

LUISS



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Penale della Pubblica Amministrazione

**LA CAUSA DI NON PUNIBILITÀ DI CUI ALL'ARTICOLO
323-TER C.P. E L'ESTENSIONE DELLE OPERAZIONI
SOTTO COPERTURA AI DELITTI CONTRO LA
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

RELATORE

Chiar.ma Prof.ssa

Maria Novella Masullo

CANDIDATA

Rebecca Zippilli

Matr. 137113

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Antonino Gullo

Anno accademico 2019/2020

INDICE

I. LA NUOVA CAUSA DI NON PUNIBILITA'

1. Dalla commissione del reato all'irrogazione della sanzione. Le cause di non punibilità.....p. 4
2. Le cause «sopravvenute» di non punibilità nella legislazione premiale e nella c.d. legislazione d'emergenza.....p. 9
3. Collaborazione e impunità nei delitti contro la pubblica amministrazione: dalla proposta Azzaro al nuovo articolo 323-ter c.p.....p. 13
4. L'ambito di applicazione dell'esimente: struttura della norma, limiti e problematiche.....p. 23
5. La (auto)denuncia come elemento di emersione del patto corruttivo e la messa a disposizione dell'utilità percepita.....p. 31
6. La collaborazione non tempestiva: un raffronto tra l'articolo 323-ter c.p. e l'articolo 323-bis c.p.....p. 40
- 6.1. La collaborazione *post* condanna: i delitti contro la p.a. nell'articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975.....p. 47
7. Le preclusioni quali cause ostative alla non punibilità.....p. 53
8. La denuncia dell'ente: la collaborazione processuale delle persone giuridiche e la responsabilità amministrativa dipendente da reato *ex d.lgs. 231/2001*.....p. 58

II. L'AGENTE SOTTO COPERTURA

1. Le operazioni sotto copertura: cenni storici e ambiti applicativi.....p. 65
2. Il ruolo dell'agente sotto copertura alla luce delle indicazioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo..... p. 75
3. La responsabilità penale dell'agente sotto copertura. Profili di impunità...p. 83
4. La qualifica dell'agente sotto copertura nel processo penale. Le conseguenti ripercussioni sull'utilizzabilità delle prove illecitamente acquisite.....p. 87
5. Le operazioni sotto copertura nella legge n. 3 del 2019.....p. 94
- 5.1. Un velato ritorno all'agente provocatore?.....p. 98

6. Prospettive *de iure condendo*.....p. 104

**III. LE OPERAZIONI SOTTO COPERTURA NEI DELITTI CONTRO LA
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: UNO SGUARDO OLTRE I
CONFINI NAZIONALI**

1. Le operazioni sotto copertura nei diversi ordinamenti europei.....p. 106

2. La c.d. inchiesta mascherata nell'ordinamento svizzero: un esempio di
legislazione all'avanguardia.....p. 111

3. Le *undercover investigations* nei delitti contro la pubblica amministrazione: il
caso *Ramanauskas c. Lithuania*.....p. 114

4. (segue) La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.....p. 120

5. Le *undercover investigations* negli ordinamenti di *common law*.....p. 126

6. Operazione "Abscam": l'*entrapment defense* nel caso Jannotti.....p. 129

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....p. 139

BIBLIOGRAFIA.....p. 147

CAPITOLO I

LA NUOVA CAUSA DI NON PUNIBILITÀ

SOMMARIO: 1. Dalla commissione del reato all'irrogazione della sanzione. Le cause di non punibilità. - 2. Le cause «sopravvenute» di non punibilità nella legislazione premiale e nella c.d. legislazione d'emergenza. - 3. Collaborazione e impunità nei delitti contro la pubblica amministrazione: dalla proposta Azzaro al nuovo 323-ter c.p. - 4. L'ambito di applicazione dell'esimente: struttura della norma, limiti e problematiche. - 5. La (auto)denuncia come elemento di emersione del patto corruttivo e la messa a disposizione dell'utilità percepita. - 6. La collaborazione non tempestiva: un raffronto tra l'articolo 323-ter c.p. e l'articolo 323-bis c.p. - 6.1. La collaborazione post condanna: i delitti contro la p.a. nell'articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975. - 7. Le preclusioni quali cause ostative alla non punibilità. - 8. La denuncia dell'ente: la collaborazione processuale delle persone giuridiche e la responsabilità amministrativa dipendente da reato ex d.lgs. 231/200.

1. Dalla commissione del reato all'irrogazione della sanzione. Le cause di non punibilità.

Il reato può essere generalmente definito come «ogni fatto al quale l'ordinamento giuridico ricongiunge come conseguenza una pena»¹.

Partendo da questa definizione puramente formale, la dottrina, negli anni, ha sviluppato diverse teorie (c.d. generali del reato) sulla possibile composizione dell'illecito penale da un punto di vista rigorosamente strutturale: la teoria della “bipartizione”, della “tripartizione” e recentemente anche della “quadripartizione”².

In particolare, secondo la tesi tripartita, maggioritaria in dottrina ed in giurisprudenza, il reato è un fatto tipico, ossia conforme alla fattispecie incriminatrice, antiggiuridico,

¹ F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, GIUFFRÉ editore, sedicesima edizione (2003), p. 165

² La teoria della bipartizione è considerata tradizionale ed è avallata da F. ANTOLISEI in *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, sedicesima edizione (2003) p. 215, secondo cui nel reato debbano ravvisarsi due soli elementi generali: l'elemento oggettivo e l'elemento soggettivo; in altri termini: il fatto materiale e la volontà colpevole.

La teoria della tripartizione è invece sposata da G. FIANDACA - E. MUSCO in *Diritto penale, parte generale*, ed. Zanichelli, ottava edizione, pp. 193 e ss. secondo gli autori, infatti, il reato è definibile come un fatto umano corrispondente alla fattispecie obiettiva di una figura criminosa: il giudizio di corrispondenza tra il fatto e lo schema legale di una specifica figura di reato si traduce nel concetto di tipicità [...] inoltre, il suddetto fatto deve essere veramente realizzato *contra ius*: l'effettivo contrasto tra fatto tipico e ordinamento si riassume nel giudizio di antiggiuridicità. Ulteriore presupposto per la punibilità del fatto è che esso sia riconducibile alla responsabilità di un soggetto che ne risulta autore: le condizioni di questa riconducibilità si riassumono nel concetto di colpevolezza.

Per quanto attiene alla teoria della quadripartizione questa è sostenuta da G. MARINUCCI - E. DOLCINI in *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, GIUFFRÉ editore, sesta edizione, p. 197, secondo cui il reato è una serie di elementi: alcuni di questi hanno la funzione di descrivere un fatto, cioè una specifica offesa al bene giuridico; altri elementi decidono se e quando il fatto è antiggiuridico, cioè è disapprovato dall'ordinamento; altri elementi ancora esprimono le condizioni in presenza delle quali il fatto antiggiuridico è colpevole, cioè è personalmente rimproverabile a chi lo ha realizzato; altri elementi, infine, riflettono eventuali valutazioni del legislatore in ordine alla punibilità del fatto giuridico e colpevole, cioè all'opportunità di applicare la pena nel caso concreto.

cioè non scriminato da alcuna causa di giustificazione e colpevole, in quanto soggettivamente rimproverabile al soggetto agente.

A prescindere dalla distinta concezione accolta, l'ordinamento applica una sanzione penale nell'ipotesi in cui viene commesso un fatto previsto dalla legge come reato, ossia, quando la fattispecie concreta integra quella astratta prevista dal legislatore.

La pena, cioè la sanzione da applicare dopo la commissione di un crimine, è «la sofferenza comminata dalla legge e irrogata dall'Autorità giudiziaria mediante processo a colui che viola un comando di legge»³.

Tuttavia, occorre chiedersi quale sia la sua reale funzione.

Una parte della dottrina⁴ ritiene a riguardo che più che di funzione della pena sia meglio parlare di efficacia della pena, ossia degli effetti che essa spiega una volta che sia stata adottata dallo Stato. Detti effetti possono prodursi verso il passato (funzione repressiva), per cui l'agente viene punito perché ha commesso il fatto incriminato, ovvero verso il futuro (funzione preventiva), in questo caso la sanzione applicata dopo la commissione dell'illecito conferma la serietà della minaccia contenuta nella norma incriminatrice, mostrando ai potenziali trasgressori della norma che non potranno violarla impunemente⁵.

La funzione preventiva è stata inoltre suddivisa in altre due cd. sottofunzioni: di prevenzione generale fondata sull'assunto per cui la minaccia della pena serve a distogliere la generalità dei consociati dal compiere fatti socialmente dannosi; di prevenzione speciale, la quale, invece, fa leva sull'idea che l'inflizione della sanzione penale ad un determinato soggetto serve ad evitare che il medesimo compia in futuro altri reati.⁶

Accanto a detta teoria non sono mancati impulsi di altri autori che hanno trovato ulteriori funzioni che possono essere attribuite alla sanzione penale: la teoria della retribuzione⁷, denominata anche del corrispettivo, secondo la quale la pena non è altro che una ricompensa, poiché, il reo ha violato un comando dell'ordine giuridico: egli merita un castigo e deve essere punito; la teoria dell'intimidazione che assegna alla

³ F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, cit., p. 676

⁴ Così, F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, cit., pp. 680 e ss

⁵ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, cit., p. 16

⁶ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 738

⁷ La teoria retributiva della pena ha trovato in Italia il più autorevole e convinto sostenitore in G. BETTIOL, *Diritto penale, parte generale*, CEDAM.

pena la funzione di prevenire i delitti mediante l'efficacia intimidatrice che le è inerente; infine, la teoria dell'emenda, la quale, parte dal presupposto che il delinquente con il suo atto ha dimostrato di essere proclive a commettere azioni criminose, ed al fine di prevenire la sua ricaduta, occorre procurare il suo ravvedimento⁸.

Da quanto sopra premesso si potrebbe facilmente dedurre che la dicotomia reato-pena segua lo schema di una equazione elementare: se un soggetto commette un reato, questo sarà passabile di sanzione.

Vi sono dei casi, però, in cui il legislatore ha volutamente deciso di lasciare impunito il soggetto agente al ricorrere di particolari requisiti.

Queste condizioni possono riferirsi al fatto di reato (si parla in tal senso di "cause di esclusione dell'antigiuridicità" o "cause di giustificazione"); in questo caso, mediante un bilanciamento di interessi contrapposti, singole norme poste nei diversi rami dell'ordinamento precludono il sorgere dell'antigiuridicità del fatto, rendendo lecita la materiale lesione di un bene giuridico alla cui tutela è pur dedicata una norma di incriminazione⁹.

Occorre precisare come in questo caso la sussistenza di una causa di giustificazione preclude la stessa esistenza di un illecito penale nei suoi elementi costitutivi, per cui la mancata irrogazione della sanzione deriva a monte dalla inconfigurabilità di fatto qualificabile come "reato".

Le condizioni di cui sopra possono, poi, riferirsi al reo, sotto il profilo dell'imputabilità ovvero della sua capacità di intendere e di volere, vale a dire, comprendere il significato sociale e le conseguenze dei propri atti (capacità di intendere), nonché di autodeterminarsi liberamente (capacità di volere)¹⁰.

Altre volte la scelta di non punire un determinato soggetto si basa su cause o circostanze che si collocano "lateralmente" alla teoria generale del reato. Queste,

⁸ In tal senso, F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, cit., pp. 680 e ss

⁹ M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1971, p. 56.

¹⁰ Secondo G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, cit., p. 406, infatti, «il soggetto può essere indotto dalla minaccia della pena ad astenersi da questo o da quel comportamento e può dunque essere rimproverato per aver scelto, invece, di tener il comportamento vietato dalla legge penale».

infatti, presuppongono un reato completo in ogni suo aspetto strutturale¹¹, ma per ragioni particolari non vi è la reazione dell'ordinamento penale¹².

Ci si riferisce ad una categoria di cause che, senza escludere il fatto tipico, il carattere anti-giuridico, né la colpevolezza, escludono la punibilità del fatto¹³. Tali circostanze vengono denominate cause di non punibilità¹⁴.

Le cause di non punibilità possono preesistere al fatto di reato ovvero possono sopravvenire alla commissione dell'illecito stesso. Per quanto concerne quelle preesistenti si tratta, in generale, di circostanze che escludono *ab origine* la punibilità poiché l'ordinamento non riconosce il disvalore del fatto stesso in presenza di particolari circostanze.

L'esempio principale può essere rinvenuto nell'art. 649 comma 1 c.p.¹⁵, in base al quale, viene esclusa la punibilità quando uno dei reati patrimoniali presenti nel Titolo

¹¹ A seconda della teoria che si ritiene più giusta, cfr. nota n. 2

¹² Cfr., M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1971

¹³ G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, 1960

¹⁴ «L'espressione «cause di non punibilità» si trova usata: a) in un senso latissimo, implicante un riferimento prevalentemente processuale; b) in un altro senso latissimo, riferito peraltro a situazioni di diritto sostanziale; c) in senso lato; d) in senso stretto o, come taluno dice, in senso proprio.

a) In senso latissimo, vengono indicate talvolta come cause di non punibilità tutte quelle situazioni o circostanze, oggettive come soggettive, preesistenti alla commissione del fatto o ad esso sopravvenute, ad esso collegate o da esso indipendenti, attinenti al merito o alla procedura, a cui è comunque riconducibile la non applicabilità o la non applicazione della sanzione penale a un fatto determinato o a carico di una determinata persona.

b) Altro significato parimenti latissimo, ma elaborato nel campo del diritto penale sostanziale e pertanto non comprensivo né delle cause di improcedibilità meramente processuali né del riconoscimento giudiziale dell'innocenza dell'imputato o dell'inesistenza del fatto, è quello che le espressioni «cause di non punibilità», «cause di esclusione della punibilità», «cause di esclusione della pena» assumono presso quegli autori che includono nella categoria anche le cause estintive della responsabilità penale

c) Assai più frequente è invece nella dottrina penalistica l'uso dell'espressione «cause di non punibilità» a significare la categoria che comprende tutte le cause che escludono il reato e conseguentemente l'applicazione della pena, in contrapposizione proprio alle cause di estinzione del reato e della pena, le quali sopravvengono dopo la commissione del fatto o addirittura dopo la condanna definitiva.

d) Cause di non punibilità in senso stretto, o cause di esclusione della sola punibilità o - come spesso si dice, per sottolinearne l'incidenza nel solo momento sanzionatorio - 'cause di esclusione della pena', o 'cause di esenzione da pena'.»

Cfr., G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, cit.

¹⁵ Art. 649, comma 1 c.p. (Non punibilità e querela della persona offesa, per fatti commessi a danno di congiunti) «Non è punibile chi ha commesso alcuno dei fatti preveduti da questo titolo in danno:

1) del coniuge non legalmente separato;

1-bis) della parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso;

2) di un ascendente o discendente o di un affine in linea retta, ovvero dell'adottante o dell'adottato;

3) di un fratello o di una sorella che con lui convivano».

XIII del Codice penale, recante “Delitti contro il patrimonio”, sia stato commesso a danno di uno dei soggetti indicati dal comma 1 del citato articolo.

La *ratio* alla base della scelta di politica criminale effettuata dal legislatore del tempo va ravvisata nell’intimità delle relazioni parentali che lega il soggetto agente con la vittima.

L’azione commessa dal reo che vanta una “relazione affettiva” con il danneggiato, si ritiene abbia diverso e minor disvalore rispetto alla medesima azione commessa ai danni di uno sconosciuto.

In questo caso, il legislatore ritenne che la punibilità avrebbe potuto arrecare un grave turbamento alle relazioni anzidette o nuocere all’onore della famiglia stessa, determinando un pregiudizio sociale maggiore di quello che può derivare dalla mancata punizione¹⁶.

Con il termine causa sopravvenuta di non punibilità ci si riferisce, invece, a cause o circostanze per lo più basate su una condotta antagonistica rispetto all’offesa incriminata¹⁷.

La punibilità è esclusa per ragioni di tutela del bene protetto costituendo esse, in quanto tese ad evitare che il pericolo realizzato sfoci nella lesione di tale bene, al ripristino dello *status quo ante* o ad eliminare gli effetti ulteriormente lesivi del fatto realizzato¹⁸. Secondo parte della dottrina, infatti, le esimenti sopravvenute «possono fondarsi sull’idea di diritto penale come strumento di tutela dei beni giuridici e svolgere la stessa funzione della norma incriminatrice violata ponendosi l’obiettivo di assicurare un’efficace protezione del medesimo interesse»¹⁹.

¹⁶ In tal senso, F. ANTOLISEI, *Diritto penale, parte speciale I*, GIUFFRÉ editore, 2016, p 639

¹⁷ Così, T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. Premio e corrispettivo nella dinamica della punibilità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*, 1986, p. 406

¹⁸ Cfr., F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, CEDAM, decima edizione, p 796

¹⁹ G. COCCO, *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in *DPC*, 26 marzo 2014, p. 13

2. Le cause «sopravvenute» di non punibilità nella legislazione premiale e nella c.d. legislazione d'emergenza.

Il comportamento tenuto dal reo dopo la commissione del fatto può assumere un diverso significato sia da un punto di vista di diritto penale sostanziale, che da un punto di vista squisitamente processuale.

Come si è già detto in precedenza, le cause sopravvenute di non punibilità presuppongono a monte un reato completo in tutti i suoi elementi. Se il reo, dunque, dopo la commissione del fatto, attua “condotte riparatorie” questo potrà beneficiare di un'esclusione della punibilità totale o parziale, a seconda del tipo e qualità della condotta, ma soprattutto a seconda dei limiti temporali in cui si verifica la “regressione offensiva”²⁰.

Le circostanze di cui sopra fanno parte del concetto più ampio di legislazione premiale. Questa ha un'origine storica risalente nel tempo, ma va tenuta distinta dalla cd. legislazione d'emergenza.

Già nel codice Rocco è possibile riscontrare esempi di tecnica premiale: l'art 56 commi 3 e 4 del c.p., ad esempio, prevedono le ipotesi, rispettivamente, di desistenza volontaria, in cui il soggetto volontariamente interrompe l'azione esecutiva del programma criminoso e pertanto sarà punibile solo se gli atti fino a quel momento compiuti integrino di per sé un reato, e di recesso attivo, in cui l'agente, una volta compiuta l'azione esecutiva, impedisce il verificarsi dell'evento. In quest'ultimo caso sarà possibile una riduzione di pena da un terzo alla metà.

È inoltre prevista, nel medesimo codice, l'ipotesi del soggetto che, dopo aver consumato il reato, ma prima del giudizio e fuori dell'ipotesi dell'art 56, ultimo comma c.p., si è adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato (art 62, n.6 c.p.)²¹.

