

LA CALUNNIA DIFENSIVA AI CONFINI DEL DIRITTO DI DIFESA: SULLA NECESSITÀ DI DISTINGUERE TRA CALUNNIA IMPLICITA E CALUNNIA-MEZZO*

di Alessandro Spina

(Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Palermo)

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza più risalente: diritto di mentire, ma non di calunniare. – 2. La giurisprudenza oggi consolidata: una rapida ricognizione. – 2.1. Casi di calunnia difensiva lecita. – 2.2. Casi di calunnia difensiva illecita. – 3. Il criterio della *stretta connessione funzionale*. – 4. I limiti della *stretta connessione funzionale*. – 4.1. In negativo: connessione funzionale, giusto mezzo per un giusto scopo e difesa putativa. – 4.2. In positivo: connessione funzionale vs. implicazione. – 5. Implicazione e fondamento della non punibilità della calunnia difensiva. – 5.1. Fondamento soggettivo: la *teoria del doppio effetto*. Insufficienza. – 5.2. Fondamento oggettivo: contenuto e limiti del diritto di difesa. – 6. Il problema delle modalità concrete della calunnia difensiva. – 6.1. Applicazione: un caso ipotetico. – 6.2. Variazioni su un caso reale.

1. - Secondo una impostazione giurisprudenziale ampiamente consolidata fino agli inizi degli anni '80 del secolo scorso¹, l'indagato/imputato² ha bensì il diritto di mentire (che è parte essenziale del suo diritto a non autoaccusarsi)³, ma questo diritto non si estende sino a comprendere anche la possibilità di accusare falsamente terzi soggetti. In sostanza, l'indagato/imputato, attuale o potenziale, ha il diritto di rendere dichiarazioni – anche false – che smentiscano la propria colpevolezza, ma non quello

* Testo della relazione presentata al Corso di formazione della Scuola Superiore della Magistratura su “Il diritto di difesa e il contraddittorio nel processo penale”, tenutosi a Scandicci (FI) dal 18 al 20 novembre 2019. Le sentenze citate di cui non è indicata la fonte sono rinvenibili sulla banca dati *Dejure*.

¹ Cass., II, 28.1.1977, n. 10136; Cass., VI, 19.11.1979, n. 3700; Cass., VI, 30.11.1979, n. 4983; Cass., I, 13.4.1984 n. 5107.

² O anche colui che, pur non avendo assunto ancora il ruolo di indagato, tantomeno quello di imputato, potrebbe, a causa delle proprie dichiarazioni, finire per divenirlo (v. ad es. art. 63 Cpp): *difesa preventiva*, o *dal processo*, o, come anche si dice, *difesa pre-processuale*.

³ Per una discussione sul punto, nonché per ulteriori riferimenti bibliografici, v. per tutti D. Tassinari, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna 2012, pp. 280 ss.

di affermare falsamente la responsabilità, o corresponsabilità, altrui, anche quando ciò sia fatto al fine di difendersi (di per sé irrilevante, dunque, l'*animus defendendi*)⁴.

Questa impostazione trova qualche conforto nel dato normativo. Il diritto di mentire (o quantomeno, la liceità penale della menzogna detta) *se defendendo* si può esplicitamente ricavare dall'art. 384, co. 1, Cp, il quale esclude la punibilità, tra le altre cose, per i reati di false dichiarazioni o testimonianze (artt. 371 *bis*, 371 *ter*, 372) o di (auto-)favoreggiamento (art. 378), di colui che ne commette «il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo [...] da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore». Tra i reati scriminabili per *necessità giudiziaria* non figura, tuttavia, la calunnia (art. 368), né ve la si può ritenere inclusa analogicamente, poiché l'elencazione delle fattispecie ex art. 384 è chiaramente tassativa⁵, ed inoltre la circostanza che nell'elenco si faccia espressa menzione dell'autocalunnia (art. 369) fa ancor di più risaltare l'esclusione della contigua incriminazione della calunnia non già come lacuna normativa, ma come frutto di una scelta consapevole.

In tal modo, ammettendo soltanto la *menzogna a discolpa*, si finisce, in sostanza, per escludere la possibilità di una interferenza tra (esercizio del diritto di) difesa e (fatto di) calunnia: si esclude, cioè, che un fatto di calunnia possa essere parte di una strategia difensiva lecita, e che perciò possano darsi casi nei quali una falsa incolpazione risulti scriminata quale esercizio del diritto di difesa. La calunnia costituisce dunque, in questa prospettiva, un *limite interno* del diritto di difesa, un limite, cioè, che definisce la portata del diritto, la sua estensione.

2. - La giurisprudenza degli ultimi trenta/trentacinque anni circa è venuta, tuttavia, assumendo una posizione meno drastica e riduttiva, che ammette una possibile interferenza tra difesa e calunnia, con la conseguente possibilità che quest'ultima, a certe condizioni, risulti scriminata dall'esercizio del diritto di difesa. Può essere utile partire da una rapida ricognizione casistica.

2.1. - È sostanzialmente pacifico, ad es., che sia scriminato ex art. 51 Cp, quale esercizio del diritto di difesa:

a) quel tanto di calunnia che è contenuto nel fatto stesso di negare, mentendo, la veridicità di una testimonianza sfavorevole: a fronte di un testimone che affermi di aver visto Tizio sul luogo del delitto al momento del delitto, o di avergli visto acquistare

⁴ In dottrina, v. per tutti A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, PS, II, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano 2000, p. 70; L. Masera, *Calunnia e autocalunnia*, in V. Maiello (cur.), *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Napoli 2014, § 4.

⁵ Cfr. A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384.1 Cp)*, in *RIDPP* 2010, *passim*.

la sostanza stupefacente, o di avergli visto pedinare l'anziana signora poi derubata, è senz'altro lecito per Tizio negare la circostanza, anche se questo significa accusare il testimone di falso;

b) idem nel caso in cui la negazione del fatto significhi accusare di falso il pubblico ufficiale che abbia redatto l'atto da cui emerge l'addebito: ad es., verbale di sequestro, verbale di guida senza patente, relazione di servizio concernente la frequentazione di certi luoghi da parte di soggetto sottoposto a sorveglianza speciale, ecc.⁶;

c) alla medesima conclusione (calunnia scriminata dal diritto di difesa) si è anche pervenuti nel caso di un commercialista, imputato per falso materiale,⁷ il quale aveva riferito più volte, pur precisando che non intendeva accusarlo d'aver egli stesso contraffatto la ricevuta, che era stato il proprio cliente a fornirgli il documento falso da lui poi allegato ad un'istanza di annullamento in autotutela proposta all'Agenzia delle entrate, senza che lui avesse alcuna contezza della falsità del documento⁸.

2.2. - Di converso, si è ritenuto che si esorbitasse dal diritto di difesa, e che dunque la calunnia non potesse considerarsi scriminata:

a) nel noto caso di *Amanda Knox*, che, rendendo dichiarazioni al PM nell'immediatezza della scoperta del cadavere di Meredith Kercher, e poi in un successivo memoriale, per allontanare da sé i possibili sospetti, aveva attribuito falsamente la responsabilità dell'omicidio a Patrick Lumumba⁹;

b) nel caso *Lusi-Rutelli-Margherita*: dove Luigi Lusi, ex tesoriere della Margherita, chiamava Francesco Rutelli in correità per alleggerire la propria posizione, sostanziale e processuale, attribuendo a lui l'ideazione delle attività, dallo stesso Lusi poi compiute, di appropriazione indebita di fondi del partito, in occasione della fusione con i DS, per formare il PD¹⁰;

⁶ V. ad es. Cass. 14.3.1995 n. 5789.

