

***Extremis malis, extrema remedia: l'infiltrazione investigativa quale forma
di esercizio autorizzato di poteri coercitivi, in funzione
di contrasto della corruzione****

di Alice Savarino**

31 agosto 2020

Sommario: 1. Le nuove tecniche di politica "etico-penale" introdotte in materia di corruzione. – 1.1. La previsione di operazioni sotto copertura. – 2. L'emancipazione dell'infiltrato dal provocatore: potenzialità, rischi e cautele di un istituto ibrido. – 3. La collocazione della non punibilità dell'agente sotto copertura tra scriminante sostanziale e procedurale: i termini del giudizio sul bilanciamento di interessi e le irrinunciabili istanze di determinatezza. – 4. Principali profili di criticità sul piano esecutivo: le (dis)attenzioni del legislatore e lo "spettro" della provocazione. – 4.1. Reati presupposto e condotte scriminate: i problemi di determinatezza sostanziale. – 4.2. Il mancato potenziamento dei requisiti procedurali. – 5. Le difficoltà di infiltrazione: le notevoli aspettative, le scarse possibilità di "successo" e i consistenti rischi di distorsioni sul piano operativo. – 6. Nota conclusiva (un primo, circoscritto, ma significativo riscontro della prassi).

1. Le nuove tecniche di politica "etico-penale" introdotte in materia di corruzione

Nell'ambito dell'ultima stagione di riforme delle tecniche di prevenzione e repressione dei delitti *latu sensu* corruttivi¹, il legislatore ha confezionato un prodotto

* Il contributo costituisce il testo, con ampliamenti, revisioni e annotazioni, dell'intervento svolto dall'autrice nel Convegno internazionale organizzato dai dottorandi del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa, sul tema "Modelli europei di contrasto alla corruzione: prevenzione, repressione e impatto sul sistema economico", tenutosi a Pisa, il 4 ottobre 2019.

** Dottoranda di ricerca in scienze giuridiche presso l'Università di Pisa, curriculum in "Amministrazione, Mercato e Giustizia penale".

¹ Per un approfondimento sull'evoluzione della disciplina in materia di reati contro la pubblica amministrazione precedentemente alla riforma di cui alla l. n. 3/2019 si rinvia, a fronte della cospicua letteratura, ai seguenti riferimenti manualistici: C. F. GROSSO, M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2015; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione, delitti di corruzione e cornice europea*, Bologna, 2015; M. CATENACCI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2017; F. PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione. Trattato di diritto penale, parte speciale, II*, Napoli, 2011; per uno studio monografico, *ex multis*, F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino, 2012. Per una concisa ma esauriente ricostruzione di tali linee evolutive, con opportuni riferimenti bibliografici, v. P. SCEVI, *Riflessioni sul*

normativo particolarmente articolato, per non dire pervasivo, il cui campo di intervento si è esteso ben oltre i confini della disciplina dei reati contro la pubblica amministrazione², incidendo su ulteriori istituti giuridicamente sensibili e politicamente esposti, come nel caso del “rivoluzionario” meccanismo delineato in materia di prescrizione.

Eppure, la legge n. 3/2019³ è stata notoriamente *etichettata* con l'epiteto “Spazzacorrotti”, il quale, come segnalato dalle voci più autorevoli, piuttosto che indirizzare l'interprete verso i contenuti del *novum* normativo, risulta fortemente evocativo della strategia politico criminale sottesa, orientata alla messa a punto di una sorta di catarsi delle funzioni amministrative⁴.

In linea con l'attuale processo di spettacolarizzazione dell'intervento punitivo, destinato ad operare come vaccino, antidoto e taumaturgo dei fenomeni criminosi contingentemente percepiti come allarmanti⁵, il legislatore – al fine di rassicurare la collettività circa l'impegno politico promesso – ha dichiaratamente optato per un'azione di neutralizzazione sociale, economica e giudiziaria contro “*chi intraprende la strada della corruzione*”⁶.

ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione, in *Arch. pen. online*, 1/2019, p. 6 ss.

² Sul disegno di legge prima e sulla legge poi si segnalano, tra i commenti: T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen. online*, 3/2018; A. GAITO, A. MANNA, *L'estate sta finendo...*, in *Arch. pen. online*, 3/2018; V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019, 231 ss.; V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 3/2018, p. 1126 ss.; F. CINGARI, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, in *Leg. pen. online*, agosto 2019; M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella "nuova legge spazza corrotti". Il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. Pen.* 1/2019, p. 44 ss.; A. DE VITA, *La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, in *Processo penale e giustizia*, 4/2019, p. 947 ss.; per un quadro di insieme in tema di corruzione “post-spazzacorrotti”, v. G. FLORA, A. MARANDOLA (a cura di), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali (L. 9 gennaio 2019, n. 3 c.d. "spazzacorrotti")*, Pisa, 2019; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, IV ed., Milano, 2019; R. ORLANDI, S. SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Torino, 2019.

³ L. n. 3 del 9 gennaio 2019 recante “*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*”, in G.U. 16 gennaio 2019, n. 13.

⁴ Per tutti, V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 26 marzo 2019. Ritiene l'accanimento repressivo nei confronti della corruzione (anzi dei corrotti) sorretto da un'istanza di “moralizzazione attraverso lo stigma punitivo”, F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. e processo*, n. 1/2019, p. 5 ss.

⁵ Per una critica al (presunto) ruolo salvifico del diritto penale, v. il recente lavoro di F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, *passim*; nonché le essenziali considerazioni di D. PULITANÒ, *Intervento*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, pp. 3 - 7.

⁶ La *ratio* della legge viene sintetizzata dal suo principale promotore politico nello slogan che recita “*Non lasceremo scampo a chi intraprende la strada della corruzione*”, slogan non solo *twittato* e *bloggato* nei canali social e media più disparati, ma anche espressamente dichiarato durante la conferenza stampa del guardasigilli Alfonso Bonafede, tenutasi il 6 settembre 2018 a Palazzo Chigi, al termine del Consiglio

La carica afflittiva e l'efficacia repressiva dei riformati strumenti di contrasto alla corruzione costituiscono i formanti di un paradigma di illecito che potremmo azzardarci di definire "etico-penale"⁷: in altri termini, le scelte politico criminali in questione sembrano ancorate ad un piano di valutazione pericolosamente inclinato verso un nucleo di disvalore rappresentato non tanto dal fatto e dall'offesa che ne deriva, quanto piuttosto dal suo autore⁸ (non a caso, la riforma è stata nominata *spazzacorrotti* e non, eventualmente, *spazzacorruzione*).

Non solo. La tendenza a "soggettivizzare" il contenuto di disvalore dei reati contro la p.a emerge anche nella scelta di graduarne il livello di gravità alla stregua dei c.d. "indici di percezione" della corruzione⁹. Lasciando sullo sfondo il dibattito sulla validità o meno di tali parametri come strumenti di misurazione del fenomeno criminoso¹⁰, ciò che preme sottolineare è che, come autorevoli maestri insegnano, le

dei Ministri che aveva approvato il primo disegno di legge anticorruzione. In senso fortemente critico verso l'impiego della pena nell'ottica della "neutralizzazione" sociale del reo, alla luce della mancanza di interesse (nell'ambito delle scelte politico criminali anticorruzione) in chiave di prevenzione speciale positiva e di finalità rieducativa, v. V. MANES, *Diritto penale no-limits*, cit.

⁷ La formula è stata ispirata dalle considerazioni di F. PALAZZO, *Corruzione, etica pubblica e diritto penale (a proposito di un recente volume di Massimo Donini)*, in *Riv. it. scienze giur.*, 5/2014, p. 285 ss., il quale, recensendo le riflessioni complesse, profonde e, per certi versi, provocatorie di M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014, esprime convincenti riserve sull'uso simbolico delle norme penali in materia di corruzione, evidenziando, in particolare, come siano ancora oggi ben radicati nella pena «i retaggi di una concezione religiosa o comunque eticizzante della punizione, che fa del "rimprovero" morale il suo asse portante. Un rimprovero che, quasi ineluttabilmente, tende a trasmigrare dal fatto commesso all'autore che l'ha commesso, per l'ovvia e irrefragabile ragione che, se il rimprovero ha ad oggetto la volontà, esso non può non coinvolgere la persona». «In effetti – continua l'autore – il passaggio dalla prevenzione generale (negativa) mediante intimidazione a quella (positiva) mediante "orientamento" valoriale dei consociati, ha posto le premesse per un uso "pedagogico" del diritto penale. Si è così aperta la strada perché, senza clamore, il moralismo facesse la sua comparsa nell'edificio penalistico».

⁸ Così, ancora, acutamente, F. PALAZZO, *ult. op. cit.*, p. 291: «Colpire il fatto è l'occasione, il pretesto per l'operazione di bonifica che è nella sostanza diretta a tutti i componenti di un determinato gruppo sociale, assunti dunque nella loro connotazione tipologica di autori». Sui rischi di aggressione ai principi liberali posti a fondamento dello *Stato sociale di diritto* sottesi all'introduzione di modelli di diritto penale dello *Stato etico*, v. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, p. 244 ss. Sui rapporti tra diritto penale ed etica, imprescindibile il riferimento alla sintesi di D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2013, p. 41 ss., il quale chiarisce: «Una cosa è la valutazione di moralità o immoralità di dati comportamenti; altra cosa è la valutazione sulla moralità del vietare e punire, che implica una valutazione morale non solo del comportamento di cui si discute, ma anche e soprattutto sulla moralità dello strumento giuridico penale. In ogni caso, il rapporto con l'etica resta essenziale, concorrendo a definire i modi in cui il diritto si inserisce nella società, le condizioni della sua accettazione, le condizioni del suo funzionamento. Un diritto della coercizione che non sia eticamente sostenibile sarebbe un fattore di crisi e non di tutela della convivenza di uomini liberi». Al riguardo, è interessante segnalare la differente portata e il diverso ordine di implicazioni che assumono le c.d. certificazioni di "moralità pubblica" nell'ambito delle misure anticorruzione e antimafia adottate dalla complessa disciplina dei contratti pubblici; il tema viene approfondito da G. DI GASPARE, *Appalti e criminalità organizzata*, in questa Rivista, 21 maggio 2020, p. 5.

⁹ V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 239 ss.; D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2019, p. 244 ss.

¹⁰ Dibattito a proposito del quale, peraltro, la dottrina richiama, in ottica critica, il cd. Paradosso di Trocadero, secondo cui, «Più si perseguono i fenomeni corruttivi sul piano della prevenzione e le fattispecie di reato sul piano della repressione, maggiore è la percezione del fenomeno»; v. G.

esigenze di tutela *percepte* dalla collettività non sempre corrispondono a quelle *reali*, a quelle dotate di un fondamento obiettivo di offensività¹¹.

In ogni caso, sarebbe opportuno che, lungi dal fomentare o incamerare allarmismi sociali, le scelte punitive fossero contraddistinte da un elevato grado di razionalità, coerenza e ponderazione, intervenendo solo come ultimo baluardo a difesa degli interessi meritevoli di protezione¹².

Al contrario, il legislatore, mosso da impeti efficientisti, si è mostrato, ancora una volta, poco sensibile al rispetto dei principi di frammentarietà e ragionevolezza; così, anche lo statuto penale della corruzione è stato ricondotto nell'alveo del c.d. "modello penale emergenziale"¹³, originariamente elaborato nel contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso e/o terroristic: un paradigma di tale *vis attractiva* da essere esteso a diversi e ulteriori ambiti criminologici¹⁴.

Perseguendo la dichiarata intenzione di «assicurare una maggiore incisività all'azione di contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione», percepiti come «delitti seriali e pervasivi»¹⁵, la riforma segue una duplice direttrice di intervento, che interessa tanto il piano del diritto sostanziale, quanto il livello investigativo e processuale. Adottando uno sguardo di insieme con riferimento ad entrambi i piani, può osservarsi come il moto riformatore sembri aver propagato i suoi effetti lungo l'intero arco della dinamica sanzionatoria, interferendo problematicamente con i diversi momenti teleologici della pena¹⁶.

In primis, l'impianto sostanziale dei *delitti* e delle *pene* in materia di corruzione subisce alcuni rimaneggiamenti, che incidono sulla selezione dei fatti penalmente rilevanti e tendono all'attesa enfattizzazione della loro carica deterrente: alcuni precetti vengono riformulati, mediante l'ampliamento dei relativi ambiti di applicazione,

TARTAGLIA POLCINI, *Il paradosso di Trocadero*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, 22 ottobre 2017. Per una diversa prospettiva al riguardo, v. R. CANTONE, E. CARLONI, "Percezione" della corruzione e politiche anticorruzione, in www.penalecontemporaneo.it, 18 febbraio 2019.

¹¹ T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., p. 2.

¹² Si vedano, sul punto, le acute considerazioni di G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, p. 37 ss. Invoca la necessità di un «diritto penale minimo», a fronte di «assetti di tutela penale ipertrofica», anche S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 252 ss.

¹³ Rivolgono forti critiche in merito alla progressiva assimilazione delle strategie politico criminali improntate al modello emergenziale di tutela penale nei settori dell'antimafia e dell'anticorruzione, esprimendo al contempo profonde preoccupazioni sul (mancato) rispetto dei principi costituzionali e sovranazionali in materia penale, V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., in particolare p. 308 ss.; ID, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2019, p. 161 ss.; T. GUERINI, *Antimafia e anticorruzione nell'epoca del furore punitivo*, in *Arch. pen. online*, 3/2019, p. 2 ss.