²⁰ Cfr., T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. Premio e corrispettivo nella dinamica della punibilità*, cit., p. 408, l'autore distingue, infatti, quattro soglie temporali: 1) la condotta antagonistica sia tenuta prima di un certo termine, assicurando una reintegrazione “utile” dell'offesa. [...] il risultato utile deve apparire come osservanza, sia pur tardiva, di quello stesso precetto che è stato violato. [...] in questo modo l'applicazione della disposizione “premile” può ribadire l'efficacia del precetto e convalidarne “esemplarmente” il significato. 2) il momento del ravvedimento del reo è basato sulla forza dei meccanismi coercitivi attivati. 3) il reo “rientra nei ranghi” per ragioni che [...] precedono i meccanismi di attivazione della punibilità: la sua condotta antagonistica può dunque essere assunta anche come indice che la necessità di punire è, in termini di prevenzione speciale, venuta meno o scemata. 4) i presupposti applicativi delle disposizioni premiali, si formano fuori dal giudizio e debbono essere accertati secondo gli stessi moduli processuali applicati alle condotte criminose.

²¹ P. GIORDANO, *Profili premiali della risposta punitiva dello Stato*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 916

Allo stesso modo il legislatore ha previsto attenuanti simili, (sempre caratterizzate dalla logica premiale) anche nella parte speciale del Codice penale come ad esempio: l'art. 376 c.p. che prevede la ritrattazione della dichiarazione falsa; l'art. 385 ultimo comma c.p. che attenua la pena dell'evaso qualora questo si costituisca in carcere prima della condanna, ed ancora l'art 463 c.p.²²

In tutti questi casi la concezione della premialità vale come criterio di commisurazione (determinazione) della pena in proporzione, in relazione intrinseca con la misura di lesività effettiva del fatto costitutivo di reato²³.

L'ordinamento diminuisce la sanzione ovvero rinuncia ad applicarla quando viene meno o si attenua il disvalore del fatto commesso, successivamente all'attenuazione del danno o del pericolo che deriva dalla commissione del reato.

Questi profili premiali assumono, invece, tutt'altro significato all'interno della cd. legislazione d'emergenza²⁴.

Alla base della scelta della tecnica premiale, infatti, non vi è più un bilanciamento tra la sanzione e il comportamento tenuto da reo, ma la necessità di acquisire elementi di prova utili per proseguire le investigazioni. Si parla in tal caso di "amministrativizzazione" del diritto penale²⁵.

«La non punibilità è diventata, quindi, uno degli strumenti più usati dal legislatore per perseguire i suoi obiettivi politici»²⁶.

Il primo impulso legislativo di questo tipo va ricondotto alla normativa emanata in epoca di terrorismo, precisamente al decreto legge del 15 dicembre 1979, n. 625 convertito in legge 6 febbraio 1980, n. 15 recante "misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica".

L'art. 5 della citata legge introduce una nuova causa di non punibilità che testualmente riporta «Fuori del caso previsto dall'ultimo comma dell'articolo 56 del Codice penale, non è punibile il colpevole di un delitto commesso per finalità di terrorismo o di

²² Articolo 463 c.p. (Casi di non punibilità). Non è punibile chi, avendo commesso alcuno dei fatti preveduti dagli articoli precedenti, riesce, prima che l'Autorità ne abbia notizia, a impedire la contraffazione, l'alterazione, la fabbricazione o la circolazione delle cose indicate negli articoli stessi

²³ Cfr., P. GIORDANO, *Profili premiali della risposta punitiva dello Stato*, cit., p 917

²⁴ Con il termine legislazione d'emergenza si indica quel pacchetto di provvedimenti legislativi che, a partire dal 1974, lo Stato ha con frequenza e sistematicità emanato per combattere prima i *fenomeni eversivi* (nei cd. *anni di piombo*) e, successivamente la *criminalità organizzata*. (<https://www.simone.it>)

²⁵ In tal senso G. FIANDACA e G. NEPPI MODONA.

²⁶ F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*. In *Sist. Pen.*, 19 dicembre 2019, p.1

eversione dell'ordine democratico che volontariamente impedisce l'evento e fornisce elementi di prova determinanti per la esatta ricostruzione del fatto e per la individuazione degli eventuali concorrenti»²⁷.

In detta norma viene sviluppata una razionale linea di politica criminale secondo cui la previsione delle cause di non punibilità sopravvenute al reato (in particolari casi) funge da contropinta all'attività criminosa. In queste situazioni, infatti, l'applicazione del beneficio dell'impunità è più efficace della minaccia della sanzione penale e soprattutto è funzionale alla conclusione delle indagini e alla chiusura del processo²⁸.

La tecnica normativa adottata è frutto di una sorta di sperimentazione, pur sempre relegata in una normativa di emergenza, giustificabile giuridicamente e politicamente con la tendenziale temporaneità e remittibilità del fenomeno²⁹. Il legislatore, difatti, subordina l'applicazione della sanzione penale e l'esercizio della risposta punitiva dell'Ordinamento al "ravvedimento operoso" del reo congiunto all'indicazione di elementi di prova determinanti per l'esatta ricostruzione del fatto e per la individuazione degli eventuali concorrenti. Da questo articolo emerge chiaramente la *voluntas legis* di attribuire agli strumenti premiali un carattere maggiormente dinamico, utilizzandoli come misure incentivanti durante la fase delle indagini, al fine di avere un apporto probatorio quanto più dettagliato ed efficace ai fini investigativi prima e processuali poi.

L'introduzione della causa di non punibilità di cui sopra è stata inizialmente criticata; la scelta di acquisire come elementi di prova dichiarazioni fatte da un soggetto interno all'associazione avrebbe potuto aprire la strada ad ipotesi di calunnie e deformazioni interessate dei fatti da parte del «collaboratore» o «teste della corona», con conseguente disparità tra accusa e difesa (che non avrebbe la possibilità di «premiare» le testimonianze a discarico)³⁰.

Le critiche mosse però non tenevano conto dell'utilità dal punto di vista probatorio delle dichiarazioni raccolte: il racconto così acquisito, innanzitutto, proviene da un

²⁷ In proposito, cfr. le indicazioni riportate in T. PADOVANI, *Commento all'art. 4 e all'art. 5, D.L. 15 dicembre 1979 n. 625*, in *La legisl. Pen.*, 1981, pp. 54 e ss, e, da ultimo, le valutazioni espresse, in relazione alle prime applicazioni dell'art. 4, da D. PULITANÒ, *Misure antiterrorismo – Un primo bilancio*, in *Dem. Dir.*, 1981, pp. 86 e ss

²⁸ Vedi, MAGISTRATURA DEMOCRATICA, *Il Foro Italiano*, Vol. 103, Parte Quinta: Monografie e Varietà, 1980

²⁹ P. GIORDANO, *Profili premiali della risposta punitiva dello Stato*, cit., p 918

³⁰ Cfr. MAGISTRATURA DEMOCRATICA, *Il Foro Italiano*, cit.

soggetto interno all'associazione, quindi da un soggetto che può aver partecipato o può aver visto in prima persona il fatto criminoso eventualmente commesso, questo consente alla magistratura inquirente di ampliare lo spettro investigativo; allo stesso tempo però la dichiarazione così resa non viene accettata e presa come "verità assoluta", ma, al pari della chiamata di correo, deve essere coadiuvata da altri elementi di prova idonei a provarne la veridicità e l'attendibilità ai sensi dell'art. 192 commi 3 e 4 del c.p.p. Da ciò è possibile dedurre che la dichiarazione del "pentito" o di colui che si è "dissociato" non allevia il compito investigativo della Procura, anzi, quest'ultima sarà obbligata a provare la fondatezza delle dichiarazioni raccolte qualora le voglia utilizzare in giudizio.

3. Collaborazione e impunità nei delitti contro la pubblica amministrazione: dalla proposta Azzaro al nuovo articolo 323-ter c.p.

L'abbandono della funzione repressiva della sanzione penale e il contestuale sviluppo degli istituti premiali non sono estranei al microsistema dei delitti contro la pubblica amministrazione.

Il legislatore, infatti, già nella seconda metà del secolo scorso aveva intuito la necessità di combattere il fenomeno corruttivo premiando «iniziative volte alla disgregazione del patto di omertà che lega corrotti e corruttori».³¹

Il primo *input* legislativo fu il disegno di legge Azzaro del 1984 il quale «propugnava una netta modifica degli articoli 319 e 320 c.p.»³² nel più ampio contesto di riforma dei delitti di concussione e corruzione.

Sotto il profilo della premialità, il progetto, «da un lato, proponeva di non punire il privato neppure nella corruzione antecedente per un atto conforme ai doveri d'ufficio (sino alla l. 190/2012 il privato non era punito soltanto nella corruzione impropria susseguente); dall'altro, ribadendo per la corruzione propria la punibilità di entrambi i soggetti, prevedeva una speciale causa di non punibilità per il corruttore che denunciasse spontaneamente il fatto prima di un anno dalla consumazione del reato, e comunque prima che fosse esercitata l'azione penale nei suoi confronti o il fatto fosse esposto in una denuncia o rapporto di polizia giudiziaria (in tal caso il corruttore aveva diritto di ripetere quanto da lui versato); al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio corrotto, invece, che spontaneamente denunciasse il fatto prima di un anno o comunque prima che fosse esercitata l'azione penale ecc. (e sempre che avuto riguardo all'art 133 si potesse presumere l'astensione da ulteriori reati), il giudice poteva concedere per una sola volta il perdono giudiziale»³³.

Già al tempo il legislatore aveva fatto i conti con la difficoltà di scoprire, prima ancora che reprimere e punire, il *pactum sceleris* e aveva appurato che le tradizionali modalità

³¹ M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, p. 1257

³² Disegno di legge AZZARO ed altri, in *LAVORI PARLAMENTARI*, 51 / I, X Legislatura - dicembre 1987, p. 13, artt. 3 e 4.

³³ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei pubblici ufficiali*, commentario sistematico, GIUFFRÈ editore, quarta edizione (2019), p. 395.

repressive tipiche del diritto penale erano, talvolta, insufficienti nonché inidonee a contrastare il fenomeno corruttivo.

Il primo firmatario e coloro che lo appoggiarono riconobbero nella riforma contenuta nella citata proposta di legge «uno strumento (indiretto) della tutela della legalità, del buon andamento e dell'imparzialità, della pubblica amministrazione, secondo il disposto dell'articolo 97 della Costituzione»³⁴. L'introduzione dell'inedita causa di non punibilità suscitò grande stupore, ma solo attraverso questa via si riteneva fosse possibile spezzare la solidarietà criminosa che rende praticamente non scopribile il reato di corruzione.³⁵

Nonostante le buone premesse per trovare una modalità di emersione del silente reato di corruzione, il progetto Azzaro si concluse in un nulla di fatto lasciando immutato l'assetto repressivo in quel momento vigente. Va, però, riconosciuto un merito alla riforma: quello di aver gettato le basi ai successivi disegni di legge che hanno riproposto la previsione di una speciale causa di non punibilità come efficace metodo di contrasto alla corruzione.

La cd. "Proposta della Statale" o "Progetto Cernobbio"³⁶ recepì, seppur dieci anni dopo, le indicazioni contenute nel disegno di legge Azzaro facendo anche tesoro delle esperienze maturate durante la conduzione delle inchieste di Tangentopoli³⁷.

Il gruppo composto «da magistrati, avvocati e professori universitari elaborò il progetto nell'ambito di un programma emergenziale (diretto al recupero della legalità)

³⁴ Disegno di legge AZZARO ed altri, in *LAVORI PARLAMENTARI*, cit., p.8

³⁵ Così in, Disegno di legge AZZARO ed altri, cit., p. 8.

³⁶ Definite come "Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento dei partiti", vennero presentate il 14 settembre 1994 da G. Colombo, P. Davigo, A. Di Pietro, F. Greco, O. Dominioni, D. Pulitanò, F. Stella, M. Dinoia. Vengono ricordate anche con riferimento alla città di Cernobbio perché pochi giorni prima della presentazione ufficiale durante il convegno di Milano, A. Di Pietro ne anticipò la realizzazione intervenendo al seminario annuale organizzato dallo Studio Ambrosetti proprio a Cernobbio.

³⁷ La vicenda di Mani pulite, conosciuta come Tangentopoli, si riferisce alle indagini in materia di corruzione e illecito finanziamento ai partiti effettuate dalla Procura della Repubblica di Milano agli inizi degli anni Novanta, che individuarono numerosi reati ascritti ai più alti vertici della politica e delle istituzioni nazionali nonché della imprenditoria, alle quali si imputa addirittura la fine della c.d. Prima Repubblica, ovvero del sistema politico che vedeva come pilastri i partiti di governo Democrazia Cristiana e Partito Socialista e dell'opposizione Partito Comunista. In tal senso G. COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Resp. Civ. e prev.*, fascicolo 2, 2018, p. 377 dice che la corruzione emersa nella vicenda di cui sopra, in cui l'intreccio è tra affari, politica e Pubblica Amministrazione, "costituisce in senso letterale una criminalità dal colletto bianco."

per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e di illecito finanziamento ai partiti politici»³⁸.

La proposta di riforma, in particolare, l'art 10³⁹, conteneva quello che era definito come “secondo pilastro” del nuovo sistema anticorruzione, ovvero la previsione di una causa di non punibilità per il corrotto ed il corruttore⁴⁰. Questa era individuabile nel fatto di chi, prima che la notizia di reato sia stata iscritta a suo carico nel registro generale, e comunque entro tre mesi dalla commissione del fatto, spontaneamente lo denunci, fornendo indicazioni utili per la individuazione degli altri responsabili; con la precisazione che la punibilità del corrotto è altresì subordinata alla condizione che egli, entro tre mesi dalla commissione del fatto, versi o renda comunque irrevocabilmente disponibile all'autorità giudiziaria una somma pari a quanto ricevuto, ovvero, per la parte in cui la somma sia stata utilizzata nell'interesse di altri o versata ad altri, dia indicazioni che consentano di individuare l'effettivo beneficiario, e che la punibilità del corruttore è altresì subordinata alla condizione che egli, entro tre mesi dalla commissione del fatto versi o renda comunque irrevocabilmente disponibile all'autorità giudiziaria una somma pari a quanto versato.

Nonostante le innegabili somiglianze con quanto proposto nel disegno di legge Azzaro, la causa di non punibilità prevista nel progetto di Cernobbio ha un ambito applicativo più ampio dal punto di vista soggettivo, ma, al contempo, più circoscritto dal punto di vista temporale. L'esimente di “seconda generazione”, infatti, si riferisce indistintamente a corrotto e corruttore, quindi soggetto pubblico e soggetto privato, escludendo la punibilità qualora questi denunci spontaneamente, ed in presenza delle

³⁸ M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, cit., p. 1259.

³⁹ L'articolo 10 del progetto “Cernobbio”, strutturato in tre commi, così recitava (Causa di non punibilità per la corruzione): 1. Non è punibile chi abbia commesso il fatto previsto dall'articolo 317 o dall'art.318 qualora, prima che la notizia di reato sia stata iscritta a suo carico nel registro generale, e comunque entro tre mesi dalla commissione del fatto, spontaneamente lo denunci, fornendo indicazioni utili per individuare altri responsabili.

2. La non punibilità del corrotto è altresì subordinata alla condizione che egli, entro tre mesi dalla commissione del fatto, versi o renda comunque irrevocabilmente disponibile all'autorità giudiziaria una somma pari a quanto ricevuto, ovvero, per la parte in cui la somma che sia stata utilizzata nell'interesse altrui o versata ad altri, dia indicazioni che consentano di individuare l'effettivo beneficiario.

3. La non punibilità del corruttore è altresì subordinata alla condizione che egli, entro tre mesi dalla comunicazione del fatto, versi o renda comunque irrevocabilmente disponibile all'autorità giudiziaria una somma pari a quanto versato”.

⁴⁰ R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art 323ter c.p.*, in *DPC*, fascicolo 6, 2019, p. 6

altre circostanze richieste dall'articolo stesso, l'avvenuto patto corruttivo. Beneficio analogo, ma limitato al solo corruttore privato, nel progetto Azzaro. Il corrotto pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, difatti, anche in presenza di una tempestiva denuncia spontanea, avrebbe potuto solamente beneficiare per una sola volta del perdono giudiziale.

Da un punto di vista temporale il progetto elaborato dal *pool* Mani pulite circoscrive il momento di presentazione dell'autodenuncia. Questa, infatti, deve avvenire prima dell'iscrizione della notizia di reato a suo carico nel registro generale o comunque entro tre mesi dalla commissione del fatto. Lasso di tempo decisamente più breve rispetto a quanto prospettato da Azzaro nel 1984, che, forse a beneficio di una scelta ponderata da parte del reo, concedeva per la presentazione della denuncia un anno dalla consumazione del reato, e comunque prima che fosse esercitata l'azione penale nei suoi confronti o il fatto fosse esposto in una denuncia o rapporto di polizia giudiziaria.

La causa di non punibilità "cernobbiana" richiede, inoltre, un *quid pluris* rispetto alla "antenata"; la norma comporta l'obbligatorietà della restituzione di quanto ricevuto per il corrotto o di una somma pari a quanto versato per il corruttore, immaginando che lo scambio corruttivo abbia ad oggetto un atto per una tangente.

«A seguito della proposta presentata immediatamente dopo Tangentopoli non sono mancati commenti a caldo da parte della dottrina e dall'Ordine degli avvocati e procuratori di Milano. La scelta, magari di comodo, fatta dagli inquirenti di introdurre una causa di impunità per il pentito che avesse confessato e denunciato i correi, date le caratteristiche peculiari della corruzione, gli intrecci complessi che contraddistinguono sovente le pratiche corruttive, la perduranza dei rapporti fra corruttore e corrotto, si sarebbe rivelata misura scarsamente utile ed avrebbe rischiato di tradursi addirittura in un fattore criminogeno, cioè di spinta alla protrazione delle relazioni corruttive in contesto di ricatti e controricatti»⁴¹.

I numerosi dubbi nonché la preoccupazione della stessa dottrina di consegnare «al corrotto o al corruttore una temibile "arma di persuasione" nei confronti del correo perché questi perseveri nel compimento di attività rientranti nel patto corruttivo»⁴² e

⁴¹ C.F. GROSSO, *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli, Il Progetto anticorruzione di Mani pulite fra utopia punitiva e suggestione premiale*, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 2345

⁴² G. FIANDACA, *Legge penale e corruzione*, in *Foro it.*, V, 1998, c. 3.

la paura di creare in questo modo un'esimente generale di pentimento e collaborazione, non fecero decollare il progetto.

Dopo un periodo di silenzio durato circa venti anni, i successivi interventi novellistici rivolti alla lotta alla corruzione si sono avvicinati nell'ultimo decennio ad intervalli serrati, all'incirca ogni tre anni⁴³.

Il primo approdo normativo fu la legge n.190 del 2012⁴⁴ (cd. legge "Severino") in cui l'atteggiamento del legislatore è profondamente mutato rispetto alle riforme proposte in precedenza ed ha optato per la non introduzione di norme premiali, mantenendo, al contrario «intatta la frontiera della responsabilità attraverso una risposta punitiva fissa e irretrattabile»⁴⁵.

Solo nel 2015 si riscontra un cauto ritorno ai profili di premialità, valorizzando «in chiave efficientista la condotta collaborativa *post delictum*, diretta a disvelare accordi corruttivi rimasti in ombra»⁴⁶.