⁷ Il commercialista aveva dapprima compilato e presentato una dichiarazione dei redditi per il suo cliente, portando in detrazione, non si sa bene per quale ragione, un importo di circa 2.000,00 euro, relativamente ad una ritenuta d'acconto asseritamente operata dall'ente che aveva erogato al cliente un compenso professionale; ritenuta che, in realtà, non era stata effettuata. Nell'ambito dei propri poteri di verifica, l'Agenzia delle entrate aveva chiesto documentazione della ritenuta e, non avendola ricevuta, aveva accertato la maggiore imposta dovuta dal contribuente, irrogando le sanzioni correlate. Quando il cliente aveva chiesto conto dell'accaduto, il commercialista aveva proposto – di propria iniziativa e senza l'impulso o il consenso del cliente – una istanza di annullamento in autotutela, *producendo una certificazione di ritenuta d'acconto, poi risultata falsa*.

⁸ Cass. 2.10.2014 n. 14042.

⁹ Cass. 26.3.2013 n. 26455.

¹⁰ Cass. 19.12.2017 n. 14761: «Deve aggiungersi, in tema di rapporto tra diritto di difesa e accuse calunniose, che secondo un pacifico insegnamento giurisprudenziale di questa Suprema Corte [...] l'imputato, nel corso del procedimento instaurato a suo carico, può negare, anche mentendo, la verità delle dichiarazioni a lui sfavorevoli ed in tal caso l'accusa di calunnia, implicita in tale condotta, integra

c) in un caso in cui un indagato per omicidio aveva affermato, in un interrogatorio reso al PM, di avere restituito, la sera prima dell'uccisione, a persona che sapeva innocente, il possesso di un'automobile che recava tracce di un conflitto a fuoco¹¹;

d) nel caso di tale C.G., «condannato alla pena di due anni di reclusione per il reato di calunnia (art. 368 Cp) in danno di due Carabinieri, falsamente accusati di avere, all'atto del sequestro di due motori e di un'autovettura ritenuti provento di ricettazione, di avere dichiarato il falso, omettendo d'indicare nel relativo verbale, pure sottoscritto dall'indagato, la sua presenza in loco, nonché di avere simulato a suo carico tracce di reato, provvedendo a cancellare il numero identificativo di uno dei motori così da poterlo sottoporre a sequestro»¹²;

e) nel caso di tale D.L., «condannato [...] alla pena di undici mesi di reclusione in ordine al reato di calunnia, per avere accusato falsamente il sergente dell'Aeronautica Militare F.M. del furto di un computer di proprietà di B.L., che, invece, era stato commesso dallo stesso D.»¹³.

3. - Le posizioni giurisprudenziali appena richiamate, come in generale l'orientamento giurisprudenziale che esse rappresentano, appaiono, nel merito, complessivamente condivisibili.¹⁴ Qualche dubbio, tuttavia, sorge per il modo in cui la stessa giurisprudenza ricostruisce la logica sottostante a tale orientamento.

Il criterio al quale si fa generalmente ricorso è quello secondo cui il confine tra falsa incolpazione come parte di una strategia difensiva legittima e calunnia punibile dipenderebbe dal tipo di *connessione* sussistente tra condotta concretamente

un'ipotesi di legittimo esercizio del diritto di difesa e si sottrae perciò alla sfera di punibilità in applicazione della causa di giustificazione prevista dall'art. 51 Cp. Quando però l'imputato, travalicando il rigoroso rapporto funzionale tra tale sua condotta e la confutazione dell'imputazione, non si limiti a ribadire la insussistenza delle accuse a suo carico, ma assuma ulteriori iniziative dirette a coinvolgere altre persone - di cui pure conosce l'innocenza - nella incolpazione specifica, circostanziata e determinata di un fatto concreto, sicché da ciò derivi la possibilità dell'inizio di una indagine penale da parte dell'autorità, si è al di fuori del mero esercizio del diritto di difesa e si realizzano, a carico dell'agente, tutti gli elementi costitutivi del delitto di calunnia.»

¹¹ Cass. 13.5.1998 n. 5574.

¹² Cass. 29.9.2015 n. 45078.

¹³ Cass. 16.7.2014 n. 37487: «La falsa accusa nei confronti del F. venne rivolta dall'imputato nel corso delle dichiarazioni spontanee rese il 10 novembre 2006, in cui indicò il F. come l'autore del furto e per giustificare il fatto che il computer era stato rinvenuto nel suo zaino disse di aver avuto l'incarico dall'accusato di trasportarlo all'esterno della caserma».

¹⁴ Ampia, non a caso, è l'adesione che questo orientamento raccoglie in dottrina: ad es., A. Nappi, *Delitto di calunnia e diritto di difesa*, in CP, 1985, pp. 1084 ss.; Pulitanò, *Calunnia*, cit., p. 18; G. Piffer, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, tomo I, Padova 2005, p. 248; F. Tagliarini, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 6ª ed., Milano 2014, pp. 240 s.; E. Calcagno, *I delitti di falsa denuncia*, in P. Pisa (cur.), *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, Milano 2009, p. 81; Masera, *Calunnia*, cit., § 5.1

calunniosa e difesa di sé. La falsa incolpazione scriminata sarebbe esclusivamente quella che si trovi in rapporto di *stretta connessione funzionale* con la propria difesa, e in particolare con la negazione dell'addebito: «L'affermazione infondata di colpa a carico di altri, sia essa esplicita od implicita, deve risultare in sostanza *priva di ragionevoli alternative quale mezzo di negazione dell'addebito* [...]. Si tratta di una *stretta correlazione funzionale, priva di alternative ragionevoli, e segnata da una stretta "continenza" nelle modalità esecutive*»¹⁵; o ancora: «non esorbita dai limiti del diritto di difesa l'imputato che, in sede di interrogatorio definisca, sia pure per implicito, falso un atto di polizia giudiziaria solo per quanto attiene alla veridicità della denuncia a suo carico in esso contenuta. Egli pertanto non è punibile a titolo di calunnia in danno dell'autore di detto atto di polizia giudiziaria, stante la presenza di una causa di esclusione della pena in forza del legittimo esercizio di difesa, purché questo si espliciti quale *unico e necessario mezzo di confutazione dell'imputazione*, secondo un *rigoroso rapporto di connessione funzionale* tra l'accusa (implicita od esplicita) formulata dall'imputato e l'oggetto della contestazione nei suoi confronti»¹⁶.

La falsa incolpazione, insomma, deve innanzitutto servire – essere *strumentale, funzionale* – a negare l'addebito; inoltre, questa sua strumentalità/funzionalità deve anche potersi dire *stretta*, con il che sostanzialmente si intende, non già che la falsa incolpazione debba essere strettamente inerente alla negazione dell'addebito (anche se talora è così che la questione viene presentata), ma piuttosto che essa deve essere *strettamente necessaria* a tale scopo: è un rapporto di stretta necessità, quello che rileva, non uno di stretta inerenza¹⁷. *Stretta connessione funzionale* significa dunque che la falsa incolpazione del terzo, per essere lecita, deve costituire l'unica ragionevole alternativa, l'unico mezzo utilizzabile, l'unica via percorribile, per negare l'addebito.