¹⁴ Cfr. A. MARANDOLA, *La vis attractiva del "doppio binario" per i reati contro la P.A.* in G. FLORA, A. MARANDOLA, (a cura di), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione*, Pisa, 2019, p. 79 ss.

¹⁵ Cfr. la Relazione illustrativa al d.d.l. n. 1189/2018, presentato alla Camera dei Deputati il 24 settembre 2018, p. 2 ss.; a questo è seguito un altro disegno di legge, il n. 1189-B, definitivamente approvato il 18 dicembre 2018.

¹⁶ Sulle diverse fasi e funzioni della "vicenda punitiva", v., di recente, G. A. DE FRANCESCO, *Invito al diritto penale*, Bologna, 2019, p. 13 ss.

ovvero l'allargamento delle maglie del fatto incriminato¹⁷; inoltre, si è proceduto con l'(immancabile) inasprimento dell'entità delle pene principali minacciate¹⁸, cui si è aggiunta la sperimentazione di un inaudito livello di severità delle pene accessorie, di regola di durata fissa o a carattere perpetuo, insensibili al rito processuale, ai benefici, ai meccanismi estintivi, persino rimesse, talvolta, alla discrezionalità giudiziale nell'*an*¹⁹.

A *latere*, si colloca la nuova ipotesi di non punibilità in caso di "delazione del reo" prevista dall'art. 323-ter c.p.: l'effetto esimente viene promesso in premio a chi, ravvedutosi tempestivamente e spontaneamente dell'illecito commesso, metta a disposizione delle autorità inquirenti la propria collaborazione (indicando correi e/o fornendo elementi di prova), al fine di perseguire più efficacemente scambi illeciti e condotte collusive²⁰.

Ancora, per ridurre al minimo le *chances* per corrotti e corruttori di sottrarsi all'accertamento di responsabilità e all'inflizione della pena, il legislatore ha ritenuto opportuno e necessario potenziare gli strumenti di controllo e ricerca della prova a disposizione degli organi investigativi²¹ e, su un altro versante, ha sancito una sorta di

¹⁷ Ci riferiamo, in particolare, alla rinnovata fattispecie criminosa del traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-bis c.p. su cui, *ex multis*, C. RIZZO, *La "spazzafaccendieri" della "spazzacorrotti" Le (persistenti e accresciute) aporie del nuovo traffico di influenze illecite*, in *Arch. pen. online*, 1/2019, p. 13 ss.; si sofferma sui richiamati profili di carattere sostanziale, F. CINGARI, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, *cit.*, p. 3 ss.

¹⁸ Sul tema, in ottica fortemente critica, v. anche G. BALLO, *Politiche criminali dell'anticorruzione e inasprimenti sanzionatori: un intervento davvero necessario?* in *Studium Iuris*, 7-8/2019, p. 829 ss. Nel senso che «l'inasprimento delle pene, appalesa l'apprensione del legislatore nella ricerca di una risposta repressiva ai fenomeni corruttivi che si è tradotta in un uso distorto della funzione simbolica della minaccia penale», v. P. SCEVI, *Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione*, *cit.*, p. 4.

¹⁹ Per una disamina puntuale delle novità introdotte dalla riforma in relazione alle pene accessorie, cfr. M. MANTOVANI, *Il rafforzamento del contrasto alla corruzione*, in *Dir. pen. e proc.*, 5/2019; N. PISTILLI, *Le modifiche relative alle pene accessorie e alla riparazione pecuniaria*, in R. ORLANDI, S. SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione*, *cit.*, p. 13 ss.; mette in luce le implicazioni di carattere processuale, con particolare riferimento al rito dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, E. MARZADURI, *Disciplina delle pene accessorie ed applicazione della pena su richiesta delle parti nella l. 9 gennaio 2019 n. 3*, in *Leg. pen. online*, 17 settembre 2019. Per una riflessione sui profili di tensione con i principi costituzionali, a proposito delle pene accessorie, v. F. BELLAGAMBA, *Riflessioni a margine del nuovo assetto riservato ai delitti di corruzione dalla legge "negaprincipi" e "spazzagaranzie"* in *Discrimen*, 7 gennaio 2020, p. 5 ss.; e, in precedenza, già N. SELVAGGI, *Interdizione perpetua dai pubblici uffici e funzione rieducativa della pena. Brevi osservazioni su un problema ancora aperto*, in *Arch. pen. online*, 1/2015.

²⁰ Cfr. M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2019, p. 1257 ss.; L. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: La nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, in *Arch. pen. online*, 2/2019.

²¹ Con l'obiettivo di garantire un più efficace perseguimento dei delitti di corruzione, la riforma, oltre all'estensione dello strumento di indagine delle operazioni sotto copertura (su cui si sofferma il presente contributo, v. *infra*), ha previsto la possibilità di ricorrere ad altre tecniche investigative speciali, quali le intercettazioni mediante captatore informatico (c.d. *Trojan*).

clausola generale di imprescrittibilità dei reati (dopo il primo grado di giudizio)²².

Dulcis in fundo, per quanto attiene alla fase esecutiva dell'itinerario punitivo, viene esteso ai colpevoli di delitti contro la p.a. il regime carcerario differenziato previsto dall'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario²³.

Le osservazioni che precedono consentono, se non altro, di intuire il livello di complessità raggiunto dal rinnovato quadro di disciplina della materia *de qua*, nonché le problematiche implicazioni delle nuove misure di contrasto ai fenomeni corruttivi in termini di rispetto di criteri, garanzie e principi in materia penale²⁴.

1.1. La previsione di operazioni sotto copertura

Ragioni di efficienza ed effettività fondano anche la scelta di estendere lo statuto delle operazioni sotto copertura ad un cospicuo catalogo di delitti contro la pubblica amministrazione, confluiti, per effetto della riforma, nell'art. 9 co. 1 l. 146/2006, che già disciplinava presupposti, contenuti e limiti di esperibilità della tecnica investigativa speciale (*sub* § 2).

²² R. BARTOLI, *Le modifiche alla disciplina della prescrizione: una sovversione di principi*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 7/2019, p. 903 ss., il quale esprime forti critiche e profonde preoccupazioni sul "mutamento di paradigma" che ha interessato la prescrizione, sottolineando che, sulla base delle istanze punitive espresse dalla riforma, l'istituto viene concepito come disfunzionale rispetto all'interesse a punire/perseguire, interesse che viene considerato prevalente, in via assoluta, sulle garanzie personalistiche. Sui problemi di compatibilità tra la nuova previsione della "imprescrittibilità" del reato e le esigenze di ragionevole durata del processo, v., ad es., G. L. GATTA, *Prescrizione del reato e lentezza del processo: male non cura male*, in *Sistema Penale online*, 9 dicembre 2019.

²³ Per tutti, V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. penit. ai reati contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2019, p. 105 ss. Invero, la Consulta ha avuto già modo di esprimersi su alcuni dei profili di illegittimità segnalati dall'autore: con la sent. 26 febbraio 2020, n. 32, la Corte costituzionale è intervenuta sul regime intertemporale delle modifiche all'art. 4-bis ord. penit. introdotte dalla l. 3/2019, dichiarando costituzionalmente illegittima la legge "in quanto interpretata" nel senso che le modificazioni da essa introdotte si applichino anche ai condannati per fatti commessi prima della sua entrata in vigore, con riferimento alle misure alternative alla detenzione, alla liberazione condizionale e al divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena. Per un primo commento all'indomani della "storica decisione", v. G. L. GATTA, *Art. 4 bis o.p. e legge 'spazzacorrotti': possibile, dopo la decisione della Consulta, e prima del relativo deposito, la sospensione degli ordini di carcerazione per i fatti pregressi?* in *Sistema Penale online*, 17 febbraio 2020.

²⁴ A. DE CARO, *La legge c.d. spazza corrotti: si dilata ulteriormente la frattura tra l'attuale politica penale, i principi costituzionali e le regole del giusto processo*, in *Processo penale e giustizia*, 2/2019, p. 281 ss. In effetti, i principi costituzionali cardine della materia penale, quali la legalità, la proporzionalità, la rieducazione, sembrano essere messi a dura prova dalle nuove misure anticorruzione. A dire il vero, il legislatore sembra farvi appello, ma in una accezione tale da svuotandone la portata o sovvertendone i contenuti, sottoponendo i canoni richiamati ad una sorta di "eterogenesi di significati". Come segnalato da D. PULITANÒ, in *La giustizia penale e il tempo*, in *Sistema Penale*, 12/2019, p. 7 ss., il principio di legalità, ad esempio, subisce una «metamorfosi linguistica» in «canone costituzionale di certezza della pena», esigendo «che la pena prevista dalla legge sia effettivamente irrogata e che la pena irrogata sia effettivamente espiata».

Si tratta di una novità che ha (ri)sollevato un ampio e acceso dibattito dottrinale, tra vecchi nodi dogmatici e nuove implicazioni politico-criminali, nel cui solco si collocano anche le riflessioni contenute nelle pagine che seguono.

Invero, da un lato, il ricorso all'agente infiltrato rappresenta nell'immaginario collettivo, così come nelle intenzioni del legislatore, una strategia dotata di considerevoli potenzialità di accertamento e, di conseguenza, una tecnica "promettente" per agevolare l'emersione della c.d. "cifra oscura" delle pratiche corruttive; dall'altro lato, la dottrina penalistica non può sottrarsi ad una complessa riflessione sul tema, in considerazione dei diversi profili di criticità correlati all'impiego di simili attività, le cui modalità implicano, notoriamente, il forte rischio di ingenerare surrettizie forme di provocazione o di istigazione a commettere reati (v. *infra* § 2 - 3).

Al fine di vagliare l'opportunità di tale opzione legislativa, è opportuno soffermare l'attenzione su un duplice ordine di considerazioni. Si tratta, da una parte, di sottoporre i connotati strutturali della nuova figura di "infiltrato" ad un giudizio di compatibilità rispetto ai principi e ai canoni di legittimità elaborati dalla giurisprudenza di legittimità, nonché dalla Corte Edu in merito alle *undercover operations*; dall'altra, è opportuno chiedersi se la figura in questione possa poi rivelarsi concretamente fruibile sul piano empirico-criminologico di riferimento, tenuto conto anche della poliedricità di manifestazioni che assumono le ipotesi di reato riconducibili alla categoria dei delitti contro la pubblica amministrazione (*sub* § 4 - 5).

All'analisi di questi aspetti fa da sfondo un'ulteriore questione, di carattere preliminare e su cui, pertanto, pare opportuno doversi focalizzare (*sub* § 3): posta la riconducibilità della figura in questione nell'alveo delle cause di giustificazione, ci si chiede se possa considerarsi dogmaticamente sostenibile, oltre che concettualmente ammissibile il riconoscimento della natura *procedurale* alla scriminante *de qua*, come alcuni autori suggeriscono. Infatti, il paradigma tipologico dell'agente infiltrato, sottoposto ad un progressivo, quanto necessario regime di procedimentalizzazione, si colloca al centro della recente discussione sorta intorno ad un nuovo modello di giustificazione, c.d. procedurale, che tenta di affermarsi come categoria autonoma e collaterale rispetto allo schema tradizionale, entro cui inquadrare peculiari situazioni di conflitto tra beni.

I risvolti euristici sono discussi e aperti: tuttavia, uno sguardo al dibattito sulle scriminanti procedurali consentirà di rintracciare chiavi di lettura utili per fare il punto sull'ultima elaborazione normativa delle "attività di indagine sotto copertura" nell'ambito delle strategie anti-corruzione.

2. L'emancipazione dell'infiltrato dal provocatore: potenzialità, rischi e cautele di un istituto ibrido

Come è noto, la figura dell'agente sotto copertura rappresenta una categoria ibrida, permeata da molteplici profili di interesse sostanziale e processuale²⁵.

Si tratta, infatti, di un *mezzo di ricerca della prova* che, allo stesso tempo, sul piano della punibilità, costituisce una *fattispecie scriminante/di esclusione del dolo*, nella misura in cui valga a rendere *lecite/incolpevoli*²⁶ condotte che integrano gli estremi di un fatto tipico di reato o di un concorso in un fatto tipico di reato, poste in essere da parte di un pubblico agente.

Come evidenziato in dottrina, l'impunità del soggetto qualificato autorizzato a vestire i panni dell'infiltrato è effetto diretto del riconoscimento normativo di liceità dell'attività penalmente rilevante esercitata, ma è anche strumentale rispetto a finalità investigativo-processuali, al cui perseguimento la disciplina è orientata²⁷.

Invero, l'obiettivo di controllo sociale posto a fondamento della figura in esame è di matrice istituzionale²⁸, ma di carattere processuale: l'istituto ha avuto "fortuna" nell'ambito delle tecniche di accertamento e repressione sperimentate, a partire dagli anni Novanta, per contrastare forme criminose (associative e non), dalla notevole

²⁵ Valorizzano l'ibridazione tra le due componenti, sostanziale e processuale, della disciplina prevista per le operazioni sotto copertura, F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Torino, 2018, p. 154; G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, in V. MAIELLO (a cura di) *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, p. 163 ss.

