

Cassazione penale

direttore scientifico **Domenico Carcano**
condirettore **Mario D'Andria**
LIII - ottobre 2013, n° 10

IO

20
13

| estratto

QUANDO I FATTI NON BASTANO.
ALL'INTERNO DEL CASO
MORTOLA/DE GENNARO

di Francesco Diamanti

| 815.4 SULLA PERTINENZA E RILEVANZA DELLA DEPOSIZIONE NEL REATO DI FALSA TESTIMONIANZA

SEZ. VI - UD. 22 NOVEMBRE 2011 (DEP. 28 MAGGIO 2012), N. 20656 - PRES. DI VIRGINIO - REL. PAOLONI - P.M. IACOVIELLO (CONCL. CONF.) - (252627)

FALSA TESTIMONIANZA - Elemento oggettivo - Oggetto della deposizione - Pertinenza e rilevanza delle dichiarazioni - Nozione - Indicazione.

(C.P. ART. 372)

Ai fini della configurabilità del delitto di falsa testimonianza, la nozione di pertinenza della dichiarazione indica che i fatti o le circostanze che ne costituiscono l'oggetto devono essere direttamente o indirettamente attinenti all'accertamento giurisdizionale svolto nel processo in cui viene raccolta la deposizione, mentre la nozione di rilevanza, da ritenere diversa ma complementare alla prima, ha carattere funzionale ed attiene alla efficacia probatoria di quegli stessi fatti e circostanze, ossia alla loro capacità di falsa rappresentazione in grado di influire sulla decisione del processo, deviandone il corso dall'obiettivo dell'autentica e genuina verità processuale (1).

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO - 1. Con il ministero dei rispettivi difensori gli imputati D.G.G. e S.M. impugnano per cassazione la sentenza della Corte di appello di Genova indicata in epigrafe. Decisione che, accogliendo l'appello del p.m. e delle parti civili, in totale riforma della sentenza assolutoria resa il 7 ottobre 2009, all'esito di giudizio abbreviato non subordinato ad integrazioni probatorie, dal G.i.p. del Tribunale di Genova, con cui erano stati prosciolti dal reato di concorso nella falsa testimonianza ascritta a F.C., li ha dichiarati colpevoli di tale reato (la posizione del C., rinviato a giudizio, è oggetto di separato procedimento con rito ordinario) e per l'effetto li ha condannati, concesse ad entrambi generiche circostanze attenuanti (stimate per D.G. equivalenti alle contestate aggravanti di cui all'art. 61, n. 9 e art. 112, comma 1, n. 3, c.p. per abuso dei suoi poteri di sovraordinazione gerarchica nei confronti di C.), alle rispettive pene, con i doppi benefici di legge, di un anno e quattro mesi di reclusione (D.G.) e di un anno e due mesi di reclusione (M.) nonché al risarcimento dei danni (da determinarsi in sede civile) in favore delle parti civili costituite nel processo.

2. L'antefatto storico-processuale.

La vicenda che integra l'attuale reg Giudicanda si inserisce nel più ampio e articolato contesto storico e processuale che investe i gravi fatti accaduti a Genova nei giorni dal 19 al 22 luglio 2001 in concomitanza con il vertice dei Capi di Stato dei Paesi più industrializzati, denominato G8, svoltosi nel capoluogo ligure. Fatti scanditi da ripetute ed estese manifestazioni di protesta di gruppi pacifisti e di *no-global* (c.d. tute bianche) coordinati dal Genoa Social Forum, degenerate per l'incursione di folli nuclei di esponenti dell'antagonismo violento (c.d. tute nere, *black bloc*) originanti cruenti scontri con le forze di polizia presenti in gran numero per presidiare l'area cittadina interessata dall'assise politica internazionale. Fatti culminati nella tragica morte del giovane manifestante C.G. nel pomeriggio di venerdì 20 luglio, preceduti e proseguiti da disordini e veri e propri episodi di devastazione e saccheggio della città e sfociati in un epilogo altrettanto drammatico, con il vertice del G8 e manifestazioni collaterali ormai esauriti, nella notte volgente

tra il sabato e la domenica (21 e 22 luglio). Epilogo rappresentato dalla perquisizione eseguita da oltre 300 agenti di polizia provenienti da più reparti nazionali inviati a Genova per i servizi di ordine pubblico connessi al G8, coadiuvati anche da unità di carabinieri, presso il complesso scolastico denominato "scuole Diaz" sito nella Via Cesare Battisti del quartiere genovese di Albaro, destinato dal Comune di Genova a centro stampa e a sede logistica del Genoa Social Forum e dei gruppi associativi allo stesso riferibili.

2.1. Perquisizione decisa dai vertici della Polizia di Stato convenuti a Genova per coordinare gli interventi unitamente al Questore della città dott. F.C. ed eseguita di iniziativa della p.g., ai sensi del r.d. 18 giugno 1931, n. 773, art. 41, nel fondato sospetto dell'avvenuta infiltrazione nei locali dell'edificio scolastico Pertini del plesso Diaz di esponenti dei *black bloc* e di altre frange di antagonisti violenti, muniti anche di armi o strumenti assimilabili, resisi responsabili dei tumulti e dei tanti episodi di vandalismo accaduti a Genova nei giorni precedenti. Il programmato intervento di p.g. deputato a verificare la situazione all'interno della scuola Diaz-Pertini, ad identificarne gli occupanti e reperire eventuali armi, all'inizio esteso alla prospiciente scuola Diaz-Pascoli destinata ad accogliere i servizi di informazione e il centro stampa del G.S.F., è eseguito con inusitata violenza dagli agenti operanti, pur in assenza di reali gesti di resistenza, nei confronti delle persone, molte straniere, presenti nella palestra e negli altri locali della Pertini per trascorrervi la notte. Tutti i 93 manifestanti individuati nella scuola sono tratti in arresto per associazione criminosa, resistenza e detenzione illegale di armi, nella Pertini essendosi rinvenute – oltre a corpi contundenti e oggetti atti all'offesa di varia natura – anche due bottiglie incendiarie (molotov). I 93 arrestati, che nel corso dell'operazione di p.g. riportano ferite di diversa serietà (tre di essi ridotti in condizioni gravi), sono in parte trasferiti in ospedale o (prima di essere condotti in carcere) fatti transitare nella caserma di Genova Bolzaneto, dove subiscono altri atti di violenza e prevaricazione da parte di agenti della polizia di Stato e della polizia penitenziaria. Le indagini di p.g. rapidamente promosse dalla Procura della Repubblica di Genova consentono, alla luce delle concordi dichiarazioni dei manifestanti, delle testimonianze assunte e di molti reperti e video-fotografici e documentari di chiarire subito i profili di abusività e ingiustificata durezza dell'azione portata a compimento nella scuola Diaz Pertini. Gli sviluppi delle indagini preliminari conducono alla incriminazione di numerosi agenti e funzionari di polizia partecipanti all'irruzione nel complesso Diaz per reati di lesioni volontarie, abusi su persone arrestate, calunnia, falsità ideologica nella redazione dei diversi verbali di perquisizione, sequestro e arresto e nelle connesse annotazioni di servizio.

Nei confronti dei funzionari e agenti di polizia si sono già svolti i giudizi di merito di primo e di secondo grado, conclusisi con la condanna di molti di loro. Le sentenze di primo grado (Trib. Genova 13 novembre 2008) e di appello (App. Genova 18 maggio 2010) sono versate agli atti trasmessi a questa Corte a corredo dei ricorsi degli imputati. La sentenza di primo grado è stata, per altro, acquisita (in uno agli atti di appello) su concorde richiesta delle parti fin dall'udienza preliminare susseguente alla richiesta di rinvio a giudizio del C. e dei due attuali imputati D.G. e M., divenendo così pienamente utilizzabile, quanto alla storicità dei fatti in essa rappresentati, nel giudizio svoltosi con le forme del rito abbreviato nei confronti degli odierni ricorrenti.

2.2. È di tutta evidenza che, ferma l'autonomia referenziale e valutativa del reato di falsa testimonianza contestato ai funzionari D.G. e M. quali concorrenti morali del coimputato ex Questore di Genova e doverosamente evitandosi ogni sovrapposizione od interferenza di giudizi con le complesse vicende oggetto del processo principale per i fatti della Diaz, le emergenze di tale processo costituiscono lo sfondo sul quale vanno analizzate le condotte delittuose attribuite al D.G. e al M. Analisi cui si sono conformate le due sentenze di merito sulla falsa testimonianza che definisce l'attuale regudicanda.

Né, del resto, potrebbe essere diversamente.

Sia sul piano strettamente tecnico-giuridico, connesso alla peculiare struttura del reato di falsa testimonianza quale reato contro l'attività giudiziaria, che impone – ai fini dell'apprezzabi-

lità penale del fatto – una verifica della rilevanza e attinenza delle ipotizzate falsità dichiarative nell'ambito del percorso decisorio del processo principale. Sia sul piano della ricostruzione storica degli eventi processuali che hanno dato corpo, divenendo fonti di prova del reato di cui all'art. 372 c.p., alle indagini preliminari e alla specifica contestazione della falsa testimonianza che la pubblica accusa assume essere stata compiuta dal dott. F.C. con la deposizione resa il 3 maggio 2007 al Tribunale di Genova nel dibattimento del processo Diaz.

2.3. Sotto questo secondo profilo non è revocabile in dubbio che i fatti e i contegni desumibili dalle due difformi sentenze di merito, che hanno giudicato dell'accusa di concorso nella falsa testimonianza attribuita a F.C. elevata nei confronti degli odierni ricorrenti D.G. e M., sono scaturiti dalle emergenze del processo principale per le vicende della scuola Diaz. Per l'esattezza non dalle indagini preliminari anteriori al rinvio a giudizio degli operatori di polizia imputati di lesioni, falsità calunnia ed altro. Ma da elementi e dalle coeve indagini indotti proprio dagli sviluppi dell'istruzione dibattimentale del giudizio di primo grado definito con la sentenza del Tribunale di Genova del 13 novembre 2008. Elementi indirettamente confermati, trattandosi di evenienze storicamente pacifiche nei dati fattuali sottesi alla ipotizzata falsa testimonianza di C., dalla sentenza di secondo grado della Corte di appello di Genova del 18 maggio 2010. Sulla scorta delle due sentenze di merito la sequenza delle emergenze della falsa testimonianza del Questore C. è rapidamente sintetizzabile.

Rilevanza decisiva nel processo Diaz hanno assunto le vicende relative al ritrovamento di due bottiglie molotov all'interno della scuola Pertini, asseverata dalla maggior parte dei verbali di arresto e di sequestro poi attinti dalla connotazione di falsità ideologica contestata ai funzionari di polizia redattori o responsabili della redazione di quei verbali, essendo ben presto emerso che nessuna bottiglia incendiaria è mai stata reperita e realmente sequestrata nei locali della scuola Pertini in possesso dei manifestanti ivi tratti in arresto. Le due molotov sono state rinvenute a Genova in tutt'altro luogo nel pomeriggio del 21 luglio nel corso del servizio di controllo territoriale guidato dal funzionario P.G. (distaccato dalla Questura di Bari a Genova per il vertice del G8), che senza alcuna incertezza – come conferma agli inquirenti – riconosce nei fotogrammi e nelle immagini della conferenza stampa della Polizia dopo l'intervento alla Diaz le due molotov, mostrate come oggetto di sequestro a carico degli occupanti della Diaz, per quelle da lui prelevate in altro luogo della città, poi consegnate al collega dott. V.D. Ritrovamento e circostanze univocamente confermate dall'agente Giandomenico Vito e dai funzionari P.M. e V.D. È fin troppo chiaro il peso che tale accertata falsità dell'addotto ritrovamento delle due bottiglie molotov nella Diaz-Pertini acquista nel prosieguo delle indagini preliminari, offrendo dimostrazione di un maldestro tentativo di giustificazione postuma e mendace dell'irruzione alla Diaz e dell'arresto dei 93 dimostranti trovati nella scuola.

In mancanza del rinvenimento nella Diaz di altre armi le due bottiglie incendiarie (la cui detenzione è in teoria ascrivibile a tutti gli arrestati), espressamente assimilate alle armi da guerra dalla l. n. 110 del 1975, art. 1, comma 1 ("bottiglie e involucri esplosivi o incendiati") legittimano falsamente *a posteriori* l'arresto in flagranza dei detentori (art. 380, comma 2, lett. g), c.p.p.) e corroborano la fondatezza dei sospetti sulla presenza di armi all'interno della scuola, in base ai quali è stata decisa la perquisizione-irruzione per autonoma iniziativa della p.g. a norma del r.d. 18 giugno 1931, n. 773, art. 41.

2.4. Nel corso del dibattimento di primo grado del processo Diaz si rende necessaria l'acquisizione e l'esibizione in aula delle due bottiglie incendiarie. Ma il reperto non è ritrovato né presso la Procura della Repubblica, né presso la locale Questura, emergendo l'ipotesi che le stesse siano state distrutte, deliberatamente secondo l'ipotesi di accusa, insieme ad altro materiale pericoloso. Di tal che il p.m. titolare delle indagini del procedimento Diaz il 18 gennaio 2007 iscrive procedimento penale contro ignoti per i reati di peculato e detenzione illegale di materiale esplosivo, attivando così parallele indagini sulla vicenda della "sparizione delle molotov". In detto contesto investigativo la Sezione di P.G. della Procura segnala l'emergere in conversazioni intercettate in separato procedimento nei confronti dell'artificiere della Polizia M.M. di dati concer-

nenti le due molotov, accennando il M. all'eventualità che il relativo reperto sia stato preso in carico dalla Digos o dalla Squadra Mobile della Questura di Genova e che forse il dott. M. o l'ispettore B. possano "saperne qualcosa".

Avuta conferma con nota 23 gennaio 2007 della Questura di Genova della oggettiva irreperibilità dei due ordigni incendiari, per altro non resi oggetto di «alcuna disposizione dell'A.G. circa la conservazione degli stessi nell'ambito del procedimento Diaz», il p.m. dispone in via di urgenza una serie di intercettazioni telefoniche fin dal gennaio 2007, tutte ritualmente convalidate dal g.i.p. (che ne autorizza anche le relative proroghe), a partire dalle utenze intestate all'artificiere M. Il 16 aprile 2007 l'attività di captazione è estesa all'imputato (nel processo Diaz) S.M., all'epoca dei fatti dirigente la Digos presso la Questura di Genova. È sull'utenza del dott. M. che si susseguono le conversazioni con il dott. C. afferenti alla testimonianza che questi è chiamato a rendere il 3 maggio 2007 davanti al Tribunale. Avvenuto l'esame dibattimentale di F.C., il 7 maggio 2007 il p.m. rinnova l'intercettazione nei confronti del M. e la estende allo stesso C. e al funzionario C.D.S., coimputato del M. nel processo Diaz. A tal punto è annotata, ancora nell'ambito del procedimento contro ignoti per il reato di cui all'art. 314 c.p., l'iscrizione ex art. 335 c.p.p. della ulteriore e nuova imputazione di falsa testimonianza in concorso ex artt. 110 e 372 c.p.p. (avuto riguardo, come precisa il p.m. nel decreto di intercettazione convalidato dal g.i.p., all'emergere dalle captazioni sull'utenza del M. di «uno sconcertante quadro di inquinamento della prova in formazione nel dibattimento attraverso plurimi contatti tra testimoni e imputati ...»). Contestualmente (lo stesso 7 maggio 2007) il p.m. iscrive nel mod. 21/noti del registro notizie di reato procedimento penale nei confronti di C.F. e di G.D.G. L'iscrizione nominativa è estesa il 4 luglio 2007 a S.M.

Come desumibile dalla congiunta lettura del compendio probatorio operata dalle due sentenze di merito di primo e di secondo grado, la fonte di prova della falsa testimonianza resa dall'ex Questore di Genova (al momento dei fatti del G8) F.C. e delle condotte di "determinazione", "istigazione" o "induzione" incidenti sulla falsità della testimonianza attribuite all'allora Capo della Polizia (Direttore Generale del Dipartimento della Pubblica Sicurezza) G.D.G. e all'ex dirigente la Digos di Genova S.M. (nel 2007 dirigente la Pol.Fer. di Torino) è rappresentata dai contenuti delle captazioni foniche come dianzi acquisite. Captazioni cui si giustappongono i raffronti tra le dichiarazioni dibattimentali rilasciate da C. e quelle dallo stesso rese prima alla Commissione Parlamentare per una indagine conoscitiva sui fatti del G8 di Genova e poi al p.m. nel corso delle indagini nonché quelle rese nelle stesse sedi dal Prefetto D.G. e nel corso delle sole indagini dal dott. M., prima in veste testimoniale e poi in veste di indagato.

(*Omissis*).

MOTIVI DELLA DECISIONE - 1. I ricorsi degli imputati G.D.G. e S.M. sono assistiti da fondamento e vanno accolti con connesso annullamento senza rinvio, per insussistenza dei fatti reato loro rispettivamente contestati, della impugnata sentenza resa, all'esito del giudizio abbreviato di secondo grado, dalla Corte di appello di Genova il 17 giugno 2010.

1.1. La sentenza è scandita da sommarietà valutativa e da palesi lacune della motivazione, percorsa da passaggi e ragionamenti che non solo non chiariscono – se non in termini meramente assertivi – le ragioni in base alle quali è stata affermata la sussistenza delle condotte di determinazione o istigazione alla falsa testimonianza dell'ex Questore di Genova F.C. ascritte ai due imputati ed è stata ritenuta la loro connessa colpevolezza per tali condotte, ma neppure affrontano i rilievi critici dell'impostazione dell'accusa esposti nelle memorie difensive con cui gli imputati hanno rivendicato la giustezza decisoria della sentenza di primo grado. La sentenza di appello in esame si limita a recepire la tesi prospettata nell'appello del Procuratore della Repubblica di Genova in modo superficiale e generico, senza farsi carico di sviluppare i temi di sicura significanza giuridica, per quanto frutto di una fuorviante lettura delle risultanze processuali, sottesi alle problematiche affrontate dall'appello del p.m. di primo grado con particolare meticolosità analitica, speculari del resto alla riconosciuta altrettanto completa e ricca, sul piano

dei temi giuridici esaminati, sentenza del G.i.p. del Tribunale di Genova. Sentenza, questa, con cui la Corte di appello tralascia totalmente di confrontarsi in termini di critica logica e giuridica, sovvertendone in modo radicale le conclusioni valutative in palese inosservanza dell'obbligo di necessaria completezza di motivazione di una sentenza di merito riformatrice di una anteriore decisione liberatoria e di corretta applicazione dei criteri codicistici di apprezzamento delle fonti di prova dichiarative e documentali.

1.2. Le radicali lacune, non altrimenti colmabili (tanto più ove si ricordi che si è proceduto al giudizio con rito abbreviato e con la piena disponibilità conoscitiva degli atti del presupposto processo di primo grado per i fatti della Diaz e in particolare della relativa istruzione dibattimentale), della sentenza impugnata, in punto di motivazione e di corretta applicazione delle norme processuali in tema di prova (artt. 187, 192 c.p.p.) nonché delle norme sostanziali disciplinanti il concorso di persone nel reato, appaiono ancor più censurabili, quando si osservi che la decisione di appello, modificando gli esiti di proscioglimento del precedente giudizio di merito, avrebbe dovuto caratterizzarsi per una motivazione di particolare ricchezza e forza persuasiva di cui appare priva. Non è inutile ricordare che costituisce *ius receptionis* della giurisprudenza di questa Corte regolatrice e della stessa dottrina il principio, ribadito anche da una recente decisione di questa stessa sezione (Sez. VI, 3 novembre 2011, n. 40159, Galante, rv. 251066), secondo cui deve considerarsi affetta da illegittimità la sentenza di appello che, in riforma di quella assolutoria di primo grado, condanni l'imputato sulla base di una interpretazione, alternativa e non maggiormente persuasiva, dello stesso compendio probatorio utilizzato nel giudizio di primo grado. Il canone o regola di giudizio della valutazione della colpevolezza «al di là di ogni ragionevole dubbio», introdotto nell'art. 533, comma 1, c.p.p. dal legislatore del 2006 (l. 20 febbraio 2006, n. 46, art. 5), sebbene non più coniugato alla prevista concomitante inappellabilità delle sentenze di proscioglimento (eliminata dall'ordinamento processuale con la sentenza della C. cost. n. 26/2007 del 6 febbraio 2007), richiede che, in difetto di elementi probatori sopravvenuti ovvero non vagliati dal giudice di primo grado, la eventuale rivisitazione in senso deteriore, rispetto alla prima decisione, dello stesso materiale probatorio acquisito nel precedente giudizio e in quella sede ritenuto non idoneo per giustificare una pronuncia di colpevolezza sia sorretta da elementi ed argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze o insufficienze valutative della decisione liberatoria, che diviene non più sostenibile neppure nel senso della persistenza di ragionevoli dubbi sulla modificatrice affermazione di colpevolezza.