4. – Si ha l'impressione che in tal modo si proceda, senza dichiararlo, ad una sorta di applicazione analogica dell'art. 384, co. 1, Cp – nel senso, però, più della *analogia iuris* che della *analogia legis*, usandolo, cioè, come canone interpretativo del combinato disposto degli artt. 51 Cp e 24, co. 2, Cost.: l'argomentazione, in definitiva, sembra non voler dire altro se non che l'autore della falsa incolpazione può solo beneficiare della non punibilità allorché vi sia stato *costretto dalla necessità* di difendersi in/dal processo (negando l'addebito), e quindi *di salvarsi dal grave e*

¹⁵ Così la già citata Cass. 2.10.2014 n. 14042.

¹⁶ Cass. 14.3.1995 n. 5789.

¹⁷ In alcuni casi, la «stretta connessione funzionale» sembra assumere anche un carattere, per così dire, spazio-temporale, o – se si vuole – contestuale, allorché si afferma che la falsa incolpazione difensiva, per essere scriminata, deve avvenire «nell'immediatezza dell'accertamento o nella sede processuale propria offerta [all'indagato/imputato] per contestar[e] il valore [dell'addebito a suo carico] (interrogatorio, esame, spontanee dichiarazioni, memoriali, ecc.)» (Cass. 28.3.2013 n. 15928).

inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore, che potrebbe derivargli da un procedimento penale o dalla possibile successiva condanna. In sostanza, è come se si usasse l'art. 384 per definire i limiti del diritto di difesa, quando questa prenda la forma di una falsa incolpazione. Il che, a mio avviso, costituisce una operazione ermeneutica discutibile: ho già detto, in apertura, che la scriminante della necessità giudiziaria non si presta ad estensioni analogiche, ancorché mascherate, per via della sua formulazione tassativa nella parte dedicata alla elencazione dei reati scriminabili. Senza trascurare che, peraltro, nel caso di specie, manca una lacuna normativa che giustifichi il ricorso all'applicazione analogica dettata per casi simili.

Tuttavia, non è questo un profilo sul quale intendo qui soffermarmi ulteriormente, perché, in realtà, ancor più a monte, ritengo che non vi sia alcun bisogno di ricorrere a questo tipo di operazione ermeneutica per giungere a quelle stesse soluzioni – ripeto, in linea di massima condivisibili – alle quali giunge la giurisprudenza. Come ora cercherò di mostrare, infatti, queste soluzioni non costituiscono affatto uno sviluppo di quel principio di *stretta connessione funzionale*, che viene evocato per giustificarle.

Detto in breve: condivido il merito delle soluzioni giurisprudenziali correnti; non condivido il ragionamento attraverso il quale i giudici vi pervengono: e ciò tanto per la tecnica argomentativa che secondo me viene di fatto impiegata (analogia mascherata di norma tassativa, come l'art. 384, co. 1, in assenza peraltro di una lacuna normativa), quanto, e soprattutto, per il contenuto del ragionamento stesso, e in particolare per il contenuto del principio dal quale i giudici assumono che quelle soluzioni vadano dedotte.

Le ragioni su cui si fonda questa mia critica sono essenzialmente due.

4.1. - La prima, di carattere negativo, è che il principio della stretta connessione funzionale, in realtà, non consente di distinguere congruamente fra calunnia difensiva lecita e calunnia difensiva illecita: se lo si applicasse coerentemente, traendo correttamente le conclusioni che discendono dalle sue premesse, i casi che vengono esclusi dall'ambito applicativo del diritto scriminante vi dovrebbero, in realtà, esser fatti rientrare.

Mi spiego. *Connessione funzionale* – come detto – si ha quando la condotta menzognera è attuata come strumento, mezzo di confutazione o di alleggerimento dell'imputazione. L'idea rinvia dunque ad un rapporto teleologico, o di mezzo-a-fine, e la possiamo interpretare come uno sviluppo del principio giustificante del *giusto mezzo per un giusto scopo*¹⁸: è lecito incolpare falsamente un terzo se ciò costituisce

¹⁸ Su cui cfr., ad es., A. Graf zu Dohna, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, Halle a.S. 1905, pp. 47 ss.; A. De Marsico, *Diritto penale*, PG, [La legislazione penale](#)
ISSN: 2421-552X

solo un mezzo per difendersi, per negare l'addebito¹⁹. Sennonché, non è difficile accorgersi che un rapporto mezzo-a-fine ricorre praticamente sempre – direi, (quasi) per definizione –²⁰ anche in quelle stesse vicende (Knox, Lusi e simili) che la giurisprudenza pretende invece di escludere dall'area della menzogna difensiva lecita: tutte queste vicende condividono, infatti, la caratteristica – che è poi quella in ragione della quale le prendiamo qui in considerazione – che in esse la calunnia viene appunto usata come strumento difensivo, per stornare da sé l'accusa o quantomeno per alleggerirla.

Certo, questa connessione può essere più o meno *stretta*, in quel senso di *necessarietà* visto in precedenza: si può cioè discutere che, in questo o in quel caso concreto, la calunnia fosse effettivamente, su un piano oggettivo, l'unica via ragionevolmente percorribile per contestare l'addebito. Nelle sentenze che escludono la liceità della calunnia difensiva, in effetti, i giudici generalmente argomentano non tanto che una connessione funzionale manchi del tutto, ma piuttosto che questa, nel caso volta per volta considerato, non sia sufficientemente stretta: che sia travalicato il *rigoroso* rapporto funzionale tra condotta e confutazione dell'addebito²¹. Il rapporto funzionale ci sarebbe anche in questi casi, sembra volersi dire, ma non sarebbe sufficientemente rigoroso, stringente.

Ma anche ad ammettere che le cose, da un punto di vista oggettivo (*ex post* o anche *ex ante* a base totale), stiano realmente in questi termini, è nondimeno plausibile ritenere che il carattere della stretta, rigorosa *funzionalità* sia invece *normalmente presente su un piano soggettivo*, che, cioè, dalla sua prospettiva *ex ante*, l'agente lo abbia creduto sussistente: posto che la difesa assume qui la forma di una condotta penalmente rilevante, sarebbe veramente bizzarro, soprattutto quando ciò faccia parte di una strategia difensiva concordata col proprio difensore, che l'indagato/imputato, attuale o potenziale, vi ricorresse – assumendosi dunque il rischio penale di un'incriminazione per calunnia – senza ritenerlo strettamente necessario; più verosimile, invece, che, se egli vi indulge, lo faccia come *extrema ratio*, quando, messo alle corde, non riesca ad escogitare una tattica migliore.

ristampa a cura di M. Mazzanti, Napoli 1969, pp. 105 s. Ulteriori riferimenti in A. Spena, *Diritti e responsabilità penale*, Milano 2008, p. 347, nt. 268; nonché in Id., *Diritti e giustificazioni come cause di esclusione dell'illecito penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. I, Torino 2011, p. 319, nt. 10.