²⁶ Le dicotomie evidenziate in corsivo fanno riferimento alla duplicità di piani sistematici e concettuali entro cui, tutt'ora, l'istituto in esame viene ricondotto, a seconda che si tratti del regime applicabile alle ipotesi di agente sotto copertura, ovvero allo schema tradizionale di agente provocatore. Invero, la tendenza dominante in dottrina è quella di ritenere che l'esclusione della punibilità dell'agente provocatore, soggetto appartenente alle forze di polizia che istighi qualcuno a commettere un fatto di reato, al fine di assicurarne la punizione, operi sul piano del dolo: il fine per cui l'agente provocatore agisce, infatti, esclude la configurabilità dell'elemento soggettivo di partecipazione, avendo il soggetto voluto solo il tentativo del reato e non anche la sua consumazione. Diverso il caso dell'agente infiltrato, secondo la disciplina dettata dall'art. 9 della l. 146/2006, cioè del soggetto qualificato che partecipa ad un'attività criminosa già in atto, al fine di acquisire elementi di prova: qui l'impunità è integrata per l'operatività di una causa di giustificazione (*sub specie* dell'adempimento del dovere) che rende lecite determinate condotte tipiche afferenti a determinati reati espressamente indicati. In questi termini, nella manualistica, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale, cit.*, pp. 664-665; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2019, p. 533 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2019, p. 349 ss. Ritengono di giustificare tutte le ipotesi di impunità in questione sulla base dell'assenza di dolo in capo all'agente, senza distinzione tra provocatore e infiltrato, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, pp. 532-533; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, p. 527; quest'ultimo, peraltro, critica per ragioni sostanziali la veste formale conferita all'agente provocatore dalla legge summenzionata, che espressamente eleva tali ipotesi a cause di giustificazione (precisando che solo con riferimento all'ipotesi circoscritta di acquisto simulato, disciplinata dalla stessa norma, possa ritenersi sussistente una situazione di atipicità obiettiva della condotta del soggetto).

²⁷ Così, quasi letteralmente, F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007, p. 163 ss., in relazione alla previgente ipotesi prevista dall'art. 97 d.p.r. n. 309/90 per le attività sotto copertura in materia di stupefacenti (poi confluita nella "norma-contenitore" di cui all'art. 9 l. n. 146/2006).

²⁸ Sull'agente sotto copertura come strumento istituzionale nella lotta contro forme criminose particolarmente gravi e avverse all'ordinamento, v. di recente, F. CONSULICH, *op. ult. cit.*, p. 155; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale, cit.*, p. 665.

portata offensiva²⁹.

Sicché, l'istanza di fondo che ha condotto alla sua progressiva affermazione è legata al raggiungimento di un maggior grado di efficacia nel perseguimento di determinati reati, ritenuti tanto gravi, quanto latenti: l'attività dell'infiltrato, secondo tale tendenza, è destinata ad agevolare il disvelamento delle dinamiche delittuose promosse all'interno di un temibile circuito criminale, così come la ricerca e l'acquisizione di elementi probatori a carico dei soggetti che ne fanno parte.

Senonché, per quanto possa apportare apprezzabili vantaggi sul piano politico-criminale ed investigativo-giudiziario, l'impiego di simili metodi di accertamento trascina con sé il fisiologico rischio di indebite compromissioni della sfera di libertà dei cittadini³⁰. Assume tratti piuttosto delicati il conflitto di interessi che può instaurarsi tra l'azione dell'agente di polizia, che assume vesti fittizie con l'intento di scoprire profili di illiceità penale nella condotta altrui e il cittadino con il quale egli viene in contatto, potenzialmente esposto a forme di provocazione al reato.

Posto da sempre al centro di tali tensioni, l'istituto è stato interessato da un risalente³¹ e tortuoso itinerario di elaborazione dogmatica (prima)³² e di evoluzione normativa (poi), di cui, in questa sede, si possono solo richiamare gli esiti: l'attuale fisionomia giuridica e concettuale assunta dall'*agente sotto copertura*, peraltro ancora non univocamente definita, è frutto di un processo di «dilatazione» e successiva «metamorfosi» che ha riguardato la(e) figura(e) di *agente provocatore* disseminate nell'ordinamento³³.

Cruciale il ruolo rivestito, al riguardo, dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella progressiva elaborazione di rigidi parametri sostanziali e processuali in grado di stabilire una definitiva cesura tra illegittime ipotesi di provocazione, idonee ad insediare *ex novo* propositi criminosi nelle intenzioni altrui e

²⁹ V., per tutti, G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 163 ss. Per una riflessione coeva al momento in cui si è assistito ad una "abbondante" introduzione di diverse figure di agente provocatore nel nostro ordinamento, v. C. DE MAGLIE, *Gli "infiltrati" nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1049 ss.

³⁰ I profili di tensione correlati all'interferenza tra tali istanze contrapposte sono oggetto di approfondimento nel paragrafo successivo.

³¹ Per una panoramica storica e un'indagine comparata sul fenomeno dell'agente provocatore, v. V. FANCHIOTTI, voce *Agente sotto copertura*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, p. 1 ss.

³² Per un approfondimento circa le variegate soluzioni elaborate al fine di risolvere, sul piano dogmatico, il dilemma relativo all'esenzione di responsabilità per le condotte perpetrate dall'agente provocatore, si rinvia al fondamentale lavoro di C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Milano, 1991; ripercorre i passaggi fondamentali, in forma sintetica, A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e politico criminali*, Napoli, 2018, p. 354 ss.

³³ Così, F. CONSULICH, *op ult. cit.*, p. 151. A ben vedere, se di metamorfosi vuol parlarsi a proposito del fenomeno di progressiva differenziazione tra le ipotesi di istigazione al reato e quelle di accertamento di illeciti in corso, tale mutazione non può certamente dirsi perfettamente compiuta, residuando, a livello di disciplina interna, alcuni paradigmi di agente provocatore, ovvero di scriminanti dai requisiti indeterminati o dai presupposti irragionevoli (così, lo stesso autore commenta rispettivamente le operazioni sotto copertura del personale dei servizi di informazione per la sicurezza e quelle previste dalla disciplina in materia di giochi e scommesse, v. pp. 157 -159).

ammissibili attività di acquisizione della prova, esperibili solo in relazione a condotte delittuose *in itinere*³⁴.

Invero, se da un lato la proliferazione di siffatti strumenti investigativi è stata sollecitata da impulsi sovra/inter-nazionali³⁵, d'altra parte, le pronunce dei giudici di Strasburgo hanno sollecitato il legislatore a perimetrarne la disciplina entro limitate condizioni di impiego e hanno indirizzato le corti interne verso un'interpretazione rigida dei presupposti applicativi³⁶. Ciò al triplice scopo: a) di garantire il rispetto dei

³⁴ A partire dalla nota sentenza sul caso "*Teixeira de Castro c. Portogallo*" (Corte EDU, 9 giugno 1998, n. 25829, cfr. il commento di A. VALLINI, *Il caso "Teixeira De Castro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi legali di infiltrazione poliziesca*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 197 ss.), la Corte Edu ha rigorosamente tracciato il *discrimen* tra agente sotto copertura e agente provocatore, ritenendo quest'ultima figura non scriminabile (e dunque astrattamente punibile) e stabilendo che l'attività investigativa compiuta tramite l'azione del provocatore non possa ritenersi utilizzabile nei confronti del soggetto istigato al reato. Nell'elaborazione della Corte, affinché la condotta di un agente di polizia *undercover* possa ricondursi nell'ambito dell'attività investigativa convenzionalmente compatibile, è necessario condurre una duplice verifica: sul piano sostanziale, occorre valutare se il comportamento dell'infiltrato sia stato puramente passivo (osservazione e controllo) rispetto ad un reato già in atto e se non abbia contribuito né sul piano causale e nemmeno in termini di condizionamento psicologico a suscitare o rafforzare su altri un'intenzione a delinquere; sul piano processuale, poi, è necessario verificare, in via residuale, il rispetto dei diritti di difesa del soggetto che "entra in contatto" con l'infiltrato, così da garantire, nei suoi confronti, le garanzie del processo equo, stabilite all'art. 6 della CEDU (chiarisce la portata di tali criteri, in relazione ad una recente pronuncia in materia, S. BASILICO, *L'agente sotto copertura: il confine tra tecnica investigativa legittima e istigazione a delinquere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1820 e ss.); per approfondimenti ulteriori, si rinvia a: A. BALSAMO, *Operazioni sotto copertura ed equo processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 6/2008, p. 2641 ss.; G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 171 ss.; G. BARROCU, *Le operazioni sotto copertura*, Napoli, 2011, p. 157 ss.

³⁵ V. FANCHIOTTI, voce *Agente sotto copertura*, cit., § 14 evidenzia come la rivisitazione dello strumento dell'agente provocatore e l'affermazione del fenomeno dell'investigazione "sotto copertura" siano stati determinati non solo dall'"europeizzazione" del modello in seguito alla sottoscrizione degli accordi di Schengen in tema di consegne controllate e di osservazione transfrontaliera (l. 30 settembre 1993, n. 388) e della Convenzione di Bruxelles sull'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea (29 maggio 2000), ma anche e soprattutto per la loro "internazionalizzazione", a seguito della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, sottoscritta a Palermo il 15 dicembre 2000, cui l'Italia ha dato attuazione con la l. di ratifica 16 marzo 2006, n. 146 e con la l. 13 agosto 2010, n. 136, relativa al piano straordinario contro le mafie. Di recente, l'art. 21 del d.lgs. 108/2017 (Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale) ha disciplinato le operazioni sotto copertura nell'ambito dell'ordine di indagine europeo (v. P.P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, in *Arch. pen. online*, 21 marzo 2018). Da ultimo, il legislatore ha ritenuto necessaria l'estensione delle operazioni sotto copertura al settore criminologico della corruzione per dare attuazione a quanto espressamente previsto dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, c.d. Convenzione di Mérida (adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116): all'art. 50, si promuove l'adozione di «Tecniche investigative speciali», quali le operazioni sotto copertura, al fine di «combattere efficacemente la corruzione».

³⁶ Per una rassegna di giurisprudenza sovranazionale in materia, cfr. B. FRAGASSO, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte Edu, e dalle Corti Americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca*, in *Dir. pen. cont.*, 5 marzo 2019; in relazione al dialogo tra Corte Edu e Corte di Cassazione nella definizione dello statuto dell'agente sotto copertura, v. L. PAOLONI, *La controversa linea di confine tra attività sotto*

principi di presunzione di innocenza e del diritto ad un processo equo³⁷, a tutela del cittadino; b) di circoscrivere la sfera di esenzione di responsabilità dell'infiltrato, a tutela del ruolo istituzionale dal medesimo rivestito; c) di preservare il valore probatorio del materiale acquisito con la sua attività, considerato il rischio di inutilizzabilità processuale³⁸.

In ossequio a tali criteri e con l'intento di predisporre una disciplina organica in materia, l'art. 9 l. n. 146/2006 ha introdotto nell'ordinamento lo statuto generale delle "operazioni sotto copertura": la normativa, circoscrivendo l'ambito applicativo della tecnica di investigazione ad un catalogo di reati tassativamente indicati³⁹, fonda l'esclusione della punibilità dell'agente per le sole condotte descritte, sul presupposto

copertura e provocazione poliziesca. Spunti dalla giurisprudenza della Corte edu, in Cass. pen., 5/2016, p. 1910 ss.

³⁷ Sulle implicazioni processuali connesse al «diritto di non essere istigati alla commissione di un reato», A. CABIALE, *I limiti alla prova nel processo penale europea*, Milano, 2019, p. 161 ss.

³⁸ In altri termini, l'osservanza del limite di legittimità che distingue l'infiltrazione dalla provocazione implica, contemporaneamente, l'impunità dell'agente e l'utilizzabilità degli atti investigativi acquisiti a carico del soggetto accusato del reato in relazione al quale l'attività di accertamento è stata disposta; così, G. BARROCU, *I profili processuali delle operazioni sotto copertura nella normativa anticorruzione: altre nubi in un cielo in tempesta?* in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 639 ss.; D. VICOLI, M. BIRAL, *La disciplina delle indagini sotto copertura tra esigenze di accertamento e limiti di utilizzabilità*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, p. 666 ss. Agli stessi esiti perviene la giurisprudenza, in Cass. pen., sez. VI, 02 aprile 2015, n.19122, in *Cass. Pen.*, 5/2016, p. 1899 ss., con nota di L. PAOLONI, *cit.*

³⁹ La previsione, a seguito dell'estensione dell'ambito di operatività determinato dalla riforma sulla corruzione, recita testualmente al primo comma: Art. 9. «1. Fermo quanto disposto dall'articolo 51 del codice penale, non sono punibili:

a) gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia, nei limiti delle proprie competenze, i quali, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti dagli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 452-quaterdecies, 453, 454, 455, 460, 461, 473, 474, 629, 630, 644, 648-bis e 648-ter, nonché nel libro secondo, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale, ai delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi, ai delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nonché ai delitti previsti dal testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e dall'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75, anche per interposta persona, danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro o altra utilità, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto, prezzo o mezzo per commettere il reato o ne accettano l'offerta o la promessa o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego ovvero corrispondono denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, promettono o danno denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerarlo o compiono attività prodromiche e strumentali;

b) gli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti agli organismi investigativi della Polizia di Stato e dell'Arma dei carabinieri specializzati nell'attività di contrasto al terrorismo e all'eversione e del Corpo della guardia di finanza competenti nelle attività di contrasto al finanziamento del terrorismo, i quali, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione, anche per interposta persona, compiono le attività di cui alla lettera a)».

dell'operatività di una causa di giustificazione⁴⁰, connotata, tuttavia, da significativi elementi di specialità, rispetto alla configurazione sostanziale tipica delle fattispecie scriminanti comuni⁴¹.

