

LEGGE 11 LUGLIO 2016 N. 133 – INTRODUZIONE NEL CODICE PENALE DEL REATO DI FRODE IN PROCESSO PENALE E DEPISTAGGIO (in G.U. n. 166 del 18.7.2016)**Articolo 1**

1. L'articolo 375 del codice penale è sostituito dal seguente:
«**Art. 375 (Frode in processo penale e depistaggio).** – Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da tre a otto anni **il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio** che, al fine di impedire, ostacolare o sviare un'indagine o un processo penale:

a) immuta artificiosamente il corpo del reato ovvero lo stato dei luoghi, delle cose o delle persone connessi al reato;

b) richiesto dall'autorità giudiziaria o dalla polizia giudiziaria di fornire informazioni in un procedimento penale, afferma il falso o nega il vero, ovvero tace, in tutto o in parte, ciò che sa intorno ai fatti sui quali viene sentito.

Se il fatto è commesso mediante distruzione, soppressione, occultamento, danneggiamento, in tutto o in parte, ovvero formazione o artificiosa alterazione, in tutto o in parte, di un documento o di un oggetto da impiegare come elemento di prova o comunque utile alla scoperta del reato o al suo accertamento, la pena è aumentata da un terzo alla metà.

Se il fatto è commesso in relazione a procedimenti concernenti i delitti di cui agli articoli 270, 270-bis, 276, 280, 280-bis, 283, 284, 285, 289-bis, 304, 305, 306, 416-bis, 416-ter e 422 o i reati previsti dall'articolo 2 della legge 25 gennaio 1982, n. 17, ovvero i reati concernenti il traffico illegale di armi o di materiale nucleare, chimico o biologico e comunque tutti i reati di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale, si applica la pena della reclusione da sei a dodici anni.

La pena è diminuita dalla metà a due terzi nei confronti di colui che si adopera per ripristinare lo stato originario dei luoghi, delle cose, delle persone o delle prove, nonché per evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori, ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella ricostruzione del fatto oggetto di inquinamento processuale e depistaggio e nell'individuazione degli autori.

Le circostanze attenuanti diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 e dal quarto comma, concorrenti con le aggravanti di cui al secondo e al terzo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste ultime e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.

La condanna alla reclusione superiore a tre anni comporta l'interdizione perpetua dai pubblici uffici.

La pena di cui ai commi precedenti si applica anche quando il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio siano **cessati dal loro ufficio o servizio**.

La punibilità è esclusa se si tratta di reato per cui non si può procedere che in seguito a querela, richiesta o istanza, e questa non è stata presentata.

Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle indagini e ai processi della Corte penale internazionale in ordine ai crimini definiti dallo Statuto della Corte medesima».

2. All'articolo 374, primo comma, del codice penale, le parole: «da sei mesi a tre anni» sono sostituite dalle seguenti: «da uno a cinque anni».

3. Dopo l'articolo 383 del codice penale è inserito il seguente: «**Art. 383-bis (Circostanze aggravanti per il caso di condanna).** – Nei casi previsti dagli articoli 371-bis, 371-ter, 372, 373, 374 e 375, la pena è della reclusione da quattro a dieci anni se dal fatto deriva una condanna alla reclusione non superiore a cinque anni; è della reclusione da sei a quattordici anni se dal fatto deriva una condanna superiore a cinque anni; è della reclusione da otto a venti anni se dal fatto deriva una condanna all'ergastolo».

4. All'articolo 157, sesto comma, primo periodo, del codice penale, dopo le parole: «agli articoli» sono inserite le seguenti: «375, terzo comma,».

Articolo 2

1. Al libro secondo, titolo VII, capo I, del codice penale, dopo l'articolo 384-bis è aggiunto il seguente:

«**Art. 384-ter (Circostanze speciali).** – Se i fatti di cui agli articoli 371-bis, 371-ter, 372, 374 e 378 sono commessi al fine di impedire, ostacolare o sviare un'indagine o un processo penale in relazione ai delitti di cui agli articoli 270, 270-bis, 276, 280, 280-bis, 283, 284, 285, 289-bis, 304, 305, 306, 416-bis, 416-ter e 422 o ai reati previsti dall'articolo 2 della legge 25 gennaio 1982, n. 17, ovvero ai reati concernenti il traffico illegale di armi o di materiale nucleare, chimico o biologico e comunque in relazione ai reati di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale, la pena è aumentata dalla metà a due terzi e non opera la sospensione del procedimento di cui agli articoli 371-bis e 371-ter.

La pena è diminuita dalla metà a due terzi nei confronti di colui che si adopera per ripristinare lo stato originario dei luoghi, delle cose, delle persone o delle prove, nonché per evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori, ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella ricostruzione del fatto oggetto di inquinamento processuale e depistaggio e nell'individuazione degli autori».

Articolo 3

1. All'articolo 376, primo comma, del codice penale, dopo la parola: «nonché» sono inserite le seguenti: «dall'articolo 375, primo comma, lettera b), e».

IL DELITTO DI DEPISTAGGIO: DIETRO L'ESIGENZA DI UNA NUOVA TIPICITÀ CRIMINOSA LE INSIDIE DEL DIRITTO PENALE SIMBOLICO

di Vincenzo Maiello

(Professore Ordinario di diritto penale nell'Università di Napoli Federico II)

SOMMARIO: 1. Il “nuovo” art. 375 Cp. – 2. Ratio della tutela e natura di pericolo concreto del reato. – 3. L'individuazione dei soggetti attivi tra esegesi ed interpretazione integrativo/adeguatrice. – 4. La struttura della tipicità oggettiva: generalità. – 4.1. Il depistaggio materiale. – 4.2. Il depistaggio verbale. – 4.3. Il rapporto tra le fattispecie contemplate dall'art. 375 Cp. – 5. La fattispecie soggettiva della tipicità. – 6. Il regime delle circostanze. – 7. Rapporto con altri reati e profili di diritto intertemporale. – 8. L'aumento di pena per il delitto di frode processuale.

1. Con la l. 11.7.2016 n. 133, approvata al termine di un cammino parlamentare lungo e complesso, il catalogo codicistico dei delitti contro l'amministrazione della giustizia¹ ha registrato l'ingresso della fattispecie di frode in processo penale e depistaggio².

L'innesto nel sistema della nuova figura criminosa è avvenuto attraverso un'opera di "svuotamento" e di contestuale "riempimento" dell'art. 375 Cp, in origine contenente l'aggravante speciale della (ingiusta) condanna quale conseguenza dei delitti: a) di false informazioni al pubblico ministero o al procuratore della Corte penale internazionale (art. 371-bis), b) di false dichiarazioni al difensore (art. 371-ter), c) di falsa testimonianza (art. 372), d) di falsa perizia o interpretazione (art. 373) ed e) di frode processuale (art. 374)³.

In seguito alla novella, tale complessa disciplina circostanziale è transitata nell'art. 383-bis Cp, ove è riapparsa con due profili di novità: l'introduzione del reato di depistaggio nel *numerus clausus* di quelli aggravati e l'innalzamento delle cornici edittali. Queste modifiche delineano, oggi, il seguente quadro normativo: in caso di condanna non superiore ai cinque anni, la pena è della reclusione da quattro a dieci anni; nell'ipotesi di condanna superiore ai cinque anni, la cornice edittale è ricompresa tra sei e quattordici anni, mentre in caso di condanna all'ergastolo, la forbice minima passa da sei ad otto anni.

La dottrina unanime⁴ si era schierata in favore della ricostruzione in chiave circostanziale di quelle previsioni, evidenziando, in particolare, come esse integrassero circostanze speciali di natura oggettiva⁵, riconducibili al tipo delineato dall'art. 70 co. 1 n. 1 Cp.

Sul presupposto che l'enunciato normativo era retto dalla locuzione modale "se dal fatto deriva una condanna", la giurisprudenza sottolinea come nei delitti contro l'amministrazione della giustizia le persone offese siano lo Stato, in quanto titolare

¹ Di recente AA.VV., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia, Trattato di diritto penale*, III, a cura di V. Maiello, Napoli 2015, *passim*.

² Per un primo commento, v. F. Donelli, *Una prima lettura della legge n. 133/2016: la nuova fattispecie di frode e depistaggio nel procedimento penale e le altre modifiche al Titolo III, Libro II del codice penale*, in corso di pubblicazione su *SI* 2016, 1 ss.; N. Mani, *L'introduzione del reato di frode in processo penale e depistaggio*, in www.archiviopenale.it; P. Pisa, *Il nuovo reato di depistaggio*, in *DPP* 2016, 1273 ss.; V. Santoro, *Alcune considerazioni sul nuovo reato di "frode in processo e depistaggio"*, in www.archiviopenale.it.