¹⁹ Si veda, ad es., Cass. 28.3.2013 n. 15928: «Finché il dichiarante attribuisce un determinato fatto reato ad altra persona, che pur sa essere innocente, *soltanto per negare il proprio comportamento antiggiuridico* e ciò faccia nell'immediatezza dell'accertamento o nella sede processuale propria offertagli per contestarne il valore (interrogatorio, esame, spontanee dichiarazioni, memoriali, ecc.), è possibile sussumere la calunniosità delle accuse nella latitudine dello *ius defendendi*».

²⁰ Con il "quasi" messo lì per estrema cautela, solo per lasciare un margine ad ipotesi – rare, se non irrealistiche – nelle quali l'indagato/imputato usi la calunnia in maniera solo apparentemente difensiva, in realtà intendendo soltanto dare sfogo ad una antipatia o desiderio di ripicca.

²¹ Così, ad es., Cass. 26.3.2013 n. 26455 (caso Knox).

Questo dovrebbe comunque condurre ad una applicazione della *scriminante*, se non altro nella forma *putativa* derivante dal combinato disposto degli artt. 24, co. 2, Cost. e 51 Cp, da un lato, e 59, co. 4, Cp, dall'altro. Che una tale possibilità non sia neanche vagamente ventilata nelle sentenze qui considerate, la dice lunga su quanto poco l'idea della *stretta connessione funzionale* sia realmente in grado di fornire un criterio adeguato a discernere tra calunnia difensiva lecita e calunnia difensiva illecita: la questione della calunnia difensiva putativa (per putatività della stretta connessione funzionale) viene, direi, giocoforza trascurata, poiché altrimenti ne dovrebbe seguire un'estensione dell'area di non punibilità del reato che, alla stregua dei valori in gioco, sarebbe decisamente eccessiva.

4.2. - Ma la categoria concettuale della stretta connessione funzionale non fornisce neanche una ricostruzione convincente dei casi nei quali la liceità penale della calunnia difensiva viene *ammessa*, né dunque delle ragioni che stanno a fondamento di una tale liceità. Se li guardiamo con attenzione, questi casi, ci accorgiamo che in essi la descrizione del rapporto tra difesa e falsa incolpazione in termini teleologici (funzionali, strumentali, o di mezzo-a-fine) non è l'unica possibile; anzi, non è neanche la più appropriata.

Prendiamo il caso paradigmatico dell'imputato Tizio che, in sede di dichiarazioni spontanee in dibattimento (art. 494 Cpp), falsamente affermi che, contrariamente a quanto deposto dal testimone Caio, egli, all'ora del delitto, non si trovava nella zona dove il delitto è stato commesso. In tal modo, implicitamente, Tizio incolpa Caio di falsa testimonianza: ma siamo sicuri sia corretto dire che questa falsa incolpazione è un *mezzo* usato da Tizio per difendersi? Forse lo è in un senso generico, se con il verbo "difendersi" intendiamo qui riferirci alla strategia processuale di Tizio e all'obiettivo che egli persegue con questa strategia, che possiamo assumere sia quello di venire assolto: la falsa incolpazione è un mezzo per difendersi, è funzionale alla difesa, nel senso che è parte della strategia difensiva dell'imputato (Tizio) ed è finalizzata ad ottenerne l'assoluzione.

Se, però, con l'espressione "difendersi" ci riferiamo allo *specifico atto di difesa* consistente nel negare la circostanza oggetto di testimonianza sfavorevole, diviene improprio ricorrere ad una descrizione di tipo teleologico: la falsa incolpazione *non* è qui un *mezzo* per negare il contenuto della deposizione sfavorevole. Quello che semmai intercorre tra l'una e l'altra dimensione del fatto è un *rapporto di implicazione* (se, allora; se x , allora y ; $x \rightarrow y$; x implica y), tale per cui, *se si nega* il contenuto dell'altrui testimonianza, *allora – di fatto, implicitamente, per ciò stesso –* si sta anche accusando il testimone di falso: la calunnia è, in tal caso, implicata nell'atto stesso della difesa, nella negazione della circostanza oggetto di deposizione testimoniale

sfavorevole; essa non è una condotta distinta dalla difesa/negazione dell'addebito, né la persegue come proprio scopo; ne rappresenta, semmai, l'altra faccia, o meglio: un effetto collaterale in essa implicato; è, se si vuole, la stessa condotta difensiva, vista, però, in negativo: non dalla prospettiva del suo effetto/significato difensivo, ma da quella del suo effetto/significato calunniatorio. A volersi abbandonare al linguaggio della metafora, è l'ombra generata da quello stesso fascio di luce che si proietta con la negazione dell'addebito.

Nel nostro caso paradigmatico, e negli altri che ne condividono la struttura, la calunnia non è, dunque, un mezzo per la difesa, ma semmai un suo effetto – secondario, collaterale. Di ciò, anche i giudici si mostrano talora consapevoli, al netto della formale deferenza alla topica della connessione funzionale: ad es., quando scrivono che, «Finché le affermazioni del dichiarante si limitino ad attribuire un fatto-reato ad altri – di cui pur si conosce l'innocenza – *semplicemente per effetto della negazione* della esistenza del fatto addebitatogli, il reato non sussiste»²²; oppure quando scrivono che «E' chiaro, tuttavia, che l'incriminazione della calunnia non può risolversi in un limite decisivo per l'esercizio del diritto di difesa, imponendo all'accusato di astenersi da qualunque *dichiarazione che implichi, anche solo indirettamente, la responsabilità di un terzo* per un qualunque reato. Se così fosse, e per fare solo un ovvio esempio, sarebbe sempre impossibile contestare le attestazioni di fatti compiute da appartenenti alla polizia giudiziaria, se non sfruttando il varco, impraticabile nella maggior parte dei casi, d'un possibile errore dei pubblici ufficiali»²³; oppure ancora quando scrivono che «l'imputato può *negare, anche mentendo, la verità delle dichiarazioni a lui sfavorevoli ed in tal caso l'accusa di calunnia, implicita in tale condotta, integra un'ipotesi di legittimo esercizio del diritto di difesa* e si sottrae perciò alla sfera di punibilità in applicazione della causa di giustificazione prevista dall'art. 51 Cp»²⁴.

5. - Che di rapporto di implicazione si tratti, e non di rapporto mezzo-a-fine, non è una mera pignoleria ricostruttiva: è solo la logica dell'implicazione, infatti, e non quella di mezzo-a-fine, che può giustificare la non punibilità della calunnia difensiva. Anzi, è proprio la distinzione tra implicazione e teleologia che consente di distinguere tra calunnia difensiva lecita (in cui tra difesa e calunnia opera un rapporto del primo tipo) e calunnia difensiva illecita (in cui tra le due corre, invece, un rapporto del secondo tipo). Ciò può teoricamente avvenire in due modi diversi; ma, come vedremo,

²² Cass. 13.6.2008 n. 26019.

²³ Cass. 2.10.2014 n. 14042.

²⁴ Cass. 16.4.2015 n. 18755.

mentre il primo dei due è piuttosto debole, è il secondo a fornire la soluzione più soddisfacente.