Occorre, insomma, che la decisione di radicale riforma di una assoluzione non sia basata sulla semplice diversa valutazione, qualificata da pari o perfino inferiore razionalità e plausibilità rispetto alla valutazione sviluppata dalla prima sentenza, ma sia fondata su elementi di apprezzamento probatorio dotati di effettiva e scardinante efficacia persuasiva, in grado di vanificare ogni ragionevole dubbio immanente nella delicata situazione di conflitto valutativo delle prove. Come si rimarca nella recente sentenza di questa S.C. dianzi citata, il giudizio di condanna presuppone la certezza processuale della colpevolezza, mentre l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza ma la semplice non certezza (e, dunque, anche il dubbio ragionevole) della colpevolezza.

Senza necessità di diffondersi sulla nozione concettuale di dubbio probatorio o processuale, è doveroso chiarire che l'illustrato criterio di giudizio della superabilità o meno del ragionevole dubbio decisorio, con cui il legislatore ha novellato il disposto dell'art. 533, comma 1, c.p.p. non è frutto dell'introduzione di un diverso e più rigoroso o restrittivo canone di valutazione della prova rispetto a quello preesistente adottato dal codice di rito, perché il legislatore altro non ha fatto che formalizzare, in linea con i postulati regolanti un giusto processo (art. 111 Cost., 6 CEDU), un principio già da tempo acquisito e ripetutamente affermato dalla giurisprudenza di legittimità, per cui la condanna è possibile soltanto in presenza della certezza processuale della responsabilità dell'imputato (cfr., *ex plurimis*: Sez. II, 21 aprile 2006, n. 19575, Serino, rv. 233785; Sez. I, 11 maggio 2006, n. 20371, Ganci, rv. 234111). Anche prima della modifica dell'art. 533 c.p.p.,

infatti, il ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato ne imponeva il proscioglimento ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p. sulla base dei consolidati principi definitori della insufficienza della prova (prova che non assume solidità ed efficacia dimostrativa tali da condurre ad una affermazione di responsabilità) e/o della contraddittorietà della prova (situazione di equivalenza delle prove di reità con quelle di innocenza del giudicabile) (cfr.: Sez. un., 23 novembre 1995, n. 2110, Fachini, rv. 203762; Sez. III, 21 marzo 2002, n. 25928, Rebizzi, rv. 222251; Sez. V, 24 novembre 2005, n. 842/06, Fossatelli, rv. 233754). Tutto ciò precisato, deve constatarsi che il capovolgimento del giudizio operato dall'impugnata sentenza della Corte distrettuale di Genova non è stato espresso nel rispetto delle indicazioni della segnalata giurisprudenza di legittimità, essendo stato formulato in virtù di mere e sommarie valutazioni alternative e certamente riduttive (per sommarietà di giudizi e per omessa riconsiderazione critica delle opposte conclusioni liberatorie della decisione di primo grado), caratterizzate da elementi il più delle volte soltanto congetturali se non apodittici, di cui è traccia nella stessa trama espositiva della motivazione con il frequente ricorso a pleonasmii, litoti in palese funzione rafforzativa di assunti deficitari o deboli («non può non sostenersi ...», «non può non ritenersi ...» e simili), metonimie che trascendono la semplice logica argomentativa e si traducono, confondendo cause con effetti, in palesi errori di diritto. Come accade nel singolare tautologico passaggio della motivazione della sentenza (p. 48) in cui il "movente" di supposta natura politica e giudiziaria della condotta istigatrice del dott. D.G., solo ipotizzato (e per di più smentito da trascurate emergenze vagliate dalla sentenza di primo grado), è assimilato alla prova dell'istigazione «a prescindere dalla rilevanza» del dato nel processo Diaz, e siffatta rilevanza è a sua volta ritenuta sussistente «per la sola rilevanza e suscettibilità della deposizione istigata» di recare «un astratto contributo», pericolosamente fuorviante, alla decisione del processo Diaz.

2. Ad onta della sua corposa estensione (ma una rilevante parte della sentenza è assorbita dalla cronistoria, pur necessaria, delle indagini preliminari e del percorso giustificativo della prima sentenza di merito), la carenza di motivazione e l'erronea applicazione dell'art. 372 c.p. nel giudizio sulle peculiari posizioni di concorrenti *extranei* dei due imputati D.G. e M. appaiono particolarmente rilevanti nella disamina, di natura per dir così pregiudiziale, perché antecedente logico e giuridico della dimostrazione dell'effettiva sussistenza, materiale e soggettiva, delle contestate condotte istigatrici ascritte ai due imputati, degli elementi integranti – per ormai consolidati indirizzi giurisprudenziali e dottrinali – la tipicità normativa della fattispecie della falsa testimonianza. Vale a dire i requisiti della pertinenza e della rilevanza nel processo della Diaz, nel quale si è manifestata l'ipotizzata testimonianza falsa, dei tre temi sui quali (uno per D.G.: questione S.; due per M.: conversazione M.-K. e accesso nella scuola Pascoli) è calibrata l'accusa di concorso criminoso elevata a carico dei ricorrenti.

2.1. Il presupposto dell'individuazione di tali componenti strutturali del reato *ex art. 372 c.p.* è costituito dalla pacifica natura di reato di pericolo riconosciuta alla falsa testimonianza (*v. ex pluribus*: Sez. VI, 26 maggio 2009, n. 40501, Merenda, rv. 244553). Nel senso che il reato può ritenersi sussistente, allorché – per pertinenza e rilevanza dell'oggetto della testimonianza sul quale si sia consumato il mendacio rispetto al *thema decidendum* del processo – la falsa deposizione testimoniale risulti astrattamente idonea ad alterare o comunque ad influenzare il convincimento del giudice, così incidendo sul corretto funzionamento dell'attività giudiziaria con il rischio potenziale di fuorviarne il corso. In altri termini, se il reato di cui all'art. 372 c.p. tutela il corretto svolgimento dell'attività giudiziaria, nel senso che questa non può essere sviata da dichiarazioni testimoniali non veritiere, occorre anche che tale falsità dichiarativa abbia la possibilità di produrre un siffatto esito decisivo fuorviato. Con l'ulteriore ed ovvio corollario che, per la configurabilità del delitto di falsa testimonianza, la valutazione sulla pertinenza e sulla rilevanza della deposizione del testimone deve effettuarsi con riguardo alla situazione processuale esistente al momento in cui il reato è consumato (*id est* in cui la testimonianza falsa è resa), ossia *ex ante* e non in virtù di una postuma prognosi, ed a tale positiva valutazione il giudice deve giungere attraverso l'esame di norme giuridiche, senza fare surrettizio ricorso a semplici massime di espe-

rienza (cfr. *ex pluribus*, da ultimo: Sez. VI, 29 maggio 2009, n. 27533, Testa, rv. 244532; Sez. VI, 6 luglio 2010, n. 29258, Major, rv. 248610).

2.2. L'indagine sulla previa pertinenza e rilevanza della testimonianza mendace rispetto all'oggetto dell'accertamento processuale nel processo *a quo* diviene ancor più importante quando si discuta, come nel caso di specie, di una ipotesi di fattispecie plurisoggettiva eventuale, in cui vengono in risalto delle condotte concorsuali di persone che non hanno reso la testimonianza falsa, ma ne abbiano in qualche modo condizionato o indotto il manifestarsi secondo il criterio dell'efficienza o equivalenza causale che disciplina il concorso di persone nel reato a norma del combinato disposto dell'art. 40, comma 1 e art. 110 c.p.

Giova rimarcare, come segnalato all'inizio della presente decisione, che le imputazioni cristallizzate a carico degli imputati e le stesse due sentenze di merito impiegano promiscuamente e come sinonimi le categorie della determinazione, della istigazione e dell'induzione a commettere il reato di falsa testimonianza. In realtà si tratta di tipologie di condotte esecutive differenziate, che risalgono al previgente codice penale Zanardelli e significative in ragione della gradualità del concorso di persone nel reato in esso prevista (a rigore determinante è il concorrente che fa sorgere nell'autore materiale del reato un proposito criminoso prima inesistente, mentre istigatore è il partecipe che si limiti a rafforzare un proposito criminoso preesistente nell'autore materiale). Il criterio della causalità efficiente adottato dal vigente codice penale anche per le ipotesi di concorso di persone nel reato rende oggi inconferente la tipologia di condotte in questione e legittima un loro indeterminato e generico uso di corrispondenza ad un contegno di induzione o istigazione, sia che il proposito di dichiarare il falso del testimone sia stato già presente nella sua progettualità volitiva, sia che tale proposito sia stato provocato volutamente dal partecipe non testimone.

Per la verità, sul piano della ricostruzione della decisione del dott. C. di affermare – secondo l'ipotesi di accusa contestatagli – cose non vere nel corso della testimonianza resa al Tribunale di Genova il 3 maggio 2007, pur potrebbe discutersi, in tesi, di un preesistente autonomo intento di modificare le dichiarazioni rese in precedenza (se siffatta modifica sia davvero falsa, in tutta la latitudine dell'accusa rivoltagli, sarà accertato nel separato processo pendente a suo carico), sul quale potrebbe essersi inserito il condizionamento rivenientegli dai colloqui avuti con il dott. D.G. e con il dott. M. Al riguardo deve rilevarsi, infatti, che la sentenza di appello oggi in esame (laddove la sentenza di primo grado correttamente si pone il problema, risolvendolo in chiave di totale mancanza o incertezza probatorie) non fornisce indicazione alcuna, al di là di asseverazioni indimostrate o di stile, sui dati reali che suffraghino specifiche condotte induttive dei due imputati.

Se ciò appare evidente per quel che concerne il rapporto del dott. C. con il M. (lo ha cercato il dott. C. e l'imputato si limita a rinverdirne i labili ricordi dei fatti sulla base di evenienze pacifiche e di comune collettiva conoscenza oppure a rinviarlo ad altro collega per visionare i verbali delle dichiarazioni di testimoni e imputati del processo Diaz, altrettanto pubblici dopo la richiesta di rinvio a giudizio del p.m. e la radiocronaca di tutte le udienze dibattimentali riproposta sul sito *internet* di Radio Radicale, come ricordano le memorie difensive e gli odierني ricorsi degli imputati), la circostanza si mostra altrettanto palese anche per il rapporto intercorso tra il dott. C. e il dott. D.G. In questo contesto gli inviti o esortazioni a riformare le precedenti dichiarazioni provenienti dal Capo della Polizia sono accreditati dalle sole parole del C. all'amico M. e per la verità sono, a tacer d'altro, interpretati in modo equivoco dallo stesso dott. C., che – giusta quanto puntualmente evidenzia la sentenza assolutoria del g.i.p. – mostra di non comprenderne i riferimenti, atteso che lo stesso C. non sa spiegarsi in qual modo la revisione delle sue pregresse dichiarazioni sulla questione S. possa fornire aiuto ai colleghi dirigenti della Polizia coinvolti nel processo Diaz. E tale dato, merita subito rimarcare, è un indiretto, ma affatto chiaro, indice dell'irrelevanza decisoria dell'oggetto della testimonianza incriminato, se neppure il presunto falso testimone riesce a cogliere l'incidenza della questione S. sulla decisione del processo Diaz.

2.3. Nella giurisprudenza e nella stessa dottrina gli elementi della struttura del reato formati dalla pertinenza e dalla rilevanza dell'oggetto della falsa testimonianza in correlazione con l'oggetto dell'accertamento giurisdizionale nel processo in cui è raccolta la falsa testimonianza sono utilizzati come espressione di una stessa categoria precettiva o concettuale ovvero come una sorta di endiadi, con cui si metterebbe a fuoco una unitaria situazione processuale. In realtà, ove non ci si fermi alla lettura delle sole massime della giurisprudenza di legittimità, è facile rilevare che la pertinenza e la rilevanza individuano – oltre che per la diversa matrice semantica – due elementi o requisiti ben diversi, ancorché complementari o, se si preferisce, senz'altro sovrapponibili, ma soltanto in termini di sequenzialità logica e giuridica (arg. ex: Sez. VI, 25 maggio 1989, n. 2124, Lombardo, v. 183352; Sez. VI, 7 ottobre 2004, n. 4421/05, Messina, rv. 231445; Sez. VI, 17 aprile 2007, n. 34467, Ceravolo, rv. 237840).

La pertinenza è nozione che denota la riferibilità o afferenza dell'oggetto della testimonianza che si assume falsa, nella sua triplice modalità esecutiva, commissiva (affermare il falso, negare il vero) od omissiva (reticenza), ai fatti che il processo è destinato ad accertare e giudicare. I fatti o le circostanze sui quali si manifesta la falsità del *dictum* testimoniale debbono possedere una rilevabile attinenza diretta o indiretta, ma causalmente orientata quanto meno sotto il profilo della potenziale estensibilità a tali fatti e circostanze, con l'oggetto dell'accertamento giudiziale per cui è processo. La rilevanza del falso testimoniale è, invece, nozione di carattere funzionale che attiene più specificamente alla efficacia probatoria di quegli stessi fatti e circostanze. Cioè alla idoneità del loro (in ipotesi falso) accertamento o, il che è lo stesso, alla loro capacità di falsa rappresentazione in grado di influire, deviandola dalla autentica e genuina verità processuale, sulla decisione del processo. Insomma è chiaro che una dichiarazione falsa estranea o non pertinente al *thema decidendum* è, per definizione, priva di rilevanza ai fini dell'accertamento della verità e della decisione e ciò è sufficiente a vanificare la configurabilità del reato di cui all'art. 372 c.p. Una falsa dichiarazione pertinente all'oggetto dell'accertamento processuale impone la sequenziale verifica della sua rilevanza ai fini della decisione, cioè della sua idoneità a condizionare o fuorviare la decisione e, nel caso in cui detta verifica si risolve positivamente, nessun dubbio è consentito sulla sussistenza del reato di falsa testimonianza, quand'anche il giudice non risulti poi in concreto ingannato o tratto in errore dalla falsa testimonianza. In conclusione una falsa testimonianza in tanto è rilevante, in quanto sia pertinente all'oggetto del processo; una falsa testimonianza pertinente all'oggetto dell'accertamento processuale può essere rilevante o non rilevante ai fini della decisione nel processo *a quo* a seconda delle sue connotazioni, modali e descrittive, di incidenza sulla decisione e del coefficiente di tale incidenza.

L'indagine sviluppata dalla impugnata sentenza della Corte di appello ligure è lacunosa, come detto, nel definire l'effettiva pertinenza e rilevanza dei tre profili di falsità testimoniale ascritti ai due ricorrenti in concorso con il testimone dott. C. La sentenza in pratica procede in base all'assiomatica presupposta dimostrazione sia della pertinenza che della rilevanza dei temi di testimonianza ipotizzati come falsi ed ascritti ai due imputati. Tranne alcuni accenni incidentali alla rilevanza nel processo Diaz dei profili di falsità dichiarativa dell'ex Questore C., di uno dei quali concernente la posizione del dott. D.G. si è già detto, segnalandosene la palese erroneità argomentativa, nella sentenza non è dato rinvenire valutazioni su tale dirimente aspetto della regudicanda. Per converso la sentenza del g.i.p. del Tribunale di Genova affronta il tema della verifica della pertinenza e rilevanza dei falsi commessi dal dott. C. ed indotti dal dott. D.G. e dal dott. M. Il g.i.p. sembra ritenere i tre profili di falsità indotta dagli imputati pertinenti, almeno in linea teorica, con l'oggetto del processo Diaz, sebbene valutati assai limitati e generica la pertinenza della questione S. al processo Diaz («... una certa pertinenza»). Lo stesso g.i.p. valuta, poi, del tutto irrilevante ai fini della decisione del processo Diaz la questione S. Sembra considerare senz'altro rilevanti le questioni relative alle informazioni di K. e all'accesso nella scuola P, ma ne assorbe il peso probatorio, soprattutto per la vicenda della P, nella mancanza di elementi asseveranti una effettiva opera di induzione o istigazione del dott. M.

3. Alla luce dei dati di conoscenza desumibili dagli atti processuali cui può attingere questo giudice di legittimità e in particolare, come ovvio, dalle due sentenze di merito, dagli atti di appello avverso la decisione di primo grado e dall'acquisita sentenza di primo grado nel processo per i fatti della Diaz (Tribunale Genova 13 novembre 2008), la vicenda afferente a chi abbia disposto, tra il Capo della Polizia e il Questore di Genova, l'invio presso il complesso Diaz del responsabile del servizio di comunicazioni esterne della Polizia di Stato dott. R.S. si presenta destituita di ogni profilo di seria pertinenza con i fatti reato integranti la regiudicanda del processo Diaz, costituiti da condotte di calunnia, lesioni volontarie, falsità ideologiche ed altri reati. Difetto di pertinenza e, per ciò stesso, di rilevanza della pretesa falsità delle dichiarazioni con cui il Questore C. avrebbe "ritrattato" le sue anteriori affermazioni sull'indicazione ad informare dell'operazione Diaz il dott. S. ricevuta dal Capo della Polizia D.G. la sera del 21 luglio 2007 nel pieno della organizzazione della perquisizione appena decisa presso la scuola di Via Battisti. La questione o vicenda è priva di qualsiasi inferenza con i fatti e i comportamenti resi oggetto del processo Diaz. Soltanto una travisante lettura dei dati processuali può condurre a supporre la questione pertinente e pur anche rilevante rispetto al *thema decidendum* del processo Diaz e al percorso di formazione del convincimento decisorio del giudice di quel processo.

3.1. La sentenza di appello, come visto, sostiene la rilevanza della questione in quanto idonea ad esporre a pericolo di sviamento la decisione del processo Diaz, ma non chiarisce in quale modo e misura un tale esito divenga possibile. L'irrilevanza della non pertinente questione è, invece, esposta lucidamente con motivazione coerente e logica dalla sentenza di proscioglimento di primo grado (sentenza, p. 26 ss., 74-75).

Né è casuale che la stessa sentenza pronunciata nel giudizio di primo grado per i fatti della Diaz ponga in luce la completa irrilevanza della questione S., osservando (Tribunale di Genova 13 novembre 2008, p. 341-342): «Né appare di rilievo la modifica delle dichiarazioni rese dal teste C. circa l'iniziativa di avvisare il dott. S., inizialmente attribuita al dott. D.G. e successivamente indicata in dibattimento come propria ... attesa l'irrilevanza di tale circostanza in ordine all'accertamento dei fatti e delle responsabilità oggetto del presente procedimento, non appare in alcun modo necessario valutare in questa sede se le diverse indicazioni fornite dal dott. C. siano attribuibili ad un erroneo ricorso o alla volontà di lasciare il dott. D.G. completamente estraneo ad ogni iniziativa circa l'operazione alla Diaz». Per completezza va osservato che, andando in parziale diverso avviso, la sentenza di appello nel processo Diaz, pure versata agli atti allegati agli odierni ricorsi, sembra recuperare la rilevanza dell'invio del dott. S., in sostanza riconducendone la decisione direttamente o indirettamente al Prefetto D.G. e correlandola all'esigenza di tutelare e ristabilire l'immagine della Polizia di Stato offuscata dalla mancata prevenzione degli episodi di vandalismo e devastazione susseguitisi nei giorni del vertice del G8. Recupero di immagine e di credibilità della Polizia che si sostiene caldeggiato dal dott. D.G. e che sarebbe alla base delle "finalità mediatiche" dell'operazione (App. Genova, 18 maggio 2010, p. 114).

Anche la sentenza di secondo grado impugnata dai ricorrenti pone confusamente in relazione la vicenda, così implicitamente (deve supporre) rinvenendone connotati di rilevanza nel processo Diaz, ad una questione di immagine compromessa della Polizia, che essendosi tradotta in un grave insuccesso (per le inqualificabili violenze compiute sugli occupanti della scuola Pertini), avrebbe indotto l'allora Capo della Polizia D.G. a prendere ogni distanza possibile dall'operazione e altresì a persuadere o esortare il C. a modificare le anteriori sue dichiarazioni sulla vicenda. La sentenza di appello mutua l'impostazione accusatoria dell'appellante pubblico ministero, ma non ne comprende appieno le specifiche valenze argomentative. Di tal che ragioni di completezza espositiva del tema in esame suggeriscono di attingere in via diretta all'atto di appello del p.m. in cui risultano ben più chiari gli aspetti di supposta rilevanza dell'invio del dott. S. presso la Diaz.