«La legge n.69 del 2015 ha il pregio di introdurre un primo istituto "premiare", inserendo nell'articolo 323-bis c.p. un secondo comma⁴⁷ per chi sceglie di collaborare con l'autorità giudiziaria»⁴⁸. La scelta di non introdurre una causa di non punibilità è controbilanciata da una consistente riduzione della pena (da un terzo a due terzi) a chi, con un comportamento *post delictum*, si adopera per conseguire uno dei seguenti obiettivi: evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, collaborare con gli inquirenti per l'individuazione di ulteriori soggetti responsabili, favorire la raccolta e la conservazione delle prove dei reati o il sequestro delle somme o utilità trasferite all'*intraneus*.

L'attenuante, però, non contribuisce in alcun modo alla scoperta dell'illecito e rischia di essere una previsione del tutto inutile.

⁴³ In tal senso, V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *DPC.*, 2019, fascicolo 5, p. 232

⁴⁴ Rubricata "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione".

⁴⁵ M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, cit., p. 1261.

⁴⁶ M. N. MASULLO, *IBIDEM*

⁴⁷ Il secondo comma recita: Per i delitti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis, per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite, la pena è diminuita da un terzo a due terzi.

⁴⁸ R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art 323ter c.p.*, cit., p. 7

Le conseguenze della condanna, invero, sono talmente significative che la promessa di una diminuzione di pena, per quanto generosa possa essere, non pare sufficiente a bucare o infrangere il muro di omertà tra i contraenti⁴⁹.

L'ultimo contributo normativo in materia di contrasto alla corruzione, approvato in via definitiva dal Senato il 18 dicembre 2018 ed entrato in vigore il 31 gennaio 2019, si pone come obiettivo quello di rivoluzionare il Diritto penale della pubblica amministrazione incidendo su diversi aspetti del fenomeno corruttivo, dalla prevenzione all'inasprimento delle sanzioni fino al potenziamento degli strumenti investigativi⁵⁰.

Facendo il rapido *excursus* del disegno di legge, la normativa 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” emenda più fronti: la repressione penale, tramite un aggravamento del trattamento sanzionatorio, la riformulazione di una fattispecie incriminatrice (traffico d'influenze)⁵¹ con assorbimento delle condotte di un altro delitto contestualmente abrogato (millantato credito)⁵² e l'estensione della possibilità di confisca anche ai casi

⁴⁹ In tal senso, G. COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Resp. Civ. e prev.*, fascicolo 2, 2018, pp. 387-388.

⁵⁰ La legge spazzacorrotti, (https://it.wikipedia.org/wiki/Legge_Spazzacorrotti).

⁵¹ Art 346-bis c.p. (Traffico di influenze illecite) “Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-ter e nei reati di corruzione di cui all'articolo 322-bis, sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis, ovvero per remunerarlo in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, è punito con la pena della reclusione da un anno a quattro anni e sei mesi.

La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altra utilità.

La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio.

Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie o per remunerare il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio.

Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita.”

⁵² Art 346 c.p. (Millantato credito) Abrogato [Chiunque, millantando credito presso un pubblico ufficiale o presso un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio, riceve o fa dare o fa promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o impiegato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 309 a euro 2.065.

La pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 516 a euro 3.098, se il colpevole riceve o fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, col pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale o impiegato, o di doverlo remunerare].

di amnistia o estinzione del processo per intervenuta prescrizione; le sanzioni accessorie, con inasprimento dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, oltre a un ampliamento dell'ambito di applicazione; le tecniche di investigazione, mediante l'ampliamento della disciplina delle operazioni sotto copertura; estende infine alle associazioni e alle fondazioni cd. politiche la disciplina attualmente prevista in materia di trasparenza dei partiti⁵³.

La legge anticorruzione n.3 del 2019 (cd. Spazzacorrotti) palesa un *revirement* legislativo sul fronte della premialità. Questa, infatti, «ha innestato nel Codice penale, ad opera dell'art 1, comma 1, lett. r), l'articolo 323-ter c.p. la cui rubrica recita “causa di non punibilità”»⁵⁴, affiancandola all'attenuante già introdotta dalla legge n.69 del 2015 in una sorta di «*climax* ascendente di premialità»⁵⁵.

La scelta del legislatore, magari poco innovativa, è frutto dell'esperienza maturata negli anni successivi all'entrata in vigore dell'attenuante di cui all'art 323-bis c.p. che, nonostante l'abbattimento cospicuo di pena, si è rivelata nella prassi assai poco attrattiva costringendo un ritorno all'epoca “cernobbiana”⁵⁶.

La cd. “cifra oscura” dei reati di corruzione è, infatti, risultata impermeabile di fronte ai molteplici interventi riformatori susseguitisi nel corso del tempo⁵⁷ evidenziando la

⁵³ Cfr., R. CANTONE, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 30 settembre 2018, p. 1;

Rileva criticamente N. PISANI, *Il disegno di legge “Spazza corrotti”: solo ombre*, in *Cass. Pen.*, fascicolo 11, 2018, p. 1, che “siamo di fronte all'ennesimo esempio di una legislazione penale simbolica e compulsiva, ove sembra prevalere la forza dei proclami, rispetto alla reale efficacia dell'intervento punitivo in termini di prevenzione generale e speciale: la pena utilizzata come strumento di costruzione e rafforzamento mediatico di un consenso politico, attraverso, cioè, una politica criminale ‘securitaria’. Bisogna mettere in sicurezza la cosa pubblica ad ogni costo, liberandola dall'orrore della corruzione”. Ancora G. COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, cit., p. 375-376 secondo cui “la lotta alla corruzione pare in effetti essere divenuta una lotta alla percezione della corruzione, cosicché, invece della ricerca di strumenti anche penalistici efficienti e proporzionati, vi è in atto una sistematica proposta di strumenti simbolici, in parte già adottati, che preoccupano non solo in punto di tenuta dei principi liberali ma anche per i prevedibili risultati fallimentari nello stesso contrasto alla corruzione.[...] si evoca, in particolare, un vero e proprio stato di corruzione, ovvero stato di emergenza, per ottenere l'adozione di leggi eccezionali anche penali, comunque inammissibili, ma i cui esiti possono essere persino controproducenti giacché tra le cause della corruzione può annoverarsi proprio l'eccesso di burocrazia anticorruzione.”

⁵⁴ R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art 323ter c.p.*, cit., p. 9

⁵⁵ L'espressione è di T. MUIESAN, *La nuova causa di non punibilità nei delitti contro la pubblica amministrazione: al nemico che fugge ponti d'oro*, in *DisCrimen*, 14 marzo 2019.

⁵⁶ Così, V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti*, cit., p. 263.

⁵⁷ Cfr., 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.*, 2019, fascicolo 2, p. 2.

necessità di una profonda riforma in tema di contrasto alla corruzione e agli altri reati contro la pubblica amministrazione (cd. para-corruttivi⁵⁸).

La norma testualmente recita: “Non è punibile chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-bis e 354 se, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili.

La non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma.

La causa di non punibilità non si applica quando la denuncia di cui al primo comma è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato. La causa di non punibilità non si applica in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146.”

Questa volta la strada imboccata sembra essere quella della premialità *tout court* escludendo la punibilità nei confronti del reo che autodenunci volontariamente e tempestivamente la commissione di uno dei delitti espressamente indicati dalla norma, rispettando le altre condizioni fissate dalla disposizione stessa.

«Evidente appare la *ratio* meramente opportunistica che ha guidato il legislatore nell'opera di bilanciamento degli interessi in gioco: l'interesse a garantire un efficace funzione investigativa ed una rapida conclusione del processo è stata difatti ritenuta prevalente rispetto l'esigenza di assicurare la pretesa punitiva nei confronti di uno dei correi»⁵⁹ ed è stato ulteriormente osservato che: «La soluzione punta, in pratica, in una logica tanto special-preventiva quanto general-preventiva⁶⁰, a rompere il “legame

⁵⁸ La relazione illustrativa del Guardasigilli chiama così i delitti in materia di pubblici incanti di cui agli articoli 353, 353-bis e 354 c.p.

⁵⁹ L. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, cit., p.1

⁶⁰ Così, D. PULITANÒ, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, Vol. II, Torino, 2011, p. 916 secondo cui “la legittimazione della tecnica premiale deve rinvenirsi in una ratio di prevenzione generale, ovverosia nel contributo che la condotta

solidaristico di omertà” che lega i contraenti del patto corruttivo, disincentivando in via preventiva la commissione di condotte illecite ed introducendo un fattore di insicurezza con effetti dissuasivi” nel rapporto fiduciario tra *intraneus* ed *extraneus* della pubblica amministrazione»⁶¹.

Lo schema dell'esimente non è diverso dai vari tipi di collaborazione processuale, ai quali, però, il legislatore riconosce e riconduce solo una mera circostanza attenuante. Secondo le scelte di politica criminale che hanno promosso l'introduzione delle cause di non punibilità c.d. sopravvenute nel Codice e nella legislazione *extracodicem* d'emergenza, l'impunità, viene garantita quando si riconosce una “regressione dell'offesa⁶²” nel contegno del reo successivo alla commissione del reato, cioè, in un comportamento che efficacemente contrasti il progredire di un'azione criminosa in divenire, prevedendo l'inflizione di un'offesa ulteriore e irreversibile al bene giuridico preservato dalla norma di incriminazione⁶³.

«Detto modello non appartiene all'esimente di cui al 323-ter c.p. la quale ricollega il beneficio dell'impunità ad un contributo dichiarativo spontaneo e tempestivo da parte dell'autore del reato e non alla riparazione dell'offesa che può essersi irreparabilmente prodotta e alla cui reintegrazione la collaborazione del denunciante può non essere sufficiente»⁶⁴.

È innegabile, infatti, che la denuncia *post delictum* del reo non è di per sé idonea a reintegrare il bene giuridico tutelato dalla norma violata ed è qui che maggiormente emerge la scelta effettuata dal legislatore, il quale, rinuncia all'esercizio della propria

incentivata può dare al funzionamento della giustizia penale e, mediamente, al raggiungimento di obiettivi di prevenzione di futuri delitti”.

Ancora sul punto F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art 323-ter c.p.*, in www.magistraturaindipendente.it, 5 marzo 2019 “l'esimente opera in una duplice direzione. Una prima direttrice valorizza, in una prospettiva chiaramente generalpreventiva, la capacità deterrente dell'esimente: essa inocula, con effetti dissuasivi un ineliminabile e aleatorio fattore di instabilità nell'accordo corruttivo o paracorruttivo, che ciascuna delle parti può determinarsi a denunciare confidando nell'impunità, penetrando il muro di inviolabilità che, in ragione della concorsualità dell'illecito e della bilateralità dell'incriminazione normalmente ripara l'accordo”.

⁶¹ R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art 323ter c.p.*, cit., p. 10, richiamo alla Relazione illustrativa al disegno di legge n. 1189.

⁶² Definita così nella Relazione ministeriale in quanto “la causa di non punibilità assicura una reintegrazione utile e tempestiva dell'interesse offeso dal reato, che possa riconnettersi alla minaccia iniziale e apparire quindi come osservanza, sia pur tardiva, di quello stesso precetto che è stato violato”.

⁶³ Così, F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art 323-ter c.p.*, cit., p. 2.

⁶⁴ F. ALVINO, *IBIDEM*.

potestà punitiva nei confronti dell'autore del reato che liberamente e tempestivamente denunci il fatto, prediligendo un rapido accertamento del crimine teso a rompere il muro di omertà rispetto a figure di reato bilaterali o comunque alimentate da vicende collusive, al fine di acquisire elementi probatori di norma molto difficili da assicurare al processo⁶⁵.

«Non il pentimento, dunque, ma il mero contributo al rapido e fausto esito delle indagini comporta il conseguimento del “premio” della non punibilità»⁶⁶.

Il premio per la collaborazione processuale di cui all'art 323-ter c.p. esula, dunque, dalla valutazione del comportamento virtuoso del soggetto reo pentito divenendo strumento utile per il superamento dell'*impasse* investigativo in cui sia caduta l'autorità giudiziaria e che potrebbe essere causa della conseguente impossibilità di accertamento giudiziale del fatto corruttivo e dei relativi autori⁶⁷.

⁶⁵ Così, M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova “legge spazzacorrotti”: il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. Pen.*, fascicolo 1, 2019, p 55.

⁶⁶ L. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, cit., p.3

⁶⁷ In tal senso, L. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, cit., pp. 13 e ss.

4. L'ambito di applicazione dell'esimente: struttura della norma, limiti e problematiche.

La struttura della “nuova” causa di non punibilità di cui all’art. 323-ter c.p. consente di sussumerla tra le cause di non punibilità in senso stretto; questa postula a monte un reato completo in tutti i suoi elementi, ma la non applicazione della pena è frutto di una scelta di politica criminale. Il legislatore, difatti, esclude l’applicazione della sanzione penale in presenza di un contegno del reo successivo alla commissione del fatto criminoso⁶⁸.

«Dal punto di vista dommatico, l’esimente è chiaramente di natura soggettiva, sicché, in base al principio di personalità⁶⁹, potrà avere effetto soltanto riguardo alla persona fisica a cui si riferisce e non anche ad eventuali concorrenti»⁷⁰.

Analizzando nello specifico la fattispecie, il primo comma palesa quei delitti che sono “coperti” dalla causa di non punibilità. Non è punibile, infatti, chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-bis e 354.

«Nel dettaglio l’elenco comprende la corruzione, funzionale, la corruzione propria, la corruzione in atti giudiziari, la corruzione dell’incaricato di pubblico servizio, l’induzione indebita, la corruzione internazionale (limitatamente ai delitti di corruzione e induzione indebita ivi indicati), la turbata libertà degli incanti e l’astensione dagli incanti»⁷¹.

Trattandosi di un istituto di favore è ragionevole dedurre che esso possa applicarsi anche alle fattispecie tentate, purché approdate ad una dinamica concorsuale e quindi essenzialmente ad un inizio di trattativa (poi fallita)⁷².

⁶⁸ In tal senso, C. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, vol. I, Torino, 2004, p. 365.

⁶⁹ Art 119, comma 1, c.p. (Valutazione delle circostanze di esclusione della pena) Le circostanze soggettive, le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono.

⁷⁰ V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, cit., p. 266.

⁷¹ M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova “legge spazzacorrotti”: il microsystema delle fattispecie di corruzione*, cit., p 54

⁷² Così, V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, cit., p. 264 con specifico riferimento a Cass., sez. VI, 4 agosto 2017, n. 38920.

«Il perimetro legislativo tracciato dal legislatore non si mostra del tutto coerente con le promosse istanze di premialità»⁷³.

Ciò che desta maggiori perplessità è l'assenza di alcune fattispecie dal novero dei reati stilati nella norma. Alcuni precetti, invero, sembrerebbero non in contrasto con la *ratio* propria dell'esimente *de qua*, pertanto, è lecito chiedersi perché il legislatore ha preferito escluderli.

Ci si riferisce, nello specifico, al reato di istigazione alla corruzione, prevista dall'art 322 c.p. e della corruzione tra privati di cui agli articoli 2635 e 2635-bis c.c., quest'ultimo nella forma dell'istigazione; nonché e soprattutto alla fattispecie di traffico di influenze illecite introdotta dalla stessa legge n. 3 del 2019, dapprima presente nell'elenco del disegno di legge poi, però, non riportata nel testo ufficiale.

A detto interrogativo la dottrina ha cercato di dare una risposta, magari esaustiva ma non del tutto risolutiva, lasciando ancora dei forti dubbi sulla non presenza di alcune fattispecie.

Per quanto concerne l'istigazione alla corruzione⁷⁴(art. 322 c.p.) il problema non sembra insormontabile.

La norma, infatti, delinea una fattispecie tipicamente unilaterale in cui viene punito o il solo privato o il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che rispettivamente offra o prometta, o solleciti una promessa o dazione di denaro o altra utilità e questa non venga successivamente accettata.

⁷³ M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, cit., p. 1265

⁷⁴ Art. 322 c.p. (istigazione alla corruzione). Chiunque offre o promette denaro od altra utilità non dovuti ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'articolo 318, ridotta di un terzo.

Se l'offerta o la promessa è fatta per indurre un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio ad omettere o a ritardare un atto del suo ufficio, ovvero a fare un atto contrario ai suoi doveri, il colpevole soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nell'articolo 319, ridotta di un terzo.

La pena di cui al primo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro o altra utilità per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri.

La pena di cui al secondo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro od altra utilità da parte di un privato per le finalità indicate dall'articolo 319.

Detta situazione non può rientrare nella “copertura” della causa di non punibilità poiché si tratta di un reato monosoggettivo⁷⁵ e l’esimente di cui al 323-ter c.p. postula che l’*iter criminis* sia progredito almeno sino a coinvolgere entrambe le parti dell’accordo corruttivo, in quanto solo a queste condizioni ha modo di dispiegarsi l’efficacia scriminante della previsione, finalizzata a riparare l’antidoverosità della condotta pregressa (anche) attraverso una collaborazione che superi il muro di omertà che tradizionalmente caratterizza i reati a schema contrattuale a incriminazione bilaterale⁷⁶.

Per le stesse ragioni sono state escluse dalla sfera applicativa della norma la concussione (articolo 317 c.p.) e il peculato (articolo 314 c.p.), sicché, pure il richiamo dell’art 322-bis c.p. è limitato ai delitti di corruzione e d’induzione indebita⁷⁷.

Meno chiara agli occhi degli interpreti è la motivazione circa l’esclusione, dal catalogo dei reati previsto dall’esimente, della fattispecie di corruzione tra privati di cui all’articolo 2635 c.c.⁷⁸, alla luce del fatto che la stessa c.d. “spazzacorrotti” non ha

⁷⁵ A tale figura di reato, però, può applicarsi la circostanza attenuante prevista dall’art 323-bis, comma 2, c.p.

⁷⁶ Così, F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l’inedita causa di non punibilità di cui all’art 323-ter c.p.*, cit., p. 5.

Si riporta anche M. N. MASULLO, *L’emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, cit., p. 1268, che, di diverso avviso, ritiene che l’esclusione dell’istigazione alla corruzione non sembra giustificarsi alla luce dell’estensione della fattispecie anche ai reati non a concorso necessario e alle ipotesi tentate (stante la natura di norma di favore).

Così anche, V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, cit., p. 264, secondo cui per le fattispecie tentate la causa di non punibilità sarebbe applicabile in virtù del principio di analogia, estensibile in *bonam partem*.

⁷⁷ Così, V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, cit., p. 264, il quale puntualizza “ciò impedirà a concussori, istigatori o autori di peculato anche di denunciare (beneficiando della causa d’impunità) i nomi di eventuali concorrenti nel reato “proprio” da loro commesso”.

⁷⁸ Art. 2635 c.c. (Corruzione tra privati). Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, di società o enti privati che, anche per interposta persona, sollecitano o ricevono, per se’ o per altri, denaro o altra utilità non dovuti, o ne accettano la promessa, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la stessa pena se il fatto è commesso da chi nell’ambito organizzativo della società o dell’ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti di cui al precedente periodo.

2. Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma.