5.1. - L'efficacia del rapporto di implicazione tra calunnia e difesa potrebbe, innanzitutto, essere ritenuta operante sul piano della colpevolezza, come causa di esclusione «dell'elemento soggettivo del reato»²⁵. In quest'ottica, esso assumerebbe essenzialmente le sembianze della teoria – di derivazione tomistica²⁶ – del *doppio effetto*²⁷, per la quale è lecito produrre un danno se questo costituisce un *effetto collaterale* (o, appunto, un *doppio effetto*) del perseguimento di un fine lecito (quale può essere il fine di difendersi), anche se non sarebbe lecito produrre quello stesso danno intenzionalmente o come mezzo per conseguire il fine lecito perseguito. L'ambito di applicazione originario della teoria è costituito dal problema della scusabilità dell'omicidio per legittima difesa: secondo l'argomento dell'Aquinate, questa scuserebbe anche l'uccisione di un uomo in quanto il fine della condotta non sia la morte dell'aggressore, ma la difesa dall'aggressione. A definire il contenuto della volontà dell'omicida sarebbe, dunque, il perseguimento del fine lecito, non la produzione del danno collaterale, anche se prevista: e proprio da ciò discenderebbe la non punibilità di quello, dalla sua mancanza di dolo, dal fatto, cioè, che egli non vuole il danno collaterale, anche se lo prevede come effetto secondario del proprio agire. Di converso, la punibilità non potrebbe essere esclusa quando l'omicida si limiti ad approfittare dell'occasione difensiva per perseguire in realtà il danno (morte dell'aggressore) quale vero scopo della propria condotta, o quale mezzo per conseguire tale scopo (ad es., vendicarsi di un torto passato, ereditarne i beni, sposarne la moglie, ecc.).

Applicato alla nostra materia, questo ragionamento suonerebbe più o meno come segue. Il fine (in sé lecito) dell'indagato/imputato è quello di difendersi; negare l'addebito è il mezzo per conseguire questo fine; l'accusa di falsità al testimone è solo un'implicazione, un effetto collaterale della negazione dell'addebito: in questi termini, la falsa incolpazione del testimone non è punibile, perché (se, e nei limiti in cui) la volontà dell'indagato/imputato non è quella di calunniarlo, ma quella di difendersi dalla sua testimonianza. Se, invece, egli usa la calunnia come mezzo per difendersi, la

²⁵ Così, ad es., Cass. 10.12.2013 n. 5065.

²⁶ Tommaso D'Aquino, *Summa Theologica*, II-II, Qu. 64, Art.7.

²⁷ Su cui v., per tutti, A. McIntyre, voce *Doctrine of Double Effect*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* 2004 [rev. 2018]: <https://plato.stanford.edu/entries/double-effect/>: «According to the principle of double effect, sometimes it is permissible to cause a harm as a side effect (or “double effect”) of bringing about a good result even though it would not be permissible to cause such a harm as a means to bringing about the same good end.» Le teorie del doppio effetto, insomma, «all emphasize the distinction between causing a morally grave harm *as a side effect* of pursuing a good end and causing a morally grave harm *as a means* of pursuing a good end» (corsivo mio).

calunnia sarà oggetto del suo volere, sia pur solo strumentalmente, e di conseguenza il suo dolo e la sua responsabilità non potranno essere esclusi.

Quale che sia la plausibilità generale della teoria del doppio effetto, bisogna riconoscere che essa nel nostro caso risulta scarsamente conducente, poiché finisce in sostanza per assumere che il reato di calunnia sia punibile solo se commesso con dolo intenzionale (nella forma della calunnia commessa come *mezzo* per conseguire il fine ultimo di difendersi), e che invece non sia punibile se commesso con dolo (in)diretto (nella forma della certezza del danno collaterale): ciò che è dalla giurisprudenza stessa, in linea di massima, recisamente negato, affermandosi piuttosto che l'unica forma di dolo di consenso incompatibile con la calunnia sia il dolo eventuale²⁸, e che invece la certezza della falsità dell'incolpazione – anche in presenza di un *animus defendendi*²⁹ – è perfettamente idonea ad integrare l'elemento soggettivo del reato.

5.2. - Ma dalla considerazione del rapporto di implicazione tra difesa e calunnia può anche ricavarsi un fondamento oggettivo per la non punibilità della calunnia difensiva, imperniato su contenuto e limiti del diritto di difesa.

Questo, per il modo in cui viene correntemente inteso³⁰, si presenta come un cosiddetto *cluster right* (diritto a grappolo)³¹, un *diritto che contiene altri diritti*: vi vengono ricondotti, tra gli altri, il diritto a una difesa tecnica effettiva e irrinunciabile, la garanzia del contraddittorio, il diritto alla (ammissione, assunzione e valutazione della) prova, il diritto all'informazione e alla traduzione, il diritto alla presenza processuale, il diritto al silenzio, il diritto all'impugnazione. Ma ciò che dà senso unitario e complessivo a questa pluralità di posizioni giuridiche, almeno se guardiamo specificamente alla difesa penale, è la facoltà di negare l'addebito³²: è questo il *defining*

²⁸ Su ciò, da ultimo, R. Bricchetti, sub *art. 368 Cp*, in T. Padovani (cur.), *Codice penale*, tomo II, Milano 2019, pp. 2622 s.

²⁹ In dottrina, v. per tutti D. Pulitanò, voce *Calunnia e autocalunnia*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. II, Torino 1988, pp. 18 s.; Pagliaro, *Principi*, cit., 90 s.; M. Bertolino, *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino 2015, p. 58. Per una panoramica giurisprudenziale aggiornata, v. ancora Bricchetti, *op. cit.*, p. 2623.

³⁰ Come noto, l'art. 24, co. 2, Cost., che lo dichiara «inviolabile in ogni stato e grado del procedimento», omette di dare una definizione di tale diritto (sul punto, v. per tutti P. Ferrua, voce *Difesa (diritto di)*, in *DigDPen*, III, Torino 1989). Ciò, per un verso, ne ha reso il contenuto «inevitabilmente condizionato dalle scelte operate dal legislatore ordinario» (E. Marzaduri, *Inviolabilità della difesa e trasformazioni del processo*, in <http://www.la legislazione penale.eu> (6.7.2019), p. 1); per altro verso, e di riflesso, ha anche sollecitato la Corte costituzionale ad una lunga teoria di interventi di ricostruzione e puntellamento interpretativi, tesi a stabilire le garanzie fondamentali ad esso intestabili (v. per tutti A. Scella, *Per una storia costituzionale del diritto di difesa: la Corte e le ambiguità del processo «misto»*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Conso, Napoli 2006, pp. 197 ss.). Ai fini del nostro discorso, non sarà necessario addentrarsi nel dettaglio di questa complessità di ricostruzione.

³¹ Sul concetto di *cluster rights*, J.J. Thomson, *The realm of rights*, Cambridge (Mass.) 1990, pp. 55 ss.

³² In senso analogo, v. anche Pulitanò, voce *Calunnia*, cit., p. 19.

core³³, il contenuto centrale e significativo di quel diritto-contenitore, ciò che consente di inquadrare quell'insieme di facoltà, pretese e garanzie come aspetti di un medesimo "diritto di difesa".