Afferma l'appellante Procuratore della Repubblica (appello, p. 19-20) che comprendere il «coinvolgimento del Prefetto D.G. nell'operazione Diaz», sebbene non oggetto di accertamento

penale ne suoi confronti, è sicuramente necessario per comprendere i ruoli dei principali imputati nel processo principale all'interno della "catena di comando operativa", che gli uffici centrali della Polizia di Stato, "quindi il Capo Dipartimento", vorrebbero indicare come gli organi decisionali cui attribuire la gestione dell'operazione, riconducendoli al vertice locale rappresentato dal Questore e dai suoi collaboratori. Che «la presenza del Capo dietro l'operazione si possa desumere anche dalla chiamata del dott. S.», aggiunge l'appellante p.m., sarebbe dato ricavabile dalla autorevole testimonianza del Prefetto A. all'interno di questa ricostruzione di una linea di comando che prende campo in sede locale, travolgendo le normali competenze.

3.2. Ora, se queste esposte sono le recondite ragioni di rilevanza della vicenda S., è fin troppo agevole rimarcare l'illogicità dell'assunto del p.m. nel malcelato tentativo di riportare nella vicenda dei fatti accaduti alle scuole Diaz un quadro (in tutta evidenza sfuggito od, anzi, disatteso pure dai giudici di appello del presente processo) di parallela responsabilità metagiuridica del Capo della Polizia, nei cui confronti non si è acquisita alcuna prova o indizio di un "coinvolgimento" decisionale di qualsiasi sorta nell'operazione Diaz.

Il vero è che l'intera assonometria del paradigma accusatorio elaborato dal rappresentante della pubblica accusa, sulla base delle casuali conversazioni intercorse tra l'ex Questore di Genova e l'imputato M. captate sull'utenza dello stesso M. e afferenti alla richiesta di notizie del dott. C. preoccupato per la sua prossima testimonianza sui fatti della Diaz, dei quali non serba ricordi precisi, si mostra fragile e caduca proprio alla luce del complesso degli elementi di conoscenza trasfusi nelle due sentenze di merito, che contraddicono una siffatta opzione processuale e le anzidette sorprendenti argomentazioni, che non si confrontano né con le deduzioni della sentenza assolutoria del g.i.p. e con i rilievi difensivi, né soprattutto con una obiettiva lettura delle fonti di conoscenza.

Laonde rimangono obliterati nell'apprezzamento della posizione del dott. D.G., prima ancora che la concreta prova di un'effettiva condotta istigatrice (la cui deficitaria enunciazione nella sentenza di appello impugnata già varrebbe a sgombrare il campo da ogni ulteriore disquisizione), il movente della condotta ... istigatrice (impropriamente trasfuso dal p.m. appellante e dalla sentenza di appello nella dimostrazione della rilevanza del profilo di falso contestato) e la stessa rilevanza processuale del supposto falso.

Ancora in tema di rilevanza corre obbligo di rimarcare che la farraginosa tesi della decisività dei dati relativi all'invio del dott. S. presso la Diaz, che giustamente la difesa del ricorrente rileva essere passata da una iniziale immaginifica tutela dell'efficienza operativa della Polizia alla tematica della catena di comando della perquisizione eseguita alla Diaz e all'esplicito preteso coinvolgimento del Capo della Polizia, viene in risalto soltanto attraverso l'emergere del verosimile intento del dott. C. di rettificare o meglio precisare le sue precedenti dichiarazioni proprio su tale punto. Fino alla seconda metà di aprile del 2007 nessuno, neppure il precedente pubblico ministero, si è mai posto il problema della rilevanza della presenza del dott. S. in margine alla operazione Diaz, ove egli giunge (come dichiara) a cose fatte. Non è casuale che, durante l'esame dibattimentale del testimone S. svoltosi all'udienza dell'8 febbraio 2007 (riportato nella sentenza di primo grado del processo Diaz, p. 200), nessuno si preoccupi di domandare al teste – benché il contrasto relativo al suo invio sul luogo della perquisizione tra le dichiarazioni del dott. D.G. e quelle del dott. C. sia ben noto a tutti – da chi sia stato deciso l'ordine o invito a portarsi sul posto e, dal momento che il teste afferma di aver ricevuto formalmente l'invito dal solo dott. C., se questi non gli abbia riferito tale "invito" come enunciazione della volontà del Capo della Polizia. E a tal punto e in logica sequenza è il caso di soffermarsi, ancora sulla base del compendio di dati ricavabili dalle due sentenze di merito (la sentenza del g.i.p. riproduce i brani rilevanti di tutte le dichiarazioni delle persone, imputati e testimoni, che rivestono interesse ai fini dell'odierno processo) e dagli altri atti ostensibili a questa Corte di legittimità, prima fra tutte la sentenza del Tribunale nel processo Diaz (nella parte in cui trascrive le deposizioni dei testimoni e le dichiarazioni di taluni imputati), sugli elementi che concludono la volatilità della prova della stessa condotta istigatrice del dott. D.G. e della condotta che ne rappresenta

concomitante presupposto ed l'espressione attuativa, cioè la falsa testimonianza del dott. C. sulla questione del dott. S.

(*Omissis*).

5. Per una singolare abduzione valutativa logica, cui non si sottrae anche la sentenza del g.i.p., l'analisi della posizione del dott. D.G. è uniformemente considerata di più difficile elaborazione rispetto a quella del coimputato dott. M., sebbene – facendosi corretta applicazione dei principi regolanti l'apprezzamento della prova indiziaria – l'accusa rivolta al dott. D.G. si mostri in realtà di agevole e rapida soluzione di segno liberatorio per la manifesta segnalata labilità delle fonti probatorie valorizzate dall'accusa. Il vero è soltanto che la disamina valutativa della posizione del dott. S.M. è, se possibile, ancora più agevole di quella dell'ex Capo della Polizia. Per la semplice ragione che nel caso del dott. M. si è in presenza di un genetico vuoto descrittivo e dimostrativo della incriminata condotta di induzione alla falsa testimonianza del dott. C.

5.1. Il duplice profilo di falsità testimoniale indotta contestato al dott. M. (contatto telefonico con il rappresentante del G.S.F. e modalità e ragioni dell'accesso alla scuola Pascoli) può ritenersi, ed è stato ritenuto dalle due sentenze di merito (conformi sul punto), caratterizzato da un oggettivo collegamento, cioè da pertinenza, con i fatti reato interessanti il processo Diaz. Non vi è dubbio, infatti, che – pur in forma mediata o indiretta – le informazioni raccolte dal dott. M. nella conversazione avuta con uno dei rappresentati del Genoa Social Forum S.K., su cui ha testimoniato il dott. C., investono la ricostruzione delle fasi precedenti la decisione di intervenire presso la Diaz per controllarne gli effettivi occupanti e la stessa decisione dell'intervento sul presupposto della possibile presenza o infiltrazione di persone resesi responsabili degli atti vandalici compiuti a Genova nei due giorni precedenti il 21 luglio 2001, veicolata appunto anche dalle informazioni che il dott. M. raccoglie dal K. (fase di smobilitazione e mancanza di garanzie sulla presenza di soli manifestanti pacifisti), dopo aver effettuato personalmente un dissimulato sopralluogo in Via Cesare Battisti, rilevando la presenza in strada di un nutrito gruppo di persone potenzialmente definibili come "facinorose" e minacciose, secondo la costante indicazione offerta dallo stesso dott. C., tanto da far supporre che tra essi vi siano gli stessi protagonisti dell'aggressione compiuta nell'avanzato pomeriggio in danno di una pattuglia automontata della polizia guidata dal funzionario dott. D.B. transitata in Via Battisti.

Ed altrettanto è a dirsi, in termini di pertinenzialità processuale dell'oggetto della testimonianza, per le ragioni addotte dal testimone dott. C. sull'accesso alla scuola Pascoli che, in quanto sede degli organi di stampa del G.S.F. e di altre strutture e organismi informativi collegati ai movimenti non violenti convenuti a Genova in occasione del vertice del G8, non costituiva il reale "obbiettivo" del deciso intervento di p.g. (perquisizione r.d. 18 giugno 1931, n. 773, ex art. 41). L'episodio afferisce, infatti, alla ricostruzione della dinamica esecutiva della perquisizione di polizia contestuale all'accesso nella prospiciente scuola Diaz Pertini in cui si sono verificati (oltre che, in seguito, presso la caserma di Bolzaneto) i fatti reato di violenza nei confronti di gran parte delle persone identificate nella struttura.

5.2. Più sfumata si presenta la connotazione di rilevanza del duplice profilo di falsità testimoniale ascritto al dott. M. in concorso morale con l'ex Questore di Genova. Anche in questo caso la sentenza di appello impugnata vi accenna in modo sommario, in pratica dandola per scontata, ma omettendo di chiarire – diversamente dall'analisi sviluppata dalla sentenza di primo grado – in qual modo le due ipotizzate falsità, rappresentative l'uria di un dato "nuovo" nel panorama del processo Diaz (il diretto ascolto delle risposte date da K. al M. da parte del Questore C.) e l'altra di dati già emersi da tempo – ancorché in palese dissonanza tra di loro – fin dalle indagini preliminari e nelle stesse testimonianze dibattimentali assunte prima della deposizione del dott. C., debbano o possano ritenersi potenzialmente idonee a condizionare o influenzare in prospettiva fuorviante la decisione sulla regudicanda del processo Diaz. La sentenza del g.i.p. genovese, si è anticipato, finisce per riassorbire la pregiudizialità valutativa della rilevanza del falso testimoniale nella sostanziale dissolvenza dei requisiti di supposta contraddizione o discrasia dei contenuti della deposizione dibattimentale del dott. C. con i contenuti

delle dichiarazioni dallo stesso rese nella fase delle indagini preliminari, in un quadro ricompositivo che in definitiva riconduce la questione nella irrilevanza penale del fatto apprezzabile ai sensi dell'art. 129 c.p.p.

5.2.1. Per vero il problema neppure si pone per ciò che concerne l'episodio del dialogo telefonico avvenuto, per altro su sollecitazione dello stesso dott. C. (come risulta pacificamente dalle due sentenze di merito), tra il dirigente della Digos dott. M. e il dott. K., dal momento che – si è detto – il dott. C. introduce nella sua deposizione testimoniale un elemento di novità, avvalorante in pratica la veridicità delle ragioni di sospetto nutrite sulla presenza nella scuola Diaz Pertini di soggetti violenti desunta dalle risposte del K. ai quesiti formulati dal M. Un elemento non emerso nelle precedenti dichiarazioni del C. e del tutto estraneo alle conversazioni intessute dall'ex Questore in preparazione della sua testimonianza nel processo Diaz, che si è visto metterlo a disagio per la fugacità dei suoi ricordi dei fatti dell'epoca, svaniti anche per il non breve lasso di tempo ormai trascorso (laddove, come è intuibile, i colleghi imputati, quali M. e D.S., costretti per tale loro veste a seguire da vicino l'evoluzione del procedimento, ne serbano un ricordo ben vivo e aggiornato dalla agevole disponibilità di tutti gli atti processuali delle indagini e dello stesso dibattimento di primo grado nella sua progressione). Come segnala la sentenza del g.i.p., lo stesso dott. M., negli intercettati dialoghi con il coimputato D.S., si mostra sorpreso della indicazione formulata dal dott. C. sulla sua sostanziale partecipazione, quasi in condizione di "viva voce", alla conversazione telefonica con il K., evenienza di cui non ha ricordo, ma che non si sente di escludere dopo la testimonianza del dott. C.

Ricordato che nel processo Diaz non viene in discussione l'originaria legittimità dell'intervento di p.g. disposto presso la scuola Pertini, ha buon gioco il g.i.p. nel rilevare che, a monte della verifica della concreta condotta induttiva del M., difettano dati di certezza processuale sulle valenze di falso della nuova circostanza adottata dalla testimonianza del dott. C. e sulla sua alternativa giustificabilità come un normale ripensamento o una semplice precisazione del testimone, mostrandosi debole e inconducente la tesi di accusa, secondo cui la deposizione del dott. C. tenderebbe a rafforzare l'assunto del M., persuasosi dopo il dialogo con K. che il G.S.F. non abbia più il pieno controllo della struttura della Diaz.

Da un lato, infatti, l'assunto del dott. M., conestato dal Questore (che comunque in precedenza aveva affermato di aver recepito dal resoconto di M. la fondatezza dei dubbi sulla eventuale presenza nella Diaz di persone estranee al G.S.F. o a gruppi ad esso collegati), non risulta in sé non veritiero, dal momento che il sospetto di presenze estranee composte da soggetti violenti, che è all'origine della decisione di effettuare la perquisizione, risultava avvalorato anche da altri elementi (oltre al già indicato sopralluogo compiuto dal dott. M. prima di telefonare al K.), tra cui in particolare l'aggressione o i contegni di palese ostilità di soggetti in apparenza provenienti dalla Diaz consumati in danno della pattuglia di polizia transitata in Via Battisti e le numerose segnalazioni di molti cittadini abitanti nell'area del complesso Diaz in merito al sopravvenire di gruppi di giovani in atteggiamento tutt'altro che pacifico. Da un altro lato, la parziale innovativa deposizione del dott. C. non risolve la persistente conclamata divergenza (a tutti nota anche dopo l'esame testimoniale dello stesso dott. K. avvenuto prima della deposizione C.) sull'esatto tenore della conversazione tra loro intervenuta riferito dal K. e dal dott. M., la ricostruzione del quale è confermata dal dott. C. fin dalle sue prime dichiarazioni testimoniali nel corso delle indagini. In una simile prospettiva si sovrappone, con effetti dirimenti sulla valutazione della sussistenza del contegno induttivo alla falsità, il dato dell'estraneità della conversazione M.-K. ai discorsi intercettati tra lo stesso M. e il dott. C. E il deserto probatorio che sul punto caratterizza la decisione di condanna pronunciata dalla corte di appello diviene ostativo ad ogni ulteriore possibile approfondimento dell'illustrato profilo di falsità.

5.2.2. Quanto al secondo tema oggetto del concorso in falsità ascritto al ricorrente dott. M., riguardante modalità e cause dell'irruzione delle forze di polizia anche nella sede della scuola Pascoli, è senz'altro vero, come afferma la sentenza di appello e come non disconosce la senten-

za di primo grado, che la versione dell'accesso dovuto all'errore commesso dal reparto giunto in Via Battisti alla guida del dott. S.G. (imputato nel processo Diaz), mentre era già avvenuta l'irruzione nella contigua scuola Pertini, non resosi conto di quale fosse il vero obiettivo dell'intervento (la scuola Pertini), confligge con l'informazione sull'episodio fornita con un fax della Questura di Genova a firma dello stesso dott. C. inviato a non molte ore di distanza dai fatti al Capo della Polizia dott. D.G. alle ore 17.00 della domenica 22 luglio 2001. Comunicazione in cui non si accenna ad un eventuale errore degli operanti. Così come è vero che anche le iniziali dichiarazioni del dott. M. non prospettano l'ipotesi dell'errore.

Senonché nello specifico caso in esame la riconosciuta rilevanza decisoria dell'eventuale falsità testimoniale sulla dedotta circostanza delle modalità di accesso nella scuola Pascoli (presunto errore) si scontra con oggettive emergenze processuali, richiamate e considerate dalla sentenza di primo grado, ma in gran parte pretermesse dalla sentenza di appello senza una lettura critica delle valutazioni del primo giudice di merito, che privano di consistenza le segnalate discrasie.

Innanzitutto il tenore del fax inviato al Prefetto D.G. è generico e, a ben riflettere, non offre alcuna specifica spiegazione dell'ingresso nella Pascoli, che definisce come semplice operazione di "verifica" collaterale all'avvenuto accesso nella scuola Pertini (cfr. testo fax in sentenza g.i.p., p. 19: «contemporaneamente alla perquisizione veniva effettuata una verifica all'interno dei locali della sede stampa del G.S.F., sito nell'edificio prospiciente il complesso scolastico Diaz, senza il compimento di ulteriori atti o operazioni per assenza di qualsiasi problematica inerente la sicurezza»). È soltanto in prosieguo che prende corpo la tesi dell'accesso nella Pascoli per l'esigenza di "mettere in sicurezza" l'area dell'intervento nella Pertini. Assunto dal p.m. a sommarie informazioni testimoniali il 10 agosto 2001, il dott. M., precisando di non essersi avveduto dell'ingresso delle forze di polizia nella scuola Pascoli, accenna in termini probabilistici ad esigenze di sicurezza connesse al timore che le persone presenti nella Pascoli possano disturbare o ostacolare l'operazione da svolgersi nell'edificio della Diaz Pertini. Ipotesi che ribadisce nell'interrogatorio reso in veste di indagato il 27 ottobre 2001. Ma la tesi dell'ingresso per errore riconducibile alla carente organizzazione con cui è stato predisposto ed effettuato l'intero intervento di p.g., tesi che il M. indicherebbe al dott. C. nei dialoghi intercettati, è già presente nel procedimento, introdottavi da altre persone che la ripetono nel corso del dibattimento di primo grado.

Di tal che deve riconoscersi, in difetto – per quanto chiarito – di apprezzabili rilievi critici della sentenza di appello sul punto, la coerente logicità del ragionamento attraverso il quale il primo giudice valuta i riferimenti del dott. M. nelle conversazioni con il dott. C. alla versione del casuale errore compiuto dagli operanti nell'entrare nella scuola Pascoli. Osserva in proposito il decidente g.i.p. che la spontanea espressione utilizzata dal M., per cui «chi è andato ha fatto la cazzata», enuncia la sua personale valutazione senz'altro negativa dell'episodio, ma null'altro aggiunge di più preciso. Per il M. i colleghi hanno sbagliato ad entrare nella Pascoli, ma non necessariamente perché hanno confuso un luogo con un altro (sentenza g.i.p., p. 46: «... hanno preso una decisione sbagliata, avventata ... quello che si ricava dalle poche parole del M. è che chi è entrato ha fatto una grande sciocchezza e lui stesso non è in grado di spiegare da cosa sia scaturita e chi abbia dato il relativo ordine»).

6. Come per il dott. D.G., anche in riferimento alla posizione del dott. M. vengono in luce dati ed evenienze più strettamente attinenti alla peculiare condotta di istigazione o induzione contestagli in margine ai due descritti aspetti della presunta falsa testimonianza resa dal dott. C. Dati che denunciano l'assenza di seri elementi di prova del contegno illecito dell'imputato. Contegno che, giova rammentare, entrambe le sentenze di merito giudicano senz'altro inopportuno per essersi manifestato in un contatto concernente l'esame testimoniale di un teste dell'accusa nel processo in cui il dott. M. è imputato, ma che è privo di autonomo rilievo penale e destinato, se mai, ad incidere sulla sola utilizzabilità od efficacia probatoria delle dichiarazioni testimoniali che di un tale contatto possano risultare frutto (eventualmente sotto il profilo della omessa indi-

cazione da parte del testimone di tutte le fonti delle sue riferite conoscenze sui fatti oggetto dell'esame testimoniale).

6.1. In proposito può farsi menzione, tra le molte altre analizzate soprattutto dalla sentenza assolutoria di primo grado, di almeno tre emergenze dotate di particolare significatività.

L'interesse alla testimonianza dell'ex Questore di Genova ed ai suoi contenuti da parte del dott. M. che emerge dalle captazioni foniche è inesistente, se è indiscutibile che è stato il dott. C. a chiamarlo e in pratica a chiedergli di aiutarlo a ricordare eventi di cui l'ex dirigente la Digos della sua Questura possiede memoria ben più precisa della sua. Aiuto che il dott. M. offre, amichevolmente ma senza grande partecipazione, ad un superiore gerarchico che conosce da tempo e con il quale ha a lungo collaborato per motivi professionali.

Le notizie o precisazioni sulla dinamica dei fatti avvenuti a Genova l'ultimo giorno del vertice del G8 che l'imputato fornisce al dott. C. non soltanto non paiono aggiungere alcunché di nuovo rispetto a quanto hanno già dichiarato sia il dott. M. che il dott. C., ma in ogni caso afferiscono ad informazioni processuali scandite da notorietà e facilmente accessibili anche a persone diverse dagli imputati, attesa la vasta risonanza mediatica che ha accompagnato le indagini e il processo per i fatti della Diaz (i difensori di entrambi gli imputati hanno ricordato che tutte le udienze del processo di primo grado, registrate da Radio Radicale, sono state rese disponibili sul sito *internet* dell'emittente pressoché in tempo reale).