Si tratta, infatti, di una causa di giustificazione *personale*⁴², nel senso che l'effetto scriminante non opera a beneficio di tutti i soggetti coinvolti nella vicenda criminosa cui partecipa l'agente, con un'evidente deroga al regime di validità obiettiva ed *erga omnes* proprio delle cause di giustificazione. Secondo una condivisibile impostazione, la deroga in questione può ritenersi dogmaticamente concepibile, considerando che nella fattispecie in esame possono rinvenirsi elementi fattuali, ma anche psicologici e finalistici: invero, il conflitto di norme che postula l'impunità, a certe condizioni, per l'infiltrato, concerne solo quest'ultimo, in virtù del ruolo istituzionale che gli impone di integrare una condotta criminosa, sorretta da finalità investigative⁴³, direttamente ricomprese tra gli elementi strutturali del tipo scriminante⁴⁴.

In definitiva, la fattispecie può definirsi *propria*, in quanto a beneficiarne possono essere solo i soggetti, appartenenti a determinate categorie e titolari di specifiche qualifiche, che la disciplina espressamente indica come legittimati a svolgere operazioni sotto copertura⁴⁵.

A ben vedere, in aggiunta a tale requisito di qualificazione, nella struttura della disposizione sono previste ulteriori prescrizioni strettamente procedurali, richieste ai fini dell'integrazione della causa di giustificazione⁴⁶.

⁴⁰ La natura giuridica della figura quale ipotesi esimente operante, quindi, sul piano dell'antigiuridicità deve desumersi, secondo la dottrina prevalente, dalla clausola di riserva con cui si apre la disposizione normativa in questione, la quale richiamando l'art. 51 c.p. pare collocare «la previsione di non punibilità in una dimensione sussidiaria rispetto alla causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere». Così, per tutti, T. PADOVANI, *Diritto penale, op. cit.*, p. 350 (peraltro, il c. 1 *bis* dell'art. 9, l. 146/06 riporta espressamente la dicitura "causa di giustificazione"); *contra*, F. MANTOVANI, *Diritto penale, op. cit.*, p. 527.

⁴¹ Distingue tra cause di giustificazione comuni e speciali, T. PADOVANI, *ult. op. cit.*, p. 189.

⁴² Viene definita in questi termini da F. CONSULICH, *op. ult. cit.*, p. 151 ss.

⁴³ Così, ancora, F. CONSULICH, *op. ult. loc. cit.* In senso analogo, M. LOMBARDO, *Agente provocatore*, in *Dig. disc. pen.*, I° agg., Torino, 2011, p. 3 ss. Tali argomentazioni riprendono quelle riflessioni dottrinali sulla scorta delle quali occorre, in alcuni casi, attribuire rilevanza a elementi finalistici/intenzionali, pur nell'ambito del giudizio di liceità normativamente e dogmaticamente oggettivo, quale quello richiesto dalle cause di giustificazione. Per alcuni spunti sul complesso dibattito in tema di elementi soggettivi e cause di giustificazione, v. F. BELLAGAMBA, *op. ult. cit.*, p. 333 ss.; M. MANTOVANI, *Profili penalistici del diritto di satira*, in *Dir. inf.*, 1992, p. 314 ss.; nella manualistica, v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale, op. cit.*, pp. 286-287.

⁴⁴ Per le medesime ragioni il principio di estensibilità della scriminante non si estende neppure al concorrente necessario nel caso di reati-contratto, v. F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti, op. cit.*, p. 183.

⁴⁵ Si sofferma sul punto, P. ILEO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in *Dir. pen. cont.*, 5 marzo 2019, p. 1.; sull'estensione dei legittimati a rivestire il ruolo di infiltrati anche ad *agenti di polizia giudiziaria, ausiliari e persone interposte*, v. G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura, cit.*, p. 183 ss.

⁴⁶ Questa la condivisibile impostazione di G. A. DE FRANCESCO, *Invito al diritto penale, op. cit.*, pp. 79 – 80: l'autore, proprio a proposito delle "operazioni sotto copertura", sottolinea che, oltre alla presenza dei necessari presupposti sostanziali, la predisposizione normativa di "schemi procedurali" (come l'indicazione della qualifica dei soggetti abilitati a eseguire e a disporre le attività, le procedure

Esse consistono, per lo più, in obblighi di autorizzazione e documentazione delle operazioni da parte dei vertici delle diverse strutture legittimate a eseguirle, oltre che nel dovere di preventiva comunicazione e progressiva informazione dell'autorità giudiziaria competente per le indagini circa le modalità di svolgimento e i risultati delle stesse⁴⁷. Come è stato sottolineato in dottrina, a proposito delle modalità operative dell'attività investigativa, nell'ambito dei rapporti tra gli organi di polizia e il pubblico ministero le scelte regolative di fondo tendono a privilegiare il ruolo decisionale dei primi e a sminuire le funzioni direttive del secondo⁴⁸: dunque, lungi dal prefigurare margini di controllo giurisdizionale, la normativa si limita, perlopiù, a sancire meri oneri informativi⁴⁹.

Dunque, le cautele procedurali in vigore non sembrano del tutto idonee a preservare i diritti del cittadino esposti al carattere particolarmente invasivo e insidioso che assume lo strumento investigativo.

Alla luce dell'ultima, consistente, estensione dell'ambito di applicazione della disciplina ai delitti di corruzione, ciò che rileva, insomma, non è solo il timore di sconfinamenti verso la provocazione a delinquere, pur con tutte le conseguenze sostanziali e processuali che ne derivano, ma – come ha segnalato da tempo autorevole

autorizzative e gli obblighi comunicativi) costituisca «elemento “fondante” la stessa causa di giustificazione insita nel potere-dovere di attivarsi per espletare le attività corrispondenti all'incarico ricevuto».

⁴⁷ V., in particolare nel testo della disposizione di cui all'art. 9 l. n. 146/2006: il comma 1-bis, in cui si prevede che «La causa di giustificazione di cui al comma 1 si applica agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria e agli ausiliari che operano sotto copertura quando le attività sono condotte in attuazione di operazioni autorizzate e documentate ai sensi del presente articolo. La disposizione di cui al precedente periodo si applica anche alle interposte persone che compiono gli atti di cui al comma 1»; il comma 3, a proposito dell'avvio delle operazioni, richiede, ferme ulteriori prescrizioni rispetto a specifici reati, che «L'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2 è disposta dagli organi di vertice ovvero, per loro delega, dai rispettivi responsabili di livello almeno provinciale, secondo l'appartenenza del personale di polizia giudiziaria impiegato [...]»; il comma 4, quanto all'obbligo di informazione all'autorità giudiziaria, recita: «L'organo che dispone l'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2 deve dare preventiva comunicazione all'autorità giudiziaria competente per le indagini. [...] Il pubblico ministero deve comunque essere informato senza ritardo, a cura del medesimo organo, nel corso dell'operazione, delle modalità e dei soggetti che vi partecipano, nonché dei risultati della stessa».

⁴⁸ Così, quasi letteralmente, D. VICOLI, M. BIRAL, *La disciplina delle indagini sotto copertura*, cit., p. 671, i quali segnalano, peraltro, l'assenza di criteri idonei a orientare la valutazione circa l'opportunità di ricorrere a tale mezzo investigativo speciale.

⁴⁹ La questione è approfondita da G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 182 ss., il quale sottolinea come la previsione normativa di meri oneri informativi rischi di risultare incompatibile con il principio elaborato dai giudici di Strasburgo in materia di operazioni sotto copertura, secondo cui è necessario, ai fini della valutazione di legittimità delle stesse, che l'attività sia condotta sotto il controllo dell'autorità giudiziaria. Peraltro, Amarelli, diversamente da quanto suggerito da altri autori circa la necessità di un'interpretazione il più possibile restrittiva e convenzionalmente conforme della disciplina interna, ritiene che, a fronte di tali profili di incongruenza, l'unica via percorribile sia quella di «sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 9 comma 1 legge n. 146/2006 per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost. in relazione al parametro interposto dall'art 6 § I CEDU, nella parte in cui non prevede la comunicazione preventiva delle operazioni under cover al p.m.».

dottrina⁵⁰ – soprattutto il rischio che sia consentito l'utilizzo di un potere autoritativo, senza predisporre le limitazioni necessarie a garantire condizioni di lealtà e correttezza nel rapporto tra Stato e cittadino. A richiedere siffatto adeguamento, dunque, non sono solo orientamenti della giurisprudenza sovranazionale, ma, in forma più stringente e ad un livello sovrastante, gli stessi principi fondanti lo Stato di diritto.

A ben vedere le due riflessioni – quella avente ad oggetto i presupposti di operatività della scriminante e quella che valorizza la necessità di garantire un'adeguata tutela di interessi di rango costituzionale – si intersecano reciprocamente, nella misura in cui la definizione dei primi rinvia il proprio fondamento in un giudizio di bilanciamento dei secondi (v. *sub* § 3).

Al fine di mettere a fuoco i canoni di valutazione utilizzabili nel giudizio di compatibilità avente ad oggetto il nuovo modello di agente infiltrato, ci si deve chiedere se e in quali termini si ponga il contemperamento del conflitto tra gli interessi alla base delle c.d. scriminanti “*autoritative*”⁵¹ - tra le quali si colloca la figura dell'agente sotto copertura - e come si ripercuota sulla loro conformazione strutturale. Il dibattito che prospera intorno a tale questione, cui vale la pena fare un cenno, si riallaccia più in generale alle tensioni che percorrono la categoria delle scriminanti non solo sul piano politico-criminale⁵², ma anche su quello dogmatico.

3. La collocazione della non punibilità dell'agente sotto copertura tra scriminante sostanziale e procedurale: i termini del giudizio sul bilanciamento di interessi e le irrinunciabili istanze di determinatezza

Non è raro rintracciare nell'ordinamento figure scriminanti «a favore della autorità»: esse consistono «in doveri imposti o facoltà concesse ad organi e soggetti dell'apparato pubblico» e possono implicare «il rischio di un'alterazione sostanziale dei rapporti tra individuo e autorità»⁵³. Lo statuto dell'agente sotto copertura rientra a pieno titolo nell'alveo di queste ipotesi, definite anche scriminanti della *ragion di Stato*⁵⁴, per il fatto che, nell'autorizzare il compimento di condotte penalmente rilevanti,

⁵⁰ Questi gli spunti di riflessione, attualissimi, suggeriti da A. VALLINI, *Il caso “Teixeira De Castro”*, cit., p. 203; ID., *Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove: spunti dalla giurisprudenza della Corte Edu*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 maggio 2011.

⁵¹ F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2009, p. 1050 ss.

⁵² Così, F. CONSULICH, *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, in *Sistema Penale online*, 21 novembre 2019, p. 1 ss. il quale sottolinea come, a ben vedere «negli ultimi lustri la domanda collettiva di giustificazione sia cresciuta in modo direttamente proporzionale alla moltiplicazione non solo di *istanze sociali libertarie*, volte cioè al riconoscimento di diritti, ma anche di *bisogni securitari*, tesi al riconoscimento di una libertà di azione difensiva, pubblica o privata che sia, rispetto a pericoli reali o semplicemente percepiti dalla collettività».

⁵³ Così, F. PALAZZO, *Scriminanti e immigrazione clandestina (a proposito dei c.d. “respingimenti in alto mare”)*, in *Studi in onore di M. Romano*, III, Napoli, 2011, p. 1657.

⁵⁴ M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una “nuova” dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 4, p. 1646 ss.

vengono privilegiate esigenze di controllo e di investigazione, a fronte delle possibili lesioni di interessi fondamentali di cui sono titolari i soggetti sospettati della commissione di reati. La necessità di una rigorosa disciplina di tali attività è funzionale non solo a fissarne le condizioni di *liceità* penale, ma anche all'esigenza di garantirne la *legittimità* costituzionale.

Come già accennato, il fulcro della questione consiste nel delineare i termini di rilevanza delle dinamiche procedimentali che dovrebbero interagire con le valutazioni tradizionalmente collegate all'operatività in chiave sostanziale delle cause di giustificazione⁵⁵, imperniata sulla composizione di interessi e modelli di tutela confliggenti⁵⁶.

Secondo un'opinione emersa in dottrina, la fattispecie in esame può dirsi *processualmente orientata*, sia dal punto di vista strutturale, che in relazione alla sua *ratio essendi*⁵⁷. Alla base delle norme in questione risiederebbe una finalità, bensì di politica criminale, ma tale da comportare, tuttavia, l'aumento del rischio di offesa del bene protetto, il quale verrebbe ad essere "tollerato" in funzione dei risultati investigativi, sicché la logica del conflitto di interessi e il relativo bilanciamento non risulterebbero né prospettabili, né percepibili alla stregua del modello consolidato. A dominare la fisionomia assiologica della scriminante sarebbe, insomma, la sua funzionalizzazione/strumentalità all'indagine penale: «siamo ben lontani dalla giustificazione come espressione di principi generali, ma piuttosto ci collochiamo in minuziose discipline specialistiche frutto di precise opzioni repressive»⁵⁸.