³ Il testo originario della disposizione così recitava: «Nei casi previsti dagli artt. 371 bis, 371 ter, 372, 374, la pena è della reclusione da tre a otto anni se dal fatto deriva una condanna alla reclusione non superiore a cinque anni; è della reclusione da quattro a dodici anni, se dal fatto deriva una condanna superiore a cinque anni; ed è della reclusione da sei a venti anni se dal fatto deriva una condanna all'ergastolo».

⁴ A. Balsamo, *Art. 375. Circostanze aggravanti*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi ed E. Lupo, VIII, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia e i delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti*, Milano 2010, 224; B. Romano, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano 2007, 141; G. Ruggiero, *Falsa testimonianza*, in *ED*, XVI, 1967, 541.

⁵ R. Dolce, *Falsa perizia o interpretazione*, in *ED*, XIV, 1967, 525.

della funzione giurisdizionale, ed il soggetto la cui sfera giuridica risulti, direttamente ed immediatamente, incisa dai diversi tipi legali⁶.

Quest'ultimo assunto non è, però, costante, andando incontro a durevoli resistenze: ancora di recente, riguardo al delitto di cui all'art. 373 Cp, è stato escluso che possa assumere la veste di persona offesa il condannato per il reato di falsa perizia, rilevandosi, in proposito, come la *ratio* della predetta aggravante vada individuata nel maggior danno che soffre l'interesse della corretta amministrazione della giustizia⁷.

2. La nuova fattispecie trae origine dalla dichiarata esigenza di rafforzare l'offerta repressiva nella strategia di contrasto a quella particolare tipologia di sviamento qualificato delle attività di indagine, che un accreditato uso linguistico fa rientrare nella nozione – intrinsecamente porosa e sovradeterminata – di *depistaggio*.

Includendo nel proprio ambito l'orientamento ad altri fini dell'attività investigativa avente ad oggetto qualsiasi reato (sic!), la disposizione attrae nel recinto della tipicità un ventaglio di condotte ben più ampio – e criminologicamente meno pregnante – di quello prefigurato dagli intenti riformatori, corrispondente alle infedeltà dei pubblici agenti strumentali ad occultare responsabilità ed a garantire esiti di impunità, nel ristretto contesto dei più gravi reati di eversione, terrorismo, mafia, traffico di armi e droga.

Questa abnorme dilatazione del delitto, che ne ha connotato la portata in chiave di accentuata onnicomprensività, è stata sostanzialmente ignorata nella discussione parlamentare, ove si è preferito insistere sull'oggettiva destinazione della nuova fattispecie a "lottare" contro gli 'sviamenti' degli apparati statali nell'accertamento del genere di fatti che – con la loro scia di sinistra tragicità – hanno avvelenato anni cruciali della Repubblica.

"A pensar male si fa peccato, ma spesso ci si azzecca": riesce difficile fugare il sospetto che l'impostazione del dibattito abbia tratto linfa dal bisogno di accreditare la figura di reato entro un circuito di forte legittimazione e razionalità politico-criminale che, con ogni probabilità, sarebbe stato arduo riconoscerle senza remore, ove se ne fosse considerata l'effettiva, globale ampiezza.

Una discussione consapevole avrebbe dovuto svelare le ragioni per le quali sono state collocate, entro un unitario tipo legale, strutture di disvalore eterogenee, quali: a) i depistaggi indirizzati ad occultare le responsabilità degli uomini di Stato per condotte finalizzate a destabilizzare l'ordine democratico e/o la pace pubblica (tanto più inquietanti se ascrivibili a contesti di servizi segreti deviati, gruppi occulti infiltrati nelle istituzioni etc.); b) le altre condotte di sviamento investigativo riportabili anche a reati di esigua portata offensiva, tra cui contravvenzioni punite con la sola pena pecuniaria⁸.

⁶ Cass. 26.3.1999, in www.leggiditalia.it.

⁷ Cass. 16.4.2015 n. 17375, in www.leggiditalia.it.

⁸ Manca una disposizione omologa a quella racchiusa nell'art. 370 Cp, che stabilisce la diminuzione delle pene se la simulazione o la calunnia concerne un fatto preveduto dalla legge come contravvenzione.

Il quadro delle notazioni critiche si arricchisce di talune incertezze nella definizione dei destinatari della norma penale e di perplessità originate dalla considerazione che resta affidato a parametri sottili il confine tra la nuova incriminazione e quelle affini, a soggettività indistinta.

Il rischio che in tal modo i corre è di una squilibrata dilatazione dell'ambito di manovra ermeneutica del giudice, con alterazione dei nessi deontologici tra disposizione e norma e, in definitiva, tra *legis-latio* e *iuris-dictio*.

Resta tuttavia indubbio che la fattispecie qui in commento colmi una lacuna del sistema di tutela penale dell'attività giudiziaria, che, nel tempo, ha dovuto fare i conti con la propria inadeguata capacità di reazione di fronte alle forme di aggressioni – ostruzionistiche e/o fraudolente – consumate in suo danno da quella cerchia di soggetti qualificati (investiti di funzioni pubbliche *lato sensu* – comprensive del pubblico servizio) cui è affidata la strategia di *law enforcement*.

Nell'esperienza giudiziaria degli ultimi decenni, al fenomeno di accresciuto coinvolgimento di soggetti forniti di un potere di influenza sulla vita politico/istituzionale ed economico/sociale del paese hanno fatto seguito pratiche di deviazione del corretto andamento degli accertamenti processuali⁹.

Si è, così, fatto strada il bisogno di dotare il sistema delle incriminazioni di figure di reato volte a reprimere gli inquinamenti processuali realizzati in ambiti istituzionali e nelle loro, spesso occulte, propaggini: in particolare, sia negli ambienti più direttamente investiti dello svolgimento delle indagini, sia in quelli che possano influirvi (si pensi ai soggetti tenuti all'obbligo di riferire all'A.G.).

In questo generale orizzonte, si può ben dire che la fattispecie protegge il corretto funzionamento della giustizia e del processo¹⁰, esposto ai rischi di compromissione derivanti dalle condotte tipiche di soggetti qualificati.

Nell'architettura complessiva della norma, un rilievo particolare assume il comma 8, che prevede la non punibilità dei reati sottoposti a querela, richiesta o istanza, in caso di mancata loro presentazione. Si tratta di una causa di non punibilità circoscritta al reato qui in esame, cui fa difetto ogni capacità di attrarre nel proprio ambito gli ulteriori fatti criminosi eventualmente consumati nel contesto della artificiosa immutazione, anche quando essi si pongano (come accade nell'aggravante speciale di cui al secondo comma) quali modalità di attuazione della condotta base.

Pur in un contesto normativo improntato ad accentuata severità e spiccato sfavore per gli autori delle condotte che ne fondano e delimitano la dimensione di tipicità, dunque, il legislatore – positivizzando la connessione tra procedibilità del reato presupposto e punibilità della frode processuale e del depistaggio – ne ha inteso rimarcare, con decisione e nettezza, nitidi profili di offensività.

Tale collegamento pone l'interrogativo del *quid iuris* ove il procedimento relativo al reato presupposto si concluda, con pronuncia di improcedibilità per assenza della richiesta condizione, dopo il giudicato di condanna concernente la

⁹ M. Ronco, *Reato di frode in processo penale e depistaggio*, in *Quotidiano Giuridico*, 20.7.2016.

¹⁰ Sul tema, volendo, V. Maiello, *Oggetto e scopi della tutela nei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in AA.VV., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 9 ss.

frode in processo. La soluzione potrebbe discendere dall'applicabilità dell'art. 630 co. 1 lett. a Cpp e, dunque, dalla possibilità di ottenere la revisione della sentenza di condanna, per inconciliabilità dei fatti accertati con altra sentenza irrevocabile ovvero per la sopravvenienza di una prova nuova¹¹.

Quanto, poi, all'ultimo comma dell'art. 375 Cp, che sancisce l'applicabilità delle disposizioni dei precedenti commi anche nei casi di depistaggio commesso nei procedimenti innanzi alla Corte penale internazionale, va osservato come essa trovi giustificazione nell'obbligo di cooperazione degli Stati nella tutela dei beni giuridici coinvolti nell'esercizio di quella giurisdizione internazionale, obbligo che – con la legge 20 dicembre 2012, n. 237 – ha già irradiato gli impianti di tipicità di altri delitti contro l'amministrazione della giustizia.