Dalle numerose intercettazioni telefoniche posteriori all'esame dibattimentale del dott. C. non è emersa alcuna forma di compiacimento o personale soddisfazione del dott. M. sulla testimonianza resa dall'ex Questore, sì da far ragionevolmente supporre che l'imputato sia l'ispiratore, il "preparatore" o il dissimulato istigatore dell'attuazione del "militante programma" falsificatorio che l'accusa ritiene di poter assegnare al dott. C.

6.2. Ne discende, per un verso, la patente illogicità dell'argomento con cui la sentenza impugnata (p. 59) ritiene potersi dedurre a sostegno della colpevolezza del dott. M. e della sua consapevole alterazione manipolativa della testimonianza C. la circostanza per cui l'ex Questore avrebbe ricevuto dal Capo della Polizia l'esortazione a rendere testimonianza anche per aiutare i colleghi. Incongruamente i giudici di appello attribuiscono, per mero effetto transitivo, al dott. M. un dato valutativo, che – già privo di consistenza per la posizione del dott. D.G. – non può essere preso in considerazione per il dott. M., quando nessuna prova risulta acquisita (oltre che di diretti personali contatti tra il dott. D.G. e il dott. M. nel periodo preso in esame) della ipotetica adesione dell'imputato all'altrui eventuale proposito criminoso.

E ne consegue ancora la fallacia della categoria del dolo eventuale, che la corte di appello, sulla scia della prospettazione dell'appellante p.m. circondariale, evoca surrettiziamente per dar conto dell'opera di insinuante prefigurazione degli specifici contestati contenuti della testimonianza cui era chiamato il dott. C. Insinuazione dei cui effetti di dissimulata induzione falsificatoria il dott. M. avrebbe scientemente accettato il rischio, allorché non si è astenuto dall'aiutare la memoria del testimone, riferendogli dettagli dell'intervento nel complesso Diaz. Il richiamo al dolo eventuale è compiutamente professato nell'atto di appello proposto contro la sentenza del g.i.p. dal p.m. (p. 12) con specifico riguardo proprio alla posizione dell'imputato M., dal momento che la condotta induttiva ascritta al dott. D.G. è costruita come espressione di dolo generico diretto (o intenzionale). Ad avviso del p.m. il dolo eventuale sarebbe in ogni caso immanente nel contegno tenuto dal dott. M. per il solo fatto che, accettando il contatto con il testimone C., egli ha *ipso iure* accettato il rischio che l'esaminando testimone riferisca – come è avvenuto – cose non appartenenti alla sua personale conoscenza e conformi a quelle che l'interlocutore gli ha propinato con sottaciute finalità decettive.

L'assunto è privo di pregio nel caso in esame in riferimento alla condotta di concorso morale contestata all'imputato M. In linea di principio il dolo eventuale non è incompatibile con una attività istigatrice connessa ad un reato a consumazione anticipata o di pericolo, quale è la falsa testimonianza, punita a titolo di dolo generico, come questa S.C. ha ritenuto per altri reati di pericolo previsti dal codice penale (v. Sez. IV, 5 maggio 2011, n. 36626 Mazzei, rv. 251428). Ora, precisato

che la falsa testimonianza è un reato di pericolo concreto e non presunto, perché – come si è evidenziato – non ogni discostamento del testimone dal vero è punibile (ma solo quello che risulti *ex ante* pertinente e rilevante nel processo *a quo*), rimane pur sempre l'insuperabile l'esigenza della prova della condotta di messa in pericolo del bene protetto dalla norma incriminatrice e del corrispondente elemento soggettivo, anche nella possibile sua forma di accettazione del rischio del verificarsi dell'evento lesivo non direttamente voluto sebbene prefigurato dal soggetto agente. Prova di cui deve constatarsi la totale assenza nel caso dell'imputato Mortola, la categoria del dolo eventuale non potendo costituire un indebito surrogato della mancata dimostrazione del dolo generico.

P. Q. M. - La Corte di cassazione annulla senza rinvio la sentenza impugnata perché i fatti non sussistono.

QUANDO I FATTI NON BASTANO (*). ALL'INTERNO DEL CASO MORTOLA/DE GENNARO

When the facts are not enough. Inside the Mortola / De Gennaro case

I Giudici della Corte di cassazione confermano la necessità di un vaglio preventivo sull'offensività del mendacio processuale nei casi di concorso morale in falsa testimonianza e precisano il metodo rigoroso con cui accertare – in secondo grado e a seguito di un'assoluzione – la sua effettiva pertinenza e rilevanza.

The judges of the Court of Cassation confirm the need to assess in advance how much harm may be caused by false testimony during proceedings against persons accused of abetting perjury, and establish a precise method for ascertaining – at appeal and following an acquittal – how relevant and important such conduct may be.

Sommario 1. Genesi e sviluppo della vicenda processuale. — 1.1. Nel merito della questione. — 1.2. In punto di legittimità. — 2. Il potenziale dell'(in)offensività. Brevi note sull'evoluzione storica del problema. — 2.1. L'offensività come principio: a) nella giurisprudenza costituzionale. — 2.2. (Segue) b) nella giurisprudenza di legittimità. — 3. Verso il recupero della Legge Pecorella. Brevi cenni sui limiti della prima condanna in appello. — 4. Considerazioni conclusive.

— — —
(*) La scelta del titolo nasce come risposta all'interessante critica alla sentenza che s'intende annotare da parte del sostituto Procuratore di Genova,

ZUCCA, *Quando i fatti non contano*, in *Altresconomia*, n. 140, luglio 2012.

1. GENESI E SVILUPPO DELLA VICENDA PROCESSUALE

di **Francesco Diamanti**
 —
 Dottorando di ricerca
 in diritto penale presso
 l'Università degli Studi
 di Modena e Reggio
 Emilia

Genova, sabato 21 luglio 2001 ore 23.00. Dopo due giorni di scontri violenti, un ragazzo deceduto per mano di un agente di polizia, quasi duecento persone fermate, centinaia di negozi distrutti, diverse automobili incendiate, feriti e caos diffuso a macchia d'olio in tutta la città, le forze dell'ordine – falliti i buoni propositi di prevenzione e contenimento dei numerosi manifestanti violenti – decisero d'intensificare i controlli nella speranza di anticipare i movimenti delle c.d. "tute nere" o *black block*. In quegli istanti il Capo della D.I.G.O.S. (Spartaco Mortola), in presenza del Questore (Francesco Colucci), avendo ricevuto diverse segnalazioni sulla presenza di soggetti pericolosi nei pressi dell'edificio Pertini di Genova ⁽¹⁾, contattò il rappresentante dell'aggregazione pacifica denominata *Genoa Social Forum*, Stefano Kovac. Quest'ultimo avrebbe dovuto fornire informazioni sulla presenza, o meno, di tali insurrezionalisti all'interno del complesso scolastico composto dagli edifici Pertini e Pascoli (rispettivamente adibiti a sede logistica e sala stampa del G.S.F. durante il G8 di Genova). Dopo alcuni interminabili istanti, la comunicazione s'interruppe e la "operazione Diaz" iniziò. Sfondati i cancelli, le forze dell'ordine – armate di tutto punto – assunsero il controllo dell'edificio Pertini con estrema violenza nonostante l'effettiva assenza di persone armate e pericolose. Ad azione conclusa, mentre il responsabile dell'Ufficio Relazioni Esterne della Polizia di Stato dott. Sgalla (inviato prontamente sul posto) informava la stampa sui dettagli di quell'ennesimo insuccesso, il Questore Colucci inviò il resoconto dell'operazione via fax al Capo della Polizia De Gennaro. Lo sciagurato ingresso nell'edificio Pertini, poi estesosi stranamente anche all'adiacente edificio Pascoli, contò decine di giovani gravemente feriti, l'arresto di circa novanta persone, il ritrovamento di qualche oggetto atto ad offendere e di alcune bottiglie *molotov* probabilmente portate dentro l'edificio dagli agenti nel disperato tentativo di motivare le prepotenze poco prima compiute. Una vicenda, questa, che non potendosi dissolvere nella triste nebbia dell'indifferenza, portò la Procura di Genova alla predisposizione di numerose incriminazioni nei confronti degli esecutori ⁽²⁾.

Proprio nel corso di un processo di tale rilevanza sociale ebbe inizio la vicenda dei tre coimputati Spartaco Mortola, Francesco Colucci e Giovanni De Gennaro. La scansione di eventi che caratterizzò la genesi del procedimento culminato con la sentenza che s'intende annotare, infatti, prese avvio nell'istante in cui le bottiglie *molotov* ritrovate dagli agenti di polizia all'interno dell'edificio Pertini – uniche prove della presenza di persone violente all'interno dell'edificio scolastico – scomparvero dagli uffici della procura. A seguito della sospetta sparizione, il pubblico ministero che

⁽¹⁾ Poco prima dell'intervento, il dott. Di Bernardini – coordinatore e responsabile di uno dei c.d. "pattuglioni" organizzati su ordine del Capo della Polizia incaricati di contenere i *black block* – giunto in Questura, informò il Colucci della tristemente famosa aggressione alla pattuglia nei pressi della Diaz (poi ribattezzata «l'aggressione di Via Battistini»). A quel punto il dott. Mortola, inviato sul luogo per una veloce ricognizione, confermò la presenza di «persone vestite di nero dall'aspetto poco raccomandabile».

⁽²⁾ Le due sentenze di merito (Trib. Genova, 13 novembre 2008 e App. Genova, 15 agosto 2010) che segnarono il c.d. "processo Diaz" arrivarono alla condanna di numerosi agenti e funzionari della polizia per lesioni volontarie, abusi su persone arrestate, calunnia, falsità ideologica nella redazione di diversi verbali di perquisizione, sequestro di persona, ecc. Esse, è bene ricordarlo, confluirono nel procedimento penale parallelo per concorso in falsa testimonianza conclusosi con la sentenza della Corte di cassazione che s'intende annotare.

avrebbe dovuto presentarle in udienza iscrisse procedimento penale contro ignoti per peculato e detenzione illegale di materiale esplosivo. Venuti a conoscenza di un simile procedimento parallelo, alcuni agenti di P.G. portarono all'attenzione del *dominus* delle indagini le informazioni ottenute dall'ascolto di un'intercettazione sull'utenza telefonica dell'artificiere della polizia Marcellino Melis; egli, in effetti, ipotizzava che i reperti (le *molotov*) potessero essere stati sottratti dalla DIGOS o, tutt'al più, dalla squadra mobile della Questura. Da qui, il controllo dell'utenza dell'imputato e dirigente della Divisione Investigazioni Generali e Operazioni Speciali dott. Spartaco Mortola; un atto d'indagine, questo, che avrebbe, di lì a poco, portato a conoscenza della Procura le conversazioni tra il Mortola e il Questore di Genova inerenti alla testimonianza che quest'ultimo avrebbe dovuto rendere il 3 maggio 2007 nel processo G8-Diaz.

Ad esame dibattimentale avvenuto, il p.m., confrontando le dichiarazioni del Colucci con quanto precedentemente sostenuto dallo stesso, dal Capo della Polizia De Gennaro e dal Mortola, sia nella Commissione Parlamentare per l'indagine conoscitiva sul G8 che nel corso delle indagini, aggiunse la nuova imputazione di concorso in falsa testimonianza a carico dei medesimi «... perché emergeva dalle captazioni uno sconcertante quadro d'inquinamento probatorio attraverso plurimi contatti fra testimoni ed imputati».

Durante il giudizio di primo grado del procedimento culminato con la sentenza in nota, il campo d'accusa doveva essere delimitato. Secondo gli inquirenti il testimone Colucci avrebbe mentito sulla ricostruzione di tre momenti di fondamentale importanza per il procedimento G8-Diaz, riassumibili con le tre domande che seguono: chi inviò, ad irruzione avvenuta, il responsabile dell'Ufficio Relazioni Esterne della Polizia di Stato Sgalla nel complesso Diaz? ⁽³⁾ Quale fu il contenuto della telefonata (Mortola/Kovac) che convinse le forze dell'ordine ad intervenire presso la scuola Pertini? ⁽⁴⁾ Per quale ragione gli agenti travolsero anche l'edificio Pascoli? ⁽⁵⁾ Orbene, accanto al testimone vennero accusati anche due soggetti ritenuti concorrenti morali

⁽³⁾ Per il pubblico ministero procedente, comprendere chi avesse inviato il dott. Sgalla presso il complesso Diaz avrebbe consentito di far luce sul coinvolgimento dei vertici della polizia nell'irruzione violenta. La prova dell'esistenza di un ordine in tal senso da parte del Capo della Polizia di Stato (De Gennaro) avrebbe supportato una specifica tesi d'accusa: l'ordine d'irrompere con estrema violenza parti dai vertici al solo scopo di recuperare i consensi dell'opinione pubblica; consensi, questi, persi per via dell'inefficiente attività di contrasto e di prevenzione degli episodi di devastazione e saccheggio avvenuti a Genova per mano dei Black Block. In altre parole, il dott. Sgalla sarebbe stato inviato presso la Diaz al solo fine di pubblicizzare la pronta ed immediata risposta delle forze dell'ordine al crimine.

⁽⁴⁾ La telefonata intercorsa fra Mortola e Stefano Kovac fu ritenuta fondamentale al fine di chiarire la

genesì dell'intervento presso l'edificio Pertini. In effetti, per l'allora Capo della D.I.G.O.S. (Mortola) l'ottenimento delle informazioni possedute dal soggetto al quale il Comune di Genova aveva affidato la gestione del complesso Diaz (Kovac) costituiva la condizione necessaria per comprendere l'opportunità, o meno, di qualsiasi intervento. I vertici ricevettero conferme sulla presenza di insurrezionalisti violenti presso la Diaz? Il dubbio ci fu davvero o diedero l'ordine essendo al corrente della completa assenza di insurrezionalisti violenti? Al fine di dare risposta a tali interrogativi si sarebbe dovuto approfondire il contenuto della telefonata in parola.

⁽⁵⁾ Con riferimento alla c.d. "questione Pascoli" il pubblico ministero cercò di comprendere chi diede impulso (e perché) a questa seconda violenta vicenda. Gli agenti irrupero anche in quella sede per completare un preciso disegno o si trattò di un mero errore d'esecuzione?

nel reato di falsa testimonianza. Al Capo della Polizia di Stato (De Gennaro) si contestò di aver indotto il testimone Colucci a dichiarare il falso sul soggetto che materialmente inviò Sgalla nel complesso Diaz. Il dirigente della D.I.G.O.S. (Spartaco Mortola), invece, fu considerato colui che indusse il Colucci a mentire sul contenuto della telefonata che diede avvio all'irruzione e sui motivi che convinsero le forze dell'ordine ad irrompere anche nell'adiacente edificio Pascoli.

Terminate le indagini preliminari, le strade processuali dei tre coimputati si disgiunsero proseguendo su sentieri differenti: il Colucci scelse di proseguire con il rito ordinario e i due presunti istigatori con le forme del rito abbreviato.

1.1. Nel merito della questione

Nell'impostare il giudizio "allo stato degli atti", il G.i.p. di Genova, precisando preventivamente come l'analisi delle condotte di partecipazione morale nel reato di falsa testimonianza avesse senso nella misura in cui le dichiarazioni potessero essere ritenute "oggettivamente" non veritiere, pertinenti e rilevanti, evidenziò – pur non intendendo sovvertire la correttezza della teoria della verità soggettiva – la chiara divergenza fra ricordare ai testimoni cose vere e suggerire loro ricostruzioni menzognere della cui falsità si è coscienti. Su queste basi, dopo aver dato atto, con ampie e dettagliate motivazioni, dei seri dubbi in ordine alle summenzionate verifiche preliminari, il giudice locale ritenne che lo studio dei segmenti ricostruttivi della vicenda non offrisse seri ed affidabili elementi probatori nemmeno in ordine alle condotte induttive del Mortola e del De Gennaro. Di qui il proscioglimento per non aver commesso i fatti.

Di opinione diversa i giudici di seconde cure che, stravolgendo il giudizio di primo grado, credettero nell'effettiva falsità delle dichiarazioni di Colucci, nell'offensività delle stesse e nell'esistenza di adeguati e persuasivi elementi di prova in merito ai contegni induttivi dei due correi.

Giovanni De Gennaro, sentenziò la Corte d'appello di Genova, indusse il testimone Colucci a dichiarare il falso sul soggetto che inviò materialmente il Responsabile delle Relazioni Esterne della Polizia di Stato dott. Sgalla presso la Diaz nell'immediatezza dei fatti. Nonostante l'attività di deresponsabilizzazione posta in essere dai vertici della polizia, secondo i giudici territoriali fu proprio il Capo della Polizia che, nella speranza di pubblicizzare un'operazione vincente, ordinò a Sgalla di recarsi immediatamente *in loco*, non il Questore Colucci. La penale responsabilità del De Gennaro, ricostruita senza fare alcun cenno all'effettiva pertinenza e rilevanza della c.d. "questione Sgalla" nel procedimento principale G8-Diaz, venne desunta dalla presenza documentata di un incontro col Colucci prima della sua deposizione e dall'esistenza di un "incontestabile nesso di consequenzialità" fra quanto detto da quest'ultimo durante un'intercettazione telefonica al Mortola («...devo rivedere la questione Sgalla, serve ad aiutare i colleghi») e il suo mutamento di versione avvenuto nel corso dell'esame dibattimentale. A riprova dell'assunto, continua il ragionamento dei giudici, la telefonata intercettata nel periodo successivo all'esame dibattimentale nella quale il testimone, ricevuto l'avviso di garanzia, immaginò di essersi messo nei guai per via della ritrattazione sul "caso Sgalla". Di conseguenza non poté non ritenersi verificata la pressione del Capo della Polizia sul testimone Colucci affinché dichia-

rasse il falso; un mendacio, questo, che avrebbe permesso ai vertici della Polizia di Stato di risultare completamente estranei alla vergognosa irruzione presso la Diaz.

Quanto alla situazione del coimputato Mortola, la Corte d'appello di Genova, premesse scarse riflessioni sulla pertinenza dei due temi di prova, sancì la responsabilità dello stesso per entrambi i profili di falsità indotti. Innanzitutto, con riferimento al primo tema, presumendo la rilevanza della dichiarazione del Colucci sul punto, ritenne il passaggio del Colucci da testimone *de relato* a testimone diretto delle parole pronunciate da Stefano Kovac in ordine alla presenza di manifestanti violenti all'interno del complesso scolastico genovese, sia la prova della falsità della dichiarazione che la dimostrazione dall'attività induttiva del Mortola. Il movente? Avvalorare la tesi di quest'ultimo sulla legittimità dell'operazione "Diaz"; regolarità, questa, derivante dal dubbio – generato dalle parole di Stefano Kovac – sulla presenza di *black block* all'interno degli edifici.

In secondo luogo, per quanto concerne le ragioni che indussero gli agenti ad irrompere presso l'edificio Pascoli, i giudici di seconde cure, senza approfondire la riflessione sulla rilevanza della questione, ricostruirono il mendacio da alcune incongruenze decisive. Sul punto, la tesi dell'errore d'esecuzione prospettata in aula dal Colucci (esattamente coincidente, secondo i giudici territoriali, con la ricostruzione che il Mortola "suggerisce" al testimone durante una delle telefonate intercettate precedenti alla deposizione: "chi è andato ha fatto la cazzata"), fu ritenuta in contrasto con il tenore del fax che il Colucci stesso inviò al De Gennaro poco dopo i fatti per aggiornarlo sulle modalità di quella seconda irruzione e nel quale il ritenuto "errore" degli agenti di polizia non comparve affatto; anzi, l'ingresso nella Pascoli fu giustificato come un controllo avvenuto senza operazioni particolari per assenza di pericoli. Il tutto sembrò inoltre avvalorato dalle dichiarazioni rilasciate dal Mortola durante le indagini preliminari del procedimento Diaz-G8; egli, in quella sede, comunicò agli inquirenti che l'operazione servì a proteggere da interventi esterni l'irruzione principale nella Pertini. Dunque, secondo la corte d'appello non avvenne certo per via di una distrazione degli agenti. Anche in questo secondo caso, i giudici sostennero che non si potesse non ritenere il Mortola colpevole di concorso morale in falsa testimonianza, in quanto istigò il Colucci a dichiarare un fatto nuovo non frutto di sua diretta percezione e tale da alterare la realtà processuale.

1.2. In punto di legittimità

Il ricorso alla suprema Corte di cassazione da parte dei due imputati per manifesta illogicità della motivazione ed erronea applicazione degli artt. 110, 372 c.p. e 187 c.p.p., a parere della sesta sezione penale risulta fondato. Ad opinione della Corte, la sommarietà valutativa e le lacune della motivazione che la sentenza di appello presenta, derivano dall'aver sorvolato, in primo luogo, sull'analisi dettagliata della pertinenza e della rilevanza all'interno del processo Diaz dei tre temi di prova ritenuti falsi (il soggetto che materialmente inviò il dott. Sgalla nel complesso scolastico Diaz; il contenuto della telefonata Mortola/Kovac; le ragioni dell'ingresso nell'edificio Pascoli); in secondo luogo, sulle ragioni che giustificano la sussistenza delle condotte d'istigazione e, in terzo ed ultimo luogo, sui motivi che legittimano un netto capovolgimento di ricche sentenze assolutorie di primo grado.