Sebbene colga il nodo problematico della questione che si ritiene di dover approfondire, questa visione non pare del tutto condivisibile nel merito: infatti, la logica del bilanciamento è da ritenersi immanente al sistema delle giustificazioni⁵⁹ (pur potendo le stesse assumere connotati strutturali molto diversi sul piano della tipicità) e non viene esclusa, in relazione alle operazioni sotto copertura, dalla finalità di accertamento che pur fonda la scelta politico criminale di introduzione dell'istituto.

⁵⁵ Il problema viene segnalato da F. PALAZZO, *Scriminanti e immigrazione clandestina*, cit., p. 1668.

⁵⁶ Sulla centralità del fondamento assiologico nel giudizio di anti giuridicità oggettiva, sia che venga risolto in astratto, sia che richieda un accertamento in concreto, v. nella manualistica, T. PADOVANI, *Diritto penale*, op. cit., p. 191 ss., secondo cui il criterio del bilanciamento di interessi consente di individuare il carattere scriminante di una previsione; per ulteriori approfondimenti, v. G.A. DE FRANCESCO, *Sulle scriminanti*, in *Studium iuris*, 3/2000, p. 270 ss. Per l'impostazione secondo cui alla base del fenomeno della giustificazione vi sarebbero ipotesi di conflitto tra norme (apparente), v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, op. cit., p. 284 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, p. 356 ss.

⁵⁷ Queste le considerazioni di F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, op. cit., p. 154, proprio a proposito di "operazioni sotto copertura". Ritene l'assenza di un conflitto in relazione alla figura normativa anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., p. 527.

⁵⁸ F. CONSULICH, *op ult. cit.*, p. 155.

⁵⁹ In realtà, come precisato da G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 270 ss., non tutti gli autori adottano un approccio *monistico* alla ricerca del fondamento sostanziale della giustificazione, rilevando come la dottrina maggioritaria prediliga invece un modello esplicativo pluralistico, tendente a ricondurre le varie ipotesi scriminanti a principi diversi, pur sempre riconducibili alla logica della risoluzione di interessi in conflitto.

Come emerso in precedenza, il conflitto tra beni sembra porsi anche in relazione a queste ipotesi, sebbene peculiari siano le modalità di contemperamento adottate, in ragione dell'ontologica incompatibilità tra gli interessi in gioco⁶⁰ e dell'ibridazione di fondo che caratterizza la figura⁶¹.

Per chiarire in cosa consista tale profilo di peculiarità, occorre esaminare la fattispecie secondo due prospettive dogmaticamente correlate.

Da un lato, va segnalato che, in queste ipotesi, il meccanismo giustificativo postula un bilanciamento tra gli interessi protetti dalla norma incriminatrice - che l'infiltrato concorre ad *offendere*⁶² - e l'interesse all'accertamento del reato - cui la condotta dell'infiltrato è orientata. Infatti, l'attività criminosa svolta risulta *strumentalmente* connessa all'acquisizione di elementi probatori utili all'accertamento del reato, vista la natura (anche) investigativa dello strumento⁶³.

Dall'altro lato, le esigenze di indagine che pur fondano l'istituto non possono essere perseguite in maniera incondizionata, anche per l'evidente difficoltà di ammettere la perpetrazione o la provocazione di reati da parte di organi di polizia⁶⁴.

Sicché (ed ecco il secondo profilo di peculiarità), a garanzia della corretta funzionalizzazione dell'attività al soddisfacimento dell'interesse all'accertamento dei reati, si rivelerà necessario preservare determinate *modalità procedurali*, in linea con l'esigenza di assicurare il rispetto dei principi fondamentali posti alla base della tutela dell'individuo⁶⁵ e delle regole del giusto processo.

La difficoltà di valorizzare la "sintesi" dei due profili appena segnalati risulterebbe, certo, meno impegnativa, qualora si giungesse a privilegiare una dimensione essenzialmente "procedurale" del fenomeno in esame, fino al punto da configurarlo alla stregua di una scriminante – procedurale, appunto – dotata di un'intrinseca autonomia.

Così, alcuni autori sono pervenuti alla messa in discussione della stessa qualificazione giuridica di questa scriminante, proponendo la riconduzione delle operazioni sotto copertura all'ambito delle c.d. cause di giustificazione *procedurali*.

⁶⁰ Così, A. MANNICIA, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: i tratti confusi della riforma anticorruzione*, in *Cass. pen.*, 5/2019, p. 2371.

⁶¹ V. T. PADOVANI, *Diritto penale*, *op. cit.*, p. 350.

⁶² Nel senso che la condotta dell'infiltrato sarebbe comunque inoffensiva, inidonea a ledere il bene tutelato, perché sorretta dalla finalità investigativa e, già sul piano oggettivo, diretta non alla lesione, ma alla tutela del bene, v. F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, *op. cit.*, p. 162.

⁶³ Come fa notare T. PADOVANI, *op. ult. loc. cit.*, tra l'attività criminosa svolta dall'infiltrato e l'acquisizione della prova sussiste un *nesso di strumentalità* il quale postula un bilanciamento di interessi tra fatti repressi e fatti commessi dall'agente.

⁶⁴ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, *op. cit.*, p. 517.

⁶⁵ D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2005, p. 962 ss.

Non è possibile, in questa sede, soffermarsi analiticamente su questa nuova visione della scriminante, oggetto ora di diversi (e talvolta divergenti) tentativi di recepimento da parte della dottrina italiana⁶⁶, ora anche di numerose critiche⁶⁷.

⁶⁶ Si tratta di un concetto di provenienza tedesca (il modello di giustificazione procedurale è stato teorizzato per la prima volta da Winfried Hassemer) che ha trovato la sua genesi dogmatica e la sua successiva contestualizzazione nell'ambito delle riflessioni afferenti a temi eticamente sensibili, quali le problematiche relative alla regolazione delle scelte di inizio/fine vita. Il fenomeno ha progressivamente interessato anche il tema dell'esercizio di poteri conferiti alla pubblica autorità. Per un recente studio monografico sulla categoria delle scriminanti procedurali, v. il recente lavoro di A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato, op. cit., passim*; ID. *Il processo all'art. 580 del codice penale nella più recente giurisprudenza costituzionale: alle origini di una nuova idea di giustificazione*, in *Leg. pen. online*, 11 ottobre 2019. In estrema sintesi, secondo quest'ultimo autore, nel caso della giustificazione procedurale, «a differenza di quanto avviene per le ipotesi di rischio consentito e di quelle sostanzialmente giustificate, la lesione è da ritenersi autorizzata sin dal momento iniziale della realizzazione della condotta che solo così resta, pertanto, non impedibile in virtù dell'espletamento di una procedura di controllo pubblico ex ante capace di consentire alla scriminante di intervenire non ex post, ma proprio in costanza della realizzazione del comportamento tipico, privato così anche della sua precettività penale». In questo delicato contesto, secondo Sessa, «la nuova idea di giustificazione affiderebbe la complessa risoluzione del conflitto tra inviolabilità del bene vita, salute e dignità della persona ad una procedura, non meramente dichiarativa, ma costitutiva di uno spazio di diritto libero in cui l'accertamento anticipato del diritto all'aiuto "nel morire" viene subordinato a condizioni legalmente prefissate». Peraltro, la portata euristica della nuova idea di giustificazione sarebbe valorizzata dai recenti orientamenti della Corte costituzionale espressi nelle pronunce scaturite dal noto procedimento penale a carico di M. Cappato (accusato di aver aiutato al suicidio Fabiano Antoniani, noto come Dj Fabo), in cui ha trovato valorizzazione la necessità di ricollegare la non punibilità del soggetto che si presta a scelte (terapeutiche) di questo tipo (o di chi lo assiste) al rispetto di una procedura predeterminata *ex lege* (cfr., in particolare, Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207). In senso diametralmente opposto, e maggiormente condivisibile, sempre in merito all'inquadramento delle scelte eutanasiche, *de jure condendo*, v. le considerazioni di M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della corte costituzionale)*, in *Sistema penale online*, 8 gennaio 2020, p. 9 ss., secondo cui, piuttosto che nella giustificazione procedurale, un contributo significativo al riconoscimento di uno «spazio garantito all'autodeterminazione del singolo» potrebbe essere offerto da «un uso appropriato di categorie penalistiche, ricorrendo a istituti che, diversamente dalle cause di giustificazione, tali da esaltare quasi una positiva approvazione dell'ordinamento, si attestino invece, per chi abbia prestato aiuto, o su un'anodina rinuncia a punire, oppure, più congruamente, sull'assenza di colpevolezza quale portato dei motivi che l'ispirano, esplicitando al riguardo a date condizioni (assistenza non egoistica, disinteressata, in una struttura sanitaria, previ adeguati controlli medici dell'irreversibilità della patologia e della piena capacità di decisione del malato), una speciale causa scusante». Per fare chiarezza, potrebbe risultare tanto utile, quanto illuminante, soprattutto in relazione a questioni di biodiritto penale, recuperare il suggerimento di un illustre autore (T. Padovani) circa l'opportunità di distinguere tra fattispecie a tutela di beni e fattispecie a tutela di funzioni: così come avviene nell'ipotesi di scelte di interruzione volontaria di gravidanza, il diritto penale non interviene se non in funzione di presidiare la procedura legalmente prefissata volta a contemperare le esigenze in gioco; non si tratta dunque di scriminare un reato, in quanto la (a)tipicità (e non l'assenza di antigiusuridicità del fatto) dipendono dal rispetto della procedura (chiarisce e sintetizza la distinzione nei seguenti termini, A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, p. 96: «In queste ipotesi, insomma, la norma incriminatrice tutela non (immediatamente) beni, ma funzioni in cui sono coinvolti interessi, e caratterizzate dalla definizione in via amministrativa dell'interesse che nel caso concreto debba prevalere»).

⁶⁷ Nel senso che la categoria delle scriminanti procedurali risulterebbe connotata da «precaria consistenza dogmatica», v. F. MANTOVANI, *Diritto penale, op. cit.*, p. 237, secondo il quale «tanto più quando le si utilizzano per sfuggire alle difficoltà o per la non volontà di individuare il reale bene da tutelare e per occultare l'effettivo disvalore e la lesività di certi fatti»; dello stesso avviso, in generale e a proposito della riflessione in materia di interruzione volontaria della gravidanza, M. ROMANO, *Cause di*

Ai nostri fini è importante sottolineare, ancora una volta, la posizione rivestita dal giudizio di bilanciamento degli interessi in gioco nella (nuova) ricerca di una (corretta) collocazione per lo statuto dell'infiltrato, questa volta contesa tra scriminante sostanziale e procedurale.

Invero, in base all'impostazione secondo cui le attività sotto copertura costituirebbero modelli di scriminante procedurale⁶⁸, l'effetto giustificativo non si produrrebbe all'esito di un bilanciamento tra beni in conflitto che conduce all'affermazione di un diritto prevalente⁶⁹: la risoluzione verrebbe operata dal legislatore tramite la predeterminazione di una procedura, costitutiva della legittimazione *ex ante* di condotte lesive, rese così prive di rilevanza penale⁷⁰. Attraverso un controllo pubblicistico *ex ante*, consistente nella tassativa indicazione e predeterminazione delle condizioni legittimanti, si delineerebbe uno "spazio di diritto libero" in cui il soggetto decidente, fiduciarmente qualificato, «adempie in modo massimamente e ragionevolmente diligente ai suoi doveri giuridici, e ciò nell'interesse alla protezione di ulteriori beni, individuali e collettivi»⁷¹.

In altri termini, le «forme di provocazione proceduralmente non vietate» sarebbero rese lecite da una «prognosi privilegiata statale», volta a creare i presupposti di legittimazione di una condotta lesiva, i quali risulterebbero poi «insindacabili e impermeabili all'accertamento *ex post* da parte del giudice»⁷².

Se questi sono i margini di operatività della giustificazione procedurale, non pare che lo schema delineato possa trovare margini di concettualizzazione sistematica, né di concreta riferibilità allo statuto normativo-penale dell'agente sotto copertura, neppure limitandone il ricorso ai soli casi in cui si sia in presenza di un «significativo quadro

giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/2007, 1269 ss.; D. PULITANÒ (a cura di) *Diritto penale. Parte speciale. Volume I. Tutela penale della persona*, Torino, 2014, p. 99.

⁶⁸ Così, A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, *op. cit.*, p. 379 ss., di cui si riportano testualmente alcuni passaggi in cui la trattazione si sofferma sul punto, al fine di esplicitare le considerazioni che si ritengono più significative dell'elaborazione proposta dall'autore in riferimento alle operazioni sotto copertura. Richiama la natura procedurale della scriminante di cui all'art. 9 l. n. 146/2006, anche M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo*, *cit.*, p. 1287. *Contra*, G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, *cit.*, p. 177.

⁶⁹ In riferimento alla scriminante procedurale, la logica del bilanciamento di interessi viene del tutto esclusa da A. NATALINI, *Inedita scriminante procedurale applicabile in futuro*, in *Guida al diritto*, 9 gennaio 2020, n. 3, p. 67 ss.

⁷⁰ Negli stessi termini anche S. CANESTRARI, F. FAENZA, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, pp. 83 ss.