Il particolare disvalore legislativo del reato si desume, altresì, dal suo inserimento nell'art. 157 co. 6 Cp, vale a dire nella disposizione che stabilisce il raddoppio dei termini di prescrizione.

Appaiono applicabili i principi affermati dalla giurisprudenza in tema di frode processuale: il reato è di pericolo concreto¹² e si consuma nel tempo e nel luogo di compimento delle condotte materiali che lo costituiscono, purché fornite di idoneità ingannatoria¹³; di qui, l'estraneità dal suo ambito dell'effettivo verificarsi del risultato cui era diretto lo sviamento¹⁴.

Si tratta di una lettura che la Cassazione riunita¹⁵ ha suffragato con riguardo alla limitrofa fattispecie di frode processuale delineata dall'art. 374 Cp, statuendo che «l'evidente difetto di potenzialità ingannatoria della condotta ne esclude in radice la concreta pericolosità per l'interesse protetto dalla norma incriminatrice, costituito dalla genuinità di taluni specifici mezzi di prova, fonti del convincimento del giudice nel processo penale, in funzione della corretta formazione delle ragioni del decidere»¹⁶.

¹¹ Secondo Cass. 6.1.2011, è «ammissibile la richiesta di revisione di una sentenza di patteggiamento per inconciliabilità con l'accertamento compiuto in giudizio nei confronti dei coimputati per i quali si è proceduto separatamente. (Fattispecie nella quale la richiesta di revisione della sentenza di patteggiamento per il reato di lesioni colpose gravi ha addotto che nel separato giudizio si era irrevocabilmente accertato che la malattia causata alla vittima aveva avuto durata di trenta giorni, con conseguente necessità, ai fini della procedibilità, della querela, che però non era stata proposta)».

¹² C. Cupelli, *La frode processuale*, in AA.VV., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 443 ss. Per F. Donelli, *op. cit.*, 2 del manoscritto, «va esclusa la rilevanza penale di immutazioni grossolane tanto da essere radicalmente inidonei a recare pregiudizio alle indagini».

¹³ Cass. 7.2.2008, n. 10842.

¹⁴ Cass. 22.12.2011, n. 38657.

¹⁵ Cass. S.U. 25.10.2007 n. 45583, in *CP* 2008, 927 s.

¹⁶ Va aggiunto che, sulla scorta di tale lettura, parte della dottrina ha criticato la limitazione della rilevanza penale alle sole immutazioni artificiali dei mezzi di prova indicati dalla norma, ritenendo inspiegabile l'esclusione delle alterazioni degli altri mezzi di prova e quelle che non si inquadrano nel paradigma delle «immutazioni» di luoghi, cose e persone: in questo senso, P. Pisa, *op. cit.*, 329.

Nella medesima cornice concettuale va scolpita l'interpretazione della fattispecie di cui alla lettera *b*, con la conseguenza che la falsità ivi tipizzata dovrà risultare in concreto idonea ad influenzare l'accertamento dei fatti processuali¹⁷.

3. La disposizione insediata nell'art. 375 Cp esordisce con una clausola di consunzione che, rendendo applicabile la fattispecie in essa scolpita quando il fatto non costituisce più grave reato, la connota in chiave di sussidiarietà.

Essa introduce un reato proprio non esclusivo: se, infatti, quest'ultimo può essere commesso solo da pubblici agenti, è incontestabile che i fatti materiali che ne strutturano la fattispecie oggettiva integrano anche affini figure criminose comuni.

Riguardo ai soggetti attivi, la formulazione della norma appare peculiare rispetto agli altri enunciati ove la qualità pubblica dell'agente è elemento costitutivo o circostanziale del reato, in quanto nell'art. 375 Cp manca la limitazione dei fatti punibili a quelli commessi nell'esercizio delle funzioni o del servizio.

Una lettura ancorata all'esegesi sembrerebbe svincolare la qualità soggettiva richiesta per l'integrazione del tipo punibile da qualsiasi collegamento col contesto dell'indagine e/o con quello del processo penale sui quali è destinato ad incidere.

Si tratta di un esito interpretativo che potrebbe ricevere conferma dalla previsione del comma 7 dell'art. 375, secondo cui la pena trova applicazione anche quando i pubblici agenti siano cessati dal loro ufficio o servizio. Una tale disposizione risulterebbe, invero, superflua e ridondante ove dovesse reputarsi che essa replica, senza residui, quella dell'art. 360 Cp, nella quale il medesimo criterio di disciplina resta subordinato alla connessione del fatto all'ufficio o al servizio esercitato.

L'utilità della norma in esame dovrebbe, allora, potersi cogliere nella relativa asimmetria con l'art. 360 Cp, rispetto al quale la sua applicabilità risulta sganciata dal rapporto tra fatto e qualifica soggettiva.

Questa ricostruzione appare ulteriormente corroborata dalla mancata coincidenza tra la (ordinaria) natura di pubblici ufficiali dei soggetti che abbiano un ruolo nelle indagini o nel processo e la cerchia degli autori del reato, in quanto comprensiva anche dell'incarico di pubblico servizio.

E tuttavia, una interpretazione che svincoli il soggetto attivo dal contesto delle indagini e del processo appare, a ben vedere, insostenibile. La sua plausibilità avrebbe potuto accreditarsi, invero, ove il depistaggio punibile avesse riguardato, da un lato, i soli delitti di eversione dell'ordine democratico; dall'altro, le sole condotte realizzate da peculiari categorie di pubblici agenti (dipendenti dei servizi di informazione, di corpi speciali di sicurezza, alti ufficiali). Al contrario, essa incontra limiti di ragionevolezza, se rapportata alla rilevante ampiezza della fattispecie. Sotto altro profilo, la stessa rischia di determinare la rottura della compattezza e dell'unitarietà del tipo legale, con conseguente pregiudizio sia del principio di uguaglianza, sia della percezione di legittimità e giustizia della tutela (nella sfera parallela dei laici), entrambi *apriori* indispensabili a prospettive di prevenzione

¹⁷ V.N. D'Ascola, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in *Questioni fondamentali della parte speciale di diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Torino 2013, 433 ss.; O. Di Giovine, *Il delitto di falsa testimonianza*, in AA.VV., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 355 ss.

integratrice della pena e al sistema su esse costruito (si pensi al tabaccaio che, incaricato di pubblico servizio nell'attività di riscossione di valori per conto dell'erario, potrebbe rispondere di un reato così grave, per l'ostacolo frapposto ad indagini relative ad una modesta contravvenzione priva di ogni collegamento con la sua attività).

Ricorrono, allora, buone ragioni per esplorare alternative ermeneutiche capaci di sintonizzare la disposizione su una dimensione di senso che vada oltre la sintassi linguistica del suo enunciato, peraltro censurabile per la sua indubbia indeterminazione.

In questa prospettiva, riteniamo che la *ratio* normativa autorizzi a sostenere che i destinatari del precetto penale siano coloro che, in ragione dell'incarico ricoperto, abbiano lo specifico obbligo di collaborare alle indagini vuoi per dovere istituzionale (in quanto operatori di polizia giudiziaria delegata, o testimoni di fatti avvenuti nell'ambito di attività dell'ufficio di appartenenza, etc.), vuoi perché si sono in esse ingeriti sfruttando il ruolo rivestito (si pensi al personale di polizia che, pur privo di competenza, utilizzi la propria qualifica per accedere ai locali dove è custodita la documentazione delle indagini e sottrarla).

In altri termini, andrebbe recuperato, sul piano ermeneutico, il nesso funzionale o causale tra lo sviamento e la qualifica pubblicistica dell'agente. Indubbiamente si tratta di un'operazione che, comportando una riscrittura testuale della disposizione attraverso l'inserimento di un elemento assente, presenta profili problematici; nondimeno, rappresenta una via obbligata per immunizzare la fattispecie da censure di costituzionalità argomentabili al metro dell'uguaglianza e della ragionevolezza politico-criminale (artt. 3 co. 1, 13 co. 1 e 2, 25 co. 2, 27 co. 1 e 3 Cost.).

4. L'art. 375 co. 1 Cp, prevede due fattispecie a consumazione alternativa, entrambe commesse dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio col dolo specifico di impedire, ostacolare o sviare un'indagine o un processo penale.