Se la facoltà di negare l'addebito venisse soppressa, o anche soltanto compressa, tutto l'insieme perderebbe di senso³⁴. Nell'atto di difendermi, dunque, debbo sempre poter dire, quantomeno: "no, non sono stato io"; e – cosa molto importante – debbo poterlo dire *anche mentendo*: perché altrimenti, nei fatti, mi si graverebbe di un obbligo di confessare-o-tacere³⁵, del tutto estraneo alla logica accusatoria e semmai espressivo di una logica sostanzialmente inquisitoria.

Orbene, se la calunnia è implicata nella negazione dell'addebito (quale effetto collaterale di questa), la sua qualificazione giuridico-penale ne viene assorbita, perché in tal caso essa costituisce effetto, conseguenza logica, o appunto implicazione, di una condotta lecita *in senso forte* (costituente, cioè, esercizio di un diritto); e, ai sensi dell'art. 51 Cp, non è illecita l'offesa che, per quanto penalmente tipica, costituisca effetto de, o sia implicata ne, l'esercizio di un diritto; quando, insomma, l'offesa penale discende dalla stessa condotta con cui si esercita un diritto, si determina un'antinomia giuridica fra la norma che incrimina l'una e la norma che attribuisce l'altro, che l'art. 51 Cp risolve sempre a favore della seconda; la qualificazione giuridico-penale dell'esercizio di un diritto (in termini di liceità) assorbe, allora, la qualificazione giuridico-penale dell'offesa in essa implicata o che da essa derivi³⁶. A ritenere il contrario, a ritenere cioè punibile per calunnia la menzogna che implichi falsa incolpazione di un terzo, si finirebbe per compromettere seriamente il diritto dell'indagato/imputato di respingere l'accusa, e dunque, il diritto di difesa nel suo contenuto minimo ed essenziale.

Se invece la calunnia, senza essere implicata nella negazione dell'addebito, è usata come un mezzo allo scopo di difendersi (casi Knox, Lusi, ecc.), la sua qualificazione giuridico-penale (in termini di liceità) non è automaticamente assorbita in quella dello scopo, di difesa, a cui tende; e ciò perché, mentre la qualificazione giuridico-penale della causa si estende – salvo il limite dell'eccessiva sproporzione, e dunque dell'abuso³⁷ – anche all'effetto, lo stesso non vale nei rapporti tra liceità di uno scopo e

³³ Prendo qui a prestito una espressione di Carl Wellman a proposito di diritti giuridici in generale: v. *An approach to rights. Studies in the philosophy of law and morals*, Berlin 1997, pp. 69 s.

³⁴ Similmente Tassinari, *op. cit.*, pp. 285 s.

³⁵ Dove, peraltro, anche il tacere si presterebbe facilmente ad interpretazioni auto-incolpanti, che priverebbero di senso l'idea stessa di un diritto al silenzio: se al soggetto è lecito parlare *solo per dire verità*, questo finisce inevitabilmente per marchiarne il silenzio col sospetto di costituire una implicita ammissione di colpevolezza, che il soggetto cioè non parli solo perché, se parlasse, dovendo dire il vero, si incolperebbe.

³⁶ Più diffusamente, in termini generali, Spena, *Diritti e responsabilità penale*, cit., pp. 270 ss.

³⁷ Su ciò, v. *op. ult. cit.*, pp. 129 ss.

mezzi corrispondenti: la qualificazione giuridico-penale dello scopo non retroagisce automaticamente a colorare di sé qualsiasi mezzo usato per perseguirlo. Rispetto ad una condotta che non costituisca direttamente esercizio di un diritto, ma sia semmai strumentale ad un tale esercizio, l'art. 51 non opera direttamente, ma solo indirettamente, in applicazione del principio del giusto mezzo per un giusto scopo, o del fine che giustifica i mezzi: ciò significa che il diritto non prevale sempre, automaticamente, ma solo condizionatamente ad un bilanciamento tra l'interesse ad esercitare il diritto-scopo e gli interessi offesi dalla condotta-mezzo. A mano che ci si allontana dal *defining core* del diritto, insomma, la sua forza liceizzante si fa meno intensa e dipende, anche, dal valore relativo degli interessi contrapposti. Il principio *il fine giustifica i mezzi*, in diritto penale, non vale illimitatamente, ma solo a condizione che la realizzazione della condotta-mezzo offensiva rappresenti un costo, oltre che praticamente necessario, anche socialmente adeguato, o proporzionato, al conseguimento del fine³⁸: ciò rende necessario un bilanciamento, che, nel nostro caso, dovrà effettuarsi tra valore del fine difensivo e valore degli interessi (statali e individuali) lesi dalla calunnia; un bilanciamento ad esito del quale, in linea di principio, sarà il primo a dover cedere. Quelli aggrediti da una calunnia, infatti, sono interessi particolarmente rilevanti: non si tratta soltanto dell'interesse al buon andamento dell'amministrazione della giustizia, il quale, per vero, può senz'altro cedere rispetto allo scopo difensivo, com'è dimostrato dall'art. 384, co. 1, che sacrifica a favore di questo scopo (e non solo a favore di questo) la punibilità di reati come falsa testimonianza, favoreggiamento e persino autocalunnia. Si tratta, soprattutto, dell'interesse – personale e «civico» – «a che lo Stato, nella sua veste di potere giudiziario, non sottoponga a procedimento penale il cittadino innocente»: interesse che la calunnia altresì offende, e la cui offesa assume, anzi, nella dimensione assiologica dell'incriminazione, «un valore preminente sulle altre offese»³⁹; come, del resto, è plasticamente dimostrato, oltre che dalla maggiore gravità della calunnia rispetto all'autocalunnia,⁴⁰ anche dal fatto che nell'art. 384 è inclusa quest'ultima, ma non la prima, posto che le due differiscono soltanto per il diverso impatto che hanno sulla posizione di un terzo innocente.

Ebbene, nel bilanciare questo «interesse civico» col diritto di difesa, bisogna, innanzitutto, considerare che il primo – in quanto interesse (del falsamente accusato) ad evitare le conseguenze pregiudizievoli di un procedimento penale o addirittura di una condanna – è collegato alla protezione di altri diritti fondamentali, come il diritto alla

³⁸ *Op. ult. cit.*, pp. 377 ss. (e in generale, Parte seconda, Cap. III).

³⁹ A. Pagliaro, *Principi*, cit., p. 61. Analogamente, v. già Id., *Il delitto di calunnia* (1967), ora in Id., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, Vol. II: *Monografie di parte speciale*, Milano 2009, pp. 238-245.

⁴⁰ Masera, *Calunnia*, cit., § 2.1.

propria onorabilità o dignità sociale, il diritto alla libertà personale o anche il diritto di proprietà (che potrebbe essere violato da un provvedimento di sequestro o di confisca). In secondo luogo, bisogna altresì considerare che il bilanciamento non è un confronto meramente statico fra due beni, interessi o valori: esso va calato nella dinamica concreta del loro conflitto, e dalle caratteristiche di questo conflitto il suo esito dipende. Nel mettere a confronto lo scopo di difesa e l'interesse ad evitare le conseguenze pregiudizievoli di un procedimento o di una condanna penale, occorre dare il giusto rilievo alla circostanza che, nel nostro caso, queste conseguenze discenderebbero da una incolpazione *falsa*: ed è ragionevole ritenere che la falsità, ossia l'ingiustizia, dell'incolpazione ponga il falsamente incolpato in una posizione privilegiata rispetto a quella di chi lo incolpa, anche se questi agisca *se defendendo* e purché l'incolpazione non sia una mera implicazione della (sia una condotta aggiuntiva, ulteriore, rispetto alla mera) negazione dell'addebito.