A titolo di premessa, la sesta sezione penale, ritiene di dover effettuare un paio di precisazioni in punto di diritto; due chiavi di lettura, quelle che seguono, essenziali al fine di comprendere il dispositivo della sentenza in nota.

Prima di tutto, dopo alcune specificazioni sul bene protetto dal delitto di falsa testimonianza, sulla sua natura di reato di pericolo concreto e sulla necessità di una prospettiva d'osservazione *ex ante*, la Corte ricorda come la dimostrazione (materiale e soggettiva) degli elementi integranti la tipicità normativa della falsa testimonianza non possa che rappresentare l'antecedente logico di ogni valutazione in ordine alle condotte istigatrici ascritte ai due imputati. In fondo, l'unica modalità per selezionare il potenziale rischio di lesione del bene protetto dalla norma è l'apprezzamento di pertinenza e rilevanza della reticenza o della divergenza «tra il detto e la scienza del testimone»⁽⁶⁾ rispetto al *thema decidendum*. In quest'ottica, occorre inoltre tener presente che pertinenza e rilevanza, benché solitamente utilizzati come espressione di una stessa categoria precettiva, in diritto, identificano due requisiti probabilmente sovrapponibili in termini di sequenzialità logica e giuridica, ma differenti; infatti, specificano i Giudici, una cosa è discutere sulla riferibilità dell'oggetto della dichiarazione falsa ai fatti che il processo è destinato ad accertare e giudicare (pertinenza), altra cosa è, invece, valutarne l'efficacia probatoria (rilevanza). Il passaggio, a parere della Corte di cassazione, risulta centrale; se la condotta principale deve poter offendere, o mettere concretamente in pericolo, il bene giuridico tutelato dalla norma, allora l'analisi delle condotte di concorso morale finisce col passare immancabilmente in secondo piano.

A ciò si aggiungano, continuano i Giudici di legittimità, i presupposti indefettibili con i quali poter asserire – per la prima volta all'esito del giudizio di appello – la falsità e l'offensività di una dichiarazione. Sul tema, la Corte – ribadendo l'assoluta illiceità di sentenze riformatrici di conclusioni assolutorie basate su alternative, ma non maggiormente persuasive, letture del compendio probatorio – ritiene che una condanna fondata su mere ipotesi diverse svincolate dalla realtà processuale e priva di precise dimostrazioni d'incoerenza delle motivazioni assolutorie utilizzate dal primo giudice, costituisca un fraintendimento della logica classica causa/effetto che disturba le finalità della regola del ragionevole dubbio; equivoco, quest'ultimo, che provoca la conversione di problematiche attinenti al fatto in errori di diritto.

Queste le ragioni che convincono a proseguire la trattazione con originalità, cercando di dimostrare come, a volte, in un procedimento penale per induzione alla falsa testimonianza, l'analisi delle condotte induttive si trasformi da argomento centrale in una mera "aggiunta per dovere di completezza". Nella speranza che un pizzico di bizzarria espositiva faciliti anziché complicare, si continuerà sacrificando il ragionamento della Corte di cassazione sulle singole condotte induttive dei due correi in favore

⁽⁶⁾ Senza voler ripercorrere lo storico dibattito fra la teoria "oggettivistica" e quella "soggettivistica" in tema di falsa testimonianza, in questa sede basterà ricordare come quest'ultima, assolutamente dominante in dottrina, risalga alle antiche riflessioni di Francesco Carrara. Sul punto si veda CARRARA,

Programma del corso di diritto criminale, Canovetti, 1881. Inoltre, la teoria della verità soggettiva è l'opzione sicuramente più seguita dalla Corte di cassazione penale [ex plurimis: Sez. VI, 30 maggio 1995, n. 8639; Sez. VI, 16 marzo 1998, n. 5571; Sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 574; Sez. VI, 26 gennaio 2010, n. 7358].

delle tre macro-riflessioni sui dubbi relativi alla tipicità delle menzogne addebitate al testimone Colucci.

Primo. Per quanto concerne il c.d. “caso Sgalla” – pur tralasciando in questa sede le riserve della Corte in ordine alla sussistenza della condotta induttiva del De Gennaro – i Giudici di legittimità si concentrano anche (e, per ciò che qui importa, preventivamente) sul suo difetto di pertinenza rispetto al *thema probandum* del procedimento principale. La Corte d’appello di Genova, infatti, ha ricostruito la rilevanza della questione per via della sua «idoneità ad esporre a pericolo di sviamento la decisione del processo Diaz» senza però chiarire in quale modo e in che misura ciò risulti possibile. Essa accenna poi al rilievo del mendacio per la comprensione della “catena di comando operativa” delle forze dell’ordine rilevando che il coinvolgimento di De Gennaro nell’operazione Diaz avrebbe portato alla luce responsabilità occultate dai vertici della polizia. L’assunto, a parere della Corte di cassazione, non parrebbe superfluo se non fosse per il fatto che le decisioni di merito e le altre emergenze processuali del procedimento G8-Diaz s’incentrano sulle sole modalità esecutive dell’irruzione e non sui presupposti di fatto e di diritto che facoltizzavano i dirigenti della Polizia e il Questore all’intervento stesso. Tant’è che anche la sentenza di primo grado del processo Diaz⁽⁷⁾ si preoccupò di sottolineare come la valutazione delle diverse indicazioni del Colucci sulla “questione Sgalla”, essendo quest’ultima completamente estranea ai fatti, non fosse inerente all’accertamento delle responsabilità oggetto di quel procedimento⁽⁸⁾; di conseguenza, se il contenuto della dichiarazione che si assume falsa non risulta riferibile ai fatti in esame⁽⁹⁾, allora il fastidioso mendacio processuale difetta di tipicità in quanto non idoneo a mettere in pericolo il buon andamento dell’attività giudiziaria.

Secondo. Nei confronti del contenuto della telefonata Mortola/Kovac, la questione, secondo i Giudici di legittimità, è certamente pertinente perché – seppur in forma mediata o indiretta – le informazioni raccolte dal dott. Mortola nella conversazione avuta con il responsabile del *Genoa Social Forum* Stefano Kovac, avrebbero inciso sulla corretta ricostruzione delle fasi precedenti all’irruzione presso la Diaz. Nondimeno, tralasciando l’assenza di qualsiasi sollecitazione rivolta al Questore al fine di indurlo a precisare di aver assistito di persona alla telefonata, lo studio del tema di prova sconta – secondo il giudizio della suprema Corte – la presenza di quantomeno due profili problematici nelle risposte che la Corte d’appello fornisce a due

⁽⁷⁾ Cfr. Trib. Genova, 13 novembre 2008, n. 4252.

⁽⁸⁾ All’interno delle motivazioni della sentenza di primo grado del procedimento G8-Diaz è possibile leggere: «... attesa l’irrelevanza di tale circostanza (il caso Sgalla) in ordine all’accertamento dei fatti e delle responsabilità oggetto del presente procedimento, non appare in alcun modo necessario valutare se le diverse indicazioni del Colucci siano attribuibili ad un erroneo ricordo o alla volontà di lasciare il dr. De Gennaro completamente estraneo ai fatti».

⁽⁹⁾ La questione Sgalla «... si presenta destituita di ogni profilo di seria pertinenza con i fatti reato

integranti la regiudicanda del processo Diaz, costituiti da condotte di calunnia, lesioni volontarie, falsità ideologiche ed altri reati» e «... non è certo casuale che durante l’esame dibattimentale del testimone Sgalla svoltosi all’udienza dell’8 febbraio 2007 nessuno si sia preoccupato di domandare al teste – benché il contrasto relativo al suo invio sul luogo della perquisizione tra le dichiarazioni del dott. De Gennaro e quelle del dott. Colucci sia ben noto a tutti – da chi fosse stato deciso l’ordine (o invito) a portarsi sul posto ...». Queste le esatte parole della Corte di cassazione penale nella sentenza in nota.

quesiti di fondamentale importanza: la dichiarazione del Colucci sul punto può essere davvero ritenuta falsa aldilà di ogni dubbio ragionevole? È davvero rilevante per il procedimento G8-Diaz?

Il primo problema nasce dal fatto che i Giudici di legittimità non ritengono il ragionamento incidentale dei secondi giudicanti sull'effettiva falsità della specifica dichiarazione, maggiormente persuasivo rispetto alla riflessione effettuata sul punto dal g.i.p. di Genova: quest'ultimo considerò addirittura la pregiudizialità valutativa della rilevanza del mendacio oscurata dalla palese dissolvenza della contraddizione del Colucci. A ben vedere, infatti, si potrebbe tranquillamente sostenere che il Colucci introdusse solamente un elemento di novità costituito dall'aver ascoltato in tempo reale le risposte che il Kovac forniva al Mortola. Dunque, la percezione diretta della voce del presidente del Genoa Social Forum – non emergendo né dalle sue precedenti dichiarazioni né dalle conversazioni intercettate – potrebbe non essere affatto una ritrattazione, ma, al contrario, una specificazione delle modalità con le quali apprese il contenuto della chiamata.

Pur immaginando in ipotesi l'esistenza e l'effettività del mendacio, sussiste un secondo profilo problematico inerente alla sua rilevanza. La Corte d'appello, sul punto, si allineò all'incompleta tesi d'accusa sulla pertinenza della questione senza integrarne con valide argomentazioni la fondatezza. In effetti, se il pubblico ministero appellante ravvisò nella ritrattazione del Colucci un rafforzamento dell'assunto del Mortola (ritenuto falso, ma di per sé mai smentito da alcuna emergenza probatoria) secondo cui l'operazione apparve doverosa per via delle dichiarazioni di Stefano Kovac in merito alla perdita del controllo sull'edificio Pertini, la Corte d'appello non chiarì in quale modo tale asserzione, in un procedimento nel quale non veniva messa in discussione l'intrinseca legittimità dell'irruzione, avrebbe potuto influenzarne la decisione.

Terzo. Quanto alle cause dell'ingresso degli agenti presso l'edificio Pascoli, il tema di prova pare collegato ai fatti che il processo Diaz mirava ad accertare e di sicura efficacia probatoria. Tuttavia, seri dubbi sussistono sul fatto che questa specifica dichiarazione del Colucci possa essere ritenuta menzognera. I giudici territoriali, giova ricordarlo, ne ricostruirono l'insincerità dal contrasto tra ciò che il Mortola indicò al Colucci nei dialoghi captati prima della deposizione (tesi dell'errore esecutivo) e l'informazione priva di qualsiasi riferimento al "malinteso" inviata dal Colucci via fax al Capo della Polizia.

I magistrati di seconde cure, anche in questo caso, inciampano in una diversa, ma non maggiormente persuasiva, lettura del medesimo compendio probatorio utilizzato dal g.i.p. di Genova per assolvere l'imputato. Ebbene, il dubbio sulla falsità della tesi dell'errore del nucleo operativo, come specifica la suprema Corte, risulta avvalorato da importanti emergenze processuali vagliate a dovere in primo grado, ma del tutto tralasciate dalla sentenza del secondo giudizio. In primo luogo, la frase con cui il Mortola "suggerisce" la ricostruzione di quei momenti al Colucci («chi è andato ha fatto la cazzata») esprime certamente un giudizio negativo, ma, come sosteneva il primo giudice, risulta affetta da genericità. Infatti, stando alle parole del Mortola i colleghi sbagliarono ad entrare nell'edificio Pascoli, ma non necessariamente perché confusero un luogo con un altro. In secondo luogo, la sommarietà della comunicazio-

ne inviata dal Colucci (via fax) al De Gennaro, definendo l'irruzione un'operazione di verifica collaterale ⁽¹⁰⁾, non offre alcuna spiegazione razionale sul perché si sia deciso d'irrompere anche presso quell'edificio. Da ultimo, poi, la tesi dell'errore esecutivo, essendo stata introdotta da molte altre persone nel corso del processo G8-Diaz, non costituisce affatto un dato "nuovo" nel procedimento principale. Ebbene, i giudici di seconde cure avrebbero dovuto supportare le loro ragioni sulla falsità della dichiarazione del Colucci con ragionamenti tali da escludere ogni dubbio sull'illogicità delle motivazioni del primo giudice; ma ciò non è avvenuto.

Queste, seppur in sintesi, le ragioni che risultano di per sé sufficienti a obbligare i giudici di legittimità ad annullare senza rinvio la sentenza d'appello. Certamente, come si anticipava all'inizio del paragrafo, i dubbi della suprema Corte non si fermano certo all'analisi dell'(in)offensività della condotta principale. Ampie e convincenti riserve sussistono altresì in ordine alle condotte induttive dei due coimputati; tuttavia, nel timore di distogliere l'attenzione del lettore dai due elementi fondamentali che caratterizzano ogni sillaba della sentenza in nota, non si aggiungerà null'altro per far spazio a utili approfondimenti sull'offensività come principio e sui limiti di matrice giurisprudenziale alla legittimità di una prima condanna in appello.

2. IL POTENZIALE DELL'(IN)OFFENSIVITÀ. BREVI NOTE SULL'EVOLUZIONE STORICA DEL PROBLEMA

La delicatezza delle circostanze fattuali alla base delle motivazioni in diritto, le istituzioni coinvolte e il numero elevato di persone offese, impongono, in primo luogo, una verifica tesa a chiarire la piena tenuta dell'utilizzo del principio d'offensività. Principio, questo, che nei confronti delle condotte istigatorie contestate ai due imputati necessita, a titolo di premessa, la valutazione (o meglio, la corretta argomentazione) dei due diversi parametri di pertinenza e rilevanza delle menzogne rese nel procedimento principale. Un ottimo spunto, per proseguire con una disamina dell'applicazione giurisprudenziale del *nullum crimen sine iniuria* all'interno del nostro ordinamento e, nello specifico, nei confronti della fattispecie di pericolo concreto ⁽¹¹⁾ cristallizzata nell'art. 372 c.p. a salvaguardia del corretto funzionamento dell'autorità giudiziaria ⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Il fax in questione conteneva le esatte parole che seguono: «contemporaneamente alla perquisizione veniva effettuata una verifica all'interno dei locali della sede stampa del G.S.F., sito nell'edificio prospiciente il complesso scolastico Diaz, senza il compimento di ulteriori atti o operazioni per assenza di qualsiasi problematica inerente la sicurezza».

⁽¹¹⁾ È noto come la falsa deposizione, data la natura sovraindividuale del bene tutelato e l'essenzialità dello stesso nell'assetto statale, abbia imposto al legislatore di reprimere anche le circostanze dalle quali si teme possa derivarne un danno. In altre parole, si è imposta una costruzione politico-criminale della fattispecie nelle forme del pericolo [sul punto la dottrina è unanime, fra i tanti, si rinvia a PIFFER, sub art. 372 c.p., in *Codice penale commenta-*

to, a cura di Dolcini-Marinucci, 2ª ed., Giuffrè, 2006, p. 2786]. Tuttavia, benché da una prima lettura del delitto di cui all'art 372 c.p., esso potrebbe sembrare un reato costruito sul modello del pericolo astratto/presunto adibito appositamente a tutela del normale svolgimento dell'attività giudiziaria. Nulla di simile. Tant'è che la suprema Corte nella sentenza in nota ha precisato: «... la falsa testimonianza sia un reato di pericolo concreto e non presunto perché non ogni discostamento del testimone dal vero è punibile, ma solo quello che risulti *ex ante* pertinente e rilevante nel processo ...».

⁽¹²⁾ Focalizzando l'attenzione sull'art. 372 c.p., e restringendo il campo alla funzione classificatoria classica dell'interesse tutelato, il datato (ma interessante) dibattito accademico e giurisprudenziale

Escludere la punibilità di un fatto allorché «... l'evento dannoso o pericoloso risulti impossibile per l'inidoneità dell'azione o per l'inesistenza del suo oggetto» significa richiedere un'attenta verifica sulla coincidenza fra il penalmente rilevante e le sole condotte che, da una visuale *ex ante* ⁽¹³⁾, offendano o mettano concretamente in pericolo il bene giuridico protetto.

Ben comprensibile, dunque, il ruolo determinante del principio laddove l'offesa al bene tutelato non è elemento espresso ⁽¹⁴⁾, né risulta sostituito a livello lessicale, o concettuale, con un equivalente fenomenico dell'offesa ⁽¹⁵⁾. Ecco l'obiettivo che la declinazione concreta dell'offensività si prefigge: reinterpretare quelle fattispecie che potremmo definire a "lesione latente", ovvero quelle norme nelle quali siffatto requisito non sussiste né direttamente né indirettamente. Proprio in queste sedi l'offesa va in qualche modo fatta emergere quale elemento implicito ⁽¹⁶⁾. In tutti gli altri casi, il

vedeva contrapposte le tesi di chi ravvisava nella falsa testimonianza un delitto "contro la prova" e, quindi, riconducibile nell'ambito dei reati di falso [fra gli altri: ANTONIONI, *La falsa testimonianza nella teoria generale del falso*, Jovene, 1957; GALLO, *Il falso processuale*, Cedam, 1973, p. 255 ss.; MALINVERNI, *Vero e falso nella testimonianza*, in *La testimonianza nel processo penale*, *Atti del convegno del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale*, Giuffrè, 1974, p. 159 ss.] a quelle di chi ne rinveniva una tutela del normale funzionamento dell'attività giudiziaria. Tesi, quest'ultima oggi decisamente dominante. Per la dottrina si vedano fra i tanti: FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Zanichelli, 2012, p. 382; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Giuffrè, 2008, p. 520; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Utet, 1982, p. 900. Anche i riferimenti giurisprudenziali sul punto sono numerosi, *ex plurimis*, si rinvia alle sentenze: Sez. VI, 26 settembre 2012, n. 37110; Sez. VI, 20 luglio 2012, n. 29860; Sez. VI, 16 settembre 2011, n. 34283; Sez. VI, 15 aprile 2008, n. 20328; Sez. VI, 12 marzo 1986; Sez. I, 3 ottobre 1981; nonché, alcune significative note a sentenza: Sez. VI, 20 marzo 2007, in *Riv. pen.*, 2008, p. 70; Sez. VI, 4 dicembre 2006, n. 8967, in *Guida dir.*, 2007, 16, p. 100 ss.; Sez. VI, 26 giugno 1999, in *Giur. it.*, 2000, III, p. 2351 ss.; Sez. VI, 1° luglio 1997, n. 2853, in *questa rivista*, 1998, p. 3071 ss.].

⁽¹³⁾ Sulla sua prospettiva di osservazione – *ex ante* o *ex post* – le riflessioni non sempre convergono. Sul punto la Cassazione penale – una volta chiarito, come si è già avuto modo di sottolineare, che la fattispecie di cui al 372 c.p. è costruita nelle forme del pericolo concreto – ricorda con decisione che «... per la configurabilità del delitto di falsa testimonianza, la valutazione sulla pertinenza e sulla rilevanza della deposizione del testimone deve effettuarsi con riguardo alla situazione processuale esistente al momento in cui il reato è consumato, ossia *ex ante* ... ed a tale positiva valutazione il giudice deve giunge-

re attraverso l'esame di norme giuridiche, senza fare surrettizio ricorso a semplici massime di esperienza». Una scelta del momento di giudizio sicuramente conforme alla giurisprudenza maggioritaria. [In questo senso si vedano, *ex plurimis*, alcune sentenze recenti: Sez. VI, 6 luglio 2010, n. 29258; Sez. VI, 29 maggio 2009, n. 27533]. Tuttavia, nonostante la sentenza in nota si ponga tra le fila di coloro che, escludendo l'opportunità di tener conto di elementi esterni e posteriori che potrebbero aver impedito la lesione o la messa in pericolo del bene giuridico tutelato, propendono per una valutazione nell'*id est* in cui la menzogna è resa, la presenza di tesi contrarie dirette a valorizzare tutti quei casi in cui l'innocuità dipenda da elementi a completamento del tipo del delitto consumato è sicuramente nota. [In quest'altro senso NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Giuffrè, 1965, p. 205 ss.; STELLA, *La descrizione dell'evento*, vol. I, *L'offesa e il nesso causale*, Giuffrè, 1970, p. 65 ss. Inoltre, per un famoso esempio dimostrativo inerente al caso di colui che, falsificando una firma con strumenti raffinati, stampi il documento tramite un macchinario con difetti di erogazione d'inchiostri tale da rendere il falso facilmente riconoscibile, si veda L'INNOCENTE, *Considerazioni in tema di reato impossibile*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1962, p. 1098].