In particolare, salvo che il fatto costituisca più grave reato, viene punito il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, al fine di impedire, ostacolare o sviare un'indagine o un processo penale: a) immuta artificiosamente il corpo del reato ovvero lo stato dei luoghi delle cose o delle persone connessi al reato; b) richiesto dall'autorità giudiziaria o dalla polizia giudiziaria di fornire informazioni in un procedimento penale, afferma il falso o nega il vero, ovvero tace, in tutto o in parte, ciò che sa intorno ai fatti sui quali viene sentito.

Nella lettera a vengono riprodotte le condotte già incriminate nella frode processuale comune, delineata dall'art. 374 Cp, con l'aggiunta del corpo del reato fra gli oggetti della immutazione artificiosa, nonché del sintagma che puntualizza come i medesimi debbano essere "connessi al reato"; nella lettera b), la disposizione specializza la falsa testimonianza (art. 372 Cp) e le false informazioni al pubblico ministero o al procuratore della Corte penale internazionale (art. 371-bis Cp). Riguarda a quest'ultima fattispecie, essa ne estende la portata incriminando le informazioni fornite alla p.g., vale a dire condotte che una granitica giurisprudenza da tempo riconduce al favoreggiamento personale ex art. 378 Cp.

Complessivamente riguardate dal punto di vista della tipicità oggettiva, tali previsioni si risolvono in una riconsiderazione delle citate fattispecie, le quali vengono specializzate per il tramite del dolo specifico di depistaggio;

Queste previsioni, dal punto di vista della tipicità oggettiva, si risolvono in una riconsiderazione delle citate fattispecie, specializzate dal dolo specifico di depistaggio; i soggetti qualificati che, con questo coefficiente psichico, realizzano i fatti già incriminati dagli artt. 372 e 371-bis Cp vanno incontro a sanzioni sensibilmente più severe: la fattispecie-base scolpita dal comma 1 prevede una pena che triplica nel minimo e quasi raddoppia nel massimo quella dell'art. 374 (pur aumentata dalla l. 133/2016). Gli autori delle false informazioni vedono incrementate, in misura ancora maggiore, le cornici edittali degli artt. 371-bis e 378 Cp: il minimo passa da quindici giorni a tre anni di reclusione; il massimo viene raddoppiato, transitando da quattro ad otto anni di reclusione.

4.1. L'illustrazione della fattispecie, che potremmo definire *di depistaggio materiale*, prevista dalla lett. a, può rinviare alla copiosa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che si è sedimentata sulla risalente figura della frode processuale contemplata dall'art. 374 Cp.

In questa prospettiva, va ribadito che per immutazione si intende qualsiasi alterazione, modifica o trasformazione in senso materiale di luoghi, cose o persone oggetto degli atti di ispezione, perizia o esperimento giudiziale¹⁸. Restano escluse, pertanto, le mendaci o infedeli dichiarazioni o rappresentazioni, verbali o documentali. D'altra parte, un'eventuale interferenza con ipotesi di falso documentale non darà luogo ad alcuna vicenda di concorso di reati, in ragione del limite costituito dalla clausola di sussidiarietà.

L'immutazione deve avere ad oggetto lo «stato» di cose, luoghi o persone. La nozione di «luogo» denota qualsiasi spazio, aperto o chiuso, entro cui si svolga l'indagine; quella di «cose» designa entità mobili, compresi cadaveri e animali, o immobili, suscettibili di apprezzamento materiale e di procurare una utilità probatoria; il lemma «persone», infine, designa i soggetti che risultano in qualche modo collegati al processo e, dunque, l'imputato, i testimoni, le persone informate sui fatti, la persona offesa. I luoghi, le cose e le persone, che assurgono ad oggetto materiale della condotta rilevante ai sensi dell'art. 375 Cp, devono essere pertinenti all'oggetto dell'accertamento e al mezzo di prova da acquisire, con la conseguenza che il reato va escluso ogni qualvolta la loro immutazione artificiosa non risulti significativa ai fini della ricostruzione dei fatti¹⁹.

La condotta deve ricadere su una *res* o su una persona, sicché assume una dimensione propriamente materiale; ne discende che l'immutazione si intreccia causalmente con il compimento di un'azione, non potendo congiungersi ad una condotta omissiva.

Una interpretazione oggettivistica, conforme a criteri di offensività, impone di connotare l'immutazione in termini di idoneità ingannatoria, da apprezzarsi facendo

¹⁸ C. Cupelli, *op. cit.*, 443 ss.

¹⁹ Cass. S.U. 25.10.2007, cit.

ricorso allo schema della prognosi postuma. Non vi è spazio, pertanto, per configurare il requisito allorché l'immutazione risulti talmente grossolana ad una *valutazione prognostica in concreto*, da non potersene predicare alcuna potenzialità ingannatrice per gli organi giurisdizionali²⁰.

L'avverbio "artificiosamente" intende sottolineare che l'immutazione deve risolversi in un intervento sulla *cosa* o sulla *persona* diverso ed ulteriore rispetto agli atti di doverosa conservazione e cura. La verifica del requisito della "artificiosità" va effettuata con accertamento caso per caso, alla stregua del «particolare contesto in cui essa è stata compiuta», ravvisandolo ogniqualvolta l'immutazione «si discosti dalla "normalità" dei comportamenti tenuti in genere»²¹.

Quanto agli ambiti che conformano la tipicità, occorre rimarcare che, nel contesto descrittivo della nuova disposizione, mancano le limitazioni temporali ed i riferimenti a tipologie specifiche di prove che, insieme, qualificano la frammentarietà della frode processuale punibile ai sensi dell'art. 374 Cp (richiedendosi, qui, che le condotte siano realizzate nell'ambito di un atto di ispezione – art. 244 Cpp – di esperimento giudiziale – art. 218 Cpp – o nell'esecuzione delle operazioni peritali). L'accentuata selettività di quest'ultima figura criminosa, la rende inapplicabile alle frodi commesse nelle ricognizioni, nei sequestri penali, nelle perquisizioni e in tutte le altre attività di ricerca della prova diverse da quelle espressamente indicate in precedenza.

Orbene, tali lacune di tutela vengono colmate dalla nuova previsione criminosa, a condizione, naturalmente, che i fatti di sviamento processuale siano assistiti dal dolo specifico di fattispecie.

Come si è accennato, un *novum* normativo è rappresentato dalla incriminazione del fatto di immutazione del corpo del reato; si tratta di un riferimento opportuno, giustificato dalla soggettività qualificata del nuovo delitto.

4.2. La seconda fra le condotte incriminate integra un depistaggio che si potrebbe definire verbale o dichiarativo. Punendo i fatti commessi dal soggetto qualificato che, richiesto dall'Autorità giudiziaria o dalla polizia giudiziaria di fornire informazioni in un procedimento penale, affermi il falso o neghi il vero, ovvero taccia, in tutto o in parte, ciò che sa intorno ai fatti sui quali viene sentito, la lettera *b* del primo comma dell'art. 375 Cp finisce per richiamare l'intera gamma dei delitti di false dichiarazioni: il favoreggiamento-mendacio (di cui all'art. 378 Cp), le false informazioni al pubblico ministero o al procuratore della Corte penale internazionale (art. 371-bis Cp), la falsa testimonianza (art. 372 Cp).

La previsione incriminatrice va considerata speciale rispetto agli artt. 371-bis e 372 Cp; problematica è la qualificazione dell'espressa punibilità delle false informazioni alla polizia giudiziaria: se è vero che queste ultime sono estranee al recinto di tipicità dell'art. 371-bis Cp, è altrettanto incontrovertibile che una consolidata giurisprudenza le riconduce allo spettro di applicazione del favoreggiamento personale. Alla luce della prima constatazione, l'art. 375 Cp non

²⁰ C. Cupelli, *op. loc. cit.*

²¹ C. Cupelli, *ibidem.*

entrerebbe in rapporto con alcun previgente regime normativo; alla stregua della seconda, esso sarebbe speciale in relazione al delitto di favoreggiamento.

Non rientrano, invece, nell'area della punibilità le false o reticenti informazioni al difensore (art. 371-ter Cp), che, tuttavia, formano oggetto della circostanza aggravante della finalità di depistaggio ai sensi dell'art. 384-ter Cp.

In ragione del suo carattere speciale nei rapporti con i reati di falsità in dichiarazioni, al depistaggio verbale vanno estesi i predicati di idoneità ingannatoria, pertinenza e rilevanza.