3. Chi, anche per interposta persona, offre, promette o dà denaro o altra utilità non dovuti alle persone indicate nel primo e nel secondo comma, è punito con le pene ivi previste.

4. Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell’Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura

risparmiato siffatta ipotesi criminosa dagli emendamenti apportati, abrogando, nello specifico il comma 5 dello stesso articolo e modificandone contestualmente la procedibilità divenuta, ora, d'ufficio.

L'esclusione di detta fattispecie appare certamente distonica rispetto agli obiettivi perseguiti dall'esimente e fa sorgere, sul punto, due diverse problematiche: la prima è quella della «differente risposta punitiva dell'ordinamento dinnanzi a condotte corruttive che, indipendentemente dal settore in cui si collocano, manifestano in ultima analisi, identiche potenzialità lesive in termini di distorsione della concorrenza e del libero mercato»⁷⁹. Al di là, infatti, della diversa cornice editale prevista nella corruzione tra privati rispetto agli altri tipi di corruzione "pubblica" è innegabile che alla base delle due previsioni vi sia la tutela del medesimo bene giuridico seppur con dimensioni differenti.

Sorge in proposito il quesito se questa non possa essere una palese violazione dell'articolo 3 della Costituzione, in cui il legislatore decide di trattare situazioni analoghe in maniera differente senza alcuna motivazione soddisfacente alla base.

La seconda problematica rilevata è sempre strettamente riconnessa al diverso modello preventivo e repressivo adottato nei due tipi di corruzione.

Da quanto emerge dalla normativa ad ora vigente è chiaro che il legislatore abbia preferito concedere l'impunità a coloro che denuncino tempestivamente e volontariamente la commissione di reati posti a tutela della libera concorrenza nelle procedure contrattuali di tipo pubblicistico⁸⁰, lasciando inalterato l'assetto punitivo per la corruzione privata. Alla luce di ciò, infatti, l'eventuale reo confesso autore della corruzione ex articolo 2635 c.c. non potrà beneficiare dell'esclusione della punibilità ma, tutt'al più, gli potrà essere riconosciuta una semplice circostanza attenuante in sede di giudizio⁸¹.

rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni.

5. [abrogato] Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi.

6. Fermo quanto previsto dall'articolo 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al *valore delle* utilità date, promesse o offerte.

⁷⁹ M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, cit., p. 1268.

⁸⁰ M. N. MASULLO, *IBIDEM*

⁸¹ Ad esempio, la circostanza attenuante prevista dall'articolo 62, comma 1, n. 6 secondo cui "attenua la pena [...] l'aver, prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni; o l'essersi, prima del giudizio e fuori del caso preveduto

Ora, entrambi i fenomeni corruttivi, pur essendo lesivi della concorrenza e del libero mercato, rimangono pur sempre differenti sul piano della portata offensiva. Mentre, infatti, le fattispecie di corruzione contenute nel Codice penale mirano alla tutela dell'attività amministrativa in generale, che si deve ispirare ai principi enucleati dall'articolo 97 della Costituzione, la corruzione tra privati è volta a tutelare il corretto funzionamento dei sistemi economici e dei mercati, in una logica di lecita competizione tra le imprese⁸².

Alla luce di ciò appare, però, del tutto irragionevole un beneficio così generoso concesso all'autore del reato di corruzione "pubblica" piuttosto che a quello di corruzione privata andando a garantire un trattamento privilegiato nei confronti del primo, palesemente più grave e lesivo, e mantenendo uno statuto punitivo nel complesso più rigoroso per quella tra privati⁸³ e per le ipotesi di micro-corruzione in generale.

Si ritiene che per l'esclusione dell'istigazione alla corruzione tra privati prevista dall'articolo 2635-bis c.c. possa valere lo stesso discorso fatto per l'istigazione alla corruzione ai sensi dell'articolo 322 c.p.

Il "grande assente"⁸⁴ dal catalogo dei reati previsti nella causa di non punibilità di cui all'articolo 323-ter c.p. è il delitto di traffico di influenze illecite previsto dall'articolo 346-bis c.p.; introdotto dalla stessa legge n. 3 del 2019, questo ha inglobato, con contestuale abrogazione, il delitto di millantato credito, precedentemente previsto dall'articolo 346 c.p.

nell'ultimo capoverso dell'articolo 56, adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato"

⁸² Così, S. SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale, i reati societari*, vol. II, Giappichelli editore, Torino, 2018, p. 129.

A tal proposito, osserva l'autore, che "si contendono il campo due modelli di incriminazione della corruzione privata, la cui differenza risiede nel destinatario dell'offesa: da un lato il modello lealistico, incentrato sulla violazione del rapporto fiduciario che vede come soggetto passivo il c.d. principale (identificabile nell'ente per il quale agisce il corrotto o nel datore di lavoro o, in genere, nel mandante) e, laddove la rilevanza del fatto sia legata alla produzione di un pregiudizio economico, conferisce al reato una connotazione patrimonialistica; dall'altro il modello pubblicistico, in base al quale la meritevolezza di pena della corruzione privata trova giustificazione nell'alterazione dei meccanismi concorrenziali e quindi nella lesione dell'ordinario andamento del sistema economico).

⁸³ In tal senso, M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, cit., p. 1268.

⁸⁴ Espressione ripresa da M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, cit.

Il reato di nuovo conio, come già precedentemente precisato, è stato dapprima ricompreso nell'originario disegno di legge, poi emendato in prima lettura, ma «le ragioni di questo ripensamento non risultano esplicate nella relazione e non sono di immediata percezione»⁸⁵.

La nuova fattispecie di traffico di influenze illecite, così come formulata, «rappresenta un'incriminazione anticipata dei reati di corruzione e dunque ben si inquadra in un disegno di regressione dell'offesa con tardiva salvaguardia del bene giuridico»⁸⁶.

La norma, inoltre, riproduce la struttura del “reato contratto” al pari della corruzione (pertanto coinvolge due soggetti), ma si presta a punire e reprimere le condotte prodromiche e “preparatorie”, prima che queste sfocino in corruzione vera e propria.

La struttura plurisoggettiva e la tutela anticipata a cui si ispira la norma sono elementi che avrebbero giustificato la possibilità di estendere la causa di non punibilità⁸⁷ alla fattispecie *de qua*, soprattutto alla luce del fatto che sarebbe stato logico prevedere un trattamento di favore nei confronti di colui che denunci volontariamente e tempestivamente il proprio comportamento anticipatore e preparatorio prima che questo sfoci in un fatto di corruzione.

Riservando, invece, il beneficio alle sole condotte già tradotte in accordi corruttivi, la causa di non punibilità troverà applicazione nelle ipotesi delittuose più gravi e non invece quando ne sia stato colto un segnale in una fase premonitrice; senza considerare che la conclusione del patto corruttivo potrebbe di fatto essere stata interdetta proprio dalla tempestiva denuncia di una mediazione illecita diretta a quel fine; respicenza alla quale tuttavia non viene dato alcun rilievo normativo in chiave di premialità⁸⁸.

Le problematiche non si limitano, però, ai soli delitti assenti dal catalogo dell'esimente, ma sorgono anche con riferimento a quelli previsti dalla norma stessa.

Posto quanto sopra detto, la scelta del legislatore è stata, quindi, quella di includere i c.d. reati contratto in cui i soggetti attivi sono più di uno (necessariamente

⁸⁵ M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, cit., p. 1267.

⁸⁶ M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, cit., p. 1268, (come dimostra la clausola di esclusione di cui al primo comma, ove si prevede che il reato si configura “fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli artt. 318, 319, 319-ter e nei reati di corruzione di cui all'art 322-bis)

⁸⁷ Così, R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art 323ter c.p.*, cit., p. 12.

⁸⁸ Così, M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, cit., p. 1268.

plurisoggettivi). Distonica rispetto a questo orientamento la previsione di delitti che, seppur gravemente lesivi, sono palesemente monosoggettivi; ci si riferisce nello specifico alla turbata libertà degli incanti⁸⁹ di cui all'articolo 353⁹⁰ c.p. e alla turbata libertà del procedimento di scelta del contraente ex articolo 353-bis⁹¹ c.p.; dette fattispecie possono sì essere commesse in concorso con altri e soprattutto con funzionari pubblici, ma in astratto tale situazione può anche non verificarsi⁹². Se, ad esempio, si considera la turbata libertà degli incanti, non è difficile notare che questa è una fattispecie di pericolo, pertanto il reato si consuma indipendentemente dal risultato della gara che si vuole influenzare; in tal caso ci si troverebbe nella situazione in cui l'agente potrebbe decidere di autodenunciarsi (limitandosi a fornire indicazioni utili per assicurare la prova del fatto), senza essere riuscito nemmeno ad influenzare l'andamento di una gara ad evidenza pubblica, pur avendo posto in essere la condotta tipica. Con tale contegno si soddisferebbero gli obblighi previsti in astratto dall'articolo 323-ter c.p., ma non si apporterebbe alcun vantaggio concreto all'attività investigativa⁹³.

Di diverso avviso invece altra parte della dottrina, che cercando di dare un'interpretazione conforme alla *ratio legis*, esclude l'operatività dell'esimente limitatamente ai fatti di turbata libertà degli incanti e turbata libertà del procedimento

⁸⁹ La giurisprudenza ha escluso che si tratti di reato a concorso necessario; così Cass. Sez. VI, 11 giugno 1998, 544 con nota adesiva di G. AMATO, *Puntualizzazioni giurisprudenziali in tema di turbata libertà degli incanti*. Potrebbe, invece, essere considerata necessariamente plurisoggettiva la fattispecie di astensione dagli incanti di cui all'art 544 c.p., poiché l'astensione dagli incanti avviene a seguito di dazione o promessa di denaro o di altra utilità e chi dà o promette sembra potersi qualificare come concorrente necessario nel reato.

⁹⁰ Art. 353 c.p. (Turbata libertà degli incanti) Chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032.

Se il colpevole è persona preposta dalla legge o dall'autorità agli incanti o alle licitazioni suddette, la reclusione è da uno a cinque anni e la multa da euro 516 a euro 2.065.

Le pene stabilite in questo articolo si applicano anche nel caso di licitazioni private per conto di privati, dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata; ma sono ridotte alla metà.

⁹¹ Art. 353-bis c.p. (Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente) Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032.

⁹² Così, R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art 323ter c.p.*, cit., p. 12.

⁹³ Così, R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art 323ter c.p.*, cit., p. 13.

di scelta del contraente commessi con violenza o minaccia e il cui accertamento è affidato non all'apporto dichiarativo del soggetto che receda dal patto, ma alla denuncia del soggetto (evidentemente estraneo al reato) che abbia subito la violenza o la minaccia finalizzate alla turbativa del procedimento ⁹⁴.

È innegabile che rimane un evidente cortocircuito logico in cui è inspiegabilmente caduto il legislatore: da una parte, infatti, ha escluso la non punibilità per i reati di istigazione alla corruzione, dall'altra, erroneamente, ha inserito taluni reati con carattere spiccatamente monosoggettivo⁹⁵.

⁹⁴ In tal senso, F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art 323-ter c.p.*, cit., p. 6. Secondo l'autore, infatti, "solo così non appare casuale che la causa di non punibilità non si applichi, da un lato, ai reati corruttivi di norma monosoggettivi, quali le diverse figure di istigazione alla corruzione di cui all'art 322 c.p. né che si applichi ai reati contro la pubblica amministrazione su base costrittiva, quale tipicamente l'art. 317 c.p."

⁹⁵ Così, R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art 323ter c.p.*, cit., p. 13.

5. La (auto)denuncia come elemento di emersione del patto corruttivo e la messa a disposizione dell'utilità percepita.

Elemento fondamentale per l'operatività della causa di non punibilità di cui all'art 323-ter c.p. è la denuncia⁹⁶ del fatto di reato. L'ultima parte del primo comma, invero, espressamente prevede che non è punibile chi “prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili”.

Da quanto emerge dalla fattispecie, la denuncia è vista, nella discrezionale valutazione del legislatore, come una contro-azione necessaria alla repressione dell'illecito e giustificativa dell'impunità del denunciante⁹⁷.

Soffermandosi sulle caratteristiche che la dichiarazione proveniente dal reo deve avere, la prima è sicuramente la volontarietà.

Il significato attribuibile a detta espressione è semplicemente quello di una libera scelta di autodeterminazione non condizionata da fattori esterni⁹⁸ e non va confuso con il concetto di spontaneità, non richiesto dalla norma in esame.

Secondo parte della dottrina⁹⁹, infatti, il concetto di volontarietà non equivale a piena spontaneità o sincero ravvedimento, ma si limita alla semplice scelta di non proseguire l'azione criminosa operata in una situazione di libertà interiore, indipendente da circostanze esterne che rendono irrealizzabile o troppo rischioso il proseguimento dell'azione criminosa¹⁰⁰.

⁹⁶ “Il termine denuncia non deve essere inteso in senso restrittivo e cioè come un atto che abbia le caratteristiche previste dall'articolo 333 c.p.p., ritenendosi, invece, sufficiente anche una dichiarazione resa al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria “nella forma delle spontanee dichiarazioni ex articolo 350 c.p.p.”” ci si riferisce a due direttive emesse dalla Procura di Napoli e Roma con destinatari la polizia giudiziaria, rispettivamente in data 20 febbraio 2019 e 21 febbraio 2019.

⁹⁷ Così F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art 323-ter c.p.*, cit., p. 7.

⁹⁸ In tal senso, V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., p. 265.

Il riferimento alla volontarietà della denuncia quale scelta libera e scevra da condizionamenti esterni è inoltre coerente con i limiti temporali previsti per la presentazione della denuncia stessa, quale appunto la mancata conoscenza di un'indagine giudiziaria a proprio carico in corso. Sul punto M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, cit., p. 1269.

⁹⁹ Ci si riferisce a D. PIVA, *Le sfide del DDL anticorruzione: effettività, proporzione e rieducazione all'insegna del “chi sbaglia paga, l'onestà conviene”*, in *Giur. Pen. Web*, 2018, p. 2.

¹⁰⁰ Cfr., solo tra le più recenti, Cass., Sez. IV, 13 febbraio 2018, n. 12240, in *dejure.giuffre.it*; Sez. II, 29 gennaio 2014, n. 7036, ivi; Sez. II, 29 settembre 2009, n. 41484, ivi.

«Il riferimento alla volontarietà e non alla spontaneità non esclude che l'autoincolpazione possa essere ricollegata a motivazioni anche opportunistiche e che non siano necessariamente il frutto di un vero e proprio pentimento morale»¹⁰¹.

La specificazione della clausola limitativa modale non è del tutto casuale; questa risiede proprio nella volontà di avvicinare l'operatività della causa di non punibilità in questione alla funzione social preventiva del diritto penale¹⁰².

La definizione succitata risulta, inoltre, coerente con la *ratio* sottesa dall'esimente, la quale promuove una rinuncia alla punibilità alla stregua di un apporto dichiarativo non assimilabile al pentitismo.

Per quanto attiene al contenuto della denuncia questa deve “fornire indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili” escludendo pertanto dall'ambito di applicazione dell'esimente tutti quei contributi di natura dichiarativa che non agevolino le indagini.

«L'apporto informativo deve ampliare in termini significativi, e su temi non secondari, il compendio probatorio a disposizione degli inquirenti anche ai fini dell'individuazione di altri responsabili e degli elementi (o delle fonti di prova) a loro carico che possano corroborare e riscontrare le propalazioni accusatorie del collaborante»¹⁰³.

Ci si chiede allora se le indicazioni utili e concrete debbano essere date tutte in una volta o se è possibile per il reo fornire informazioni in più *tranche*. La norma, dopo aver segnalato i limiti temporali entro cui deve pervenire la denuncia, nulla dice al riguardo.

La risposta può essere data per via interpretativa; secondo la dottrina il primo apporto dichiarativo è quello fondamentale. Il denunciante, infatti, deve fornire in prima battuta il minimo indispensabile per ricostruire in modo sufficientemente preciso la vicenda criminosa in ogni suo aspetto ed individuare tutti i suoi autori; eventuali maggiori

¹⁰¹ R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art 323ter c.p.*, cit., p. 16.

¹⁰² In tal senso, L. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, cit., p.16

¹⁰³ F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art 323-ter c.p.*, cit., p. 7.

dettagli potranno anche essere forniti nei successivi interrogatori, condotti dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero¹⁰⁴.

«Ciò che conta, però, è che la collaborazione permanga sino a che essa non sia definitivamente acquisita nel processo in cui rileva»¹⁰⁵.

Da quanto finora detto, emerge una forte assonanza tra la denuncia richiesta dall'esimite in parola e le varie condotte di collaborazione processuale tipiche dei collaboratori di giustizia in materia di criminalità organizzata¹⁰⁶.

Sicuramente, qualora ci si trovasse di fronte ad una situazione del genere, il primo passo da fare sarà quello di iscrivere la notizia di reato¹⁰⁷ nel registro degli indagati ai sensi dell'articolo 335 c.p.p. affinché l'autorità giudiziaria sia messa nella posizione di poter accertare che il reato denunciato sia stato effettivamente commesso e che la denuncia non sia solo uno strumento ritorsivo nei confronti del pubblico funzionario¹⁰⁸.

Si ritiene, poi, che al pari di una chiamata di correo, la veridicità della dichiarazione del denunciante vada vagliata dall'organo giudicante alla stregua dei principi previsti dall'articolo 192 commi 3 e 4 c.p.p.¹⁰⁹, questo consentirà di corroborare quanto preliminarmente detto dal collaboratore con tutti gli elementi di prova raccolti durante le investigazioni al fine di avvalorarne l'attendibilità¹¹⁰.

¹⁰⁴ Cfr., R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art 323ter c.p.*, cit., p. 16.

Rilevano ancora gli autori che “nemmeno si può ritenere preclusa, dalla dizione letterale, la presentazione per lo stesso episodio criminoso di più denunce, in tempi ovviamente molto ravvicinati, della *notizia criminis*, nel registro di cui all'art 335 c.p.p.”

¹⁰⁵ F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art 323-ter c.p.*, cit., p. 8.

¹⁰⁶ Così, L. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, cit., p.19

¹⁰⁷ Una delle principali critiche addotte alla Proposta di Cernobbio riguardava il contrasto con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art 122 Cost., laddove in presenza di una causa di non punibilità per l'autore del reato, si fosse impedito al pubblico ministero di iscriverlo nel registro degli indagati.

¹⁰⁸ Così, L. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, cit., p. 20.

¹⁰⁹ Art. 192, commi 3 e 4 (valutazione della prova) 3. Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità.

4. La disposizione del comma 3 si applica anche alle dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'articolo 371 comma 2 lettera b).

¹¹⁰ Sul punto, C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, p. 312 secondo cui “l'art 192 comma 3 c.p.p. esprime la diffidenza del legislatore circa la credibilità delle dichiarazioni provenienti dal coimputato o dall'imputato del reato connesso: tali dichiarazioni, pur essendo ontologicamente classificabili come prove rappresentative, non sono tuttavia utilizzabili come

Ferma restando l'operatività dell'esimente nei confronti del denunciante, è necessario capire quale ruolo svolgerà quest'ultimo all'interno del processo per il fatto criminoso da questo confessato¹¹¹.