⁷¹ A. SESSA, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

⁷² Così, quasi letteralmente, A. SESSA, *op. ult. cit.*, pp. 380 – 383 e pp. 409 – 410. L'assenza di un controllo *ex post* sarebbe uno dei profili differenziali più rilevante tra le due categorie di scriminanti, procedurali e tradizionali: nel primo caso, infatti, l'effetto di liceità si verificherebbe contestualmente al rispetto della procedura e non verrebbe rimesso a valutazioni o accertamenti giudiziari successivi e in concreto. In senso divergente, ma in termini maggiormente condivisibili, chiarisce la collocazione sistematica delle cause di giustificazione con giudizio *ex ante*, G. MARINUCCI, *Agire lecito in base a un giudizio "ex ante"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2011, p. 394 ss.

indiziario sul provocato»⁷³. La proposta di integrare la disciplina con questo ulteriore requisito procedurale appare, peraltro, più che condivisibile, a patto che rimanga ferma la qualificazione giuridica della causa di non punibilità che scrimina l'operato dell'infiltrato (la procedura, in altri termini, non può surrogare il dato sostanzialistico).

Diverso sarebbe se con il concetto di "scriminante procedurale" si intendesse alludere al metodo di tipizzazione scelto dal legislatore per descrivere una causa di giustificazione, che rimarrebbe a pieno titolo sostanziale/tradizionale; tuttavia, anche in questo caso, non sembrerebbe corretto aggettivare con il termine "procedurale" la scriminante *de qua*, la quale, per l'evidente commistione di elementi sostanziali e procedurali, potrebbe tuttalpiù ritenersi "mista" o "proceduralizzata".

Chiariamo la portata di tale affermazione, riprendendo quanto sostenuto da chi, definite in chiave critica "mimetiche" le scriminanti procedurali, ritiene che la differenza solo apparente con quelle tradizionali risieda proprio nelle modalità con cui la fattispecie scriminante viene descritta; le prime, infatti, formalizzano una procedura che risulta idonea a decretare la prevalenza di un interesse o di un obiettivo di politica del diritto sugli altri⁷⁴ e, conseguentemente, a legittimare, sul piano sostanziale, fatti altrimenti illeciti.

In altri termini, a restringere ulteriormente la sfera di operatività della fattispecie - come nel caso dell'art. 9 l. n. 146/2006 - intervengono (anche) *clausole di tipicità procedurali*, il cui adempimento contribuisce al perfezionamento del *meccanismo sostanziale di esclusione della punibilità*, che pure si fonda su un giudizio di contemperamento tra interessi⁷⁵.

A ben vedere, questa considerazione non pare discostarsi troppo da quanto ha precisato uno dei sostenitori della dogmatica procedurale, il quale sottolinea l'inesattezza dell'affermazione secondo cui la procedura sarebbe una nuova causa di giustificazione, se con ciò si intende far riferimento alla sua ragione giustificante, «esautorando il diritto sostanziale dalla giustificazione»⁷⁶. In ogni caso, in relazione a queste ipotesi, lo stesso autore insiste sul carattere costitutivo e non meramente servente (dichiarativo/accertativo) della procedura rispetto al diritto o alla facoltà esercitata: un

⁷³ A. SESSA, *op. ult. cit.*, p. 381.

⁷⁴ Questa la posizione di F. CONSULICH, *op. ult. cit.*, p. 43 ss.; dello stesso avviso, quantomeno in relazione al meccanismo di funzionamento della scriminante procedurale, V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, pp. 312 – 313, secondo cui anche le scriminanti procedurali non sfuggono alla logica conflittuale, né alla formulazione di una regola di prevalenza, con la differenza che le sue condizioni sono cristallizzate in una procedura; in altri termini, si tratta di «situazioni giustificanti i cui presupposti sono "procedimentalizzati", anziché essere identificati in forma descrittivo-assiologica». *Contra*, A. SESSA, *Il processo all'art. 580 del codice penale nella più recente giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 14, il quale ritiene il meccanismo scriminante procedurale funzionale alla tutela del pluralismo etico, quale valore fondamentale, costituzionalmente protetto, ed espressione della crescente complessità sociale.

⁷⁵ G. AMARELLI, *op. ult. loc. cit.*

⁷⁶ M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi*, cit., p. 1671 ss.

postulato che, come anticipato, non pare potersi accogliere con riferimento alla disciplina delle investigazioni sotto copertura⁷⁷.

Invero, sono previste scriminanti che, come quella in esame, esigono la procedimentalizzazione dei loro presupposti di integrazione. A nostro avviso, la presenza di una connotazione procedurale - lungi dal perimetrare uno spazio "libero" all'autodeterminazione del soggetto qualificato a svolgere l'attività, scevro da possibili controlli *ex post* - deve essere funzionale non solo a suggellare il bilanciamento di interessi che fa da sfondo alla giustificazione, ma anche e, soprattutto, a valorizzare un'esigenza di determinatezza⁷⁸. In ultima istanza, la procedimentalizzazione è necessaria a limitare – tramite l'apposita previsione di autorizzazioni *ex ante*, di una supervisione *in itinere* ed, eventualmente, di accertamenti di responsabilità *ex post* – la possibilità che l'esercizio del potere coercitivo si traduca in forme di arbitrio a pregiudizio di terzi.

L'esigenza di fronteggiare particolari "bisogni di pena" – come quelli avvertiti in relazione ai reati contro la pubblica amministrazione – tramite mirate forme di esercizio del potere coercitivo da parte della pubblica autorità, non può rendere, in buona sostanza, meno cogente la necessità di predisporre opportune cautele di carattere procedimentale. È imprescindibile che la dimensione istituzionale si faccia carico non solo dell'opzione repressiva, ma anche della garanzia di legalità sostanziale e processuale⁷⁹.

Nel caso delle attività di infiltrazione poliziesca, peraltro, la tassativa delimitazione dei confini di liceità della condotta contribuisce anche a tracciare il *discrimen* tra interventi investigativi consentiti e indebite forme di induzione a delinquere.

A questo punto, sorge, inevitabile, l'interrogativo più delicato: nel suo ultimo intervento di riforma il legislatore è riuscito a garantire il rispetto delle esigenze sinora sinteticamente tratteggiate?

4. Principali profili di criticità sul piano esegetico: le (dis)attenzioni del legislatore e lo "spettro" della provocazione

4.1. Reati presupposto e condotte scriminate: i problemi di determinatezza sostanziale

⁷⁷ Ritiene che il procedimento rivesta un ruolo servente e non fondante ai fini dell'esclusione di illiceità di una condotta tipica, M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali?*, cit., p. 1285.

⁷⁸ Sulla centralità della determinatezza nella configurazione delle disposizioni scriminanti, per tutti, G. A. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., p. 282 ss.

⁷⁹ Peraltro, come fa notare F. PALAZZO, *Scriminanti e immigrazione clandestina*, cit., p. 1672, la rigida delimitazione dei poteri e dei requisiti per il loro esercizio, è funzionale non solo a garantire la tutela degli interessi del cittadino, che è costretto a "subirli", ma anche dei funzionari che sono tenuti ad esercitarli, preservandoli dal rischio che, formule legislative vaghe e incerte, li espongano ad addebiti di responsabilità penale.

Riservando al paragrafo successivo alcune considerazioni in merito ai profili di ragionevolezza ed adeguatezza dell'opzione politico-criminale, volgiamo lo sguardo ai requisiti costitutivi della fattispecie scriminante *ex art. 9, l. n. 146/2006*, così come modificati in senso estensivo dall'art. 1, c.8 l. n. 3/2019⁸⁰.

Per effetto della riforma, ha fatto ingresso nella disposizione una serie cospicua di reati contro la p.a., per l'accertamento dei quali è consentito eseguire operazioni investigative sotto copertura⁸¹.

Si tratta, nello specifico, dei delitti di: concussione (art. 317 c.p.) e corruzione (artt. 318, 319⁸², 320, 321 c.p.), corruzione in atti giudiziari (art. 319-*ter* c.p.), induzione indebita a dare o promettere utilità (319-*quater*, c.1), istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.), traffico di influenze illecite (art. 346-*bis*), turbata libertà degli incanti e turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (artt. 353 e 353-*bis* c.p.) e dei reati previsti dalla nuova fattispecie di cui all'art. 322-*bis* c.p.

La novella, dunque, ha determinato un ulteriore e cospicuo *arricchimento* del catalogo delle condotte per cui era già prevista l'esenzione di responsabilità a beneficio dei soggetti legittimati a eseguire l'attività investigativa.

Infatti, al primo comma dell'art. 9 (l. n. 146/2006) sono stati progressivamente inseriti, senza soluzioni di continuità, svariati ed eterogenei segmenti di tipicità, che hanno privato la fattispecie dell'originaria connotazione organica⁸³: la prima difficoltà esegetica sta, quindi, nell'individuare le condotte suscettibili di realizzazione impune da parte dell'infiltrato in relazione ai delitti di corruzione, considerando sia le attività già contemplate dalla disposizione, sia quelle di nuova introduzione⁸⁴. Tali condotte

⁸⁰ In argomento, G. BARROCU, *I profili processuali delle operazioni sotto copertura nella normativa anticorruzione: altre nubi in un cielo in tempesta?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 638 ss.; G. MICHELI, *L'agente sotto copertura nei reati contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 12/2019, p. 1712 ss.; B. FRAGASSO, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione*, *cit.*; A. F. MASIERO, *L'agente sotto copertura in materia di delitti contro la pubblica amministrazione: una (in)attesa riforma. Note a margine della legge "spazza-corrotti"*, in *Leg. pen. online*, 8 aprile 2019; M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo*, *cit.*, p. 1279 ss.; B. BALLINI, *Prime riflessioni sulle operazioni sotto copertura nei reati contro la pubblica amministrazione*, in *disCrimen*, 29 ottobre 2019.

⁸¹ Ad essere precisi, con l'intervento di riforma in questione sono confluiti tra i reati presupposto previsti dall'art. 9, l. n. 146/2006 anche le fattispecie di cui agli artt. 452-*quaterdecies*, in materia di traffico illecito di rifiuti, e alcuni delitti previsti dal Libro II, Titolo VII, Capo I in materia di falso di monete, carte di pubblico credito e valori di bollo (in particolare gli artt. 453, 454, 455, 460, 461 c.p.).

⁸² Come fa notare P. ILEO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione*, p. 2, non è chiaro come mai sia stato inserito tra i reati presupposto anche l'art. 319-*bis*, che prevede circostanze aggravanti; l'autore segnala anche un'altra aporia tecnica, laddove non venga prevista l'ipotesi di peculato di cui all'art. 314 c.p., ma solo la fattispecie di peculato internazionale *ex art. 322-bis* c.p.

⁸³ V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, *cit.*, p. 256 ss. Sull'intento sotteso all'art. 9 l. n. 146/2006, di realizzare una *reductio ad unum* delle svariate ipotesi di operazioni sotto copertura disseminate nell'ordinamento, v. F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, *op. cit.*, p. 195 ss.

⁸⁴ Come sottolineato da G. BARROCU, *I profili processuali delle operazioni sotto copertura nella normativa anticorruzione*, *cit.*, p. 3 ss., da un'analisi della norma, per come formulata letteralmente, «sembrerebbe, infatti, che l'elenco delle condotte scriminabili, oggi arricchito da diverse attività

consistono nel fatto di *acquistare, ricevere, sostituire od occultare denaro o altra utilità, beni, ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto, prezzo o mezzo per commettere il reato o accettarne l'offerta o la promessa; corrispondere denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri; promettere o dare denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerarlo; compiere attività prodromiche e strumentali.*

Ad un'attenta analisi, emergono due principali ordini di criticità.

In primo luogo, le condotte scriminate risultano strutturalmente incompatibili con alcune delle fattispecie di reato presupposto menzionate: come è stato segnalato, non sembrano, ad esempio, essere indicate le modalità delle condotte tipiche descritte dai delitti di turbativa d'asta⁸⁵, consistenti in "violenza", "minaccia", elargizione di "doni" o "promesse", "collusioni o altri mezzi fraudolenti" la cui inclusione, in effetti, sarebbe risultata inappropriata per l'intrinseca connotazione istigatoria di tali comportamenti. In tali ipotesi, potrebbe, tuttalpiù, residuare una compartecipazione meramente passiva, non sembrando verosimile, come invece ipotizzato da alcuni autori, l'eventualità che l'infiltrato si limiti, nel partecipare ad una gara, ad avanzare promesse o elargire doni⁸⁶. Un'interpretazione restrittiva della norma, infatti, deve condurre a ritenere che il riferimento alla *promessa* ovvero alla *dazione* di denaro o altra utilità sia circoscritto a due ipotesi: quando sono *richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio*, l'infiltrato agisce da privato corruttore, ma la dazione o la promessa deve necessariamente seguire ad un'iniziativa criminosa (la richiesta) proveniente dal pubblico funzionario⁸⁷; quando, invece, dazione e promessa sono *sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio o per remunerarlo*, l'infiltrato agisce sempre come *extraneus* nell'ambito di un'intermediazione illecita già sollecitata da altri soggetti, intorno al cui operato si stanno svolgendo indagini⁸⁸.

evidentemente utili in relazione ai fenomeni corruttivi, consenta indistintamente agli agenti sotto copertura di porre in essere tutte le attività previste nell'elenco per la repressione di uno dei reati indicati nell'articolo stesso: come dire che sarebbe possibile vendere o acquistare droga o armi da parte dell'agente che si infila per scoprire un "giro di tangenti"»; per questo è richiesto un riadattamento logico-sistematico del dettato normativo.