Di conseguenza: a) i fatti oggetto delle dichiarazioni devono presentare inerenza, diretta o indiretta, all'accertamento giurisdizionale; b) la pertinenza e la rilevanza della prova si riconnettono alla relativa capacità di ricostruzione dei fatti e di incidenza sul processo, con potenziale deviazione del suo corso.

In questa prospettiva, se appare indubbio che l'esito processuale non potrà assurgere automaticamente ad elemento di riscontro postumo della idoneità della condotta (secondo il riduttivo schema logico del *post hoc, propter hoc*), sembra altrettanto ragionevole attribuirgli una più limitata rilevanza indiziante.

L'elemento che specializza il reato è la finalità dell'azione, che – pur con le peculiarità caratteristiche dell'accertamento di realtà psichiche – non può sottrarsi a verifiche puntuali, in coerenza con il rigore della prova di colpevolezza e con il correlativo ripudio di ogni semplificazione di tipo presuntivo.

Quanto al tentativo, ne andrebbe negata la configurabilità: trattandosi di fattispecie di pericolo concreto, strutturalmente coincidente col delitto tentato, una diversa soluzione determinerebbe una violazione del *ne bis in idem* e spianerebbe la strada ad una discutibile punibilità del pericolo del pericolo.

Non è però difficile pronosticare il favore che nella prassi potrà incontrare la tesi qui avversata; quantomeno in rapporto ad ipotesi di condotta frazionata, conformemente, peraltro, a quanto la giurisprudenza ha già sperimentato in relazione a molte altre fattispecie di corrispondente conformazione²².

4.3. Come anticipato, l'art. 375 Cp contempla due fattispecie che replicano, con le sottolineate varianti della qualità del soggetto attivo e del dolo specifico, i reati di frode processuale (374 Cp), favoreggiamento personale (379 Cp) e falsità dichiarative in procedimento penale (371-bis Cp e ss.). Pur integrando modalità di commissione dell'unitaria fattispecie di frode nel processo e depistaggio, i due sotto-tipi possono trovare implementazione in contesti e tempi diversi. In rapporto ad essi può, allora, porsi il problema della unità o pluralità di reati nel caso in cui lo stesso soggetto realizzi entrambi i fatti incriminati alle lettere *a* e *b* o reiteri più volte le condotte di cui alla lettera *b*, come avviene allorché egli sia chiamato a rendere dichiarazioni in vari momenti del singolo processo, ovvero innanzi alle autorità investigative e/o giudiziarie di differenti vicende.

In relazione al primo dei richiamati snodi problematici, riteniamo plausibile configurare una vicenda di concorso di reati, con eccezione dell'ipotesi in cui l'immutazione artificiosa trovi seguito, ed integrale espressione, in una successiva

²² O. Di Giovine, *op. loc. cit.*

falsa deposizione. Si pensi al soggetto che – allo scopo di neutralizzare gli sviluppi di un'indagine che sa in corso – si attivi per modificare lo stato dei luoghi e renda dichiarazioni reticenti sulla condotta criminosa da lui compiuta (ed a lui solo nota). Qui, siamo dell'avviso che – facendo applicazione del *principio di assorbimento* – debba escludersi l'autonoma punibilità delle condotte susseguenti di falsità; *a fortiori*, alla medesima conclusione dovrà pervenirsi allorché – nel medesimo ipotizzato contesto – il soggetto richiesto di fornire informazioni si avvalga legittimamente della facoltà di non rispondere: in questo caso, infatti, la reticenza attua l'incoercibile diritto a non autoincriminarsi.

Per vero, la questione della conciliabilità di una vicenda di pluralità dei reati col principio del *nemo tenetur se detegere*²³ non si prospetta lineare in ogni situazione – tra cui quella relativa all'art. 375 Cp – di inoperatività dell'art. 384 Cp, e ciò a causa della controversa configurabilità della inesigibilità quale categoria generale di esclusione della colpevolezza²⁴.

Quanto al caso delle plurime false dichiarazioni rilevanti ai sensi della lettera *b*, occorre rilevare come la vicenda – affrontata nel contesto dei rapporti tra falsa testimonianza, false dichiarazioni al pubblico ministero e favoreggiamento personale – sia stata risolta in favore della pluralità dei reati, tutte le volte che la medesima falsa versione dei fatti venga reiterata dal dichiarante nelle diverse occasioni e fasi della vicenda processuale²⁵. Pur nella consapevolezza della contrarietà di questa impostazione rispetto al criterio regolatore dell'assorbimento²⁶, crediamo che essa finirà per essere seguita anche in relazione all'analogia tematica che coinvolge la norma a più fattispecie dell'art. 375 Cp.

5. L'elemento che caratterizza la nuova disposizione, e che assurge a parametro di unitaria tipicizzazione di condotte materialmente eterogenee, è il dolo specifico di impedire, ostacolare o sviare un'indagine o un processo penale.

Tale requisito proietta la sua rilevanza sul piano della dimensione offensiva della tipicità, in quanto sottolinea la necessità di ricavarne il disvalore anche alla stregua del 'rapporto funzionale fra la carica pubblica e la condotta incriminata'.

In sostanza, nell'economia precettiva dell'art. 375 Cp, l'accertamento della potenzialità ingannatoria dovrà riguardare, oltre alla oggettiva idoneità della condotta materiale a fuorviare lo sviluppo delle indagini o la ricostruzione dei fatti, l'ulteriore, specifico profilo di offensività che investe il rapporto funzionale tra carica soggettiva e condotta; in altri termini, l'aspetto del reato che, nella valutazione politico-criminale del legislatore, giustifica il *surplus* sanzionatorio.

È peraltro noto come, per comporre la tensione tra i reati a dolo specifico ed il canone del *nullum crimen sine offesa*, un risalente ed autorevole insegnamento²⁷ abbia proposto di qualificare quel genere di illeciti quali fattispecie di pericolo

²³ G. Fornasari, *Nemo tenetur se detegere sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, in *DPP* 2008, 907 ss.

²⁴ G. Fornasari, *op. loc. cit.*

²⁵ Cass. 1.3.2004, in *CEDCass*, m. 229304.

²⁶ O. Di Giovine, *ibidem*.

²⁷ L. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*⁵. *Parte generale*, Milano 2016, 440 ss.

concreto con dolo di danno. Proprio in adesione a tale impostazione, abbiamo in altra sede osservato²⁸ che «ragioni di coerenza con l'impianto oggettivistico del sistema penale liberale e, segnatamente, col principio di offensività che ne rappresenta la stella polare, impongono di preferire il modello prognostico a base totale e di esigere che il requisito del pericolo venga recepito nel suo grado estremo di elevata probabilità di verificazione del danno, con esclusione di ogni spazio a pronostici ancorati alla mera possibilità». Riguardo alla c.d. base del giudizio, poi, «l'adesione al paradigma prognostico a base totale accentua la concretezza dell'accertamento, facendovi rientrare tutte le circostanze effettivamente presenti al momento del fatto e non solo quelle conosciute o conoscibili dall'agente».

In definitiva, l'irrobustimento della tipicità oggettiva – conseguita attraverso l'inclusione del (requisito del) rapporto funzionale tra qualifica soggettiva ed elevata idoneità ingannatoria e/o influenzatrice della condotta, rispetto all'accertamento dei fatti processuali – incrementa le prestazioni garantistiche della fattispecie, accentuandone la selettività. Detto altrimenti, il dolo specifico orientato in direzione di un evento dannoso finisce per positivizzare «l'oggettiva e concreta idoneità degli atti funzionalmente compiuti dall'agente qualificato a conseguire tale risultato» e, anche per tale funzione, risulta incompatibile con qualsiasi sua riduzione probatoria a verifiche *in re ipsa*²⁹.

Analizzato in questa prospettiva, la complessità contenutistica del dolo specifico strutturato dall'art. 375 Cp può contribuire a risolvere un altro profilo di delimitazione del reato, che trae origine dal raffronto con la previsione del secondo comma dell'art. 374 Cp. Mentre questa, infatti, stabilisce che la disposizione del primo comma si applica anche al fatto commesso «nel corso di un procedimento penale (...) o anteriormente ad esso», l'odierna formulazione dell'art. 375 Cp non riproduce tale sintagma; se ne potrebbe dedurre che i fatti di sviamento investigativo punibili alla stregua della nuova norma siano solo quelli commessi nel corso del procedimento penale, laddove il depistaggio realizzato in vista e prima delle indagini preliminari confluirebbe nell'ambito applicativo della frode processuale comune.