6. - La conclusione alla quale possiamo giungere sulla base di quanto precede è che il diritto di difesa scrimina direttamente solo la *calunnia implicita*, nel senso di calunnia implicata nella negazione dell'addebito, non invece la *calunnia-mezzo*, non implicata nella negazione dell'addebito, ma aggiuntiva e funzionale rispetto a questa. L'ordinamento, insomma, non ammette la calunnia quale mezzo difensivo lecito: mentre, allora, è penalmente lecito negare l'addebito, anche se ciò implica la falsa incolpazione di un terzo, non è lecito incolpare falsamente un terzo quale mezzo per stornare da sé un'accusa o per alleggerire la propria posizione processuale.

Questa ricostruzione aiuta anche a dare un senso ad una precisazione che la giurisprudenza costantemente aggiunge al *topos* della stretta connessione funzionale, la quale, sganciata dalla ricostruzione qui proposta, risulterebbe francamente assurda⁴¹. La liceità della calunnia difensiva dipenderebbe, si dice, dalle sue *modalità concrete*, nel senso che, per aversi stretta connessione funzionale tra difesa e calunnia, occorrerebbe che i «rilievi [*che l'imputato rivolge ai suoi accusatori rimangano*] non determinati e circostanziati e comunque non esorbitanti dall'economia difensiva, vale a dire strettamente correlati all'esigenza di difendersi dall'imputazione»⁴². Si eccede, invece, dai limiti del diritto di difesa: «quando tali affermazioni siano accompagnate da circostanze di fatto che le facciano apparire vere e credibili di modo che il fatto-reato che si attribuisce ad altri appaia effettivamente commesso, proprio per essere accompagnato da elementi, per così dire, di contorno che lo facciano sembrare

⁴¹ La giudicano, ad es., insostenibile: in dottrina, L. Bisori, *Calunnia e auto-calunnia*, in G. Insolera, L. Zilletti (cur.), *Il rischio penale del difensore*, Milano 2009, § 2; in giurisprudenza, Cass. 2.10.2014 n. 14042 – in entrambi i casi, a partire da una impostazione che, però, non coglie la differenza tra calunnia implicata nella negazione dell'addebito e calunnia come strumento di negazione dell'addebito.

⁴² Cass. 8.2.2001 n. 13118, in *CP* 2001, 3028.

realmente accaduto»⁴³; o ancora, quando l'imputato «non si limiti a ribadire la insussistenza delle accuse a suo carico, ma rivolga all'accusatore, di cui conosce l'innocenza, accuse specifiche e idonee a determinare la possibilità dell'inizio di un'indagine penale nei suoi confronti»⁴⁴; o ancora, quando «l'imputato, travalicando il rigoroso rapporto funzionale tra [la propria] condotta [menzognera] e la confutazione dell'imputazione, assuma ulteriori iniziative rivolte a riversare sull'accusatore, pur conoscendone l'innocenza, specifiche accuse e ne derivi la possibilità dell'inizio di un procedimento penale»⁴⁵; o ancora «quando le accuse sono [...] sorrette da precise circostanze che le rendano virtualmente credibili o verosimili, così esponendo gli accusati al rischio anche solo potenziale di subire iniziative di segno penale, [nel qual caso si vanificherebbe] la necessaria connessione "funzionale" tra l'addebito da cui il soggetto intende difendersi e le sue asserzioni accusatorie verso terzi, di guisa che queste ultime perdono il loro valore di strumento di contestazione di un eventuale addebito, espressione di *ius defendendi*, ricadendo nell'area di apprezzabilità di una colpevole volontà calunniatrice. Tanto più se le accuse così enunciate non siano di per sé né assurde, né inverosimili, né grottesche»⁴⁶.

Ora, se riferite alla calunnia *implicita* nella negazione dell'addebito, la logica di queste precisazioni risulta molto difficile da comprendere: sembrerebbe che con esse si voglia sostenere che la liceità della calunnia difensiva sia inversamente proporzionale alla sua efficacia; essa rientrerebbe nel diritto di difesa solo a patto di rimanere talmente generica e apodittica, da risultare non credibile né verosimile: «solo se le accuse così enunciate [...] siano di per sé [...] assurde, [...] inverosimili, [...] grottesche». Se le cose stessero effettivamente in questi termini, il diritto di difesa verrebbe ridotto a un guscio vuoto e il riconoscimento della liceità della calunnia difensiva suonerebbe, più che altro, come una beffa: tu, indagato/imputato, hai bensì il diritto di negare l'addebito, anche falsamente e anche se ciò implica che altri siano falsamente incolpati di un reato, ma questo tuo diritto puoi esercitarlo solo in forme tali che esso risulti del tutto inconcludente, che insomma il tuo argomento difensivo appaia talmente debole da non esporre il falsamente incolpato ad alcun reale pericolo di subire un procedimento penale⁴⁷.

⁴³ Cass. 13.6.2008 n. 26019.

⁴⁴ Cass. 5.11.2002 Tummarello, in *CP* 2004, 92.

⁴⁵ Cass. 27.4.1995 Tomola, in *CP* 1996, 2537.

⁴⁶ Cass. 28.3.2013 n. 15928.

⁴⁷ Questo, per dire, parrebbe il senso della seguente massima: «non è configurabile il delitto di calunnia nella condotta del condannato che, in sede d'audizione davanti al giudice di sorveglianza, si limita a negare la frequentazione di persone pregiudicate, contestando la veridicità delle relazioni di servizio dei carabinieri, da cui emerge tale circostanza, se le dichiarazioni difensive non sono accompagnate da elementi fattuali circostanziati tali da farle apparire come vere» (Cass. 10.4.2008 n. 25339).

Il ragionamento acquista invece ben diversa plausibilità se lo si riferisce alla calunnia-mezzo, alla calunnia non *implicita/implicata* nella negazione dell'addebito, ma che a questa *si aggiunge* per corroborarla, diciamo così, dall'esterno. In questa prospettiva, ciò che deve rimanere necessariamente generico, inverosimile, perché non scatti la punibilità a titolo di calunnia, non è la negazione dell'addebito, né dunque la calunnia in questa implicata, ma piuttosto la calunnia che si aggiunga alla negazione dell'addebito per renderla più convincente: e ciò, proprio perché questo secondo tipo di calunnia difensiva, ponendosi fuori dal *defining core* del diritto di difesa, non può ritenersi automaticamente scriminata ex art. 51 Cp.

La giurisprudenza sembra confermare, in tal modo, che la non punibilità della calunnia-mezzo non può discendere direttamente dall'art. 51, non costituendo esercizio del diritto di difesa, né implicazione dell'esercizio di un tale diritto, ma può solo essere conseguenza di una sua sostanziale *inoffensività*, o comunque di una sua offensività talmente esigua – perché inverosimile, dunque incapace di creare alcun pericolo, per quanto remoto, di attivazione di un procedimento penale – che, mettendola in bilanciamento con lo scopo difensivo per cui viene compiuta, la si possa considerare, tutto sommato, soccombente.