Come rilevato in precedenza è necessario che la collaborazione permanga fino al momento processuale in cui debba essere acquisita e pertanto fino a quando il collaboratore non venga "chiamato alla sbarra".

Data, però, la sua attiva partecipazione al fatto di cui si discute (nonostante il suo ripensamento successivo) e all'espreso richiamo fatto ai principi in materia di valutazione della prova, si può basilarmente concludere che questo sarà un c.d. testimone assistito ex art 197-bis c.p.p.¹¹²

Quanto detto finora non basta ai fini della concessione dell'impunità. Il legislatore ha, infatti, richiesto un contegno ulteriore al denunciante affinché questo possa beneficiare dell'esimente.

L'articolo 323-ter c.p. subordina la non punibilità del denunciante alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per

testimonianze per espreso divieto di legge, in quanto provenienti da soggetti che, soprattutto laddove aspirino alla concessione di una circostanza attenuante speciale, hanno un ovvio interesse ad accusare altri".

¹¹¹ Posto che il denunciante sia stato destinatario dell'avviso di cui all'art. 64, comma 3, lett. C c.p.p. Così L. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, cit., p. 21.

¹¹² Articolo 197-bis c.p.p. (Persone imputate o giudicate in un procedimento connesso o per reato collegato che assumono l'ufficio di testimone.) 1. L'imputato in un procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12 o di un reato collegato a norma dell'articolo 371, comma 2, lettera b), può essere sempre sentito come testimone quando nei suoi confronti è stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444. 2. L'imputato in un procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12 comma 1, lettera c), o di un reato collegato a norma dell'articolo 371, comma 2, lettera b), può essere sentito come testimone, inoltre, nel caso previsto dell'articolo 64, comma 3, lettera c).

3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 il testimone è assistito da un difensore. In mancanza di difensore di fiducia è designato un difensore di ufficio.

4. Nel caso previsto dal comma 1 il testimone non può essere obbligato a deporre sui fatti per i quali è stata pronunciata in giudizio sentenza di condanna nei suoi confronti, se nel procedimento egli aveva negato la propria responsabilità ovvero non aveva reso alcuna dichiarazione. Nel caso previsto dal comma 2 il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti che concernono la propria responsabilità in ordine al reato per cui si procede o si è proceduto nei suoi confronti. 5. In ogni caso le dichiarazioni rese dai soggetti di cui al presente articolo non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese nel procedimento a suo carico, nel procedimento di revisione della sentenza di condanna ed in qualsiasi giudizio civile o amministrativo relativo al fatto oggetto dei procedimenti e delle sentenze suddette.

6. Alle dichiarazioni rese dalle persone che assumono l'ufficio di testimone ai sensi del presente articolo si applica la disposizione di cui all'articolo 192, comma 3.

individuare il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma.

La *ratio* alla base di questa scelta sta nel fatto che ogni beneficio conseguente al fatto corruttivo deve essere annullato sia con la confisca della tangente in capo al pubblico agente sia con l'eliminazione di ogni vantaggio del privato conseguito con la corruzione, in quanto è proprio su questi beni che deve incentrarsi l'intervento penale di restaurazione del bene leso eliminando ogni effetto della corruzione¹¹³.

Prima, però, di addentrarsi nella specificazione di cosa si intenda per utilità percepita, appare opportuno rilevare preliminarmente alcune problematiche del comma in esame in un'ottica di coerenza con le altre condizioni di applicabilità richieste dalla norma stessa.

Si è già detto che l'esimente, stante il suo trattamento di favore, può essere estesa anche alla forma tentata dei delitti catalogati nel primo comma; ciò posto, appare certamente distonica la richiesta di messa a disposizione di un'utilità derivante da un reato non perfezionato e che si sia arrestato allo stadio del tentativo. Si pensi ad esempio alla tentata corruzione¹¹⁴.

In detta ipotesi non si perviene ad un vero e proprio *pactum sceleris* in quanto la trattativa in corso tra il soggetto pubblico e il soggetto privato fallisce e non si perfeziona per cause indipendenti dalla volontà dei paciscenti¹¹⁵. A questo punto, è chiaro che tra le parti non vi sia stato alcuno scambio, pertanto è difficile immaginare la consegna di un'utilità che all'atto pratico non è stata percepita. Alla luce di ciò sembrerebbe più logico escludere dal novero dei reati le fattispecie in forma tentata perché, anche qualora il reo si trovasse nella condizione di volersi autodenunciare, gli

¹¹³ Così, G. COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, cit., 2018, p. 389

¹¹⁴ È ancora dibattuta la questione sulla configurabilità del tentativo nei reati di corruzione. Ai fini della trattazione si accoglie la tesi secondo cui è ammissibile un c.d. tentativo bilaterale.

In tal senso, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei pubblici ufficiali*, commentario sistematico, GIUFFRÈ editore, quarta edizione, 2019, pp. 172-173 secondo cui in presenza di una trattativa tra i due soggetti, infatti, si versa fuori dell'art 322 c.p., in quanto entrambe le parti svolgono un loro ruolo [...]. Nei casi di trattativa fallita, quando vi siano state tra i due protagonisti un'offerta e una controfferta, entrambi i soggetti, avendo compiuto atti idonei e diretti in modo non equivoco a raggiungere un accordo corruttivo che non sono poi riusciti a concludere, risulteranno punibili in base all'art 56 c.p.

¹¹⁵ Così, R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, tomo I (artt. 241-452), NEL DIRITTO editore, 2015, p. 232.

sarebbe comunque preclusa l'applicabilità dell'esimente stante l'impossibilità di mettere a disposizione l'utilità percepita in quanto inesistente.

Altro problema riguarda come è possibile conciliare la messa a disposizione dell'utilità con i reati che si perfezionano e si consumano a prescindere dallo "scambio di favori"; emblematico è l'esempio della corruzione (senza necessità di distinguere i vari tipi ad oggi vigenti).

Secondo un risalente indirizzo giurisprudenziale¹¹⁶, la consumazione del delitto di corruzione è caratterizzata dal c.d. duplice schema: nel caso della promessa accettata dal pubblico ufficiale, la ricezione della dazione successiva alla promessa segnerebbe la consumazione del reato (schema principale); quando invece la promessa non sia poi adempiuta, il momento consumativo resterebbe quello dell'accettazione di essa (schema sussidiario)¹¹⁷. In questa seconda ipotesi il delitto di corruzione è perfezionato e consumato, ma non vi è stato lo scambio; pertanto, è necessario capire quale dovrebbe essere l'utilità da mettere a disposizione. Non vi sarebbero dubbi qualora a seguito della promessa sia stato effettuato il pagamento della tangente, in tal caso sarà la somma di denaro l'utilità da consegnare. Ma, se a seguito di una stretta di mano la promessa non sia stata suggellata da alcun mercimonio, è difficile per il denunciante beneficiare dell'impunità perché anche qui non verrebbe soddisfatta la seconda condizione richiesta dall'art 323-ter c.p.

Allo stesso modo non si può non considerare l'ipotesi in cui l'oggetto dello scambio non sia una tangente o una somma di denaro in generale, ma una prestazione particolare magari non suscettibile di valutazione economica. Si pensi, ad esempio, ad una prestazione di natura sessuale; in tal caso è difficile tradurre in termini monetari questo tipo di "utilità" percepita e, come per i casi precedenti, al denunciante sarà preclusa l'esimente per mancanza di una delle condizioni.

In assenza di un intervento legislativo chiarificatore, dovrà essere la giurisprudenza a "sbrogliare la matassa".¹¹⁸

¹¹⁶ Cass., Sez. un. 21 aprile 2010, n. 246.583, C. 27 gennaio 2017, n. 269501

¹¹⁷ Così, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei pubblici ufficiali*, commentario sistematico, cit., p. 164-165.

¹¹⁸ Cfr., R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art 323ter c.p.*, cit., p. 18.

Gli autori ritengono "ipotizzabile, in modo da non rendere impossibile l'applicazione della norma, in base al noto brocardo ad *impossibilia nemo tenetur*, che in tutti i casi in cui l'utilità non sia in alcun

La disposizione in esame, inoltre, appare tarata esclusivamente sulle fattispecie corruttive o paracorruttive, mostrandosi del tutto inadeguata a ricomprendere nella sua sfera di operatività le altre fattispecie non connotate tipicamente in termini di “utilità percepita” in chiave di corrispettivo per l’attività prestata, rispetto alle quali non pare dunque operare un’interpretazione estensiva¹¹⁹.

Ritornando all’analisi del secondo comma, oltre i dubbi afferenti alle condizioni di applicabilità, desta perplessità anche la terminologia utilizzata dallo stesso legislatore, il quale, sembra riferirsi al solo soggetto pubblico, dimenticandosi di aver previsto la causa di non punibilità per entrambe le parti del reato contratto¹²⁰.

Innanzitutto, occorre rilevare che la norma impone la restituzione di quanto percepito, non quindi la restituzione del *pactum sceleris*, ma solo una parte dello stesso, ovverosia quanto ha ricevuto chi ha denunciato¹²¹.

Tenuto conto di ciò, la *voluntas legis* di riferirsi all’utilità percepita risulta in contrasto con i destinatari propri dell’esimente; è noto che il concetto di utilità abbia un’accezione puramente pubblicistica. Nei reati contro la pubblica amministrazione, infatti, detta terminologia identifica il solo vantaggio conseguito dal pubblico ufficiale o dall’incaricato di un pubblico servizio¹²² ed appare, invero, non conciliabile con quanto incamerato dal soggetto privato, restando per lui preclusa, a questo punto, la possibilità di beneficiare dell’impunità.

Sul punto vi sono diverse correnti di pensiero: secondo una parte della dottrina, che sembra prediligere un’interpretazione letterale, gli emendamenti apportati alla norma non hanno modificato i diversi obblighi richiesti ai destinatari, pertanto, solo i pubblici

modo monetizzabile, si possa prescindere dalla restituzione, senza con ciò incidere sulla possibilità di godere dell’impunità”.

¹¹⁹ Così, M. N. MASULLO, *L’emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, cit., p. 1271.

¹²⁰ Va ricordato che l’originario disegno di legge, poi emendato, disponeva che “la punibilità del pubblico ufficiale, dell’incaricato di pubblico servizio o del trafficante di influenze illecite” fosse “subordinata alla messa a disposizione dell’utilità percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente” tenendo anche conto del fatto che il vecchio ddl includeva nel catalogo dei reati anche il traffico di influenze illecite di cui all’art 346-bis c.p.

¹²¹ Così, L. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, cit., p.18.

Per completezza si ricorda che la Proposta di Cernobbio del 1994 prevedeva, diversamente, la restituzione da parte del corrotto di quanto ricevuto, e la messa a disposizione di una somma pari a quanto versato da parte del corruttore.

¹²² In tal senso, F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l’inedita causa di non punibilità di cui all’art 323-ter c.p.*, cit., p. 9.

agenti collaboranti sarebbero onerati della messa a disposizione dell'utilità, mentre ai privati non è richiesto alcun contegno successivo alla denuncia¹²³.

Detta tesi «risulta coerente sia con l'intero sistema che si sta delineando a seguito delle (continue) riforme in materia di corruzione»¹²⁴ sia con la prassi fenomenologica sottostante: a seguito di un patto corruttivo già concluso, il corruttore ha già pagato, per cui non sarebbe equo imporgli una ulteriore prestazione di carattere economico. In conclusione, il soggetto privato sembra essere destinatario dell'obbligo di "indicazione di elementi utili per individuarne il beneficiario effettivo", tenendo, di conseguenza, un comportamento meramente collaborativo che consenta agli inquirenti di intervenire per acquisire l'utilità con gli strumenti coercitivi previsti dal codice di procedura penale, quali la perquisizione o il sequestro¹²⁵.

Di diverso avviso è altra parte della dottrina che, riconoscendo nell'interpretazione letterale un trattamento differente tra soggetto pubblico e soggetto privato, avalla la tesi secondo cui la disposizione di cui al comma 2 non fa distinzione tra i denunciati, a seconda della veste pubblicistica ovvero privatistica, per cui sembra ragionevole interpretare tale espressione come corrispondente alla nozione di prezzo o profitto (provento) del reato¹²⁶.

A prescindere dalla tesi che si preferisce condividere, qualora non sia possibile mettere a disposizione l'utilità percepita, l'art 323-ter c.p. concede la possibilità di adempiere all'obbligo richiesto dalla norma e di beneficiare conseguentemente dell'impunità, o

¹²³ Cfr., F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art 323-ter c.p.*, cit., p. 9. Ad avviso dell'autore "l'eventuale vantaggio conseguito dal privato denunciante per effetto della condotta illecita è revocabile attraverso i comuni rimedi amministrativi o civilistici: l'ordinamento appresta quindi azioni atte ad impedire la stabilizzazione del profitto in capo al privato denunciante".

¹²⁴ R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art 323ter c.p.*, cit., p. 18. (in particolare, il riferimento va all'introduzione della nuova ipotesi di riparazione pecuniaria introdotta nel 2015 che consiste in un adempimento imposto al solo corrotto, sul presupposto che è il soggetto che ha ricevuto l'illecita mercede)

¹²⁵ Così, R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art 323ter c.p.*, cit., pp. 18-19.

¹²⁶ Cfr., V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., p. 266. Sul punto anche, L. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, cit., p. 19 secondo cui forse sarebbe risultato più agevole subordinare l'applicabilità della causa di impunità al più lato ed attinente concetto di "profitto" del reato, così come definito dalle SS.UU, ed in coerenza con le relative misure ablatorie in ambito di delitti avverso la P.A."

mediante una forma di “risarcimento per equivalente”¹²⁷ ovvero mediante la messa a disposizione di “elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo”.

Bisogna rilevare, anzitutto, che spesso e volentieri l’oggetto del mercimonio può consistere in un *facere* reciproco; in tal caso, si dovrà pervenire ad una “stima monetaria” della prestazione effettuata o promessa¹²⁸, ricordando che il procedimento di valutazione economica e la contestuale messa a disposizione della somma debbono pervenire in tempi brevissimi così come indicato dalla norma.

Il denunciante, a questo punto, può consegnare nelle mani dell’Autorità giudiziaria la somma di denaro equivalente all’utilità percepita o, in subordine, qualora ne sia impossibilitato, può fornire elementi utili e concreti ad individuare l’effettivo beneficiario.

Agli occhi degli interpreti questa equiparazione tra le modalità di soddisfacimento della condizione richiesta appare assai azzardata. Da una parte, infatti, si richiede una prestazione di natura patrimoniale che comporta, *in primis*, un parziale ripristino della situazione *ex ante* in quanto il denunciante è spogliato dell’illecito vantaggio¹²⁹ (in quanto a lui non dovuto) e, *in secundis*, i soggetti coinvolti rimangono denunciante, corrotto o corruttore (a seconda di chi ha presentato la denuncia) e l’autorità giudiziaria. Dall’altra parte, però, qualora ciò non sia possibile, quel che viene richiesto è un apporto di natura dichiarativa purché le indicazioni in esso contenute siano utili e concrete ai fini investigativi per individuare il vero beneficiario. In questo secondo caso il collaboratore non subisce alcuno “spoglio”, potendo questo verificarsi solo nei confronti del terzo risultato l’effettivo beneficiario del patto corruttivo.

È lecito, dunque, domandarsi che cosa accade quando, a seguito dell’indicazione dei beneficiari effettivi, non si riesca comunque a recuperare l’utilità percepita. Per dare una risposta al quesito si può fare affidamento sulla *littera legis*, la quale suppone ragionevolmente l’inoperatività della causa di non punibilità¹³⁰.

¹²⁷ L. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, cit., p. 19

¹²⁸ Così, L. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, cit., p. 18

¹²⁹ Per T. PADOVANI, *La spazzacorrotti, riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. Pen.* Fascicolo 3, 2018, p. 6 questa è la regressione dell’offesa.

¹³⁰ Così, L. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, cit., p. 19

6. La collaborazione non tempestiva: un raffronto tra l'articolo 323-ter c.p. l'articolo 323-bis c.p.

Affinché il denunciante possa beneficiare della causa di non punibilità di cui all'art 323-ter c.p. è necessario che le condizioni richieste dalla norma siano soddisfatte entro certi limiti temporali: o prima che il soggetto abbia avuto notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a fatti criminosi previsti dall'articolo stesso o, comunque, entro il termine di quattro mesi dalla commissione del fatto di reato¹³¹.

Il termine di "decadenza" previsto dalla c.d. spazzacorrotti risulta essere un giusto compromesso tra il termine concesso dalla proposta Azzaro e quello concesso dal progetto Cernobbio.

Come precedentemente visto, infatti, il primo prevedeva per il ravvedimento del solo corruttore (privato), entro un anno dalla consumazione del fatto e comunque prima che fosse esercitata l'azione penale nei suoi confronti o il fatto fosse stato esposto in una denuncia o un rapporto di p.g.¹³², mentre, l'esimente "cernobbiana", assai meno generosa, proponeva tre mesi dalla commissione del fatto o comunque prima che la notizia fosse iscritta a carico del reo nel registro generale.

Dalla lettura del primo comma della causa di non punibilità "di nuovo conio" emerge che il denunciante deve far pervenire la sua dichiarazione prima che questo abbia notizia dello svolgimento di indagini a suo carico (in relazione alla commissione di uno dei fatti elencati dallo stesso comma). Alla luce di ciò si ritiene, pertanto, irrilevante l'eventuale iscrizione del nominativo dell'interessato nel registro degli indagati di cui all'articolo 335 c.p.p.¹³³ essendo sufficiente che il denunciante non sappia di questa iscrizione. Qualora, infatti, questo sia già al corrente delle indagini in corso, il "ravvedimento" sarebbe impedito, sia perché andrebbe ad incidere sulla volontarietà della decisione di denunciare, sia perché ne farebbe venir meno l'utilità concreta, poiché, come ampiamente detto in precedenza, la *ratio* della norma è quella di far emergere notizie di reato ignote agli inquirenti¹³⁴.

¹³¹ Il disegno di legge, successivamente emendato, prevedeva inizialmente un semestre di tempo per il ravvedimento, poi il termine è stato ridotto a quattro mesi che decorrono dalla commissione del fatto.

¹³² Così, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei pubblici ufficiali*, commentario sistematico, cit., p. 395

¹³³ Così, F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art 323-ter c.p.*, cit., p. 7

¹³⁴ Di questo avviso, R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art 323ter c.p.*, cit., p. 15

Ci si chiede se l'avvenuta conoscenza di essere sottoposto ad investigazione debba avvenire tramite una notizia formale, quale appunto l'informazione di garanzia ex articolo 369 c.p.p. oppure se sia bastevole la conoscenza anche per via indiretta (mezzo stampa o illecita fuga di notizie). La norma nulla dice al riguardo, ma tenuto conto del fine ultimo a cui tende l'esimente, si ritiene che la soluzione preferibile sia quella più ampia.