Senonché, la proiezione del dolo specifico sulla conformazione della stessa tipicità obiettiva suggerisce di configurare la nuova incriminazione anche in rapporto ai fatti realizzati anteriormente al procedimento penale. Il fondamento dell'asserto scaturisce dal ruolo che nell'economia del reato gioca la finalità di "impedire un'indagine": lungi dal restare confinata al livello della tipicità soggettiva, quell'elemento si converte in un requisito della fattispecie oggettivo/materiale e, dunque, giustifica l'interpretazione innanzi prospettata.

6. Il secondo comma dell'art. 375 Cp elenca una serie di "modalità della condotta" (di depistaggio materiale/reale e di quello verbale/dichiarativo) che veicolano un *quid pluris* di spessore offensivo, giustificando il più severo regime sanzionatorio a

²⁸ Sia consentito il rinvio a V. Maiello, *Il delitto di trasferimento fraudolento di valori tra silenzi della dottrina e dis-orientamenti della giurisprudenza*, in *IP* 2008, 286.

²⁹ P. Pisa, *op. cit.*, 1277.

cui la medesima disposizione le assoggetta. Si tratta di circostanze speciali ad effetto speciale che comportano un aumento della pena da un terzo alla metà; esse si perfezionano quando il fatto è commesso mediante distruzione, soppressione, occultamento, danneggiamento, in tutto o in parte, di un documento o di un oggetto da impiegare come elemento di prova o comunque utile alla scoperta del reato o al suo accertamento.

Il riferimento corre ai casi di creazione di una prova falsa o distruzione/alterazione di una prova vera (di un documento o di un oggetto da impiegare come elemento di prova)³⁰. La condotta materiale sulla prova appare di chiara ed immediata lettura; più difficile, invece, la individuazione delle condizioni di pertinenza e rilevanza.

Tenuto conto della descrizione delle condotte del comma 1 lett. a, l'aggravante dovrebbe riguardare l'alterazione di cose connesse al reato e non – invece – il corpo del reato o lo stato dei luoghi, salvo predicare di questi ultimi la riconducibilità alla predetta locuzione.

Riferendosi a qualsiasi oggetto da utilizzare in funzione di prova, la circostanza chiarisce il concetto di “connessione col reato”, che, considerato invece atomisticamente, appare di portata restrittiva sia rispetto alla nozione di “cose pertinenti al reato”, necessarie all'accertamento dei fatti, sia nei confronti dell'altra relativa a “tracce e cose pertinenti al reato” presente in plurime disposizioni del codice di procedura penale. A nostro avviso, la diversa terminologia non svolge, qui, alcuna funzione semantica e linguistica.

Una incertezza lessicale risulta anche lì dove la norma, dopo la specificazione della *cosa* da impiegare come elemento di prova, aggiunge l'alterazione della diversa cosa comunque utile alla scoperta del reato o al suo accertamento. Sarà, verosimilmente, la prassi ad incaricarsi di stabilire se si sia voluto estendere il concetto di elemento la cui alterazione è rilevante (facendo riferimento alla

³⁰ Allo scopo di individuare la funzione specificativa o aggiuntiva che svolge la circostanza aggravante, appare rilevante distinguere le condotte che la integrano in funzione di ciò su cui incidono, vale a dire, rispettivamente, i “documenti” e gli “oggetti”. Le prime consistono in una peculiare e particolare modalità di realizzazione della condotta di artificiosa immutazione, che si concretizza nella cancellazione della prova (distruzione, soppressione, occultamento e danneggiamento) o nella permanente alterazione del contesto probatorio (formazione di un falso documento o sua artificiosa alterazione). Con queste connotazioni strutturali, la previsione della circostanza aggravante appare largamente giustificata, in quanto l'incremento sanzionatorio che determina fonda sull'oggettivo, più intenso disvalore che la fattispecie esprime rispetto al reato-base. Le cose si presentano in termini meno lineari riguardo alle condotte che concernono gli oggetti, soprattutto in ragione della tendenziale coincidenza tra le “cose” della fattispecie base e gli “oggetti” di quella aggravata. Diventa, allora, pressoché obbligato ricercare la *ratio* dell'aggravante sull'esclusivo piano delle modalità della condotta di “artificiosa immutazione”, *sub specie* di rimozione o sterilizzazione delle risorse probatorie (distruzione, soppressione, occultamento e danneggiamento) o di ingannevole arricchimento della scena probatoria (fabbricazione o alterazione di oggetti rilevanti ai fini della prova). Senonché, tali modalità di esecuzione del fatto di immutazione fanno già parte della condotta base e ne esauriscono, in sostanza, le forme di manifestazione. Non è, pertanto, agevole cogliere la dissimmetria semantico/normativa tra la “immutazione artificiosa” delle cose connesse al reato (ipotesi base) e la “artificiosa alterazione” degli oggetti rilevanti per accertare il reato ed identificarne gli autori.

distinzione del codice di rito tra cose e tracce), ovvero si sia semplicemente in presenza di un pleonaso.

L'esperienza giurisprudenziale che ha riguardato un enunciato normativo analogo, per di più inserito nella limitrofa fattispecie criminosa dell'art. 374 Cp, fa pronosticare che l'interpretazione delle Corti si orienterà nella prima direzione. Con riferimento, infatti, alla frode processuale ed al testo semanticamente selettivo che ne rispecchia un aspetto della tipicità, i giudici hanno legittimato una lettura sostanzialmente analogica, includendo nelle attività di indagine tutelate anche gli accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone di cui all'art. 354 Cpp in quanto mezzi di ricerca della prova e, dunque, funzionalmente accomunabili a quelli indicati in via frammentaria nella disposizione.

In sede di primo commento, autorevole dottrina ha osservato che la ricostruzione in chiave circostanziale della fattispecie disciplinata dal comma 2 presuppone che essa rappresenti una mera specificazione – al contrario assente – delle due ipotesi considerate nel comma 1. A tale riguardo, osserva che, mentre la distruzione (soppressione etc.) di documenti od oggetti da impiegare come elementi di prova (o comunque utili alla scoperta o all'accertamento di un reato) potrebbe effettivamente integrare una forma di immutazione artificiosa dello stato di cose connesse al reato (adottando un concetto ampio di connessione), le condotte descritte nel comma 2 sarebbero indiscutibilmente eterogenee e differenti rispetto a quelle di cui alla lett. *b* del comma 1. Se ne trae la conclusione che il depistaggio documentale (o reale) differisce sostanzialmente dall'affermare il falso o negare il vero oppure dall'essere reticenti davanti all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria. Tra l'ipotesi criminosa del comma 1 lett. *b* e le condotte del comma 2 non intercorrerebbe, allora, alcun rapporto di specialità: si sarebbe al cospetto di reati autonomi rispetto al depistaggio dichiarativo.

Il legislatore avrebbe quindi affiancato ai reati del comma 1 fattispecie delittuose autonome, in rapporto di specialità con la frode processuale della lett. *a* (con la conseguenza che, in questo caso, il delitto del comma 2 assorbe quello del comma 1, in considerazione dei limiti edittali), ma eterogenee in relazione al depistaggio dichiarativo. Quest'ultimo e quello documentale dovrebbero, di conseguenza, dar luogo ad un concorso materiale di reati, punito il primo con la reclusione da tre a otto anni ed il secondo con la reclusione da quattro a dodici anni, salvo il cumulo giuridico previsto dall'art. 81 Cp.

Ancora secondo tale orientamento, l'anomalia di un reato autonomo con individuazione della pena attraverso un rinvio alla pena del comma 1 (con aumento da un terzo alla metà) sarebbe attribuibile ad «una stranezza imputabile ad un legislatore sempre più disattento e tecnicamente approssimativo³¹».

Ora, questa impostazione, peraltro finemente argomentata, sembra contrastare col requisito della *voluntas legis* per come è dato ricavare dal criterio strutturale delle “modalità di descrizione della fattispecie”, vale a dire dal congegno ermeneutico che le Sezioni Unite del 2002³² additano quale traccia lungo cui incanalare la soluzione

³¹ P. Pisa, *op. cit.*, 1278.

