvolte nel processo, e dunque la certezza dei rapporti giuridici per come regolati in sentenza. Quest'ultimo è un interesse non esclusivamente processuale: l'esecutività del provvedimento si collega infatti a “situazioni” e rapporti sostanziali che sono stati accertati nel processo. La tutela dell'esecutività del provvedimento è dunque “strumentale nei confronti della tutela del rapporto sostanziale dedotto nella controversia” (p. 4). Il capo III, infine, tutela l'interesse del privato al processo ossia “a che la soluzione delle controversie, nella quali si trovi coinvolto, avvenga, qualora non sia possibile altrimenti, mediante l'intervento della giurisdizione al fine di un controllo imparziale delle attribuzioni giuridiche” (p. 5). In sintesi, dunque, nella prospettiva dell'autore, i capi I e II tutelano interessi che nascono nel processo, il capo III tutela invece l'aspettativa della comunità e del singolo a poter vedere risolta la controversia in sede giurisdizionale. Sul tema si veda anche BERTOLINO M., *Analisi critica dei delitti*, cit., p. 6, che individua nella “salvaguardia dell'interesse al corretto funzionamento delle attività della giurisdizione” l'obiettivo finale che accomuna i tre capi del Titolo III.

sivamente pubblicistica o anche individuale dei beni protetti¹⁹ dal suddetto Titolo così come sul dibattito, ormai superato, concernente la concezione soggettiva²⁰ o oggettiva di giurisdizione²¹.

¹⁹Diverge dalla prospettiva descritta nella nota precedente la tesi di coloro che pongono l'accento sul fatto che il titolo in esame annoveri fattispecie volte a tutelare – oltre alla funzione giurisdizionale ed al suo esercizio, protagonista del capo primo – altri interessi rispetto a quest'ultimo eterogenei, riconducibili alla dimensione sostanziale (capo II) e privata-individuale (capo III). In quest'ottica il riferimento corre ad esempio agli interessi privatistici connessi a dati provvedimenti ovvero ai beni privati tutelati dal reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni attuato mediante violenza su cose o persone, beni certamente più vicini alla persona ed al patrimonio che alla Giustizia. In quest'ottica, si è arrivati a dire che il legislatore ha in sostanza accorpato, nell'ambito del Titolo in esame, sia beni giuridici dotati di spiccata rilevanza pubblicistica quanto beni privi di tale rilevanza. L'“ideologia statualista” del legislatore codicistico lo avrebbe in altri termini portato ad optare per un'indiscriminata pubblicizzazione degli oggetti di tutela, che però, secondo la dottrina, si configurerebbe come “pubblicizzazione delle etichette”, essendo priva di ricadute sul piano ermeneutico (così PULITANÒ D., *Sulla tutela penale*, cit., p. 1261) e, comunque, più di facciata che reale. Del resto, che il Titolo III sia nella sostanza meno condizionato dall'“ideologia statualista-pubblicistica” rispetto ai Titoli che lo precedono trova conferma, secondo alcuni autori, in una serie di fattori, come la previsione di speciali scriminanti o cause di non punibilità che codificano la prevalenza di interessi individuali sul bene Giustizia, i limiti edittali (in origine) estremamente miti, la procedibilità a querela di alcune fattispecie etc. così BERTOLINO M., *Analisi critica dei delitti*, cit., pp. 5-6. Attento alla dimensione individuale del bene protetto dai reati contro l'Amministrazione della Giustizia è anche RIONDATO S., *Introduzione*, cit., p. XXVII. Secondo quest'ultimo Autore, infatti, ogni persona è portatrice di una propria idea di Giustizia ed è titolare dell'interesse-Giustizia, interesse che può essere inteso sia nella sua dimensione astratta, come diritto ad un sereno vivere quotidiano, sia nella sua dimensione concreta, come diritto di agire e stare in giudizio per far valere le proprie pretese o resistere alle accuse e/o pretese altrui.