⁸⁵ M. BIRAL, *Le operazioni sotto copertura al banco di prova dei reati contro la pubblica amministrazione*, in R. ORLANDI, S. SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione*, op. cit., p. 233 ss.

⁸⁶ Ritengono invece ammissibili tali condotte M. BIRAL, *Le operazioni sotto copertura*, cit., *ibidem*; A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in Arch. pen. online, 3/2018, p. 3 ss.

⁸⁷ G. MICHELI, *L'agente sotto copertura*, cit., p. 2; B. BALLINI, *Prime riflessioni sulle operazioni sotto copertura*, cit., p. 8.

⁸⁸ Peraltro, il fatto che nell'ambito della nuova fattispecie prevista dall'art. 346-bis c.p., come ha ritenuto F. CINGARI, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, cit., p. 5, sembrerebbe prefigurarsi anche un'ipotesi di «traffico di influenze "potenziale", nel quale il patto illecito non ha ad oggetto un potere di influenza effettivamente idoneo a condizionare il pubblico agente, in cui indubbiamente la

Un secondo ordine di criticità si rinviene nel modo in cui sono stati formulati i comportamenti scriminati, a fronte dell'estensione dell'art. 9 ai reati di corruzione. Infatti, il legislatore della riforma, *melius re perpensa*⁸⁹, ha dimostrato di aver preso coscienza dei rigorosi limiti entro cui circoscrivere le condotte consentite all'infiltrato per non incorrere nel rischio di legittimare attività provocatorie⁹⁰, tanto che, nel disposto normativo, le condotte coperte *ex novo* dall'operatività della giustificazione appaiono tendenzialmente tipizzate in linea con tali esigenze di garanzia. Nello specifico, le condotte che l'infiltrato può lecitamente compiere fingendosi privato corruttore sono vincolate alla sussistenza di un *patto illecito già concluso da terzi*: in tal modo, viene esplicitato il carattere meramente esecutivo e passivo dell'agire dello stesso infiltrato.

Senonché, ad un attento confronto tra tali condotte e gli elementi costitutivi delle fattispecie criminose cui si riferiscono, sorgono numerose perplessità in merito alla precisa individuazione dell'ambito della non punibilità, in quanto le modalità operative tipizzate si discostano notevolmente dalla fenomenologia concreta delle fattispecie corruttive⁹¹: si tratta, infatti, di reati-contratto a struttura bilaterale, in cui l'elemento

anticipazione della tutela è più accentuata e il disvalore più rarefatto», potrebbe compromettere la connotazione meramente "esecutiva" della condotta dell'infiltrato (come può immaginarsi un delitto che sia già in corso di consumazione?), necessaria a limitare la possibilità che costui agisca partecipando al delitto secondo illegittime modalità induttive o istigatorie. In questo caso, sembra che i difetti strutturali di determinatezza della nuova fattispecie (in relazione alla quale la dottrina non ha mancato di esprimere condivisibili riserve, v. per tutti, V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 302 ss.), tali da compromettere l'univoca intellegibilità delle condotte previste, si ripercuotano "pericolosamente", sui corrispettivi comportamenti scriminati a favore del soggetto che agisce come infiltrato, lasciando aperti margini per un operato di tipo provocatorio.

⁸⁹ L'intenzione inizialmente dichiarata dal legislatore era quella di ricorrere, nel contrasto alla corruzione, a veri e propri agenti provocatori. Ripercorre questi sviluppi, dal "Contratto di governo" alla "legge anticorruzione", A. MANNICIA, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 2374 ss.

⁹⁰ V. l'Analisi tecnico-normativa della Relazione illustrativa al d.d.l. n. 1189/2018, p. 44: «va evidenziato che, a seguito dell'intervento sull'articolo 9 della legge n. 146 del 2006, le condotte non punibili restano confinate a quelle necessarie per l'acquisizione di prove relative ad attività illecite già in corso e che non istighino o provochino la condotta delittuosa, ma s'inseriscano in modo indiretto o meramente strumentale nell'esecuzione di attività illecite altrui, secondo il paradigma della causa di giustificazione elaborato dalla consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte europea dei diritti dell'uomo».

⁹¹ Illuminanti, sul punto, le riflessioni di A. MANNICIA, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 2379 ss., la quale sottolinea come «il requisito normativo dell'"accordo illecito già concluso da altri" potrebbe portare alla "spiacevole impasse" per la quale, a fronte della "sollecitazione" al *pactum sceleris* da parte del p.u. verso il privato/terzo, l'agente sotto copertura rischierebbe di fuoriuscire dalla garanzia scriminante dell'art. 9, qualora – nel suo "infiltrarsi" nello sviluppo dell'illecito mercimonio – non si limiti alla mera attività di corresponsione del denaro od altra utilità, bensì, intervenga anche nello stadio antecedente, guidando il privato/terzo nella stessa conclusione dell'accordo. Tale "suggerimento" si risolverebbe in una vera attività di induzione, non scriminabile e che muterebbe, perciò stesso, lo status dell'agente sotto copertura, in agente provocatore; aprendo, per l'effetto, "nuovamente" al problema della ricerca di soluzioni universali alla sua responsabilità penale». Nel richiamare le "soluzioni universali", l'autrice fa riferimento allo spazio di liceità residuo lasciato dalla presenza, nell'incipit della disposizione, della clausola di riserva in cui si richiama l'applicazione della scriminante generale prevista dall'art. 51 c.p. Secondo l'interpretazione

costitutivo, sul piano sostanziale, ma anche fenomenico, è dato dall'incontro della volontà illecita di due soggetti, tra i quali, solitamente il rapporto criminoso si esaurisce⁹².

Invero, non appare empiricamente verificabile, quantomeno in riferimento agli episodi di corruzione "a circuito chiuso"⁹³, che il delitto si materializzi tramite una sorta di scissione della plurisoggettività sostanziale tra il momento dell'accordo e quello della sua esecuzione, tale da consentire il subentro, in questa seconda fase, di un soggetto terzo (l'agente infiltrato), fiduciarmente investito del ruolo (fittizio) di esecutore dell'accordo. La previsione pare, pertanto, aver circoscritto l'ammissibilità dell'azione investigativa alle ipotesi delle c.d. "consegne controllate"⁹⁴, che, ben esperibili nell'ambito di diversi contesti criminali, sembrano invece assumere rispetto alla corruzione carattere residuale sul piano empirico-criminologico.

Dunque, per effetto di una sorta di "trappola dell'apparenza normativa"⁹⁵, diversamente da quanto il legislatore asserisce in astratto, il rischio della provocazione si prefigura in concreto⁹⁶, soprattutto quando vengano in considerazione le condotte che l'infiltrato può compiere vestendo i panni del funzionario corrotto (consistenti nell'*acquistare, ricevere, denaro o altra utilità o accettarne l'offerta o la promessa*). Il timore di possibili sconfinamenti è evidente, essendo tali attività passibili di realizzazione tramite autonome iniziative di sollecitazione indebita, che non presuppongono necessariamente un *pactum sceleris* già perfezionato⁹⁷, cui sia consentito partecipare in forma passiva; oltre a risultare carenti in punto di determinatezza, tali presupposti di tipicità non sembrano, nemmeno sul piano astratto,

della Corte di legittimità, peraltro, la causa di giustificazione dell'adempimento del dovere si applica esclusivamente nel caso in cui la sua condotta dell'agente «non si inserisca con rilevanza causale nell'iter criminis», ma intervenga in modo indiretto e marginale concretizzandosi prevalentemente in un'attività di osservazione, di controllo e di contenimento delle azioni illecite altrui» (cfr. la massima estratta da Cass. pen., sez. IV, 21 settembre 2016, n.47056, in *CED Cass. pen.* 2017).

⁹² Sulle discrasie dottrinali e giurisprudenziali in merito all'individuazione del momento consumativo del delitto di corruzione, si rinvia a T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale, Sub art. 318*, Milano, 2019, p. 2049 ss.

⁹³ Ritiene che la figura dell'agente sotto copertura si riveli "inconsistente" in relazione alle ipotesi in cui il fenomeno corruttivo si manifesti in un circuito chiuso, in cui operano «selettivi meccanismi di affidabilità personale», T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., p. 5.

⁹⁴ B. FRAGASSO, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 4 ss.

⁹⁵ La formula è ispirata dalla relazione tenuta, nell'ambito del medesimo convegno richiamato in apertura del presente lavoro (v. *), dalla prof.ssa Maria Teresa Carballeira Rivera (Università di Santiago de Compostela), intitolata "Contrasto alla corruzione: il modello spagnolo".

⁹⁶ Al riguardo, v. G. BARROCU, *Le operazioni sotto copertura nel d.d.l. anticorruzione: facciamo chiarezza*, in *il Quotidiano giuridico*, 21 dicembre 2018, p. 2, secondo il quale «la presunta scelta governativa di prevedere l'agente infiltrato per il contrasto dei fenomeni corruttivi e non il "provocatore" si potrebbe definire come un falso positivo».

⁹⁷ In effetti, diversamente dal primo gruppo di condotte, in queste ipotesi il requisito di un "accordo già concluso da altri" non viene esplicitato, così, B. FRAGASSO, cit., p. 5 ss.

compatibili con lo statuto dell'agente infiltrato conforme ai principi costituzionali e convenzionali.

A maggior ragione, come evidenziato da più voci in dottrina, il riferimento alle “attività prodromiche e strumentali”, quale formula di chiusura in bianco contenuta nella disposizione, risulta alquanto vago e non fa altro che moltiplicare le criticità evidenziate, nella misura in cui apre alla possibilità che facciano ingresso nel meccanismo di esclusione della punibilità comportamenti la cui limitazione è rimessa alla discrezionalità di chi viene investito dello strumento investigativo, ovvero del giudice che viene chiamato a giudicarne la liceità⁹⁸.

A ben vedere, quindi, le recenti modifiche sembrano traghettare la fattispecie verso approdi incerti, non ancorati a punti di riferimento sicuri e sempre più lontani dal faro della legalità: il rispetto del canone di determinatezza – cui è imprescindibile, per le ragioni sopra esposte, sottoporre ogni strumento coercitivo – viene sopravanzato, anche in questo caso, dall'istanza efficientista dell'accertamento delle responsabilità.

4.2. Il mancato potenziamento dei requisiti procedurali

Piuttosto, l'occasione della riforma avrebbe potuto indurre il legislatore ad un maggior adeguamento procedimentale delle modalità di intervento investigativo consentite agli operatori, per esempio, sottoponendo lo strumento ad un reale controllo da parte dell'autorità giudiziaria, tramite la previsione di autorizzazioni preventive e di controlli in fase esecutiva circa il corretto svolgimento delle operazioni⁹⁹. La norma risulta, invece, ancora sprovvista di requisiti di questo tipo o di altri vincoli di necessità/eccezionalità cui subordinare il ricorso al mezzo di prova¹⁰⁰, per evitare che quest'ultimo si trasformi per il cittadino in una prova di incorruttibilità, ovvero in un'occasione a delinquere. Inoltre, sarebbe stato il caso di esplicitare il carattere necessariamente repressivo e non preventivo dell'attività in questione, puntualizzandone la collocazione nella dinamica investigativa successiva all'acquisizione della notizia di reato¹⁰¹ o, meglio ancora, all'assunzione di un robusto quadro indiziario.

Un'ulteriore lacuna¹⁰² è ravvisabile nella mancata previsione di opportuni rimedi sul piano processuale, in relazione alla sorte dell'apparato probatorio acquisito, nel caso

⁹⁸ Sul punto, v. G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 185.

⁹⁹ G. BARROCU, *I profili processuali delle operazioni sotto copertura nella normativa anticorruzione*, cit., p. 4 ss.; M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo*, cit., p. 1283 e p. 1287.

¹⁰⁰ Segnala le richiamate criticità nella fattispecie originaria anche F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., p. 1054 ss., il quale definisce il modello di giustificazione proprio della disposizione sull'agente sotto copertura come “scriminante incentrata su un atto autorizzatorio”.

¹⁰¹ P. ILEO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione*, p. 3 ss.; G. BARROCU, *ibidem*.

¹⁰² Lacuna già segnalata in dottrina da A. BALSAMO, *Operazioni sotto copertura ed equo processo*, cit., p. 2645 ss.

in cui la vicenda investigativa si sia svolta in maniera irregolare, dando luogo all'inosservanza dei requisiti procedurali previsti¹⁰³.

Nonostante gli sforzi del legislatore, lo spettro dell'agente provocatore continua ad aleggiare sulle operazioni sotto copertura: d'altra parte, secondo un'opinione, la distinzione tra le due figure, sarebbe, in realtà, meramente concettuale e non tracciabile definitivamente in via normativa, dipendendo da imprevedibili fattori che possono interferire nella dinamica dell'operazione¹⁰⁴. Effettivamente, quando si passa alla considerazione delle concrete modalità di intervento dell'agente sotto copertura, risulta estremamente difficile distinguere tra comportamenti volti a scoprire un proposito criminoso già presente nel soggetto che entra in contatto con l'infiltrato e condotte che possano, invece, indurre lo stesso al compimento di un reato che altrimenti non avrebbe posto in essere.

La rilevata persistenza nella disciplina di fisiologiche e insopprimibili zone a rischio provocazione pone la necessità di valutare l'opportunità della scelta politico-criminale rispetto al settore criminologico in esame.