³² Cass. S.U. 10.7.2002 n. 26351.

del dilemma tra titolo autonomo di reato ed elemento circostanziale. La portata ed il significato del parametro consentono di affermare: a) che si è al cospetto di una circostanza, allorché il legislatore definisca la fattispecie, che reca la modifica del regime sanzionatorio, attraverso il rinvio *per relationem* alla previsione criminosa base; b) che ricorre un'autonoma figura di reato, nei casi in cui la disposizione interessata contenga l'integrale descrizione della figura.

Su queste premesse, il dubbio interpretativo sulla natura delle ipotesi del secondo comma va risolto in favore della loro qualificazione accessorio/circostanziale, proprio avuto riguardo alla struttura del disposto normativo laddove rinvia al "fatto" compiutamente delineato nelle articolate scansioni del primo comma.

In quest'ottica, l'eterogeneità dei fatti descritti rileverà quale mero problema di compatibilità strutturale della circostanza aggravante con talune delle condotte base³³.

A nostro sommo avviso, il carattere circostanziale della fattispecie trova conferma, per un verso, nella previsione (comma 5) della sua sottrazione al giudizio di bilanciamento (altrimenti illogica); per l'altro, nella sua destinazione a neutralizzare talune implausibili implicazioni sistematiche che si connetterebbero al suo disconoscimento. La ricostruzione in chiave circostanziale impedisce di ravvisare un concorso materiale di reati tra le previsioni del primo e del secondo comma, in pratica una vicenda normativa che, spalancando le porte ad un irragionevole e sproporzionato irrigidimento sanzionatorio, comprometterebbe le virtualità positivo/integratrici della pena, di cui il criterio della proporzione è irrinunciabile limite interno strutturale/funzionale³⁴. Sotto altro profilo, evidenziamo che la natura autonoma sottrarrebbe la fattispecie alla disciplina della ritrattazione *ex art. 376 Cp*, istituto che, com'è noto, concorre – sia pure in via sussidiaria, nonché *ex post*

³³ Potrebbe anche accadere che una delle condotte indicate nella aggravante sia realizzata prima ed in funzione unicamente della falsa deposizione giudiziale, allo scopo di conferirle una maggiore coerenza ed efficacia ingannatoria. Per vero sarà difficile imbattersi in una falsità dichiarativa che, in quanto aggravata da una condotta di manipolazione di documenti ed oggetti connessi al reato, non si risolva conseguentemente anche nella immutazione artificiosa di cui alla lettera a). Difficile ma non da escludere, come può accadere nel caso in cui un teste (o figure prodromiche) confezioni un documento che attesti falsamente la presenza dell'autore del reato in luoghi e tempi incompatibili con l'ipotesi di accusa e poi rende all'autorità giudiziaria dichiarazioni congruenti con la predetta falsità documentale (per esempio un carabiniere che attesti falsamente di avere fermato l'imputato, nel corso di controlli di polizia stradale, in data e luogo che rendono insostenibile l'ipotesi che questi abbia commesso il fatto di reato).

³⁴ Lo stesso P. Pisa, (*op. loc. cit.*), riconosce che «l'aggravante del comma 3 inciderebbe sul depistaggio documentale (o reale) aumentando solo il minimo (che salirebbe da quattro a sei anni). La soluzione, poco brillante sul piano formale, sarebbe tuttavia compensata dal concorso tra il reato del comma 1, per il quale scatterebbe comunque l'aggravante del comma 3, ed il reato autonomo del depistaggio documentale (o reale)» e che altresì problematica è l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 383-bis Cp, in quanto, per assurdo, l'inasprimento sanzionatorio determinato dall'evento aggravatore rimane sotto il livello previsto sia dal secondo che dal comma 3 dell'art. 375 Cp in caso di condanna non superiore a cinque anni. Secondo F. Donelli (*op. loc. cit.*) l'equiparazione dell'aggravante «agli altri fatti tipici della fattispecie base avrebbe potuto causare notevoli incertezze relativamente al concorso di reati».

patratum – a tutelare il fondamentale interesse all'accertamento giudiziale della verità³⁵.

Quanto all'argomento che privilegia la natura autonoma della previsione normativa, in quanto consente di valorizzare il titolo doloso dell'imputazione, osserviamo che – in rapporto alla *quaestio* che investe il secondo comma dell'art. 375 Cp – quella esigenza non si profila. Ciò in quanto tale enunciato normativo costruisce una fattispecie strutturalmente dolosa, sicché la sua qualificazione accessorio/circostanziale non vulnererebbe in alcun modo il principio di colpevolezza, finanche nella sua massima pretesa espansiva.

L'altra circostanza aggravante riguarda l'ipotesi in cui la condotta è attuata per depistare procedimenti relativi a reati considerevolmente gravi. In particolare, viene comminata la pena della reclusione tra i sei e i dodici anni, allorché il fatto sia stato commesso in relazione a procedimenti concernenti i delitti di cui agli artt. 270, 270-bis, 276, 280, 280-bis, 283, 284, 285, 289-bis, 304, 305, 306, 416-bis, 416-ter e 422 o i reati previsti dall'art. 2 l. 25.1.1982 n. 17 ovvero i reati concernenti il traffico illegale di armi o materiale nucleare, chimico o biologico, nonché i reati di cui all'art. 51 co. 3-bis Cpp.

Di primo acchito, il riferimento ai procedimenti induce a ritenere configurabile l'aggravante per il solo fatto dell'iscrizione della notizia *criminis* relativa ai predetti reati, indipendentemente dalle determinazioni assunte all'esito delle indagini. La tesi lascia, tuttavia, perplessi: sia considerando che l'iscrizione delle notizie di reato può avvenire in assenza di un preliminare controllo di congruità della relativa qualificazione giuridica; sia avuto riguardo ai riflessi di una corretta imputazione soggettiva della circostanza, che annovera fra i suoi presupposti la puntuale consapevolezza da parte dell'agente delle tipologie criminose interessate dalle investigazioni oggetto degli atti di depistaggio da lui compiuti.

Le due aggravanti possono coesistere e formare oggetto di applicazione sincronica; in conformità ai criteri previsti dall'art. 63 co. 4 Cp, troverà, allora, applicazione la pena stabilita per la circostanza più grave e potrà farsi luogo all'ulteriore aumento nei limiti di un terzo.

Il comma quarto contempla, invece, una circostanza attenuante ad effetto speciale, con riduzione della pena dalla metà ai due terzi, a vantaggio di colui che si adopera per ripristinare lo stato originario dei luoghi, delle cose, delle persone o delle prove, nonché per evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori, ovvero aiuti concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella ricostruzione del fatto oggetto di inquinamento processuale e depistaggio e nella individuazione degli autori.

La *ratio* della norma risiede nell'esigenza di incentivare comportamenti virtuosi *post delictum* da parte di chi ha già commesso il fatto tipico, fermo restando che, nei casi di depistaggio verbale, potrà operare anche la causa di non punibilità della ritrattazione. La simultanea efficacia del congegno di attenuazione ed esclusione della punibilità non incontra ostacoli di sorta in tutte le situazioni in cui l'agente, autore di entrambi i fatti delle lettere *a* e *b* dell'art. 375 Cp, abbia, da un lato,

³⁵ G. Amarelli, *La ritrattazione*, in AA.VV., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 503 ss.

provveduto alla tempestiva ritrattazione e, dall'altro, promosso concretamente iniziative volte al ripristino dello stato dei luoghi o tenuto una delle diverse altre condotte indicate nella previsione della circostanza attenuante.

Con taluni adattamenti alla materia dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, la circostanza ripropone formule tradizionali del microcosmo normativo del diritto penale ispirato al paradigma riparativo. Invero, l'avverbio concretamente – attraverso cui il legislatore qualifica l'offerta di aiuto del colpevole alla ricostruzione dei fatti di inquinamento ed all'individuazione degli autori – si inserisce fra le formule linguistiche indicative (dei predicati di connotazione) delle condotte riparatorie quali quelle previste dagli artt. 62 n. 6 Cp (ove si richiede l'adoperarsi spontaneamente ed efficacemente per eliminare le conseguenze del reato), 56 co. 3 e 4 Cp (ove desistenza e recesso attivo rilevano se realizzate volontariamente) e 630 co. 5 Cp (in cui l'attenuante della dissociazione prevede che il concorrente aiuta concretamente le autorità alla individuazione e cattura dei correi).