²⁰Può considerarsi ormai superata la qualificazione dei reati contro l'Amministrazione della Giustizia quali reati che puniscono offese di natura soggettiva all'attività giudiziaria. Alla base di tale concezione soggettiva di offesa vi è infatti un'idea soggettivo-autoritaria del potere dello Stato, non più attuale a partire dall'entrata in vigore della Costituzione. Tale evento ha determinato, infatti, una trasformazione nei rapporti tra individuo e Pubblica Amministrazione, trasformazione secondo la quale quest'ultima viene intesa e tutelata quale funzione esercitata in via strumentale rispetto allo sviluppo ed al benessere della persona e dei consociati. Si veda sul punto ROMANO S., *False dichiarazioni al p.m.*, in AA.VV., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di MAIELLO V., ESI, Napoli, 2015, p. 253 ss. (in part. par. 3.1). Del resto, trattando specificamente del reato di false informazioni al difensore, non manca chi ha evidenziato come, con l'entrata in vigore della Costituzione, si sia rinnovato il significato della funzione giurisdizionale, la quale merita tutela solo nel momento in cui è funzionale alla tutela del singolo nelle formazioni sociali in cui vive, incluso l'imputato, la sua dignità e la sua libertà. Sul punto si veda LONGOBARDO C., *Le false dichiarazioni al difensore*, in AA.VV., *Delitti*

2. Tutela penale della Giustizia penale

Volendo attenerci, come anticipato, al modello astratto di processo sposato dal legislatore nel 1988, il superamento della concezione meramente “repressiva” che caratterizzava il codice previgente – e che per una serie di fattori resta sempre in agguato²², secondo molti autori anche per via del protagonismo assunto dalla vittima²³ nella

contro l'amministrazione della giustizia, a cura di MAIELLO V., ESI, Napoli, 2015, p. 305 ss. (in part. par. 6).

²¹ Eccezione fatta per alcune previsioni eccentriche, secondo buona parte della letteratura una grande maggioranza dei reati considerati dal Titolo III, nel tutelare l'Amministrazione della Giustizia, sottende il concetto di “giurisdizione in senso oggettivo” intesa quale “attività coordinata al conseguimento dello scopo proprio del potere giudiziario”. In quest'ottica, ad es., l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni viene considerato fattispecie atta a garantire l'intervento del potere giudiziario. La calunnia, assieme all'autocalunnia e alla simulazione, sono ritenuti reati volti ad evitare interventi dell'autorità giudiziaria non giustificati dalla necessità di un effettivo accertamento. Così BOScarelli M., *Giustizia*, cit., p. 612, Sempre secondo BOScarelli M., *Giustizia*, cit., p. 613, fa eccezione il millantato credito del patrocinatore (art. 382 c.p.) che viene considerato delitto contro l'Amministrazione della Giustizia da intendersi in senso soggettivo. Sulla linea appena descritta si collocano gli autori che evidenziano come il Codice Rocco, allo stesso modo del Codice Zanardelli del 1889, abbia dedicato un titolo apposito e specifiche fattispecie incriminatrici alla tutela dell'esercizio della funzione giurisdizionale intesa in senso oggettivo; ciò al fine di completare la tutela garantita dal Titolo II alla Pubblica Amministrazione intesa in senso soggettivo. In questo senso si veda BERTOLINO M., *Analisi critica dei delitti*, cit., p. 1 ss., che evidenzia come lo stretto collegamento tra la tutela della pubblica amministrazione e dell'Amministrazione della Giustizia giustifichi la collocazione di alcune fattispecie poste a tutela di interessi giurisdizionali nel Titolo II. Si pensi ad esempio alla corruzione in atti giudiziari (art. 319 *ter* c.p.); alla violenza o minaccia a pubblico ufficiale (art. 336 c.p.); all'oltraggio a magistrato in udienza (art. 343 c.p.). Sui rapporti tra Titolo II e III c.p. si veda già PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione*, cit., p. 5. Sulla nozione di Amministrazione della Giustizia, cfr. inoltre LEVITA L., *I delitti*, cit., p. 3. A ben guardare, si è tuttavia precisato che il concetto di Amministrazione della Giustizia non può che essere inteso “in senso lato” (MANZINI V., *Dei delitti*, cit., p. 729), comprensivo di ogni attività in qualche modo connessa all'esercizio della giurisdizione”; ad esempio di recente si veda RIONDATO S., *Introduzione*, cit., p. XXIX.