Se, invero, si desse valore alla sola conoscenza avvenuta per via "ufficiale" si andrebbe a garantire l'impunità anche a soggetti che, consci delle indagini a loro carico, facciano pervenire una denuncia non volontaria, ma interessata. Se così non fosse, infatti, basterebbe "il fiuto del vento infido" a stimolare entrambe le parti del *pactum sceleris* a denunciare l'avvenuta commissione del reato, con contestuale impunità dei collaboranti¹³⁵.

A questo punto, ovviamente, sarà la pubblica accusa a dover provare in sede di giudizio l'effettiva conoscenza da parte del reo delle indagini nei suoi confronti¹³⁶.

Per quanto attiene al secondo limite temporale richiesto dalla norma, questo circoscrive indirettamente il primo. La limitazione è confermata dalla congiunzione "e" utilizzata nella formulazione della fattispecie: non basta che il reo non sappia delle indagini a suo carico, ma è, inoltre, necessario che non siano trascorsi più di quattro mesi dalla commissione del fatto¹³⁷.

Non sempre, però, la previsione di un termine entro il quale presentare la denuncia risulta efficace ad assicurare la non punibilità. Così facendo il legislatore ha previsto un quadrimestre, arco temporale assai breve, entro cui debbono mettersi in moto i meccanismi di "ravvedimento morale" del reo che vadano poi a sfociare nella sua autodenuncia volontaria. Meccanismi che «non hanno scadenza, né si può pensare possano intervenire in tempi così brevi»¹³⁸.

¹³⁵ Così, T. PADOVANI, *La spazzacorrotti, riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., p. 7

¹³⁶ In tal senso, R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art 323ter c.p.*, cit., p. 15 i quali puntualizzano che "la notizia per quanto appresa in modo informale deve essere, però, abbastanza precisa."

¹³⁷ Secondo, M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, cit., p. 1269 il termine di quattro mesi è "da doversi considerare l'unico realmente operativo".

¹³⁸ G. COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, cit., 2018, p. 389. L'autore puntualizza inoltre che lo scopo del termine di quattro mesi è quello di "riconoscere (e favorire) la tutela del bene che, per le caratteristiche peculiari della lesione considerata, può attuarsi anche in tempi decisamente più lunghi".

Un aspetto non del tutto chiaro è cosa si debba intendere per commissione del fatto; sicuramente la norma sembra evocare il momento consumativo del reato¹³⁹, ma anche così la questione non sembra risolta, anzi, apre la strada ad ulteriori problematiche.

Innanzitutto, tenuto conto delle fattispecie a cui si riferisce l'esimente, si ripropone il quesito di quando le figure di corruzione possano ritenersi perfezionate e consumate.

Si è già detto che «l'orientamento giurisprudenziale consolidato propenda per la tesi a consumazione prolungata»¹⁴⁰ (c.d. duplice schema) e che quindi il loro momento perfezionativo e consumativo può variare a seconda che alla promessa sia seguita o meno la dazione. A seconda, invero, dello schema che si palesa (principale o secondario) si avrà uno spostamento in avanti della consumazione poiché il momento della promessa può non coincidere con il momento del sinallagma.

In questo modo, però, si avrebbe «una indubbia dilatazione dei tempi concessi all'area della premialità che potrebbe, per tale via, spingersi ben oltre gli stessi limiti immaginati dal legislatore»¹⁴¹.

L'introduzione della causa di non punibilità *de qua*, non ha comportato alcuna modifica della circostanza attenuante disciplinata dal secondo comma dall'articolo 323-bis c.p. consentendo all'autore del reato di beneficiare di un trattamento di favore, seppur minore rispetto all'impunità, qualora adotti un contegno "virtuoso" in tempi successivi da quelli previsti dall'articolo 323-ter c.p.

L'attenuante è così formulata: "Per i delitti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis, per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite, la pena è diminuita da un terzo a due terzi".

Sul punto ancora, R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art 323ter c.p.*, cit., p. 14 secondo cui "il termine quadrimestrale dovrebbe assicurare, in primo luogo, che la "regressione dell'offesa" sia utile, perché tempestiva e realizzata prima del consolidarsi degli effetti del reato; *in secundis*, che il comportamento successivo appaia comunque come un'osservanza, sia pur tardiva, del precetto ignorato o violato in precedenza.

¹³⁹ Così, M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, cit., p. 1269

¹⁴⁰ M. N. MASULLO, *IBIDEM*

¹⁴¹ M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, cit., pp. 1269-1270.

Va precisato che la circostanza attenuante soggettiva¹⁴² ivi descritta è ad «effetto speciale ed “estrinseca” cioè estranea al fatto, in quanto imperniata sulla condotta collaborativa *post delictum*, fruibile tanto dall'*intraneus* che dall'*extraneus* della p.a.»¹⁴³.

Sebbene non sia stato previsto un termine entro il quale l'autore del reato debba tenere le precise condotte di collaborazione postuma, si ritiene che queste possano dispiegarsi non soltanto prima del giudizio, bensì sino al suo complessivo e definitivo esito¹⁴⁴.

Raffrontando i cataloghi dei reati previsti dalla circostanza attenuante e dalla causa di non punibilità si nota che sono pressoché sovrapponibili; l'unica fattispecie prevista nel 323-bis c.p. che non compare nella lista di cui al 323-ter c.p. è l'istigazione alla corruzione ex articolo 322 c.p.

Dato il richiamo fatto dall'attenuante anche alla fattispecie unilaterale di istigazione alla corruzione, non risulta chiaro il motivo per cui il legislatore abbia voluto escludere dei reati che *prima facie* sembrerebbero non essere in contrasto con la ratio propria della circostanza; ci si riferisce nello specifico al delitto di concussione ex articolo 317 c.p. e al delitto di peculato ex articolo 314 c.p., in questo modo il reo non potrà beneficiare dello sconto di pena qualora ad esempio indicasse i nomi di eventuali concorrenti nel reato “proprio” da lui commesso¹⁴⁵.

Per coerenza sistematica, infine, l'articolo 322-bis c.p., sebbene sia richiamato integralmente, non va interpretato in tal senso. L'attenuante infatti potrà essere riconosciuta solo per le fattispecie bilaterali o a concorso necessario, escludendo i delitti di peculato e concussione commessi da pubblici agenti UE.¹⁴⁶

La circostanza mitigatrice di cui si discute rientra, inoltre, tra le c.d. attenuanti “premiali”, poiché si fonda su quei comportamenti del reo di natura risarcitoria,

¹⁴² “In quanto denoterebbe minore capacità a delinquere” di tale avviso, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei pubblici ufficiali*, commentario sistematico, cit., p. 392

¹⁴³ V. MONGILLO, *Le riforma in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in *DPC.*, 2015, p. 9

¹⁴⁴ Così, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei pubblici ufficiali*, commentario sistematico, cit., p. 392

¹⁴⁵ Così, V. MONGILLO, *Le riforma in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, cit., p. 12

¹⁴⁶ V. MONGILLO, *IBIDEM*

riparatoria o di collaborazione processuale, posti in essere a seguito della commissione di un reato¹⁴⁷.

È evidente che il modello seguito dal legislatore del 2015 per la creazione dell'attenuante non è nuovo. Quest'ultimo, infatti, ne ha plasmato la struttura seguendo la tecnica della legislazione d'emergenza di tipo premiale che, negli ultimi quarant'anni, ha spiegato i suoi effetti in diversi ambiti del diritto penale, soprattutto nella lotta alla criminalità organizzata¹⁴⁸.

Il fine ultimo della norma sembra essere quello di “abbattere il muro di omertà che avvolge le fattispecie criminose di corruzione e induzione indebita e che risultano sempre più difficili da debellare”¹⁴⁹. Il trattamento più mite, invero, viene giustificato dal fatto che il reo, “ravvedutosi, crea una frattura nel sodalizio criminoso aiutando concretamente ed efficacemente le autorità inquirenti fornendo alle stesse dati conoscitivi rilevanti o per l'assicurazione delle prove dei reati o per l'individuazione degli altri soggetti responsabili o per il reperimento e sequestro delle somme e delle altre utilità trasferite all'*intraneus*”¹⁵⁰.

Non basta, quindi, un apporto dichiarativo generico poiché l'attenuante potrà essere riconosciuta solo quando il colpevole si sia efficacemente adoperato per conseguire in via alternativa uno dei risultati previsti dalla norma¹⁵¹.

Per quanto concerne la locuzione “efficacemente adoperato” questa palesa che, ai fini del riconoscimento della circostanza attenuante, non è necessario che gli obiettivi ivi previsti siano effettivamente raggiunti, risultando sufficiente che il contributo del collaborante sia concretamente e oggettivamente idoneo a raggiungerli, ma non venga valorizzato dall'autorità giudiziaria¹⁵².

¹⁴⁷ In tal senso, I. MERENDA, *La pena attenuata tra equità e premio*, in *Arch. Pen.*, 2017, Fascicolo 3, p. 797 precisa ancora l'autore “si tratta di una macrocategoria, al cui interno confluiscono figure che rispondono a logiche e finalità diverse, ma che si riferiscono tutte a condotte “virtuose” attraverso le quali l'autore “inverte la rotta” rispetto alla sua precedente attività criminosa”.

¹⁴⁸ Così, C. BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, in *DPC.*, 26 giugno 2015, p. 1

¹⁴⁹ C. BENUSSI, *IBIDEM*

¹⁵⁰ C. BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, cit., 26 giugno 2015, p. 1, secondo l'autore “l'ipotesi attuativa abbraccia più condotte, tutte contrassegnate da un progressivo allontanamento dal piano dell'offesa arrecata con la condotta illecita”.

¹⁵¹ In tal senso, C. BENUSSI, *IBIDEM*

¹⁵² In tal senso, C. BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, cit., p. 2

Analizzando gli obiettivi da conseguire alternativamente per poter beneficiare dello sconto di pena, al primo posto si trova una sorta di ravvedimento di carattere sostanziale¹⁵³: è necessario che il reo si sia adoperato “per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori¹⁵⁴”. La formulazione riprende *in toto* la disciplina introdotta dalla legislazione antiterrorismo, poi successivamente estesa anche al settore della criminalità organizzata di tipo mafioso¹⁵⁵.

Il secondo obiettivo propone un ravvedimento di tipo processuale; il reo deve “collaborare con gli inquirenti per assicurare le prove dei reati e per l’individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite”. In questo caso il contegno richiesto non è di tipo materiale, ma consiste in un apporto conoscitivo di tipo dichiarativo. Qualora, infatti, l’autore del reato sia impossibilitato a tutelare, anche se *ex post*, il bene giuridico leso, potrà comunque beneficiare di un trattamento di favore.

Si nota che il primo periodo richiede il medesimo comportamento previsto, oggi, dalla neonata causa di non punibilità (con le dovute differenze in termini di tempistiche e di altre condizioni richieste dalle due fattispecie) pertanto, starà al reo decidere in che momento far pervenire la propria collaborazione ed in base a ciò verrà scelto quale premio concedergli.

Si ritiene che sul punto sorgano le medesime problematiche in precedenza evidenziate, soprattutto con riferimento alla chiamata di correo.

Il secondo periodo invece richiede un comportamento funzionale ad un futuro sequestro preventivo ex articolo 321 c.p.p.¹⁵⁶

¹⁵³ Di tale avviso, G. MUSCO, *La premialità nel diritto penale, in la legislazione premiale*, Milano, 1987, p. 130. secondo l’autore la previsione si colloca in una dimensione ancora ricollegabile al piano dell’offesa al bene, riferendosi ad una condotta antagonistica rispetto a quella punita, riconducibile pertanto alla previsione generale di cui all’art. 62, n. 6, seconda parte, c.p.

¹⁵⁴ Secondo C. BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell’art. 323-bis c.p.*, cit., p.2 “la locuzione “conseguenze ulteriori” ricomprende qualsiasi fatto o situazione che rappresenti l’effetto del reato commesso”.

¹⁵⁵ Così, I. MERENDA, *La pena attenuata tra equità e premio*, cit., p. 801 si prevede un significativo “sconto” di pena in favore del concorrente che “dissociandosi dagli altri, [...] aiuta concretamente l’autorità di polizia e l’autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l’individuazione o la cattura dei concorrenti”.

¹⁵⁶ Articolo 321 c.p.p. (sequestro preventivo) 1. Quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati, a richiesta del pubblico ministero il giudice competente a pronunciarsi nel merito ne dispone il sequestro con decreto motivato. Prima dell’esercizio dell’azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari.

2. Il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca.

Anche qui, come per la causa di non punibilità, si fa espresso riferimento “alle somme o altre utilità trasferite”, alludendo pertanto a quanto percepito dal solo *intraneus* e non al beneficio conseguito dall'*extraneus*, ma a differenza dell'art. 323-ter c.p. comma 2 c.p., non viene concessa la possibilità di mettere a disposizione una somma di denaro equivalente all'utilità percepita qualora quest'ultima sia impossibile da individuare.

Un elemento chiaramente di differenza tra le due fattispecie qui confrontate è l'atteggiamento psicologico e interiore al reo al momento della denuncia. Mentre per beneficiare dell'esimente è, infatti, espressamente richiesta una collaborazione volontaria, cioè non scaturita da fattori esterni, l'attenuante tace sul punto.

La risposta non è agevole: una parte della dottrina conclude ritenendo che sia irrilevante ai fini del conseguimento dello sconto di pena se il reo abbia agito volontariamente o se invece abbia deciso di collaborare per “puro egoismo o mero calcolo utilitaristico”¹⁵⁷. Altri interpreti richiedono comunque la volontarietà del comportamento, pertanto, “il contributo dovrà essere spontaneo, determinato cioè da motivi interni all'agente e non influenzato in alcun modo da fattori esterni che operino come pressione sulla spinta psicologica”¹⁵⁸.

Nonostante le buone premesse, la circostanza attenuante è risultata nella prassi assai poco appetibile e ciò era abbastanza prevedibile. Il legislatore, al tempo, poteva già

2-bis. Nel corso del procedimento penale relativo a delitti previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del Codice penale il giudice dispone il sequestro dei beni di cui è consentita la confisca.

3. Il sequestro è immediatamente revocato a richiesta del pubblico ministero o dell'interessato quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dal comma 1. Nel corso delle indagini preliminari provvede il pubblico ministero con decreto motivato, che è notificato a coloro che hanno diritto di proporre impugnazione. Se vi è richiesta di revoca dell'interessato, il pubblico ministero, quando ritiene che essa vada anche in parte respinta, la trasmette al giudice, cui presenta richieste specifiche nonché gli elementi sui quali fonda le sue valutazioni. La richiesta è trasmessa non oltre il giorno successivo a quello del deposito nella segreteria.

3-bis. Nel corso delle indagini preliminari, quando non è possibile, per la situazione di urgenza, attendere il provvedimento del giudice, il sequestro è disposto con decreto motivato dal pubblico ministero. Negli stessi casi, prima dell'intervento del pubblico ministero, al sequestro procedono ufficiali di polizia giudiziaria, i quali, nelle quarantotto ore successive, trasmettono il verbale al pubblico ministero del luogo in cui il sequestro è stato eseguito. Questi, se non dispone la restituzione delle cose sequestrate, richiede al giudice la convalida e l'emissione del decreto previsto dal comma 1 entro quarantotto ore dal sequestro, se disposto dallo stesso pubblico ministero, o dalla ricezione del verbale, se il sequestro è stato eseguito di iniziativa dalla polizia giudiziaria.

3-ter. Il sequestro perde efficacia se non sono osservati i termini previsti dal comma 3-bis ovvero se il giudice non emette l'ordinanza di convalida entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta. Copia dell'ordinanza è immediatamente notificata alla persona alla quale le cose sono state sequestrate.

¹⁵⁷ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 392.

¹⁵⁸ C. BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, cit., p.2.

immaginare che l'introduzione di una mera circostanza attenuante, per quanto generosa, non sarebbe stata sufficiente ad indurre uno degli autori a confessare fatti di corruzione non ancora noti all'autorità¹⁵⁹, anzi proprio in virtù di una certezza nell'applicazione della pena, seppur ridotta, il reo avrebbe desistito dalla pulsione di denunciare, ed, in questo modo, si sarebbe «amplificata anziché depotenziata la fenomenologia corruttiva»¹⁶⁰ con contestualmente innescamento di “una spirale di pressioni e ricatti”¹⁶¹.

È stata proprio questa problematica la causa scaturente della decisione del legislatore odierno di affiancare, anziché sostituire, alla circostanza attenuante la nuova causa di non punibilità sopravvenuta, sperando di dissuadere l'autore del reato dal tacere il patto criminoso sugellato.

6.1. La collaborazione post condanna: i delitti contro la p.a. nell'articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975

Tra i vari emendamenti apportati dalla legge n. 3 del 2019 va annoverata l'introduzione dei delitti contro la p.a. nel catalogo dei reati previsti dall'articolo 4-bis della legge n.354 del 1975 (da ora in poi solo ord. Pen.)

Diversamente dalle altre riforme in tema di contrasto alla corruzione, la nuova legge non solo si concentra sulla modifica di alcuni istituti di diritto penale sostanziale e processuale, ma pone l'attenzione anche al momento successivo al passaggio in giudicato della sentenza, quale appunto l'esecuzione della pena.

A prima vista appare curiosa la scelta del legislatore di introdurre contestualmente un trattamento di estremo favore, qualora l'autore del reato denunci volontariamente e tempestivamente il fatto criminoso commesso, ma al contempo, condanni ad un regime di ostatività la mancata collaborazione del reo.

Come si è precedentemente rilevato, tale decisione è giustificata dal fatto che la legislazione d'emergenza è stata una sorta di “musa ispiratrice” della nuova riforma anticorruzione; la c.d. spazzacorrotti, sembra aver recepito “in maniera osmotica” tutti

¹⁵⁹ Così, I. MERENDA, *La pena attenuata tra equità e premio*, cit., p. 804.

¹⁶⁰ I. MERENDA, *IBIDEM*.

¹⁶¹ Così, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei pubblici ufficiali* (artt. 314-335bis c.p.), Milano, 2006, p. 222 e ss, e, con riferimento a CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. Pen. e proc.*, 2015, p. 813.

gli strumenti, istituti e universi figurativi che sono stati investiti, negli anni, nella lotta alla criminalità organizzata¹⁶², vedendo in questi un'arma efficace per l'abbattimento definitivo della c.d. "cifra nera".

Sebbene i reati di corruzione siano palesemente meno offensivi rispetto alle pratiche criminose associative, per una parte della dottrina e per lo stesso legislatore, questi presentano comunque il carattere della "sistematicità" e pertanto "se ne paventano effetti similmente nocivi per l'economia, la crescita culturale e sociale di una nazione, le istituzioni e i valori democratici"¹⁶³.

L'inserimento di detti delitti nel novero dei reati c.d. ostativi ha suscitato non poche perplessità, in particolar modo, sulla ragionevolezza della stessa scelta legislativa, tenuto conto del fatto che questi crimini, solo a volte sono "reati scopo" dell'associazione criminosa, mentre, il più delle volte, sono episodi svincolati da qualsiasi partecipazione a gruppi mafiosi, eversivi o terroristici.