E', dunque, sufficiente che il soggetto si attivi concretamente per conseguire le finalità indicate, ma non che il risultato perseguito venga ottenuto. Reputiamo che l'attenuante si applichi anche al soggetto che, nell'ambito di una vicenda di concorso criminoso, avverta le forze di polizia, fornendo le indicazioni utili alla ricostruzione del fatto oggetto di inquinamento processuale e depistaggio e all'individuazione degli autori, senza che questa effettivamente si verifichi.

La diversa opinione potrebbe pur sempre predicare la configurabilità dell'attenuante di cui al n. 6 dell'art. 62 Cp, comportante una più lieve diminuzione di pena.

È stata invece esclusa l'applicabilità della fattispecie esimente prevista dall'art. 384 Cp.

La ragione sta nella accentuata impronta repressiva e di prevenzione generale negativa che permea la complessiva disciplina del nuovo reato.

Il comma quinto sottrae, come si è già accennato, la fattispecie al giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee; al riguardo, stabilisce, per un verso, che le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste agli artt. 98 e 114, nonché al 4° co. del medesimo art. 375 Cp, se concorrenti con le aggravanti di cui al 2° e 3° comma non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste ultime; per l'altro, che le diminuzioni di pena vanno effettuate sul *quantum* risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.

Sul punto, va rammentato che la sottrazione al giudizio di bilanciamento determina un pericoloso *vulnus* al finalismo rieducativo della pena³⁶, pregiudicando la proporzione tra entità della sanzione e disvalore del fatto concreto. Essa, inoltre, contrasta vistosamente con una consolidata giurisprudenza costituzionale, che di recente si è arricchita di importanti declaratorie di illegittimità concernenti diverse presunzioni di legge ostative del giudizio di comparazione³⁷.

³⁶ Per un diverso ordine di idee, P. Pisa, *op. loc. cit.*, secondo cui «con scarsa coerenza, comunque, il legislatore si è “dimenticato” di blindare la circostanza della causazione di una condanna penale, a differenza di quanto previsto dal comma 5 dell'art. 375».

³⁷ C. cost., 5.11.2012 n. 251; 18.4.2014 nn. 251 e 252

7. La clausola di sussidiarietà con cui esordisce l'art. 375 Cp risolve, in parte, il problema del concorso di norme incriminatrici.

Peraltro, avuto riguardo all'elevato livello delle cornici edittali, è possibile affermare che la sussidiarietà inibisca il concorso con reati contro l'amministrazione della giustizia, nel cui ambito una più severa sanzione è prevista solo in relazione alla calunnia aggravata dall'ingiusta condanna alla reclusione superiore ai cinque anni.

La *quaestio* permane nei confronti delle norme con pena edittale meno grave: in questi casi, si riproporrà il consueto problema relativo alla configurabilità del concorso di reati o del concorso apparente di norme, che andrà affrontato e risolto alla stregua, da un lato, del principio di specialità di cui all'art. 15 Cp (ma anche di quanto stabilito dall'art. 84 Cp); dall'altro, della identità o della diversità del bene giuridico offeso dalle singole tipologie criminose³⁸. Così, facendo applicazione del criterio della specialità, il concorso tra la fattispecie in esame e i delitti di falsa testimonianza e/o di false dichiarazioni al P.M. (disposizioni poste a presidio del medesimo bene giuridico) dovrebbe essere risolto accordando prevalenza al nuovo reato (lettera *b*), che esibisce l'elemento specializzante della qualità del soggetto attivo. Le fattispecie di cui agli artt. 371-*bis* e 372 Cp continueranno ad applicarsi alle false dichiarazioni o alle reticenze poste in essere dai soggetti qualificati anteriormente all'entrata in vigore della riforma.

Si è detto che l'art. 375 Cp è speciale rispetto ai reati di false dichiarazioni e falsa testimonianza, contemplando il coefficiente aggiuntivo del dolo specifico.

Occorre aggiungere che esso è, altresì, speciale nei confronti della frode processuale scolpita dall'art. 374 Cp; quest'ultima – che ha carattere sussidiario, configurandosi qualora il fatto non sia preveduto come reato da una particolare disposizione di legge – continuerà ad applicarsi alle condotte di artificiosa immutazione realizzate dal soggetto privo di qualifiche soggettive oppure, in quanto disposizione più favorevole *ex art. 2 co. 4 Cp*, commesse dai pubblici agenti prima dell'entrata in vigore della nuova disposizione e non ancora coperte dal giudicato.

Nelle ipotesi di contestuale commissione di altri delitti contro l'amministrazione della giustizia, quali calunnia, favoreggiamento personale, intralcio alla giustizia, potrebbero aprirsi spazi in favore della *specialità in concreto* a cui la condivisione da parte della sentenza costituzionale n. 200/2016³⁹ del significato convenzionale del *ne bis in idem* ha spalancato rinnovate prospettive vitali.

³⁸ In argomento, G.A. De Francesco, *Concorso apparente di norme*, in *DigDPen*, II, Torino 1988, 416 ss.; T. Padovani, *Diritto penale*, Milano 2012, 385 ss.; A. Vallini, *Concorso di norme e di reati*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, III, *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G.A. De Francesco, Torino 2011, 345 ss.

³⁹ Dichiarativa della illegittimità dell'art. 649 Cpp, nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale. Tale pronuncia, invero, sulla scia della giurisprudenza della Corte europea a partire dalla pronuncia Grande Stevens c. Italia in poi (C. eur. 4.3.2014, Grande Stevens c. Italia; C. eur. 20.5.2014, Nykànen c. Finlandia, in www.penalecontemporaneo.com, 5.6.2014, con nota di M. Dova, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatore e giudici nazionali e sovranazionali*; C. eur.

La questione si complica riguardo al rapporto tra la nuova fattispecie criminosa ed i reati offensivi di interessi giuridici diversi da quelli che si intrecciano con l'amministrazione della giustizia. In proposito, non aiuta la peculiare conformazione del reato, che include – in guisa di circostanze aggravanti ad effetto speciale – fatti di per sé costituenti autonome figure criminose.

Se si considera l'aggravante ad effetto speciale di cui al comma 2 del nuovo articolo 375 Cp, non si fa fatica a prendere atto come i fatti che la costituiscono corrispondano ad una variegata gamma di reati: la falsità materiale del pubblico ufficiale in atti pubblici (art. 476 Cp, punita con la reclusione da uno a sei anni nella ipotesi base e da tre a dieci anni nella ipotesi aggravata – atti fidejacenti); le diverse ipotesi di danneggiamento (artt. 635 e ss. Cp); l'accesso abusivo a sistemi informatici (art. 615-ter Cp); la violazione della pubblica custodia di cose (art. 351 Cp). In molti casi, si tratterà di comportamenti che rilevano quali puntuali modalità di consumazione del depistaggio che, a questo fine, sono presidiati da una sanzione penale più grave di quella del loro contesto di origine. Sicché in tali casi verrà a mancare il presupposto per l'attivazione della clausola di sussidiarietà, con l'unico effetto che occorrerà valutare se debba procedersi anche alla concorrente applicazione dei reati che contemplano come autonome fattispecie delittuose le condotte che aggravano il reato di frode in processo.

8. La l. 11.7.2016 n. 133 ha aumentato la pena del delitto di frode processuale disciplinato dal primo comma dell'art. 374 Cp: le iniziali cornici sono state sostituite con la previsione della reclusione da uno a cinque anni.

Con l'art. 1 co. 3 del menzionato testo di legge, è stato, altresì, coniato l'art. 383-bis Cp.

Viene – così – ad esser delineato il nuovo “contenitore” del vecchio art. 375 Cp, rispetto al quale differisce per l'aggiunta, fra gli elementi normativi, del delitto di frode in processo penale e depistaggio e per la fissazione di più elevati livelli di pena.

In considerazione della sua funzione, sarebbe stato più appropriata una collocazione topografica della disposizione a ridosso dell'art. 375 (in quello che avrebbe potuto essere l'art. 375-bis), ovvero in una sua appendice interna.

27.11.2014, *Lucky Dev v. Svezia*, in www.penalecontemporaneo.com, 11.12.2014, con nota di M. Dova, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*; C. eur. 1.2.2015, *Kiiveri v. Finlandia*), mira a scongiurare il rischio della doppia punizione per il medesimo profilo fattuale storico materiale e non soltanto quello, in sé neutro, del secondo processo per una differente fattispecie legale ed astratta. Sul tema del *ne bis in idem*, volendo cfr. V. Maiello, *Doppio binario sanzionatorio, ne bis in idem e reati tributari*, di prossima pubblicazione su *GiurComm* 2016.