²² Sulla riesumazione dello spettro del primato della difesa sociale attribuibile alle Istituzioni nazionali e sovranazionali, si veda NEGRI D., *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*, in AA.VV., *Nei limiti della Costituzione. Il codice repubblicano e il processo contemporaneo. Atti del Convegno (Roma 28-29 settembre 2018)*, a cura di NEGRI D., ZILLETTI L., Cedam, Padova, 2020, p. 28 ss., il quale richiama in proposito gli obblighi positivi di tutela, sia di criminalizzazione sia procedurali, imposti dalla Corte EDU agli Stati membri a tutela di alcuni diritti fondamentali contemplati dalla Convenzione.

²³ Sul “diligare del penale” che “finisce per vittimizzare gli imputati, fornendo

gestione degli affari penali²⁴ – ha portato alla ribalta un’idea di Giustizia più articolata di quella passata. Quello attuale è infatti un modello di Giustizia nella quale convergono svariati valori, istanze ed esigenze dotati di rilevanza costituzionale ed eterogenei²⁵. In quest’ottica, le norme penali poste a tutela del procedimento (in alcuni dei suoi profili) presidiano una Funzione istituzionale²⁶ che ha natura complessa, nel cui ambito i diversi interessi sopra menzionati vengono composti e ricomposti da un’autorità indipendente ed autonoma²⁷ che opera nel rispetto di un equilibrio prefissato dal legislatore che, se a volte è statico e rigido, altre volte è invece flessibile e dinamico. Si tratta di un equilibrio che, a dispetto dell’approccio ideologico adottato nell’individuare la funzione prioritaria da assegnare al processo, a livello di principio ruota attorno ad un postulato: il rispetto dei diritti dell’individuo.

Più nel dettaglio, quest’ultima affermazione non richiede particolari precisazioni qualora si prenda in considerazione la tesi – oggi attuale più che mai²⁸ – secondo cui il processo penale rappresenta un

una sorta di alibi alla latitanza del potere politico nell’affrontare i temi del malgoverno”, si veda FERRUA P., *Governo della legge ed egemonia del potere giudiziario*, in AA.VV., *Nei limiti della Costituzione. Il codice repubblicano e il processo contemporaneo. Atti del Convegno (Roma 28-29 settembre 2018)*, a cura di NEGRI D., ZILLETTI L., Cedam, Padova, 2020, p. 50-51. Sull’attuale ruolo della vittima nell’ambito degli “affari penali”, si veda SGUBBI F., *Il diritto penale totale*, cit., p. 30 ss. Sulla vittima, sul suo ruolo ancora processualmente sfumato ma comunque ormai centrale e sul contrasto tra tale ruolo e la presunzione di innocenza (a cui dovrebbe corrispondere una “non vittima” fino a sentenza definitiva), si veda MAZZA O., *La presunzione di innocenza messa alla prova*, in AA.VV., *Nei limiti della Costituzione*, cit., p. 80 ss.

²⁴ Per quanto concerne il ruolo della vittima, sempre NEGRI D., *Diritto costituzionale applicato*, cit., p. 31, denuncia come il suo riconoscimento trovi un fondamentale addentellato nel diritto dell’Unione Europea, come si evince dalla Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

²⁵ Per un inquadramento, si vedano i referenti costituzionali del procedimento penale come riportati da TONINI P., *Lineamenti di diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 8 ss.

²⁶ Considera il Titolo III come insieme di norme dedicate alla tutela dell’esercizio della funzione giurisdizionale intesa in senso oggettivo, tra gli altri, BERTOLINO M., *Analisi critica dei delitti*, cit., p. 1 ss.; cfr. inoltre BOTTALICO F., *La ritrazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 24.

²⁷ Art. 104 Cost.

²⁸ Si consideri la tematica dei “controlli occulti” a fronte dei quali emergono e