5. Le difficoltà di infiltrazione: le notevoli aspettative, le scarse possibilità di "successo" e i consistenti rischi di distorsioni sul piano operativo

Alla luce del complesso dei rilievi emerso in precedenza, pare che l'incertezza della formulazione legislativa non sia altro che lo specchio delle difficoltà che l'impiego dell'agente infiltrato comporta nell'ambito dei reati di corruzione.

¹⁰³ Sul punto si segnala una recentissima sentenza della Suprema Corte (cfr. Cass. pen., sez. VI, 04 febbraio 2020, n. 12204, consultabile in www.dejure.it.) in cui si evince l'interpretazione giurisprudenziale circa gli effetti processuali conseguenti all'inosservanza dei requisiti procedurali previsti dalla disciplina. I giudici ritengono che, in assenza di diverse indicazioni normative, l'inosservanza del dovere informativo al Pubblico Ministero non comporti l'inutilizzabilità dei risultati dell'attività investigativa "undercover". In effetti, segnalano i giudici, «tale sanzione, infatti, non è espressamente prevista né dal citato art. 9, né da altra specifica disposizione di legge, invece necessaria, per il principio di tassatività che informa la materia dei vizi degli atti processuali. Anzi, tutto il sottosistema normativo apprestato dal medesimo art. 9, per la disciplina delle attività investigative "sotto copertura", è volto, più che a limitare l'utilizzabilità processuale dei relativi esiti, a tracciare i confini dell'area di non punibilità degli operatori di polizia. Ragione per cui, soltanto con un evidente salto logico, detta disciplina potrebbe essere utilizzata per individuare delle garanzie ulteriori, rispetto a quelle previste dal codice di rito, per chi con tali agenti entri in contatto e commetta reati. Ma, anche a voler ipotizzare diversamente, ritenendo perciò che, in via ordinaria, il pendant dell'inosservanza della comunicazione dell'attività investigativa "coperta" al Pubblico Ministero sia l'inutilizzabilità in giudizio dei risultati di essa, è comunque indiscutibile che non si verserebbe in un'ipotesi di c.d. "inutilizzabilità patologica" [...]; nessun diritto fondamentale dell'individuo viene leso da un'attività investigativa condotta dall'autorità di polizia prima di darne notizia al Pubblico Ministero, trattandosi, anzi, di eventualità possibile e consentita, entro certi limiti, anche dall'ordinaria disciplina di rito».

¹⁰⁴ G. BARROCU, *Le operazioni sotto copertura nel d.d.l. anticorruzione: facciamo chiarezza*, cit., p. 3.

La soluzione volta ad estendere lo statuto delle operazioni sotto copertura al settore criminologico in questione non è di prima apparizione¹⁰⁵; tuttavia, l'introduzione della novità nell'ambito dell'ultima riforma ha suscitato animate reazioni: poche le voci favorevoli, preponderanti quelle che hanno espresso perplessità, scetticismo, preoccupazione¹⁰⁶.

Molti autori segnalano le difficoltà cui va incontro sul piano operativo l'agente che si appresti ad infiltrarsi in contesti in cui sono in corso attività criminose di corruzione¹⁰⁷. Da più parti ci si chiede come possa l'agente riuscire ad inserirsi in un ambiente caratterizzato da rapporti fiduciari consolidati ed esclusivi, in cui risulta arduo accreditarsi presso i funzionari con cui si entra in contatto, a meno di non esporsi al rischio di assumere iniziative idonee a suscitare forme di istigazione al reato, ovvero, anche indirettamente, a saggiare la "corruttibilità" degli amministratori.

Come emerso in precedenza, le operazioni sotto copertura costituiscono un'attività dinamica, non del tutto preventivabile, che richiede di essere adattata alle peculiarità del contesto criminoso di riferimento.

Nel caso della corruzione, sembrano prefigurarsi i seguenti scenari: se ci si attiene strettamente al dettato normativo – soprattutto in relazione alle ipotesi di impunità previste nel caso di indagini su fatti delittuosi tipicamente bilaterali – il mezzo investigativo rischia di finire relegato in uno spazio operativo estremamente circoscritto, così da frustrare le aspettative coltivate dal legislatore.

In secondo luogo, posto che l'attività sotto copertura ben si presta all'accertamento di reati di tipo associativo, margini di maggiore effettività dello strumento potrebbero configurarsi in relazione all'idea secondo cui le pratiche corruttive sempre più spesso assumerebbero il volto di fenomenologie criminose sistemiche, connotandosi come forme di criminalità strutturalmente organizzate e dalla crescente capillarità nei settori pubblici¹⁰⁸. A ben vedere, tuttavia, nella corruzione sistemica, la perdita di dualità del patto corruttivo comporta l'inserimento nella vicenda criminosa di soggetti che rivestono ruoli diversi: si pensi, ad esempio, ad esponenti di centri di potere o a rappresentanti di correnti politiche¹⁰⁹, in riferimento alla dazione di

¹⁰⁵ Ad es., si era già espresso a favore di tale possibilità F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, op. cit., p. 179.

¹⁰⁶ Tra i favorevoli, P. DAVIGO, *Un cenno alle operazioni sotto copertura non previste in materia di reati contro la pubblica Amministrazione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 11 marzo 2018, 5 ss.; D. PIVA, *Le sfide del DDL anticorruzione: effettività, proporzione e rieducazione all'insegna del "chi sbaglia paga, l'onestà conviene"*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 10/2018 p. 3 ss. In fase di approvazione del disegno di legge, fortemente contrari all'introduzione della novità: T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., p. 5 ss.; D. PULITANÒ, *Agente provocatore per il contrasto alla corruzione?* in *Giurisprudenza penale Web*, 3, 2018, secondo cui, «la legalità dei comportamenti dovrebbe essere assicurata dalla correttezza dei pubblici agenti e dai normali modelli organizzativi».

¹⁰⁷ Si rinvia alla bibliografia citata nella nota n. 80.

¹⁰⁸ D. PIVA, *Le sfide del DDL anticorruzione*, ibidem; A. MANNA, *Il fumo della pipa*, cit., p. 6

¹⁰⁹ Analizza il fenomeno in questi termini, F. CINGARI, *Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione*, in AA.VV., (a cura di) F. PALAZZO, *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011, p. 14 ss., il quale, opportunamente segnala come, in questo

tangenti per appalti di grandi opere pubbliche. In altri termini, anche in queste situazioni, il fenomeno criminoso si dispiega nell'ambito di una rete di relazioni consolidate, precluse al coinvolgimento di membri esterni: anzi, il rischio di interagire con infiltrati, indurrà ad adottare un maggiore livello di cautela nell'accreditamento di nuovi membri presso il sodalizio delittuoso¹¹⁰.

Da ultimo, in relazione a prestazioni amministrative occasionali, soprattutto nel caso in cui ad entrare in contatto siano il corrotto fittizio e la controparte, il rischio di stimolare la promessa o la dazione di denaro, magari semplicemente mostrandosi propensi ad accettarle (in assenza del vincolo dell'accordo già concluso da altri), appare ancora più evidente¹¹¹.

In una battuta, l'infiltrato va incontro ad uno scenario al limite del paradosso: nelle situazioni in cui risulta quasi impossibile riuscire ad integrarsi, sarebbe poi più facile agire nel rispetto delle condotte consentite; per converso, nelle ipotesi empirico-criminologiche in cui l'inserimento dell'infiltrato potrebbe rivelarsi più agevole (come nel caso della "corruzione occasionale"), sarebbe poi molto più difficile evitare di sconfinare nella provocazione.

In definitiva, in mancanza di modalità di esercizio del potere investigativo sufficientemente definite e circoscritte, il ruolo che l'infiltrato è chiamato a svolgere risulta irto di difficoltà, essendo il medesimo tenuto contemporaneamente ad agire nel rispetto delle garanzie, ma anche a preservare la propria condizione di impunità.

A fronte dei richiamati rischi e limiti di operatività rispetto alla realtà criminologica di riferimento, ci si deve interrogare sull'intrinseca ragionevolezza della scelta del legislatore, che si colloca, come rilevato, nell'area della attribuzione dei poteri e della restrizione dei diritti.

La scelta di utilizzare strumenti investigativi di natura invasiva dovrebbe rivestire carattere eccezionale¹¹²: l'ordinamento dovrebbe potervi fare ricorso solo per fronteggiare dinamiche delittuose dal più elevato contenuto oggettivo di disvalore e solo se, a causa di determinate peculiarità empiriche, i mezzi di indagine "ordinari" si rivelino inadeguati a garantirne l'accertamento. Sicché, nel caso della corruzione, l'opzione politico criminale, per come tecnicamente formulata, sembra a dir poco, avventata, ed anzi, più in radice, sostanzialmente priva di un'adeguata "base di legittimazione".

contesto, «non solo risulta problematico ricostruire il processo formativo della deliberazione corruttiva, ma visto che finiscono per ricevere tangenti soggetti 'lontani' dall'imprenditore (corruttore), il rapporto tra atto retribuito, tangente, corrotto e corruttore tende ad opacizzarsi». Sull'inadeguatezza delle fattispecie di reato esistenti a fronte della corruzione sistemica, v. M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella "nuova legge spazza corrotti"*, cit., p. 65 ss.

¹¹⁰ Sottolinea il rischio che si produca tale "effetto collaterale", da ultimo, S. FIORE, *Tracce di distopia legislativa nella "Spazzacorrotti". Funzioni simboliche e deterrenza "latente" nell'uso della non punibilità*, in *Leg. pen. online*, 18 giugno 2020, p. 20.

¹¹¹ Per tutti, T. PADOVANI, *op. ult. loc. cit.*

¹¹² F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, op. cit., p. 159.

6. Nota conclusiva (un primo, circoscritto, ma significativo riscontro della prassi)

Per le ragioni esposte, così come censurabili appaiono formule legislative viziata da indeterminatezza, nemmeno può ammettersi che, sul versante applicativo, interpretazioni estensive consentano che si oltrepassi, di fatto, il limite della provocazione; ciò, anche al costo di rendere sterili, sul piano investigativo, le potenzialità di accertamento connesse alle attività sotto copertura. Per capire quali siano effettivamente i margini di utile impiego dello strumento, occorre attendere il riscontro della prassi e l'approccio interpretativo della giurisprudenza.

Una prima pronuncia, peraltro, sembra dischiudere esiti applicativi alquanto problematici¹¹³: nell'ambito di un ricorso avverso un provvedimento applicativo di misura cautelare nei confronti di un soggetto indagato del reato di turbata libertà degli incanti, il ricorrente aveva sollevato alcune censure sostenendo che, nel caso di specie, la presenza dell'agente sotto copertura, quale unico offerente in un'asta fallimentare, in realtà non effettivamente interessato all'acquisto del bene, avrebbe determinato l'impossibilità del reato per l'inesistenza di ogni turbativa alla gara.

I giudici hanno, invece, ritenuto che il delitto di turbata libertà degli incanti sia configurabile, anche «qualora l'unico partecipante alla gara sia un agente infiltrato, il cui coinvolgimento non dà luogo ad un reato impossibile ove l'azione criminosa non derivi esclusivamente dai suoi spunti o dalle sue sollecitazioni istigatrici, ma costituisca l'effetto di autonome condotte dell'agente, l'idoneità delle quali deve essere valutata oggettivamente, con giudizio "ex ante", nel suo valore assoluto e non in relazione alla simultanea azione dell'infiltrato» (dal contenuto della sentenza si evince che l'infiltrato era entrato in contatto con l'indagato e aveva manifestato interesse a partecipare all'asta, proponendosi come potenziale offerente).

Tali argomentazioni sembrano, prefigurare discutibili criteri e margini di ammissibilità di comportamenti di sollecitazione e istigazione, con il solo limite che *gli spunti forniti dall'infiltrato* non costituiscano gli unici elementi determinanti dell'azione criminosa.

Risuonano come presagi gli avvertimenti di chi, ipotizzando simili scenari¹¹⁴, aveva sin da subito censurato la "novità", ritenendo che la scelta di autorizzare messe in scena, finte proposte corruttive, allo scopo di "far abboccare" potenziali corrotti, sarebbe semplicemente un modo per saggiare la moralità dei destinatari della proposta¹¹⁵.

¹¹³ Cass. pen., sez. VI, 03 ottobre 2019, n. 45434 (rv. 277385-01), consultabile in *www.dejure.it* (v. la massima estratta in *CED Cassazione penale*, 2019).

¹¹⁴ D. PULITANÒ, *Agente provocatore per il contrasto alla corruzione?*, cit., p. 3: «Ma se pensiamo a chi (protetto dalla non punibilità per mancanza del dolo di consumazione) provoca un illecito che altrimenti non sarebbe commesso, il fatto del provocato sarebbe un reato putativo per errore di fatto, non punibile ex art. 49 c.p.».

¹¹⁵ Nello stesso senso, v., anche, V. MANES, *Diritto penale no-limits*, cit., p. 9.

Così si prospettano, in conclusione, le distorsioni subite dallo *Stato di diritto* per la pericolosa interferenza tra *Stato etico* e *Stato di polizia*¹¹⁶.

¹¹⁶ Recuperando gli spunti di S. SEMINARA, *Corruzione e anticorruzione*, in *Dir pen. proc.*, 9/2017 p. 1125 ss.