Per capire fino in fondo le problematiche dell'orientamento legislativo è necessario delineare quali sono i punti cardine dell'articolo 4-bis ord. Pen. Ed in generale capire se vi è un contrasto tra il trattamento penitenziario qui previsto e la pericolosità sociale dell'autore del reato.

Ricostruendo la *ratio* che sorregge la predisposizione di un secondo binario di esecuzione penitenziaria, si rileva che il legislatore al tempo volle precludere l'accesso ai benefici penitenziari¹⁶⁴ a coloro che avessero compiuto determinati reati che, per le loro comprovate caratteristiche criminologiche, costituivano un indice di persistente pericolosità sociale, legata alla stabilità e alla pervasività dei legami criminali sottostanti¹⁶⁵. Pertanto, gli obiettivi primari a cui mirava, e a cui tuttora mira, l'art 4-bis ord. Pen. sono: *in primis*, quello di impedire che il potenziale fruitore di un beneficio penitenziario venga riassorbito nelle organizzazioni criminali di

¹⁶² Così, V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., p. 248

¹⁶³ V. MONGILLO, *IBIDEM*

¹⁶⁴ Con il termine beneficio penitenziario si fa riferimento a: assegnazione del lavoro all'esterno, permessi premio e le misure alternative alla detenzione del capo VI (esclusa la liberazione anticipata).

¹⁶⁵ Così, B. FRAGASSO, *Legge "spazzacorrotti" e ragionevolezza dell'estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. Penit. Ai delitti contro la p.a. in attesa della consulta (ud. 26 febbraio 2020)*, in *sist. Pen.*, 24 febbraio 2020, pp. 2-3. Puntualizza lo stesso autore che "il regime di 4-bis, co. 1 ord. Pen. viene ricondotto alla struttura delle presunzioni legali: in base al "fatto noto" la commissione di uno dei delitti elencati si ritiene dimostrato il "fatto ignoto" la pericolosità sociale; presunzione che può essere superata soltanto attraverso la collaborazione del detenuto con l'autorità giudiziaria".

appartenenza e, *in secundis*, quello di incentivare la collaborazione con la giustizia al fine di bucare il muro di omertà, altrimenti impenetrabile¹⁶⁶.

Alla luce di ciò ci si chiede se sia conciliabile quanto sopra premesso con l'offensività propria dei delitti contro la p.a. e la presunzione di pericolosità sociale dell'autore del reato.

Per poter rispondere, per prima cosa, va analizzata nel dettaglio la fattispecie.

È principalmente da rilevare che i reati contro la p.a. sono inseriti al comma primo dell'articolo 4-*bis* ord. Pen. e pertanto considerati di "prima fascia", quindi caratterizzati da una notevole portata lesiva già insita nella formulazione della fattispecie astratta. Si noti, poi, che questi solo parzialmente differiscono da quelli previsti sia dall'articolo 323-*bis* c.p., sia dall'articolo 323-*ter* c.p. Sono, infatti, elencati: tutti i tipi di corruzione (compresa quella internazionale), anche nella forma dell'istigazione, ma figurano anche, e soprattutto, il peculato ex articolo 314, comma 1 c.p.¹⁶⁷ e la concussione ex articolo 317 c.p.¹⁶⁸ che erano stati volontariamente esclusi dall'ambito di operatività dell'attenuante e dell'esimente.

La scelta di politica criminale adottata ha un duplice effetto sul piano della modalità di espiazione della pena: il primo è che l'accesso alle misure alternative alla detenzione potrà avvenire solamente a condizione che intervenga, sebbene *post* condanna, una collaborazione ex articolo 323-*bis* c.p., e, il secondo, è che, per effetto del rinvio dell'articolo 656, comma 9 c.p.p.¹⁶⁹ all'articolo 4-*bis* ord. Pen. non potrà essere

¹⁶⁶ Così come stabilito da Corte cost. sent. N. 306 del 1993

¹⁶⁷ Art. 314, comma 1 (Peculato) Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da quattro anni a dieci anni e sei mesi.

¹⁶⁸ Art. 317 c.p. (Concussione) Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità, è punito con la reclusione da sei a dodici anni.

¹⁶⁹ Articolo 656, comma 9 c.p.p. (esecuzione delle pene detentive). La sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 non può essere disposta:

a) nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni nonché di cui agli articoli 423-*bis*, 572, secondo comma, 612-*bis*, terzo comma, 624-*bis* del codice penale, fatta eccezione per coloro che si trovano agli arresti domiciliari disposti ai sensi dell'articolo 89 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni;

b) nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovano in stato di custodia cautelare in carcere nel momento in cui la sentenza diviene definitiva;

disposta la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena anche qualora ve ne siano i presupposti¹⁷⁰.

La *voluntas legis* è chiara sul punto, si vuole «assicurare un passaggio intramurario e quindi un assaggio di pena carceraria pure quando sussistano i presupposti per la concessione delle misure alternative, consentendone così l'accesso solo in un secondo momento»¹⁷¹.

Alla luce di ciò, gli autori dei reati previsti dall'articolo 4-*bis* ord. Pen. «si trovano ora posti dinanzi al dilaniante dilemma: collaborare con la giustizia o rassegnarsi ai rigori afflittivi del regime derogatorio?»¹⁷²

Come detto, la collaborazione richiesta per l'accesso alle misure alternative è quella di cui all'articolo 323-*bis* c.p. (a differenza degli altri reati di prima fascia catalogati che, invece, richiedono una collaborazione ex articolo 58-*ter* ord. Pen.). Il richiamo fatto dal legislatore alla suddetta modalità di “ravvedimento post condanna” pare non tener conto che, non solo talune condotte collaborative non possono essere realizzate nella fase di esecuzione della pena detentiva (ma solamente in quella del processo di cognizione), ma soprattutto che la collaborazione ex art 323-*bis* c.p. pare strutturalmente poco compatibile alcuni dei nuovi reati “ostativi” (ad esempio peculato e concussione)¹⁷³.

¹⁷⁰ Ai sensi dell'articolo 656, comma 5 c.p.p. il Pubblico ministero deve disporre la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena al fine di consentire al reo di proporre l'istanza di concessione dei benefici penitenziari in condizione di libertà. Si riporta il comma 5: Se la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non è superiore a tre anni, quattro anni nei casi previsti dall'articolo 47-*ter*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, o sei anni nei casi di cui agli articoli 90 e 94 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, il pubblico ministero, salvo quanto previsto dai commi 7 e 9, ne sospende l'esecuzione. L'ordine di esecuzione e il decreto di sospensione sono notificati al condannato e al difensore nominato per la fase dell'esecuzione o, in difetto, al difensore che lo ha assistito nella fase del giudizio, con l'avviso che entro trenta giorni può essere presentata istanza, corredata dalle indicazioni e dalla documentazione necessarie, volta ad ottenere la concessione di una delle misure alternative alla detenzione di cui agli articoli 47, 47-*ter* e 50, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e di cui all'articolo 94 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, ovvero la Sospensione dell'esecuzione della pena di cui all'articolo 90 dello stesso testo unico. L'avviso informa altresì che, ove non sia presentata l'istanza o la stessa sia inammissibile ai sensi degli articoli 90 e seguenti del citato testo unico, l'esecuzione della pena avrà corso immediato.

¹⁷¹ V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., p. 282

¹⁷² V. MONGILLO, *IBIDEM*

¹⁷³ In tal senso, F. CINGARI, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, in www.la legislazione penale.eu, 2 agosto 2019, p. 24 e cfr. V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-*bis* ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *DPC*, 14 febbraio 2019, p. 112.

L'articolo 323-bis c.p., invero, richiede che, per avere accesso alle misure alternative è necessario che il condannato si sia efficacemente adoperato o per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero per assicurare le prove dei reati, per l'individuazione degli altri responsabili o, infine, per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite.

Ora, tenuto conto che il primo contegno richiesto (c.d. ravvedimento sostanziale) non è esigibile in fase di espiazione della pena, ci si chiede come possa conciliarsi la confessione, e quindi la collaborazione con la giustizia (cd. ravvedimento processuale), in presenza di reati monosoggettivi, quali per l'appunto peculato e concussione.

Il dubbio è stato sciolto dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha esteso l'efficacia della confessione anche ai reati monosoggettivi; in tal caso però, l'apporto dichiarativo «non può limitarsi ad un racconto generico o ad un'ammissione della propria responsabilità, ma deve essere specificamente riferita a fatti e reati oggetto della condanna in relazione alla quale si chiede il beneficio»¹⁷⁴.

Allo stesso modo, ai fini della concessione dei benefici penitenziari, non rilevano i motivi che hanno spinto il soggetto condannato a collaborare, né il reale pentimento, né la spontaneità del contributo informativo, purché la collaborazione sia piena e la volontà accertata¹⁷⁵.

Un ulteriore problema, e forse quello che maggiormente evidenzia l'irragionevolezza della scelta del legislatore, riguarda se sia effettivamente necessario il passaggio in carcere dell'autore di uno dei già menzionati reati e se non sembri forse eccessiva l'osservazione intramuraria prima di consentire al reo l'accesso alle misure alternative. Come è ormai noto, l'obbligatoria espiazione della pena *in vinculis* è giustificata dalla gravità del reato commesso e dalla pericolosità dell'autore del reato. Benché i reati contro la p.a. siano posti a tutela di «beni giuridici di particolare rango, non pare possano essere considerati strutturalmente “evidenze empiriche” tali da fondare una

¹⁷⁴A. SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, in *Riv. It. Dir e proc. Pen.*, 1994, p. 871

¹⁷⁵Così, B. ROMANO e A. MARANDOLA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, A. GAITO, B. ROMANO, M. RONCO, G. SPANGHER (a cura di), in *Diritto e procedura penale*, UTET giuridica, Milano, 2020, p. 822.

presunzione di pericolosità dei relativi autori e da giustificare il regime derogatorio (emergenziale) di cui agli articoli 656, co. 9 c.p.p. e 4-*bis* ord. Pen.»¹⁷⁶.

Così facendo, il legislatore, da una parte, ha esteso la “fattispecie ostativa” a suo piacimento, perdendo di mira la *ratio* e l’obiettivo per cui è nata, facendola diventare un “calderone” idoneo a ricomprendere qualsiasi tipo di reato che si ritenga essere meritevole di una così severa repressione. Dall’altra parte, ha svalutato il principio cardine sancito dall’articolo 27 della Costituzione, secondo cui, la pena deve tendere alla rieducazione del condannato, privilegiando, al contempo, un modello carcerocentrico dove il reo deve per forza venire a contatto con il “mondo dietro alle sbarre” per comprendere appieno la gravità di quanto commesso¹⁷⁷.

¹⁷⁶ F. CINGARI, *Sull’ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, cit., p. 24

¹⁷⁷ Sul punto, B. FRAGASSO, *Legge “spazzacorrotti” e ragionevolezza dell’estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. Penit.* Cit., l’autore si riferisce alla sentenza della corte cost. n. 149 del 2018 nella quale si legge che “il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull’altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena” prima fra tutte la funzione general-preventiva, posto che quest’ultima non può “nella fase di esecuzione della pena, operare in chiave distonica rispetto all’imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima, da intendersi come fondamentale orientamento di essa all’obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società.”

7. Le preclusioni quali cause ostative alla non punibilità

Ritornando all'analisi della causa di non punibilità sopravvenuta disciplinata dall'articolo 323-ter c.p., il terzo comma delinea i c.d. limiti negativi o cause ostative alla non punibilità.

Si tratta, nello specifico, di preclusioni che, una volta accertate, fanno venir meno la possibilità di beneficiare dell'esimente anche, qualora, siano soddisfatte le altre condizioni richieste dalla medesima norma.

Il comma 3 espressamente recita: "La causa di non punibilità non si applica quando la denuncia di cui al primo comma è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato. La causa di non punibilità non si applica in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006 n. 146".

Analizzando il primo periodo non sembrano sorgere particolari perplessità; l'interpretazione letterale consente di cogliere il reale significato della disposizione, la quale, mira ad escludere il beneficio dell'impunità a quei soggetti che, consapevoli del trattamento di favore di cui potranno godere, istighino e inducano a commettere uno dei reati catalogati dalla norma un altro soggetto con il solo scopo di denunciarlo immediatamente dopo.

Sul punto sono state mosse delle obiezioni basate soprattutto sul pericolo che vi siano denunce esclusivamente strumentali al conseguimento di benefici premiali.

Secondo una parte della dottrina il dubbio (pericolo) è superato dalla presenza dei limiti, già insiti nella norma, per godere della non punibilità. Ci si riferisce nello specifico alla precedente ignoranza dell'illecito da parte dell'autorità giudiziaria e alla natura propria dell'istituto di diritto sostanziale non devoluto alla discrezionalità dell'accusa¹⁷⁸ (a differenza della prassi statunitense e anglosassone¹⁷⁹).

Le denunce effettuate prima che i fatti siano scoperti dall'autorità giudiziaria, infatti, non possono di per sé considerarsi condizionate dalla necessità di salvarsi ad ogni costo, essendo per l'appunto il fatto sconosciuto¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Se così fosse si avrebbe un contrasto con l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale sancito dall'articolo 112 Cost.

¹⁷⁹ In questi ordinamenti è devoluta all'accusa la scelta processuale di garantire l'immunità al teste coimputato, in quanto lo ritengono un irrinunciabile strumento della giustizia.

¹⁸⁰ In tal senso, G. COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, cit., p. 394.

Di diverso avviso un'altra parte della dottrina che, sebbene ritenga pienamente condivisibile la scelta del legislatore, riconosce una parziale inefficacia dello strumento dell'impunità in quanto non è detto che riesca ad intercettare davvero le condotte elusive fatte da chi intenda strumentalizzare la causa di non punibilità, perché si scontra, sul piano pratico, con le intuibili ed oggettive difficoltà di poter provare la preordinazione del disegno illecito¹⁸¹.

I maggiori profili critici riferiti alla “mancata preordinazione” della denuncia affiorano soprattutto sul piano del diritto processuale penale. Mentre la norma, infatti, richiede ai fini dell'operatività dell'esimente la volontarietà della collaborazione, non definisce quali sono gli indici attraverso i quali possa desumersi il difetto di spontaneità del ravvedimento del confidente delatore. In tal caso, sarà il giudice a dover valutare la natura preordinata della denuncia, con tutte le difficoltà che ne derivano stante la natura soggettiva e psicologica insita nell'intento di collaborare¹⁸². Qualora, però, dopo un'attenta valutazione degli elementi di prova, si riscontri la non volontarietà della denuncia e quindi la preordinazione della stessa alla commissione del reato, non si esclude che possa essere applicata l'attenuante di cui all'articolo 323-bis c.p., in quanto quest'ultima nulla dice sull'atteggiamento psicologico del reo in sede di collaborazione postuma.

Come si rileverà nel prosieguo, la c.d. spazzacorrotti ha recepito, tra i vari strumenti già utilizzati per la lotta alla criminalità organizzata, anche quello delle investigazioni sotto copertura ritenendo fosse un mezzo efficace al fine di far emergere reati silenti come la corruzione.

¹⁸¹ Così, R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art 323ter c.p.*, cit., p. 20.

Preoccupazioni analoghe sono espresse da G. PICCIOTTO, *La legge spazzacorrotti. Commento organico alla l. 9 gennaio 2019, n.3*, p. 44 secondo cui “in sostanza più che un mezzo utile per l'accertamento della verità il serio rischio della nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p. è che essa sia solo in astratto uno strumento di contrasto alla corruzione, e ancor più una sorta di “spauracchio”, con l'elevata possibilità di essere a sua volta strumentalizzato da parte degli stessi corrotti e/o corruttori abili ad approfittarne al solo fine di accusare l'altra parte. Addirittura (...) potrebbe rappresentare una vera e propria opzione strategica alternativa, finalizzata a minimizzare le perdite, una sorta di itinerario da percorrere e da seguire offrendosi all'autorità giudiziaria quali potenziali delatori laddove essi siano rimasti insoddisfatti rispetto all'esito che ha avuto un determinato procedimento amministrativo e/o appalto”.

¹⁸² Così, B. ROMANO e A. MARANDOLA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, A. GAITO, B. ROMANO, M. RONCO, G. SPANGHER (a cura di), cit., pp. 796-797.

A tal fine, va precisato, che il soggetto chiamato a svolgere l'operazione sotto copertura deve limitarsi a recitare «il mero ruolo di osservatore esterno della condotta criminale, funzionale alla raccolta di prove della realizzazione del fatto criminoso»¹⁸³. La previsione della causa di non punibilità *de qua* ha avuto il pregio di bloccare l'introduzione dell'istituto del c.d. agente provocatore che, a differenza dal semplice agente infiltrato, avrebbe dovuto adottare un contegno attivo nella commissione del reato e, al fine di vagliare l'integrità morale della controparte, l'avrebbe dovuta istigare alla stipula del *pactum sceleris*.

Il secondo periodo del terzo comma dell'art. 323-ter c.p. fa, infatti, riferimento all'inapplicabilità della causa di non punibilità all'agente infiltrato il quale abbia agito

¹⁸³ R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art 323ter c.p.*, cit., p. 11.

in violazione della normativa procedimentale prevista dall'articolo 9¹⁸⁴ della legge n. 146 del 2006¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Art. 9 legge n. 146 del 2006 (Operazioni sotto copertura). 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 648-*bis* e 648-*ter* nonché nel libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale, ai delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi, ai delitti previsti dall'articolo 12, commi 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 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, armi, documenti, stupefacenti, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego;

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, anche per interposta persona, compiono le attività di cui alla lettera *a*).

2. Negli stessi casi previsti dal comma 1, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria possono utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura anche per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione, informandone il pubblico ministero al più presto e comunque entro le quarantotto ore dall'inizio delle attività.

3. L'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2 è disposta, secondo l'appartenenza del personale di polizia giudiziaria, dagli organi di vertice ovvero, per loro delega, dai rispettivi responsabili di livello almeno provinciale, d'intesa con la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere per i delitti previsti dall'articolo 12, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

4. L'organo che dispone l'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2 deve dare preventiva comunicazione al pubblico ministero competente per le indagini, indicando, se necessario o se richiesto, anche il nominativo dell'ufficiale di polizia giudiziaria responsabile dell'operazione, nonché il nominativo degli eventuali ausiliari impiegati. Il pubblico ministero deve comunque essere informato senza ritardo, a cura del medesimo organo, nel corso della operazione delle modalità e dei soggetti che vi partecipano, nonché dei risultati della stessa.

5. Per l'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono avvalersi di ausiliari ai quali si estende la causa di non punibilità prevista per i medesimi casi. Per l'esecuzione delle operazioni può essere autorizzata l'utilizzazione temporanea di beni mobili ed immobili, di documenti di copertura, l'attivazione di siti nelle reti, la realizzazione e la gestione di aree di comunicazione o scambio su reti o sistemi informatici, secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della giustizia e con gli altri Ministri interessati. Con il medesimo decreto sono stabilite altresì le forme e le modalità per il coordinamento, anche in ambito internazionale, a fini informativi e operativi tra gli organismi investigativi.