Così interpretata, la topica delle *modalità concrete* non fa altro che indicare un *criterio di bilanciamento* tra mezzo calunnioso e scopo difensivo, funzionale a delimitare l'area di liceità della calunnia che si ponga al di fuori del *defining core* del diritto di difesa: un criterio per il quale, allorché la calunnia venga usata come mezzo difensivo, senza essere una mera implicazione della negazione dell'addebito, la sua liceità è funzione, in definitiva, del suo grado di offensività.

6.1. - Se, ad es., il testimone Tizio dichiara di avermi visto sul luogo del delitto all'ora del delitto, io posso certamente negare la circostanza, anche se questo significa (potrebbe significare) incolpare implicitamente Tizio di falsa testimonianza o incolpare qualcun altro dell'omicidio (ad es., qualcun altro che si trovasse nello stesso luogo alla stessa ora). Né il criterio delle modalità concrete significa che io, nel difendermi in questo modo, debba rimanere sul vago o debba limitarmi a dire che no, non è vero che fossi là: negata la circostanza, posso certamente suffragarla positivamente, adducendo circostanze, dettagliate quanto voglio, a suo supporto (“non ero là, perché in quel preciso momento mi trovavo al cinema, a vedere *Once upon a time in Hollywood*, di Quentin Tarantino, come dimostra il fatto che ho ancora il biglietto”; “controllate data e orario”; “del resto, ricordo benissimo la trama del film”; “in ogni caso, se non mi credete, chiedete a mia moglie, che era con me”, e così via). Finché si tratta di corroborare la mia negazione dell'addebito, posso affermare quello

che voglio ed essere dettagliato quanto voglio, anche se ciò ha per effetto collaterale quello di rendere più credibile e verosimile la calunnia in ciò implicata.

Se, però, non mi limito a negare la mia responsabilità, ma – senza che ciò sia implicato nella mia negazione dell'addebito – affermo positivamente la falsità della testimonianza o del documento che mi accusano, oppure la responsabilità di un terzo in mia vece (“non sono stato io, perché in realtà l'omicidio lo ha commesso Caio”), questa è già, a stretto rigore, una calunnia: ed è, in particolare, una calunnia-*mezzo*, non implicita nella difesa, che io uso come strumento per stornare da me l'accusa o per alleggerirla. Qui – come sono venuto dicendo nel paragrafo precedente – siamo fuori da un esercizio del diritto di difesa, e dunque fuori dall'ambito di scriminazione diretta tracciato dall'art. 51 Cp.

Tuttavia, ecco il senso possibile del criterio delle modalità concrete, l'ordinamento è disposto a *tollerarla*, questa calunnia, come espressione di una mia strategia difensiva (volendo dare a questa lettura una coloritura soggettiva, potremmo anche dire che l'ordinamento è disposto a *scusarla*, in considerazione della difficile situazione in cui vengo a trovarmi in quanto indagato/imputato: l'ordinamento, per così dire, comprende che, in tale posizione, è umano reagire cercando di scaricare su altri la propria responsabilità); ma, poiché ciò non costituisce propriamente espressione del mio diritto di difesa, la tolleranza/comprendimento dell'ordinamento ha un limite, che è rappresentato dall'interesse del terzo innocente a non essere sottoposto a un procedimento penale, e che diviene concreto nel momento in cui io elaboro la mia calunnia in modo da renderla così credibile che essa si presti ad essere interpretata non più solo come una comprensibile debolezza difensiva, ma come un serio e fondato contributo alla ricerca della verità.

6.2. - Può essere utile, in conclusione, testare questa impostazione su una delle vicende giurisprudenziali dalle quali siamo partiti (*supra*, § 2.2). Prendiamo, ad es., il caso⁴⁸ riguardante C.G., il quale, come si ricorderà, è stato «condannato alla pena di due anni di reclusione per il reato di calunnia (art. 368 Cp) in danno di due Carabinieri, falsamente accusati di avere, all'atto del sequestro di due motori e di un'autovettura ritenuti provento di ricettazione, dichiarato il falso, omettendo d'indicare nel relativo verbale, pure sottoscritto dall'indagato, la sua presenza in loco, nonché di avere simulato a suo carico tracce di reato, provvedendo a cancellare il numero identificativo di uno dei motori così da poterlo sottoporre a sequestro».

Rispetto a questo caso, possiamo immaginare tre scenari diversi. In un *primo scenario*, l'imputato contesta gli elementi a suo carico sintetizzati nel verbale di sequestro, al più argomentando sul contenuto del verbale stesso: “non è vero che la

⁴⁸ Deciso da Cass. 29.9.2015 n. 45078.

firma sul verbale sia la mia”; “è inesatto che mi trovassi in quel luogo a quell’ora, perché in realtà ci sono passato due ore dopo”; “non può essere che fossi io la persona che i carabinieri hanno identificato, perché io in quel momento ero da tutt’altra parte: mi trovavo alla partita.” Tutte queste condotte sono esercizio del diritto di difesa, rientranti nell’ambito di efficacia diretta dell’art. 51 Cp: e ciò, anche se implicato in queste dichiarazioni vi è l’assunto calunnioso che i carabinieri abbiano verbalizzato il falso.

In un *secondo scenario*, possiamo invece immaginare che l’imputato non si limiti a contestare elementi a suo carico, né ad argomentare sul contenuto del verbale di sequestro; che egli, piuttosto, nell’esprimere la sua tesi difensiva, aggiunga un’espressa accusa di falso, senza però corroborarla con l’indicazione di ulteriori circostanze di fatto: a domanda del giudice: “ma allora, secondo lei i carabinieri hanno falsificato il contenuto del verbale?”, egli risponde “evidentemente sì” oppure “non può essere altrimenti.” Questa condotta esula dall’ambito di efficacia diretta dell’art. 51, ma nondimeno, in applicazione del criterio delle modalità concrete, il fatto non è punibile, perché l’accusa rimane qui talmente generica da non creare alcun serio rischio che ne consegua l’apertura di un procedimento penale a carico dei carabinieri calunniati.

Possiamo infine immaginare un *ultimo scenario* (che riproduce la sostanza del caso effettivamente giudicato), nel quale l’imputato non si limiti a contestare elementi a suo carico, ma, per avvalorare la sua tesi difensiva, aggiunga l’indicazione di «*fatti concreti ulteriori*», che valgono a rendere più «circostanziata» la «condotta illecita» falsamente attribuita ai carabinieri che hanno redatto il verbale: “i carabinieri hanno falsificato il verbale, perché hanno motivi di risentimento nei miei confronti (es.: già da tempo mi tampinano invano; anzi, ricordo che una volta uno di loro mi ha esplicitamente minacciato, dicendo che prima o poi mi avrebbe incastrato)”; “hanno anche cancellato il numero identificativo di uno dei mezzi sequestrati, così simulando tracce di reato a mio carico.” Una condotta di questo genere non solo si collocherebbe fuori dall’ambito del diritto di difesa, ma, rendendo tutt’altro che inverosimile la possibilità che si apra un procedimento penale a carico dei falsamente incolpati, presenterebbe, oltre che la forma, anche il contenuto offensivo di una calunnia punibile.