⁽¹⁴⁾ Il riferimento è a tutte quelle fattispecie in cui l'offesa è elemento costitutivo espresso. Si vedano i reati come l'ingiuria, la diffamazione, la strage, gli attentati alla sicurezza dei trasporti, il disfattismo economico, e così oltre.

⁽¹⁵⁾ Fra i tanti, si pensi per esempio all'omicidio, alle lesioni personali, alla violenza sessuale e così via.

⁽¹⁶⁾ Senza voler ripercorre ancora una volta le vicende dottrinali della concezione realistica dell'illecito, in questa sede si ritiene sufficiente ricordare come l'interpretazione dell'art. 49 c.p. in chiave di necessaria offensività, fosse già presente sia in DELITALA – precisamente nel suo scritto *Le dottrine*

problema non si avverte; quantomeno non in questi termini. La progressiva espansione della declinazione ermeneutica del principio di offensività in numerosi ambiti del diritto penale non è certo una vicenda recente; fra questi, più nello specifico, anche in materia di reati a tutela dell'interesse al buon andamento dell'attività giudiziaria⁽¹⁷⁾ e, dunque, pure nel delitto di falsa testimonianza. D'altronde, è noto come la giurisprudenza ordinaria, sia di legittimità sia di merito, riconosca l'operatività dei, e la differenza fra i, due indici d'offensività in tema di falsa testimonianza – pertinenza e rilevanza – da oltre trent'anni⁽¹⁸⁾.

generali del reato nel Progetto Rocco del 1927 – che in Alfredo Rocco nella famosa Relazione al progetto definitivo di un nuovo codice penale del 1929. Favorevoli all'idea secondo cui il requisito dell'offesa non possa derivare dalla mera conformità del fatto agli elementi della fattispecie tipica, ma necessiti di un ulteriore accertamento di concreta offensività: GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, XX, p. 127 ss.; NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 199; FIORE, *Il reato impossibile*, p. 23; LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, 2^a ed., Morano, 1964, p. 16 ss.; MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, p. 447 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Giuffrè, 8^a ed., 2003; BENIGNI, in *ribadito dalla Corte costituzionale il principio di necessaria offensività del reato*, in *questa rivista*, 2001, p. 993. Infine, si veda anche l'interessante paragrafo di Franco Bricola sul rapporto fra art. 49 c.p. e Costituzione, BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. d.I.*, vol. XIV, Utet, 1973, p. 72 ss. In senso contrario, fra i numerosi, STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, p. 14 ss.; NUVOLONE, *Recensione a Neppi Modona. Il reato impossibile*, in *Ind. pen.*, 1967, p. 47; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2010, p. 443; PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, 1976. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, p. 1190 ss. p. 420 ss. Cautio soprattutto sul rapporto fatto inoffensivo conforme al tipo/certezza del diritto ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2000, p. 498 ss.; PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, Cedam, 1966, p. 142.

⁽¹⁷⁾ L'incidenza della necessaria offensività quale criterio ermeneutico in ambito di reati contro l'attività giudiziaria è presente in numerose pronunce di legittimità. Fra i tanti reati, in tema di simulazione di reato, cfr. Sez. VI, 29 gennaio 2009, n. 4259; Sez. VI, 8 ottobre 1997, n. 10119; Sez. VI, 18 gennaio 1995, n. 2104.

⁽¹⁸⁾ L'assunto è opinione tendenzialmente costante nella giurisprudenza (di legittimità e di merito) da oltre trent'anni. Fra le numerose, si vedano: Sez. VI, 6 luglio 2010, n. 2925; Sez. VI, 26 settembre 2009, n.

37110; Sez. VI, 29 novembre 2009, n. 9473; Sez. VI, 17 aprile 2007, n. 34467, in *questa rivista*, 2008, p. 2883; Trib. Torre Annunziata, 22 ottobre 2007, n. 1145, in *Il merito* 2008, vol. V, p. 74; Sez. VI, 7 ottobre 2004, n. 4421; Sez. VI, 29 ottobre 2003, n. 44758; Sez. VI, 15 maggio 1992, in *questa rivista*, 1992, p. 2745; Sez. VI, 28 settembre 1989, *ivi*, 1991, p. 553; Sez. VI, 12 marzo 1986; Sez. VI, 16 ottobre 1985; Sez. VI, 16 febbraio 1984, *ivi*, 1985, p. 1822; Sez. VI, 21 marzo 1980, *ivi*, 1981, p. 1216; Sez. VI, 10 ottobre 1980. Per pronunce ancora più risalenti nel tempo si vedano: Sez. III, 6 dicembre 1972, in *questa rivista*, 1974, p. 92; Pret. Macedonia, 13 giugno 1969; Sez. III, 11 dicembre 1969, in *Giust. pen.*, 1970, II, p. 806. Per quanto concerne la dottrina, i richiami sono altrettanto numerosi. Ampiamente sul tema: FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 5^a ed., Zanichelli, 2012, p. 386; CARINGELLA-DE PALMA-FARINI-TRINCI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Dike Giuridica, 2010, p. 332; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, 4^a ed., Cedam, 2009, p. 131; GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale, Reati contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di Pisa, Giuffrè, 2009, p. 134 ss.; CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. III, Utet, 2008, p. 352 ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, 15^a ed., Giuffrè, 2008, p. 524; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, 3^a ed., Giuffrè, 2007, p. 131 ss.; PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, vol. I, *I delitti contro l'attività giudiziaria*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da Marinucci-Dolcini, Utet, 2005, p. 443 ss.; LATTANZI-LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VII, a cura di Cantone, Rosa, Sgroi, Giuffrè, 2000, p. 144 ss.; PAGLIARO, *Principi del diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giuffrè, 2000, p. 119 ss.; PISA, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, vol. 2, Cedam, 1994, p. 268 ss.; Con la stessa idea di fondo MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 904; Interessanti e ricche anche i contributi di RUGGIERO, *Falsa testimonianza*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Giuffrè, 1967, p. 540; SVAMPA, *Idoneità della condotta alla lesione del bene tutelato dall'art. 372 c.p.*, in *Giust. pen.*, 1979, p. 493.

Nata dall'intuizione di coloro che per primi denunciarono gli evidenti esiti irragionevoli dell'assenza di una tipizzazione espressa del requisito in parola, l'ormai nota concezione realistica dell'illecito penale, dopo ampi e già ampiamente sviscerati dibattiti, ha cercato di ovviare alla latitanza del legislatore (peraltro, ad oggi, ancora inattivo sul punto ⁽¹⁹⁾) con l'altrettanto conosciuta operazione ermeneutica

⁽¹⁹⁾ Occorre rilevare che se è vero che il principio di necessaria lesività esiste e opera nel nostro ordinamento, è altrettanto vero che l'esigenza di una tipizzazione espressa dello stesso si fa sentire eccome. Certamente conosciuta, poi, la speranza che in prospettiva di riforma sistematica del codice penale – percorrendo il sentiero spianato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità – si proceda coordinando sussidiarietà e (anche, ma non solo) necessaria offensività dell'illecito penale. Nel fare ciò, particolare attenzione dovrà essere dedicata ai troppo trascurati modelli d'illecito penale minore: o essi mutano per via dei principi, o saranno questi ultimi a essere condizionati strutturalmente e funzionalmente dal settore penale para-amministrativo. Se tale riforma sistematica non avverrà a breve, come purtroppo si teme, occorrerà allora rivolgere l'attenzione sulla possibile predisposizione di strumenti selettivi idonei a controllare la (il)legittimità costituzionale delle singole scelte di criminalizzazione. L'esigenza di ridurre drasticamente l'eccessiva proliferazione delle fattispecie penali fino ad oggi registrata appare chiara. Occorrono scelte di valore; posticiparle non sembra più un'opzione possibile.

Ponendo lo sguardo ai più recenti progetti di riforma del codice penale si nota come il principio di necessaria lesività abbia (quasi) sempre occupato un ruolo centrale. Per non annoiare con mere ripetizioni di ciò che in letteratura si è già ampiamente detto, basterà qui sunteggiare brevemente i risultati delle commissioni suddividendole in due gruppi: quello *pre* e quello *post* Bicamerale. Nel primo raggruppamento troviamo il Progetto Pagliaro che se all'art. 4 del Libro I, imponeva al Legislatore di «... prevedere il principio che la norma sia interpretata in modo da limitare la punibilità ai fatti offensivi al bene giuridico», all'art. 54, in apertura della progettazione della Parte Speciale, invitava a «... descrivere di regola le singole fattispecie delittuose in modo tale che la loro realizzazione assuma una dimensione di concreta lesività o di concreto pericolo» e il Progetto Riz che, al contrario, accantonava l'idea di una sua codificazione espressa fra i principi generali pur tentando una fantasiosa conversione generalizzata del pericolo – dal presunto al concreto – mediante l'artificiosa creazione del bene giuridico pubblico della sicurezza sociale. Ciò nonostante, l'enorme libertà legislativa provocata dalla mancanza di limiti forti – sia verticali (selezione dei beni tute-

labili) che orizzontali (distinzione fra condotte sanzionabili e non) – imponeva un tentativo di riforma costituzionale.

Con la Commissione parlamentare per le riforme costituzionali del 1997 – ribattezzata impropriamente Bicamerale – numerose proposte di riforma del diritto penale sostanziale parevano vicine alla concretizzazione. In quel contesto di riforma generale, al celeberrimo art. 129, in perfetta coerenza con la cristallizzazione dell'approccio costituzionalistico che lo precedeva, si stabiliva (anche) la non punibilità per un fatto previsto dalla legge come reato ma concretamente inoffensivo. Il sentiero sembrava segnato; ma, purtroppo, il triste fallimento (certamente, politico) della Bicamerale e le numerose critiche (sicuramente, tecniche) della dottrina avrebbero di lì a poco dimostrato che i tempi, in verità, erano tutt'altro che maturi. Questo, sia sotto il profilo strettamente politico-criminale, sia sotto quello procedimentale. Diffusamente sul tema, anche se con posizioni differenti, si vedano i commenti di DONINI, *L'art. 129 del Progetto di revisione costituzionale approvato dalla Commissione Bicamerale il 4 novembre 1997*, in *Critica del diritto*, 1998, p. 95 ss.; PULITANÒ, *Quali riforme in materia penale dopo la Bicamerale*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 288 ss.; FIANDACA, *La giustizia penale in bicamerale*, ivi, 1997, V, c. 161 ss.; FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, in FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, 2003, p. 203 ss.; PALAZZO, *Riforme costituzionali: (b) diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 41.; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, p. 367 ss.; MAZZACUVA, *Diritto penale e riforma costituzionale: tutela penale di beni giuridici costituzionali e principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1998, p. 329 ss.; COLOMBO, *L'art. 129 del progetto di riforma della Costituzione*, ivi, 1998, p. 323 ss.; COLOMBO, *Intervento al dibattito su Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla commissione bicamerale*, in *Critica del diritto*, 1998, p. 155 ss.

All'interno del raggruppamento *post*-Bicamerale, invece, risiedono i Progetti Grosso, Nordio e Pisapia. Il primo, se nella prima versione (forse per via delle incertezze provocate dalla formulazione dell'art. 129 della Bicamerale) si limitava ad un timido enunciato decisamente insufficiente ad evitare strumentaliz-

basata sull'art. 49 c.p. Il valore di tale dottrina non ha potuto che coinvolgere *de facto* la scienza giuridica, la giurisprudenza e, per ciò che qui importa, la sentenza in nota. Richiedere prove in ordine alla pertinenza e alla rilevanza di una testimonianza che si assume falsa, infatti, non è altro che il riflesso della volontà di condizionare la relativa risposta sanzionatoria alla verifica concreta dell'offensività della condotta.

D'altro canto, benché la riforma del nostro codice soffra una serie preoccupante di appuntamenti mancati del legislatore, il silenzio sulla potenza prescrittiva della necessaria offensività in concreto appare meno assordante di quello che in realtà si è portati a credere. Ciò accade non solo a livello di diritto positivo⁽²⁰⁾, ma anche sul piano della c.d. *law in action*.

All'incirca dal 1980 in poi, infatti, si registra un chiaro sviluppo dell'interesse verso il principio in parola. Incremento, quest'ultimo, tristemente accompagnato da alcuni rischi di fraintendimento quali la continua mescolanza tra (in)offensività (base qualitativa) ed esiguità (base quantitativa) o sporadici, ma altamente significativi, arresti.

In altre parole, se lo sviluppo giurisprudenziale dello scopo del *nullum crimen, nulla poena, sine iniuria* non può essere messo in discussione⁽²¹⁾, altrettanto non può dirsi in tema di linearità, chiarezza e coerenza dei mezzi con i quali tale obiettivo viene perseguito sia dalla Consulta che dalla giurisprudenza ordinaria.

zazioni giudiziarie – «... le norma incriminatrici non si applicano a fatti che non determinano un'offesa al bene giuridico» – nella versione definitiva provvedeva ad aggiustare il tiro con l'inserimento della c.d. clausola bagatellare. L'art. 7 del secondo Progetto, rubricato "Offensività del fatto", si dimostrava attento alla valorizzazione dell'offensività sul piano ermeneutico ma dimentico della sua declinazione astratta, da un lato, e di quella (si badi, diversa) contenitivo-quantitativa. Infine, con l'art. 2 dell'ultimo progetto di riforma, forti delle critiche subite dal Progetto precedente, si decideva di escludere categoricamente la punibilità di un fatto in tutti quei casi in cui: a) ... non fossero offesi in astratto beni di livello costituzionale; b) ... non fossero offesi in concreto i beni tutelati dalla norma incriminatrice; c) ... l'offesa non emergesse come esigua o meramente occasionale. Per ulteriori approfondimenti sul rapporto progetti/offensività si rimanda a: MASULLO, *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, in questa rivista, 2005, p. 1772 ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico e parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, 2005, p. 271 ss. Per ulteriori studi su progetti più risalenti nel tempo, invece, si rinvia a NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, in *Dig. d. pen.*, vol. XII, 1996, Utet, p. 260 ss.

⁽²⁰⁾ Si pensi, a titolo di esempio, al richiamo dell'offesa o messa in pericolo del bene protetto operato in diversi articoli del codice penale quali il 40

comma 1, 43 comma 1, 62 comma 4, 70, comma 1, n. 1. Si rifletta, inoltre, sugli artt. 27 del d.P.R. 448/1998 e 34 del d.lg. 28 agosto 2000, n. 274 in tema di tenuità del fatto-reato; oppure alla *ratio* del d.lg. 30 dicembre 1999, n. 507 che, facendo leva sull'inidoneità lesiva delle fattispecie, ha provveduto alla depenalizzazione di reati come la mendicizia, la vendita o consegna di chiavi o grimaldelli a persona sconosciuta, il turpiloquio, gli spettacoli o intrattenimenti pubblici senza licenza, la bestemmia, e così oltre. Particolare attenzione merita il requisito d'idoneità inserito negli artt. 241, 283 e 289 c.p. dalla l. 24 febbraio 2006, n. 85. Infatti, il testo originario dell'art. 241 c.p., disponeva: «Chiunque commette un fatto diretto a sottoporre il territorio dello Stato ... è punito con l'ergastolo»; quello dell'art. 283 c.p. analogamente dettava: «chiunque commette un fatto diretto a mutare la Costituzione dello Stato ... è punito con la reclusione non inferiore a dodici anni»; infine, quello dell'art. 289 c.p. prevedeva infine: «È punito con ... chiunque commette atti violenti diretti ad impedire ...». Nel testo successivo alla legge n. 85 del 2006 compare anche (ma non solo), quale ulteriore requisito delle tre fattispecie, l'aggettivo "idoneo". Insomma, un recepimento dell'idea scaturita – ben quarant'anni prima – dalla celeberrima opera di GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Giuffrè, 1966.

⁽²¹⁾ Sul punto si rimanda oltre alla rassegna giurisprudenziale presente nella nota 35.

2.1. L'offensività come principio: a) nella giurisprudenza costituzionale

Focalizzando solo per qualche istante l'attenzione sul comportamento tenuto dalla Corte costituzionale nei confronti del principio di offensività – nella sua accezione astratta – qualche breve premessa sul bene giuridico appare necessaria. Senza soffermarsi oltremodo su di questa dottrina plurisecolare del diritto penale, pare in questa sede opportuno ricordare il passaggio – dovuto al conflitto fra le “rimanenze autoritarie” del codice Rocco e lo sviluppo di un nuovo quadro politico-istituzionale – dallo studio dei profili esegetico-domatici all'apertura di dibattiti funzionali sui contenuti fondamentali del diritto penale del secolo scorso. Quale dogma liberale, al concetto di bene giuridico è stato chiesto qualcosa di più di semplici funzioni classificatorie, sistematiche o esegetiche classiche; gli è stato richiesto di estrapolare dal diritto vigente oggetti della tutela penale e limiti del penalmente rilevante. In questo senso, illustri giuristi si sono soffermati sui rapporti del bene giuridico con l'oggetto della tutela penale, con il fatto tipico (e, dunque, anche con l'offesa) nonché coi limiti del penalmente rilevante. Richieste eccessive, queste, che, partendo da logiche in parte errate, non hanno prodotto i risultati attesi. Il bene giuridico – sviluppato dalle riflessioni sul “*nullum crimen, nulla poena, sine necessitate*” risalenti al Beccaria – nasce nella prima metà del 1800 in funzione estensiva della punibilità, conosce nel tempo declinazioni di vario tipo, ma continua, oggi, ad assumere funzioni completamente antitetiche a quelle di limitazione del penalmente rilevante proprie dell'offensività come principio ⁽²²⁾.

Parlare di profili selettivi della rilettura costituzionale del bene giuridico è possibile nella misura in cui ci si limiti a considerare escluso *ab origine* tutto ciò che il diritto penale non può in alcun modo tutelare: mere inosservanze, precetti moralizzanti, anomalie caratteriali, modi di essere, atteggiamenti interiori e così oltre; ma tutto ciò costituisce null'altro che la premessa di quella cernita fondamentale sulle scelte politico-criminali che il principio di offensività in senso forte consentirebbe.

È possibile notare come, sin dal 1989, la Consulta, mantenendo fede al contenuto dell'art. 28, l. n. 87 del 1953 ⁽²³⁾, abbia inteso estromettersi da ogni valutazione sugli interessi tutelabili penalmente ⁽²⁴⁾; in quanto, a parer loro, intrinsecamente politica ⁽²⁵⁾. Solamente laddove la discrezionalità del Parlamento in tema d'individuazione di con-

⁽²²⁾ Sul “bene giuridico” gli interessanti contributi dottrinali, sia diretti sia indiretti, hanno riempito intere biblioteche nel corso dei secoli. Fra i numerosi, limitandosi al Novecento, si rinvia a ANTOLISEI F., *Il metodo nella scienza del diritto penale*, in *Problemi penali odierni*, 1940, p. 1 ss.; BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in *Scritti giuridici*, 1966 p. 491; SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, 1966; BRICOLA, voce *Teoria*, in *Nss. d.I.*, vol. XIX, Utet, 1973, p. 7 ss.; STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it.*, 1973, p. 3 ss.; GREGORI, *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*, Cedam, 1978; FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in

Riv. it., 1982 p. 42 ss.; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, 1983.

⁽²³⁾ Il famoso testo dell'articolo in parola recita: «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

⁽²⁴⁾ Numerose le denunce della dottrina sul punto, tra le numerose e autorevoli voci si rimanda, per tutte, alla critica di quasi diciassette anni orsono cristallizzata nel contributo DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, 1996, p. 29 ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. C. cost. 23 ottobre 1989, n. 409.

dotte punibili o sanzioni applicabili raggiunga livelli tali da contrastare col principio di ragionevolezza il suo intervento risulterà giustificato ⁽²⁶⁾. Questo, il ragionamento di fondo applicato costantemente dalla Corte costituzionale sin dal lontano 1986 in tema di offensività come: *a)* controllo sul contenuto della tutela penale ⁽²⁷⁾; *b)* criterio di scelta fra penale o amministrativo ⁽²⁸⁾; *c)* parametro idoneo a selezionare una corretta anticipazione della tutela ⁽²⁹⁾.

L'unico ambito nel quale la Consulta sembra avvertire la necessità di rifarsi esplicitamente all'offensività per intervenire con decisione sulle scelte del legislatore è quello dei reati che ricalcano la struttura tipica di un diritto penale c.d. "d'autore". Solo in presenza di illeciti costruiti esclusivamente su modelli soggettivistici o circostanze aggravanti per veri e propri tipi di autore ⁽³⁰⁾ la Corte utilizza gli strumenti a sua disposizione contro l'operato del legislatore. In questi casi, pur non discostandosi dall'indiscreto parametro di (*ir*)ragionevolezza, i Giudici delle Leggi sfoderano argomentazioni tese a valorizzarne il contrasto col principio di offensività ⁽³¹⁾. Un *modus operandi*,

⁽²⁶⁾ Fra le numerose sentenze in tal senso si vedano: C. cost., 5 dicembre 1998, n. 447; C. cost., ord., 20 giugno 2005 n. 262; C. cost., 5 luglio 2010, n. 250. Il medesimo parametro di ragionevolezza è utilizzato in sede di depenalizzazione (*ex plurimis*, cfr. C. cost., ord., 9 maggio 2001 n. 144) e in tema di entità e tipologia delle sanzioni accessorie (cfr. C. cost., ord., 27 ottobre 2006, n. 345).

⁽²⁷⁾ Il riferimento è al concetto che la Corte esprime con le parole «... spetta al giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma in particolare interpretata, il bene o i beni tutelati, attraverso l'incriminazione di una determinata fattispecie tipica, determinare in concreto ciò che, non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, è fuori dal penalmente rilevante». [Cfr. C. cost., 26 marzo 1986, n. 62, in *questa rivista*, 1986, p. 1702, con nota di PALAZZO, *Ragionevolezza delle previsioni sanzionatorie e disciplina delle armi e degli esplosivi*. L'assunto è stato poi costantemente confermato dalla giurisprudenza successiva, fra le numerose si ricordano: C. cost., 6 ottobre 1988, n. 957, in *questa rivista*, 1989, p. 186 s., con nota di SORRENTINO, *L'interesse minorile e il principio di offensività nella giurisprudenza costituzionale*; C. cost., 24 luglio 1995, n. 360, in *questa rivista*, 1995, p. 2820, con nota di AMATO, *Nuovi interventi giurisprudenziali in tema di coltivazione di piante da cui si estraggono sostanze stupefacenti*; Ord. n. 144 del 1991, *ivi*, 1991, p. 1550; Ord. 437/1989, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 725 con nota di INSOLERA, *Reati artificiali e principio di offensività*].

⁽²⁸⁾ Nell'alternativa fra sanzione penale e amministrativa la Corte, eccezion fatta per qualche caso davvero sporadico [Cfr. C. cost., 5 dicembre 1998, n. 447], ritiene da sempre di non poter effettuare alcun apprezzamento concreto, se non a livello di mera direttiva di politica criminale tesa a sottolineare

l'importanza dei principi di proporzionalità. [Cfr. C. cost., 23 ottobre 1989, n. 487] e sussidiarietà propri della legge penale.

⁽²⁹⁾ Anche in tema di struttura dell'illecito penale la Corte costituzionale ha deciso di abbandonare ogni valutazione sia sulla scelta fra danno e pericolo che sulle tipologie stesse del pericolo. Da qui la possibilità per il legislatore di costruire fattispecie di pericolo presunto col solo limite che esse non appaiano totalmente irrazionali. Molto indicativa pare la sentenza n. 333 del 1991 con cui la Consulta, in materia di stupefacenti, ha affermato – dopo un'ampia premessa sulla compatibilità del pericolo presunto col dettato costituzionale – che il parametro idoneo per valutare l'irrazionalità della presunzione è la mancanza di collegamento della stessa con l'*id quod plerumque accidit*.

⁽³⁰⁾ Ad esiti diversi, invece, approdano quei reati ispirati alla modellistica dei reati d'autore ma che, in qualche modo, possono essere interpretati secondo il principio di offensività in concreto. Si pensi al c.d. "reati di sospetto" come l'art. 707 c.p. che, conformemente con quanto stabilito dalla C. cost., 11 giugno 2008, n. 225, pur non essendo censurabili dai Giudici delle leggi, debbono subire l'influsso decisivo dell'offensività in concreto.

⁽³¹⁾ Sul punto si vedano due sentenze storiche sotto questo profilo. La prima è la n. 354 del 2002 sullo stato di ubriachezza dopo l'intervento dell'art. 54 d.lg. 30 dicembre 1999, n. 507 sull'art. 688, comma 2, c.p. La seconda, ben più incisiva della prima, è la n. 250 del 2010 in tema di *status* di clandestino come aggravante, introdotta per «urgente bisogno di pubblica sicurezza» dall'art. 1, comma 1, lett. f) del d.l. 23 maggio 2008, n. 92 e abbattuta per contrasto con i principi di uguaglianza e offensività di cui agli artt. 3 e 25, comma 2, Cost.

questo, che – ampliando *de facto* i limiti d'intervento della Corte costituzionale sulle scelte legislative, quantomeno in un ambito ben determinato – non pare supportato da una brillante coerenza logico-sistematica. Tuttavia, nonostante la nascita di una “nuova alternativa irragionevole” – contrasto col *nullum crimen sine iniuria* in presenza di colpevolezza d'autore, ma contrasto col diverso parametro di ragionevolezza in ogni altro caso – le aperture della Corte sembrano accennare ad una lenta presa di coscienza sulla necessità di un intervento teso a razionalizzare un sistema che, ad oggi, pare la somma disordinata di tutti i governi succedutisi dall'inizio della Repubblica.

Sebbene “l'alternativa irrazionale” e l'utilizzo stesso della ragionevolezza quale declinazione eccessivamente prudente della necessaria lesività non costituiscano problemi ma limiti, non pare azzardato concludere sperando che i Giudici delle Leggi, ritornando sul rapporto *offensività/diritto penale “del fatto”*, rivalutino le basi sulle quali da tempo si tenta di giustificare la disapplicazione dell'offensività nella sua eccezione astratta – eccezione fatta, lo si è visto, per sporadiche casistiche – con il buon funzionamento di quella concreta ⁽³²⁾.

2.2 (Segue) b) nella giurisprudenza di legittimità

Spostando la riflessione sul versante ermeneutico, ci si accorge come, in conformità con quanto statuito dalla Corte costituzionale sin dal 1986 ⁽³³⁾, la Corte di cassazione, stabilendo che non è punibile il fatto conforme al tipo che non manifesti obiettivamente e concretamente quell'attitudine causale a ledere o porre in pericolo il bene giuridico protetto, abbia inteso – sin dal lontano 1989 ⁽³⁴⁾ – trasmettere chiarezza e linearità sul punto.

Orbene, benché lo sviluppo esponenziale del principio di offensività quale canone interpretativo all'interno delle pronunce di legittimità si manifesti all'incirca dagli anni novanta in poi ⁽³⁵⁾, è noto come nel tempo si siano registrati sia momenti di arresto – si

⁽³²⁾ La critica poggia su motivazioni di numerose sentenze nelle quali si avverte una sorta di giustificazione artificiale per la quale, in fondo, la necessità di vincolare il legislatore sotto il profilo della necessaria offensività pare quasi assorbito dal (secondo la Corte) chiaro buon funzionamento dello stesso sul piano ermeneutico. Fra le numerose sentenze in questo senso si veda la n. 205 del 2005 nella quale la Corte, in tema di 707 c.p., ravvisa la non manifesta irragionevolezza della fattispecie di pericolo supportando, in qualche modo, il ragionamento con l'importante lavoro ermeneutico in punto di offensività lasciato al giudice del caso concreto.

⁽³³⁾ Ponendo l'accento sulla necessità di supportare concretamente la nota concezione realistica dell'illecito, la Consulta sanciva come «... spetti al Giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare interpretata il bene od i beni tutelati attraverso l'incriminazione di una fattispecie tipica, determinare in concreto ciò che, non raggiun-

gendo la soglia di offensività dei beni in discussione, sia fuori dal penalmente rilevante». [Cfr. C. cost., 19 marzo 1986, n. 62]. Siffatto indirizzo, nato in tema di esplosivi, si è poi sviluppato a macchia d'olio nei più disparati settori: dal settore penale tributario al diritto penale militare.

⁽³⁴⁾ Sul punto si veda Sez. III, 15 gennaio 1989, n. 8527.

⁽³⁵⁾ La giurisprudenza di legittimità, pur ammettendo da lungo tempo l'essenza del principio di necessaria lesività [rilevante in tal senso la pronuncia delle Sez. un., 25 gennaio 1958, n. 2, in *Giust. pen.*, 1958, II, p. 513] arriva ad applicarlo diffusamente e costantemente attorno agli anni '90. Da quegli anni in poi la casistica diviene davvero sterminata; tuttavia, al solo fine di dimostrare la portata dell'assunto si riporteranno, senza alcuna pretesa di completezza, alcune pronunce relative a settori “campione”: in tema di falso [cfr. *ex plurimis*: Sez. II, 14 novembre 2012, n. 44142; Sez. II, 15 novembre 2005, n. 518; Sez.

pensi, a titolo di esempio, alla nota sentenza delle Sezioni unite del 1998 sul rapporto fra principio attivo e punibilità dello spaccio di sostanze stupefacenti ⁽³⁶⁾ o, addirittura, alle due pronunce tese alla delegittimazione della concezione realistica dell'illecito ⁽³⁷⁾ – sia tendenze a inglobare l'inoffensività nella diversa categoria dell'esiguità.

I, 25 febbraio 2004, n. 8414; Sez. V, 26 febbraio 2003, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 20, p. 98 in tema di falso materiale "grossolano"; Sez. V, 8 febbraio 2001, n. 1447, in *questa rivista*, 2001, p. 3054, con nota di DELL'ANNO, *In tema di falso ideologico "inutile"*; Sez. V, 23 febbraio 2000; Sez. I, 13 ottobre 1997, in *Riv. pen.*, 1998, con nota di FANELLI, *Brevi note in tema di falso ideologico e principio di offensività in sede di verbalizzazione di esami universitari*; Sez. VI, 9 aprile 1992 n. 1151, in *questa rivista*, 1993, p. 1999; Sez. V, 8 giugno 1995, in *Riv. pen.*, 1995, p. 1446; contro l'amministrazione della giustizia [sempre *ex plurimis*: Sez. V, 1° marzo 2012, n. 8062; Sez. VI, 4 maggio 2010, n. 32325; Sez. VI, 17 marzo 2009, n. 26177; Sez. VI, 20 luglio 2005, n. 26910; Sez. VI, 4 giugno 2002, n. 21624; Sez. VI, 25 gennaio 2002, n. 2998; Sez. VI, 31 marzo 1999, n. 1264, in *questa rivista*, 2000, p. 2271; Sez. V, 10 gennaio 1997, *ivi*, 1999, p. 142 con nota di MICHELI, *Delitto di calunnia e procedibilità a querela del reato oggetto di falsa incolpazione, in cui si recepiva un orientamento ormai già da tempo consolidato nelle pronunce di merito*]; contro il buon andamento della p.a. [*ex plurimis*, Sez. IV, 8 giugno 2006, n. 35399, con nota di BILLI, *L'interruzione del pubblico servizio alla luce del principio di offensività*, in *questa rivista*, 2007, XII, p. 4560 ss.], contro il patrimonio [fra le tante si vedano: Sez. IV, 30 giugno 2009, n. 26678; Sez. IV, 22 gennaio 2004, n. 16894; App. Trento, 12 dicembre 2003, n. 563]; in tema di stupefacenti [fra le numerose: Sez. VI, 28 giugno 2011, n. 25674; n. 8142 e n. 40295 del 2006]; in materia ambientale [fra le altre, Sez. III, 20 settembre 2012, n. 36040]; in ambito edilizio [fra le tante: Sez. III, 17 aprile 2004, n. 35801]; nelle casistiche degli infortuni sul lavoro [in questo senso, fra le molte, Sez. III, 14 ottobre 2009, n. 46719] e nei reati tributari [a titolo di esempio: Sez. III, 27 gennaio 2003, n. 3881; Sez. III, n. 7116]. Ancora, in generale nei reati contro la pubblica incolumità [Sez. IV, 21 settembre 2012, n. 36639] e in quelli societari [significativa Sez. V, 7 novembre 2012, n. 43001; Sez. II, 25 ottobre 2011, n. 4244; Sez. II, 3 dicembre 2009, n. 7587]. Per non parlare poi del suo riconoscimento nei delitti contro la vita [*ex plurimis*: Sez. IV, 23 settembre 2010, n. 34521; Sez. I, n. 8527 del 1989] o in quelli contro la p.a. [Sez., VI, 19 settembre 2000, n. 10797; Sez. VI, 8406/1997, rv. 208852]. Inoltre, sull'influenza del principio di offensività nel delitto di peculato si veda anche l'attenta nota di PANETTA A., *Indebito utilizzo dell'utenza telefonica d'ufficio. Note in tema di principio di offensività del reato e delitto di*

peculato, in *questa rivista*, 2010, p. 3864 ss.] e oltre. Gli esempi, si è visto, sono davvero numerosi e toccano ambiti sicuramente eterogenei.

⁽³⁶⁾ Esempio sicuramente significativo quello delle Sezioni unite del 1998 sull'evidente carenza di offensività della disciplina dettata dall'art. 73 del d.P.R. n. 309/1990, nella parte in cui incrimina una serie di condotte a prescindere dalla circostanza che le sostanze posseggano un principio attivo superiore alla c.d. "soglia drogante". Sebbene in passato i Giudici di legittimità avessero ritenuto ragionevole l'esclusione del reato nei casi in cui la sostanza si fosse rivelata priva di un principio attivo pari o superiore alla summenzionata soglia, le Sezioni unite decisero di ribaltare il ragionamento reputando sufficiente (si badi, a prescindere dal loro contenuto offensivo) la mera presenza della sostanza ceduta fra quelle inserite nelle tabelle ministeriali. In realtà la suprema Corte, argomentando la scelta in virtù della natura plurioffensiva del reato in questione (oltre alla salute individuale parrebbe a tutela della salute pubblica, della sicurezza, dell'ordine pubblico e delle nuove generazioni) ha inteso aggirare la falce della necessaria offensività. Sarà anche vero che la salute individuale di chi acquista una sostanza non davvero drogante (per esempio cocaina composta al 90% da zucchero) non venga lesa o messa in pericolo; ma se teniamo conto della sicurezza o dell'ordine pubblico, la questione cambia. In questi termini, seppur sintetici, il ragionamento della Corte. Così non poteva funzionare. Nemmeno in punto di diritto. Il combinato disposto degli artt. 13, 14 e 73 del d.P.R. n. 309/1990, dimostra come gli effetti droganti debbano essere ricondotti a elemento costitutivo della fattispecie astratta. Non vi è sostanza psicotropa vietata senza principio attivo tale da alterare lo *status* psichico dell'assuntore, esattamente come non vi è droga la cui vendita risulti vietata senza presenza della stessa all'interno delle tabelle ministeriali. D'altro canto, pare certamente irragionevole reprimere, per esempio, la cessione di zucchero (seppur con percentuali minime di sostanza di tipo cocaina), ritenuto dall'acquirente cocaina pura. Fisicamente impossibile, invece, sarebbe reprimere la cessione di una sostanza che, allo stato dell'arte, non si ritenga drogante. Senza principio attivo la sostanza non veicola nell'organismo; dunque, essa non può nuocere ad alcuno.

⁽³⁷⁾ Nelle sentenze in parola – in tema di reati contro il patrimonio la prima, e contro l'ambiente la

Quanto a quest'ultima problematica, in questa sede pare sufficiente ricordare le numerose voci dottrinali che da tempo sottolineano la differenza sostanziale tra un criterio qualitativo pertinente alla tipicità del fatto (l'offensività) e uno meramente quantitativo (l'esiguità) nella speranza che la giurisprudenza, cogliendola, la faccia propria.

Purtroppo le due misure non sono sinonimiche. Certo, non vi è dubbio che possiedano l'equità come sorgente comune, ma il primo si risolve in un giudizio qualitativo sulla legittimità del rimprovero penale, mentre il secondo funge da criterio quantitativo per evitare repressioni di fatti offensivi ma grossolani, paradossali, innocui o inconsistenti. Quest'ultimo, certamente utile per sopperire alla mancanza di un vincolo legislativo alla costruzione di fattispecie modellate su basi di pericolo concreto e coordinabile (*de iure condendo*) con un modello sanzionatorio attento alla sussidiarietà penale e incentrato su legalità, colpevolezza, potenziamento della confisca del profitto-provento del reato in favore della vittima e introduzione di un ben più malleabile esercizio dell'azione penale⁽³⁸⁾, non può, e non deve, essere confuso col primo⁽³⁹⁾.

L'irrelevanza penale del fatto, valido criterio di contrasto anche all'ipertrofia (sia verticale sia orizzontale) del diritto penale, non può continuare ad inglobare un concetto come quello di inoffensività che si collega geneticamente con l'insussistenza del fatto medesimo.

Ebbene – preso atto che il problema dell'esiguità, in quanto riflesso concreto della sussidiarietà penale, non potrà (né, tanto meno, dovrà) mai scomparire, nemmeno a seguito di una complessa opera di depenalizzazione⁽⁴⁰⁾ – non rimane che girarsi, lanciare la monetina nello stagno e sperare che quest'atteggiamento non si trasformi definitivamente in un *assist* decisivo per la vittoria di una partita dall'esito – secondo alcuni autorevoli pensatori⁽⁴¹⁾ – già da tempo pronosticato.

seconda – la Corte di cassazione penale, contrastando con decisione un *trend* giurisprudenziale ampiamente affermato, dichiara che: «nel nostro ordinamento penale non vige alcuna norma che consacri il cosiddetto principio di offensività, alla stregua del quale non sussisterebbe il reato se la condotta fosse insuscettibile di ledere il bene protetto dalla norma incriminatrice». [Cfr. Sez. II, 6 ottobre 2004, n. 41462 con nota di Izzo, *Nuovo stop al principio di offensività*, in *Dir. e giust.*, 2004, p. 69.]; e che «... in modo semplicistico si potrebbe rilevare che il principio di offensività non risulta codificato né costituzionalizzato, sicché una simile discussione è inconferente, urtando contro il dato positivo» [cfr. Sez. III, 23 ottobre 2001, n. 44161].

⁽³⁸⁾ In questo senso la puntuale e innovativa teoria sull'abbandono della pena come raddoppio del male di DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male, testo della relazione presentata al primo convegno dell'Associazione dei professori di diritto penale*, Firenze, 18-19 novembre 2012, in corso di pubblicazione.

⁽³⁹⁾ A titolo di esempio si considerino il classico caso del furto di un acino d'uva e il caso, che qui ci

occupa, della falsa testimonianza irrilevante. Il primo, a differenza del secondo, è completo di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie compresa l'offensività. In qualche modo il bene giuridico del patrimonio è intaccato anche dal furto di un acino d'uva, ma per sacrosante questioni di equità si rinuncia a sottoporre un soggetto al procedimento penale. Una questione ben diversa, invece, è il caso della falsa testimonianza. In quest'ultimo la tipicità del fatto difetta di un elemento, l'offensività. Il fatto, checché se ne possa dire, non è tipico. Se l'offensività è indispensabile per l'interpretazione delle fattispecie, l'esiguità risulta utile se utilizzata quale limite tacito delle stesse. Il secondo, nei panni di sostituto del primo, rischia di confondere più che aiutare. Sul tema si vedano DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 245; PALIERO, *Minima non cura praetor. Ipertrafia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985, p. 715 ss.

⁽⁴⁰⁾ Sul punto, ancora, la riflessione di DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 250.

⁽⁴¹⁾ Per quanto concerne la giurisprudenza di legittimità, si è visto, sia commistioni tra inoffensività ed esiguità che sporadiche ma decise batture d'arresto fanno riflettere sul futuro del principio di neces-

3. VERSO IL RECUPERO DELLA “LEGGE PECORELLA”. BREVI CENNI SUI LIMITI DI UNA PRIMA CONDANNA IN APPELLO

La diversa lettura del materiale probatorio a disposizione sprovvista di adeguate e persuasive motivazioni effettuata dai secondi giudicanti, è un aspetto centrale per la posizione dei due coimputati Mortola e De Gennaro. Ora, un breve approfondimento diretto a capire se un rigido giudizio sulla capacità persuasiva delle motivazioni adottate in supporto di una prima condanna in appello corrisponda, o meno, a un *trend* condiviso in giurisprudenza, potrebbe aiutare l'osservatore a comprendere l'essenza della decisione in nota. L'analisi che seguirà non potrà che tenere in forte considerazione quattro elementi fondamentali: il risultato del primo giudizio (il proscioglimento dei due correi), l'appellante (il pubblico ministero), l'organo giurisdizionale di riferimento (la Corte di appello) e l'effetto prodotto dalle motivazioni censurate in sede di legittimità (la condanna degli imputati).

L'opportunità di proporre appello, prestando servizio sotto diverse spoglie come rimedio al *mal jugé* sin dai tempi in cui al vertice dell'apparato giudicante sedeva l'imperatore e dal cui tribunale il soccombente invocava una seconda *chance* ⁽⁴²⁾, costituisce senz'altro una garanzia dalla quale la nostra cultura giudica non può in alcun modo prescindere. Preso atto che una trattazione organica dei numerosi spunti di riflessione offerti dall'argomento richiederebbe tempistiche di cui non si dispone, in questa sede ci si soffermerà solamente sul cammino giurisprudenziale che ha portato alla predisposizione dei requisiti legittimanti il capovolgimento *in peius* di sentenze assolutorie a seguito dell'appello del pubblico ministero ⁽⁴³⁾. Profilo, questo, indispensabile per la corretta comprensione della sentenza in nota. Ebbene, nonostante l'appello da parte del pubblico ministero non appaia ricollegabile ad alcun diritto costituzionalmente tutelato ⁽⁴⁴⁾, i suoi effetti possono incidere profondamente sulla vita del già prosciolto. Così, se un secondo giudizio sul merito rappresenta un'ottima garanzia per l'imputato condannato (possibile *reformatio in melius*), ben potrebbe – se, invece, già assolto in primo grado – esporlo ai rischi della c.d. *reformatio in peius* ⁽⁴⁵⁾.

saria offensività. Per la dottrina, invece, le critiche alla concezione realistica dell'illecito penale sono molteplici, fra i tanti si rimanda a MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, 2001, p. 15 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2001, p. 442-443; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di beni giuridici*, Giuffrè, 1983, p. 177-178; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, 2004, p. 512-513.

⁽⁴²⁾ CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 12^a ed., 2003, p. 1118.

⁽⁴³⁾ Con il riferimento al pubblico ministero ci si riferisce, come noto, agli uffici della Procura della Repubblica presso il Tribunale che ha emesso la sentenza, quelli della procura generale della Corte d'appello e il pubblico ministero che ha rassegnato le conclusioni in udienza.

⁽⁴⁴⁾ Sul punto C. cost., 28 giugno 1995, n. 280, in

Giur. cost., 1995, p. 1973. In essa la Consulta confermò l'assenza di qualsivoglia collegamento fra il diritto del p.m. di proporre appello con il dovere di esercizio dell'azione penale; unico aggancio, questo, prospettato in dottrina. Sul punto si veda anche PADOVANI, *Il doppio grado di giurisdizione. Appello dell'imputato e appello del p.m., principio del contraddittorio*, in *questa rivista*, 2003, p. 4023. Fra le voci contrarie a siffatte conclusioni, fra gli altri, si rimanda a LEOZZI, *Reformatio in peius del giudice di appello e cognitio facti ex actis della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 631 ss.

⁽⁴⁵⁾ Per dovere di completezza occorre sottolineare come tale pericolo sussista nei soli casi di appello del pubblico ministero o laddove i giudici di secondo grado ritengano di dover modificare la qualificazione giuridica attribuita ai fatti nell'imputazione. L'importanza e la delicatezza di quest'ultimo tema

Con riferimento a quest'ultima opzione, particolari problematiche risiedono nel comprendere se, con che presupposti e con quali limiti – eccezion fatta per i casi in cui i giudici di seconde cure decidano discrezionalmente di rinnovare parzialmente il dibattimento ai sensi dell'art. 603 c.p.p. – un secondo controllo basato sui verbali dei *materialia iudicii* acquisiti nel primo giudizio possa legittimamente capovolgere, con buona pace dei criteri di immediatezza e oralità, le risultanze di un primo vaglio fondato sull'assunzione orale della prova; unica materia, quest'ultima, che nel nostro sistema legittima la conversione di ipotesi accusatorie in conclusioni assertive.

Che la possibilità per la pubblica accusa di proporre appello contro sentenze assolutorie sia un dato di fatto non vi è dubbio; tuttavia, la costituzionalizzazione del giusto processo nella cornice delle garanzie processuali presenti nella Carta costituzionale ⁽⁴⁶⁾ e nelle convenzioni internazionali ⁽⁴⁷⁾, hanno portato negli anni sia la letteratura ⁽⁴⁸⁾ che dalla giurisprudenza ⁽⁴⁹⁾ a nutrire seri dubbi sulla legittimità costituzionale della disciplina in parola. Riserve, queste, condivise anche dal legislatore penale che, nel 2006, con un noto colpo di reni, rese inappellabili le sentenze di proscioglimento ⁽⁵⁰⁾. Nonostante il pronosticato ⁽⁵¹⁾ intervento demolitore della Consulta ⁽⁵²⁾ e l'immediato

imporrebbe una lunga trattazione a sé stante; tuttavia, non potendo in questa sede approfondirlo, si rinvia, per tutte, all'importante statuizione della Corte di cassazione penale del 2011 con cui si afferma l'illegittimità di una nuova qualificazione giuridica mai prospettata all'imputato né dal p.m. né dal giudice nel corso del secondo processo [cfr. Sez. VI, del 28 ottobre 2011, n. 6487]. In tale prospettiva occorrerebbe chiedersi se non sussistano buone motivazioni per ritenere illegittima *tout court*, per violazione del diritto al contraddittorio dell'imputato, anche ogni condanna in riforma di assoluzioni in primo grado. Tuttavia, la trattazione che segue abbandonerà l'analisi della tenuta di questa drastica soluzione per concentrarsi meramente sui limiti di matrice giurisprudenziale alla riforma *in peius* di sentenze assolutorie.

⁽⁴⁶⁾ Ci si riferisce agli artt. 3, 13, 14, 15, 24, commi 2 e 4, 27, comma 2, Cost.

⁽⁴⁷⁾ Sul punto si ricordano gli artt. 14, §5, P.i.d.c.p.; artt. 5 e 6 CEDU; art. 2, §1, VII Prot. agg. CEDU

⁽⁴⁸⁾ Fra i numerosi si rimanda sempre a LEOZZI, *Reformatio in peius del giudice di appello*, p. 631 ss.; FASSONE, *L'appello: un'ambiguità da sciogliere*, in *Questione giustizia*, 1991, III, p. 623 ss.; COPPI, *No all'appello del p.m. dopo la sentenza di assoluzione*, in *Il giusto processo*, 2003, V, p. 6 ss.

⁽⁴⁹⁾ La delicata vicenda nella quale (per la prima volta) si misero sul tavolo le problematiche del giudizio di appello successivo ad una sentenza di proscioglimento fu la vicenda dell'ex Presidente del Consiglio dei Ministri Giulio Andreotti; imputato per essere il mandante di un omicidio, assolto in primo grado e poi condannato in appello. È in questa occasione che le Sezioni unite, seppur incidentalmente,

decisero di affrontare il tema, già trattato in dottrina, del contrasto della disciplina in parola con la Carta costituzionale e con le norme di diritto internazionale convenzionale. Per una disamina più completa si rinvia a Sez. un., 30 ottobre 2003, n. 45276.

⁽⁵⁰⁾ Nel 2006, come noto, il legislatore penale, a seguito di un tormentato iter legislativo, riuscì ad intervenire sull'appellabilità delle sentenze di proscioglimento circoscrivendola ai soli casi in cui, dopo la sentenza di primo grado e prima della scadenza dei termini per il gravame, venissero alla luce elementi di prova tali da giustificare una rinnovazione del dibattimento ai sensi dell'art. 603, comma 2, c.p.p. Benché gli intenti iniziali, abbattuti poi dal rifiuto di sottoscrivere la legge da parte del Presidente della Repubblica, fossero protesi ad escludere completamente la possibilità per il p.m. di appellare sentenze di proscioglimento, l'intervento legislativo finale riuscì ad impedire concretamente ogni sentenza di condanna derivante da procedimenti celebrati interamente su materiale scritto. Per i commenti della letteratura sul tema si vedano, fra i tanti, FERRUA, *Riforma disorganica: era meglio rinviare. Ma non avremo il terzo giudizio di merito*, in *Dir. e giust.*, 2006, v. 9, p. 78; MARZADURI, *Legge Pecorella: "luci e ombre" di un forte messaggio presidenziale*, in *Guida dir.*, 2006, V, p. 11 ss.; GUALTIERI, *Il secondo grado di giudizio: ambito e limiti*, in *questa rivista*, 2007, p. 1813; SPANGER, *Legge Pecorella, l'appello si sdoppia tra l'eccezionale e il fisiologico*, in *Dir. e giust.*, 2006, IX, p. 69; GARUTI, *Dall'inappellabilità della sentenza di proscioglimento ai nuovi vincoli in punto di archiviazione e di condanna dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 803 ss.; CAPRIOLI, *I nuovi limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento tra diritti dell'individuo e*

ripristino dello *status quo ante* in materia, i medesimi problemi di compatibilità dell'istituto sia con i principi generali del processo penale, che con le convenzioni internazionali, non tardarono a ripresentarsi sul tavolo dei c.d. "addetti ai lavori". Come poter legittimare, all'interno di un sistema tendenzialmente accusatorio, una prima condanna all'esito di un vaglio squisitamente cartolare? Orbene, come spesso accade nel mondo del diritto, è la *law in action* che, piccone e scalpello alla mano, predispone i cantieri necessari per adattare il sistema giuridico ai principi che dovrebbero regolarlo. Alla Corte di cassazione penale, infatti, va il merito di essere riuscita ad enucleare, *step by step*, precise condizioni in presenza delle quali un'eventuale *reformatio in peius* della Corte di appello (priva di rinnovazione dibattimentale) possa ritenersi legittima all'interno del c.d. "giusto processo". Di qui, la nascita e l'evoluzione del rifiuto da parte dei Giudici di legittimità, centrale per la vicenda in nota, di quelle sentenze riformatrici che giungono alla condanna del già prosciolto mediante una diversa, ma non maggiormente persuasiva, valutazione del medesimo materiale probatorio.

Le prime due conquiste fondamentali sul tema risalgono agli anni Novanta del secolo scorso⁽⁵³⁾. In esse, la Corte impose ai giudici di secondo grado d'indicare le specifiche ragioni a sostegno dell'invalidazione delle motivazioni addotte dal primo giudice per prosciogliere. Dopo diversi anni, nel tentativo di affinare il ragionamento ed aumentarne la portata garantistica, la suprema Corte, in occasione di un delicato processo dalla forte valenza politica⁽⁵⁴⁾, stabilì che per riformare una sentenza assolutoria di primo grado con ricostruzioni del fatto alternative, non si sarebbe potuto procedere mediante affermazioni apodittiche o mere esercitazioni astratte del ragionamento svincolate dalla realtà processuale; ma, al contrario, si sarebbero dovuti percorrere *iter*-logici coerenti e fondati su elementi concreti che potessero dimostrare l'incompletezza o l'incoerenza della prima statuizione.

Risale, invece, a quasi dieci anni orsono⁽⁵⁵⁾ la statuizione con cui la suprema Corte, proseguendo lungo la linea tracciata dalle pronunce dei fecondi anni Novanta, prescrisse alla Corte d'appello, non solo di evitare in casi simili mere ipotesi astratte, ma anche di confutare specificamente i più rilevanti argomenti a supporto del primo giudizio evidenziandone la non correttezza, l'incompletezza o l'incoerenza. Pena, il vizio di motivazione.

parità delle armi, in *Giur. it.*, 2007, p. 253 ss. Decisamente critico nei confronti dell'intervento legislativo CERESA-GASTALDO, *Non è costituzionalmente tollerabile la menomazione del potere di appello del pubblico ministero*, in questa rivista, 2007, p. 1894 ss.

⁽⁵⁴⁾ Fra i molti esponenti della dottrina scettici sulla legittimità costituzionale della l. 20 febbraio 2006, n. 46 si vedano: CERESA-GASTALDO, *I limiti di appellabilità delle sentenze di proscioglimento: discutibili giustificazioni e gravi problemi di costituzionalità*, in questa rivista, 2007, p. 827; CIANI, *Il doppio grado di giudizio*, *ivi*, 2007, p. 1388; CORDERO, *Manuale di Procedura penale*, Giuffrè, 2006, p. 1333 ss.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. C. cost., 24 gennaio 2007, n. 26, in *Guida*

dir., 2007, VIII, p. 75. Per alcuni commenti critici si veda la nota di GAMBINI, *Ancora un abuso del parametro della ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007 p. 630 ss.

⁽⁵³⁾ In questo senso si vedano le prime due sentenze fondamentali sul tema: Sez. I, 27 giugno 1995, n. 8009; Sez. I, n. 16 dicembre 1994, n. 1381.

⁽⁵⁴⁾ Ci si riferisce alla vicenda processuale dell'ex Ministro della Repubblica Calogero Antonio Mannino, assolto in primo grado e condannato per concorso esterno in associazione mafiosa a seguito del giudizio instaurato dall'appello del pubblico ministero. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a: Sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Sez. VI, 20 aprile 2005, n. 6221.

In seguito, l'aggiornamento più rilevante nell'evoluzione del principio giurisprudenziale in analisi si registrò nel momento in cui la suprema Corte ritenne di dover coordinare lo stato dell'arte sul tema con la regola del "ragionevole dubbio" introdotta nell'art. 533, comma 1, c.p.p. con la nota legge n. 46 del 2006. Tutt'altro che marginale, la valorizzazione di un siffatto limite alla discrezionalità del giudice indusse la suprema Corte ad esigere qualcosa in più; ovvero, che ogni condanna in riforma di una sentenza di proscioglimento fondata su letture alternative del medesimo compendio probatorio, dovesse risultare così precisa, dettagliata, razionale e convincente da lasciar fuori solo eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili *in rerum natura*, ma la cui realizzazione nella fattispecie concreta si porrebbe al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana. Pena, l'inidoneità della seconda motivazione a far cadere ogni ragionevole dubbio sull'effettiva colpevolezza dell'imputato ⁽⁵⁶⁾.

D'altro canto, anche i più recenti orientamenti della Corte EDU ⁽⁵⁷⁾, seppur da angolature differenti, concorrono ad una conclusione che vede la prima condanna in appello a materiale probatorio invariato come «... soluzione strutturale legittima, quindi possibile e fisiologica, ma caratterizzata da indefettibile rigore ed attenzione nell'adempimento degli obblighi e nell'osservanza delle regole "di sistema" del processo» ⁽⁵⁸⁾. Un siffatto tentativo di (parziale) recupero degli effetti della l. 20 febbraio 2006, n. 46, non pare null'altro che la concretizzazione delle forti critiche mosse a quel legislatore che, nel 1988, credette davvero di poter «attuare nel processo penale i caratteri del processo accusatorio» mantenendo un secondo giudizio di merito prevalentemente basato su documenti scritti.

Nel timore di proseguire il cammino su sentieri malagevoli, oltremodo complessi e probabilmente *off-topic*, ci si ferma qui, lasciando al lettore ogni ulteriore riflessione sugli ultimi sviluppi di questo tema.

4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

«Ecco le qualità che le divine scritture ricercano in ogni giudice: forza di mente per poter conoscere il diritto e il torto [...] timore di Dio [...] amore della verità [...] e disinteresse, perché giudice interessato, giudice, a cui piacciono i regali, e che per povertà, o per avidità vorrebbe pure far fruttare il nobile suo impiego, difficile troppo è, che sappia tener le bilance diritte. Egli è tenuto a pronunciare secondo l'intelligenza e coscienza sua in favore di chi vien creduto da lui più assistito dalla ragione, anche contro al parente, all'amico e al principe stesso»

[L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, 1742]

Con questo riferimento alle sacre scritture Ludovico Antonio Muratori intendeva – già nella prima metà del '700 – mettere in guardia dal danno che l'insano scambio di gen-

⁽⁵⁶⁾ In questo senso: Sez. VI, 9 febbraio 2012, n. 4996; Sez. VI, 3 novembre 2011 n. 40159. A distanza di qualche tempo anche un'altra sezione si è allineata all'orientamento in parola, Cfr. Sez. II, 10 luglio 2012, n. 27018.

⁽⁵⁷⁾ Sul punto, seppur con sfumature diverse, si rinvia alle sentenze: C. eur. dir. uomo, Sez. III, 15

novembre 2007, Galstyan c. Armenia; C. eur. dir. uomo, Sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia; C. eur. dir. uomo, Sez. III, 5 marzo 2013, Manolachi v. Romania; C. eur. dir. uomo, Sez. III, 9 aprile 2013, Flueraș v. Romania.

⁽⁵⁸⁾ Cit. Sez. VI, 24 gennaio 2013, n. 8705.

tilezze fra giudicanti e potenti avrebbe potuto arrecare alla giustizia. Nonostante il diverso e rispettabile avviso della *vox poluli*, non si ritiene che gli esiti della sentenza in nota possano essere compresi fra le conclusioni tipiche di quelle categorie di magistrati interessati di cui lo scrittore modenese auspica la scomparsa.

Non sussistono dubbi sulla delicatezza dei fatti che costituiscono il *background* della vicenda processuale Mortola/De Gennaro. I tragici saccheggi e le violenze inverconde, mescolandosi con sensazioni di pietrificante impotenza degne dei peggiori incubi d'ognuno, giustificano inoltre quel comprensibile contrasto tra l'effetto prodotto dal ragionamento giuridico effettuato dalla Corte di cassazione e l'opinione pubblica prevalente. Tuttavia, è risaputo come sin dall'antichità il concetto di *δοξα* (*doxa*, opinione) risulti diverso da quello di *επιστημη* (*episteme*, scienza). Laddove poi l'opinione si dovesse abbinare al consenso dei più diverrebbe paladina di pensieri legittimi, essenziali, forti e d'interesse generale, ma non per ciò solo accostabili o, ancor peggio, sovrapponibili con quelli scientifici (in questo caso, giuridici).

Le due sintetiche chiavi di lettura fornite dai magistrati della Corte di cassazione risultano così essenziali per l'avventura processuale annotata da rendere sovrabbondante ogni ulteriore approfondimento sulla sussistenza o meno delle condotte induttive dei due coimputati. Propedeutica a qualsivoglia disquisizione sulle condotte di coloro che hanno presumibilmente indotto taluno alla falsa testimonianza, risulta la verifica dell'effettiva falsità della dichiarazione e la sua rilevanza penale.

In primo luogo, si è visto come l'interpretazione delle fattispecie in osservanza del principio di offensività "in concreto" – coniata dalla dottrina e permeata nella giurisprudenza ordinaria, sia di legittimità che di merito – non risulti certo una novità. In quest'ottica, la previa analisi e l'utilizzo dei due diversi parametri di pertinenza e di rilevanza della deposizione che si assume falsa nella sentenza in nota non può certo dirsi innovativo o, peggio, scolpito *ad hoc* per il caso specifico. Inoltre, al secondo giudice che intenda ribaltare una sentenza di proscioglimento è affidato l'arduo compito di giustificarne adeguatamente le ragioni. Proprio con riferimento alla qualità delle motivazioni, si è dato atto di come l'abbinamento della *reformatio in peius* alla regola del ragionevole dubbio imponga di sorreggere – in mancanza di elementi nuovi sopraggiunti – ogni conclusione di condanna in appello con dimostrazioni particolarmente persuasive idonee a demolire, *beyond any reasonable doubt*, le ragioni addotte a supporto del precedente proscioglimento. L'esistenza e la diffusa applicazione di queste conquiste scientifiche, dunque, imponevano alla corte di appello di tenere in considerazione il principio d'offensività "in concreto" e di evitare l'utilizzo di mere congetture in rafforzamento di assunti deboli come "non può non ritenersi che" o "non può non sostenersi" e di arricchire il ragionamento con un vaglio "distruttivo" sui principali argomenti utilizzati dal g.i.p. per l'assoluzione.

Con l'abbandono del modello inquisitorio e il consolidamento del recinto invalicabile costituito dai grandi principi, il nostro sistema ha effettuato precise scelte in ordine alla tipologia di verità ottenibile e ai mezzi con i quali poterla raggiungere; ciò lo si è deciso coscienti di come nel processo, nella ricerca e nella vita, ogni cambiamento esponga alla splendida incognita della serendipità. Tuttavia, nel nostro sistema la presenza di un dubbio ragionevole in ordine alla falsità, alla pertinenza o alla rilevanza di una dichiarazione, non può che ostacolare l'intervento della macchina penale. Un

impianto, questo, che consiglia al secondo giudicante di superare i fastidi provocati da inopportuni contatti con i testimoni e accompagna l'osservatore all'interno di una realtà dove l'istinto di giustizia non prevale mai sulla legalità, i fatti non bastano e i principi si rispettano.