6. Quando è necessario per acquisire rilevanti elementi probatori ovvero per l'individuazione o la cattura dei responsabili dei delitti previsti dal comma 1 nonché di quelli previsti dagli articoli 629 e 644 del codice penale, gli ufficiali di polizia giudiziaria nell'ambito delle rispettive attribuzioni possono omettere o ritardare gli atti di propria competenza, dandone immediato avviso, anche oralmente, al pubblico ministero e provvedono a trasmettere allo stesso motivato rapporto entro le successive quarantotto ore.

7. Per gli stessi motivi di cui al comma 6, il pubblico ministero può, con decreto motivato, ritardare l'esecuzione dei provvedimenti che applicano una misura cautelare, del fermo dell'indiziato di delitto, dell'ordine di esecuzione di pene detentive o del sequestro. Nei casi di urgenza, il ritardo dell'esecuzione dei predetti provvedimenti può essere disposto anche oralmente, ma il relativo decreto deve essere

La normativa in questione delinea gli obblighi e i doveri in capo ai soggetti preposti all'espletamento delle operazioni sotto copertura. Anche in questo caso, l'esclusione del beneficio dell'impunità riferita all'agente infiltrato, si fonda sull'avvenuta distorsione delle legittime pratiche investigative di cui era responsabile. In detto caso, infatti, l'agente non si è limitato a fare da spettatore, ma ha messo in pratica tecniche investigative vicine o coincidenti con quella dell'agente provocatore¹⁸⁶.

emesso entro le successive quarantotto ore. Il pubblico ministero impartisce alla polizia giudiziaria le disposizioni necessarie al controllo degli sviluppi dell'attività criminosa, comunicando i provvedimenti adottati all'autorità giudiziaria competente per il luogo in cui l'operazione deve concludersi ovvero attraverso il quale si prevede sia effettuato il transito in uscita dal territorio dello Stato ovvero in entrata nel territorio dello Stato delle cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere i delitti. 8. Le comunicazioni di cui ai commi 4 e 6 ed i provvedimenti adottati dal pubblico ministero ai sensi del comma 7 sono senza ritardo trasmessi al procuratore generale presso la corte d'appello. Per i delitti indicati all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale, la comunicazione è data al procuratore nazionale antimafia.

9. L'autorità giudiziaria può affidare il materiale o i beni sequestrati in custodia giudiziale, con facoltà d'uso, agli organi di polizia giudiziaria che ne facciano richiesta per l'impiego nelle attività di contrasto di cui al presente articolo.

10. Chiunque, nel corso delle operazioni di cui al presente articolo, indebitamente rivela ovvero divulga i nomi degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria che effettuano le operazioni stesse, è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da due a sei anni.

11. Sono abrogati:

a) l'articolo 10 del decreto-legge 31 dicembre 1991, n. 419, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 1992, n. 172, e successive modificazioni;

b) l'articolo 12-*quater* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356;

c) l'articolo 12, comma 3-*septies*, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286;

d) l'articolo 14, comma 4, della legge 3 agosto 1998, n. 269;

e) l'articolo 4 del decreto-legge 18 ottobre 2001, n. 374, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2001, n. 438;

f) l'articolo 10 della legge 11 agosto 2003, n. 228.

¹⁸⁵ Così, M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, cit., p. 1272

¹⁸⁶ Cfr., F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art 323-ter c.p.*, cit., p. 11

8. La denuncia dell'ente: la collaborazione processuale delle persone giuridiche e la responsabilità amministrativa dipendente da reato ex d.lgs. 231/2001

Le novità apportate dalla legge n.3 del 2019 non hanno risparmiato la disciplina della responsabilità amministrativa dipendente da reato delle persone giuridiche.

Al di là della diatriba sulla natura della responsabilità da riconoscersi in capo all'ente¹⁸⁷, si può ritenere superato, dopo circa vent'anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, il brocardo *societas delinquere non potest*.

Va anzitutto rilevato che la responsabilità delle persone giuridiche, per quanto strettamente riconnessa alla commissione di un reato (cd. presupposto) da parte di una persona fisica, non è secondaria o aggiuntiva rispetto a quella di quest'ultima. Il legislatore, infatti, decise di «scartare *ab origine* l'eventualità di costruire la responsabilità dell'ente come sussidiaria oppure solidale rispetto a quella della persona fisica»¹⁸⁸.

La scelta di politica criminale effettuata è chiaramente delineata dall'articolo 8 del d.lgs. 231/2001:

¹⁸⁷ Ancora discussa è la questione circa il tipo di responsabilità da ascrivere in capo all'ente; nel corso degli anni si sono sviluppate, sul punto, tre differenti correnti di pensiero:

a. secondo la maggior parte della dottrina, coadiuvata anche dalla giurisprudenza di legittimità, la responsabilità è di tipo penale. L'argomento fondante è ravvisato nella necessaria commissione di un reato, quale presupposto per poter invocare la responsabilità dell'ente. Le sez. un. *Thyssenkrupp* hanno delineato altri elementi che rappresenterebbero il perno su cui orbita l'ascrizione al contesto penale quali (ad esempio): "l'autonomia della responsabilità penale dell'ente rispetto a quella dell'autore del reato, la giurisdizione penale, l'impronta penalistica delle severe sanzioni, la rilevanza del tentativo, la possibilità di rinunciare all'amnistia" (Cass. Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343);

b. la seconda tesi elaborata propende per la natura amministrativa della responsabilità. Alla base di tale corrente di pensiero vi sono: l'ancoraggio alla lettera con la quale è intitolato il provvedimento legislativo, unito sia alla disciplina della prescrizione, che delle vicende modificative dell'ente oltre, infine, all'assenza di una disposizione riguardante la sospensione dell'esecuzione della sanzione;

c. il terzo orientamento riconosce il capo all'ente un *tertium genus* di responsabilità, dove si prevede un'autonoma responsabilità amministrativa tipica dell'ente (così, Cass. Sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083). Detta visione, dapprima promossa, dalla sentenza Jolly Mediterraneo Srl (Cass. Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615) è stata poi ripresa dalle stesse Sez. un. *Thyssenkrupp* secondo cui: "il terzo indirizzo, pur rimarcando i tratti penalistici della normativa, preferisce valorizzare l'autonomia del sottosistema di cui si parla, entro il più ampio quadro del sistema punitivo che comprende sia l'illecito penale che quello amministrativo. Si riprendono le considerazioni esposte nella Relazione al d.lgs. n. 231 per sottolineare che si è in presenza di un articolato sistema di responsabilità da reato che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e quello amministrativo. Si tratterebbe, peraltro, di un sottosistema distinto ma strettamente connesso al diritto penale: una sorta di terzo binario del diritto criminale". (Cass. Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343).

¹⁸⁸ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI G. (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti, guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, seconda edizione, GIUFFRÈ EDITORE, Milano, 2010, p. 135.

1. La responsabilità dell'ente sussiste anche quando:
 - a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile;
 - b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia.
2. Salvo che la legge disponga diversamente, non si procede nei confronti dell'ente quando è concessa amnistia per un reato in relazione al quale è prevista la sua responsabilità e l'imputato ha rinunciato alla sua applicazione.
3. L'ente può rinunciare all'amnistia.

Già da questa breve introduzione sembra emergere un primo problema e cioè quello di capire come si atteggierebbe la responsabilità della persona giuridica qualora l'autore del reato beneficiasse dell'impunità ai sensi dell'articolo 323-ter c.p.

Ciò che maggiormente viene in evidenza è che, sebbene le responsabilità, rispettivamente della persona fisica e della persona giuridica sembrano inscindibilmente collegate tra loro, vi sono delle situazioni per cui alla sopravvenuta insussistenza della prima, l'ordinamento ammette la sopravvivenza della seconda¹⁸⁹.

Soffermando la nostra attenzione sulla prima parte della disposizione, si nota come la responsabilità dell'ente permanga anche quando l'autore non sia imputabile.

Ci si chiede, allora, se in detta formulazione rientri anche il caso dell'autore del reato che denunci quanto in precedenza commesso ai sensi dell'articolo 323-ter c.p. o se al contrario questo sia uno dei casi per cui venuta meno la responsabilità penale del reo cada, ad effetto domino, anche quella dell'ente.

Stesso quesito per la parte finale; questo parla di estinzione del reato per cause diverse dall'amnistia, pertanto, sorge spontaneo il quesito se possono essere incluse anche le cause di estinzione della punibilità.

Il problema non è di agevole soluzione.

L'articolo 8 d.lgs. 231/2001, invero, in entrambi i punti, non menziona affatto le cause di non punibilità sopravvenute, pertanto sarà necessario uno sforzo ermeneutico al fine di capire se nell'intento del legislatore vi fosse la possibilità di includerle o meno.

Partendo dal secondo punto dell'articolo, la norma parla tassativamente di cause di estinzione del reato e non della punibilità. A rigor di logica si ritiene, dunque, che questo non comprenda le esimenti sopravvenute. Se così non fosse si avrebbe una

¹⁸⁹ Cfr., L. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, cit., p. 25

forzatura del dato normativo con contestuale analogia in *malam partem* nei confronti dell'ente¹⁹⁰.

Per quanto attiene al punto "A", invece, secondo una parte della dottrina¹⁹¹ e della giurisprudenza di legittimità¹⁹² la responsabilità dell'ente continuerebbe a sussistere anche qualora il soggetto agente non sia più punibile per il sopravvenire di una causa di non punibilità.

Alla base del ragionamento è stata richiamata la Relazione Ministeriale di accompagnamento al Decreto.

Qui, il legislatore espressamente riconosce l'autonomia della responsabilità dell'ente anche in presenza di circostanze che ineriscono alla punibilità della persona fisica argomentando che alla base vi è comunque un reato completo in tutti i suoi elementi e le vicende che toccano la punibilità sono estranee alla configurazione della responsabilità della persona giuridica¹⁹³. Affinché si possa ascrivere una responsabilità in capo all'ente è necessario che vengano soddisfatti i due requisiti richiesti dall'articolo 5 del decreto 231 del 2001¹⁹⁴: il primo di natura oggettiva, postula che il reato venga commesso da un soggetto "qualificato" nell'interesse o a vantaggio¹⁹⁵

¹⁹⁰ Così, L. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, cit., p. 26

¹⁹¹ Di questo avviso, I. CARACCIOLI, *Profili penali del rientro dei capitali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Tomo III, Milano, 2006, p. 2215.

¹⁹² Cass. Pen. sez. III, sent. N.9072/2017, Rv. 272447

¹⁹³ Così, L. STURZO *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, cit., p. 27-28 la quale conclude "in presenza di una sentenza di proscioglimento della persona fisica autrice del reato presupposto contro la p.a. e rientrante nel novero di applicabilità dell'art. 323-ter c.p. (...) la responsabilità della persona giuridica si riterrà essere sussistente e necessitante di un autonomo accertamento".

¹⁹⁴1. L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio:
a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso;

b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).

2. L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

¹⁹⁵ Anche il concetto di interesse o vantaggio è stato oggetto di dibattito in seno alla dottrina; secondo una parte di essa il requisito dell'interesse e vantaggio segue la c.d. teoria monistica "il solo vantaggio per l'ente non è sufficiente ai fini della responsabilità, essendo necessario anche che nel suo interesse sia stato compiuto il reato della persona fisica." (A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale, i principi generali*, vol. I, Giappichelli editore, Torino, 2018, p. 94). E ancora "i due termini si riferirebbero ad un unico concetto, rappresentato in una sorta di endiadi, nella quale l'interesse e il vantaggio esprimono due facce della stessa realtà. In quest'ottica l'interesse sarebbe l'unico parametro effettivamente rilevante, mentre il vantaggio costituirebbe una mera eventualità". (D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TRODINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro, profili penali*, Giappichelli editore, Torino, 2019, p. 150);

dell'ente stesso, pertanto quest'ultimo potrà essere esente da pena solo se prova che il reato è stato commesso dall'apicale o dal sottoposto nell'interesse o vantaggio esclusivo proprio o di terzi.

Il secondo requisito, di natura soggettiva, richiede che il reato sia stato commesso da un soggetto che vanti un qualche rapporto con l'ente, quindi, o da un soggetto apicale o da un soggetto sottoposto alla loro vigilanza.

A seconda della categoria di appartenenza dell'agente cambia il tipo di rimprovero che può essere mosso all'ente. Qualora, infatti, il reato sia stato commesso da un soggetto apicale (così come definito dall'articolo 5, comma 1, lett. A) la persona giuridica risponderà di *culpa in eligendo* in virtù del rapporto di immedesimazione organica che vi è tra l'ente e colui che ne ha la rappresentanza, amministrazione e direzione. In tal caso l'ente andrà esente da pena solo se sarà in grado di dimostrare che l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato un modello organizzativo idoneo a prevenire i reati della specie di quello verificatosi.

Qualora, invece, il reo sia un sottoposto (ex articolo 5, comma 1, lett. B), l'ente potrà rispondere di *culpa in vigilando*, poiché la commissione del crimine è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza da parte degli apicali.

In detta seconda ipotesi non è richiesta un'inversione dell'onere della prova; sarà l'accusa a dover provare che la commissione del reato sia stata resa possibile da gravi carenze organizzative.

Alla luce di quanto finora esposto, è chiaro che il perno su cui ruota la responsabilità delle persone giuridiche è il modello di organizzazione e gestione (MOG).

Il rimprovero che può essere mosso all'ente si basa, invero, su *deficit* organizzativi scaturenti da una mancata attuazione del MOG o, eventualmente, dall'inidoneità dello stesso. Si parla a tal proposito di colpa di organizzazione identificando nella mancata organizzazione dell'ente il terreno fertile che abbia agevolato la commissione del reato da parte della persona fisica.

altra parte della dottrina, invece, “promuove un'interpretazione alternativa o separata, sostiene la necessità di tenere i due termini concettualmente distinti. In questo caso l'interesse connoterebbe la condotta delittuosa della persona fisica in senso accentuatamente soggettivo, richiedendo una verifica *ex ante*, mentre il vantaggio, si colorerebbe in termini oggettivi, riferendosi al conseguimento di un'utilità a favore dell'ente e quindi formando oggetto di una verifica necessariamente *ex post*.” (D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TRODINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, IBIDEM).

Per completezza va, inoltre, sottolineato che l'ente non può rispondere di tutti i reati previsti dal Codice penale, ma solo di quelli espressamente catalogati dagli articoli 24 e seguenti del d.lgs. 231/2001 e tra questi compaiono i reati contro la p.a.¹⁹⁶

Una volta accertati tutti i requisiti che fondano la responsabilità delle persone giuridiche, è necessario analizzare il quadro sanzionatorio, tenendo a mente che l'ente non può essere "imprigionato". Le pene applicabili sono definite dall'articolo 9 d.lgs. 231/2001¹⁹⁷.

La nuova legge anticorruzione ha previsto, contestualmente all'introduzione dell'esimente per la persona fisica, anche una sorta di collaborazione processuale per l'ente affinché questo possa beneficiare di uno sconto di pena.

¹⁹⁶ Art. 25 (Concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione)
1. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 318, 321, 322, commi primo e terzo, e 346-bis del Codice penale, si applica la sanzione pecuniaria fino a duecento quote.
2. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 319, 319-ter, comma 1, 321, 322, commi 2 e 4, del Codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da duecento a seicento quote.
3. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 317, 319, aggravato ai sensi dell'articolo 319-bis quando dal fatto l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, 319-ter, comma 2, 319-quater e 321 del Codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote.
4. Le sanzioni pecuniarie previste per i delitti di cui ai commi da 1 a 3, si applicano all'ente anche quando tali delitti sono stati commessi dalle persone indicate negli articoli 320 e 322-bis.
5. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 2 e 3, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a quattro anni e non superiore a sette anni, se il reato è stato commesso da uno dei soggetti di cui all'articolo 5, comma 1, lettera a), e per una durata non inferiore a due anni e non superiore a quattro, se il reato è stato commesso da uno dei soggetti di cui all'articolo 5, comma 1, lettera b).
5-bis. Se prima della sentenza di primo grado l'ente si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, le sanzioni interdittive hanno la durata stabilita dall'articolo 13, comma 2.

¹⁹⁷ Art. 9. (Sanzioni amministrative).1. Le sanzioni per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato sono:

- a) la sanzione pecuniaria;
 - b) le sanzioni interdittive;
 - c) la confisca;
 - d) la pubblicazione della sentenza.
2. Le sanzioni interdittive sono:
- a) l'interdizione dall'esercizio dell'attività;
 - b) la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;
 - c) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio;
 - d) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi;
 - e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Detta collaborazione è disciplinata dall'articolo 25, comma *5bis*, d.lgs. 231/2001 il quale recita: “Se prima della sentenza di primo grado l'ente si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, le sanzioni interdittive hanno la durata stabilita dall'articolo 13, comma 2”.

Già da una prima lettura è evidente che la condotta di collaborazione richiesta all'ente ripropone gli stessi contegni previsti per la persona fisica ai sensi dell'articolo 323-*bis* c.p.

Si ritiene, a rigor di logica, che la scelta di politica criminale sia la medesima, cioè «consentire all'ente di “scindere” le proprie responsabilità rispetto a quelle della persona fisica che, in nome e per conto dell'ente, ha commesso il reato presupposto»¹⁹⁸.

Tra le condotte richieste, però, vi è un qualcosa in più: l'ente deve adottare ed efficacemente attuare il modello organizzativo idoneo a prevenire i reati della specie di quello verificatosi in un'ottica di prevenzione futura, al fine di evitare la commissione di ulteriori reati.

Il tutto deve avvenire in un arco di tempo circoscritto, ossia prima della sentenza di primo grado.

È innegabile che il cospicuo sconto di sanzione interdittiva (che rappresenta tra l'altro una condanna a morte per l'ente) faccia sorgere forti dubbi circa l'efficacia di una previsione del genere, tenuto conto, anche, del disposto di cui all'articolo 17 d.lgs. 231/2001 già presente nella normativa *de qua*.

L'articolo 17 d.lgs. rubricato “Riparazione delle conseguenze del reato” prevede che:

1. Ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni:

¹⁹⁸G. AMATO, *Nuova disciplina della corruzione: il legislatore non si è dimenticato della responsabilità dell'ente*, in *Riv. Resp. Amm. Enti*, fascicolo 1, 2019, p. 12.

- a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso;
- b) l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- c) l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

Alla luce di quest'ultima norma è difficile immaginare la collaborazione dell'ente ai sensi dell'articolo 25, comma 5bis, d.lgs. 231/2001.

Se si valuta, infatti, lo sconto di pena promesso in caso di “ritorno alla legalità dell'ente”, nel primo si ha un abbattimento della durata dell'interdizione, mentre nel secondo la sanzione interdittiva non viene proprio applicata.

Confrontando le tempistiche entro cui si deve verificare il *revirement* della persona giuridica, l'articolo 17 concede fino all'apertura del dibattimento, mentre l'articolo 25 fino alla sentenza di primo grado. La differente previsione temporale, però, è giustificata anche dalla tipologia di condotta richiesta all'ente.

Sebbene, infatti, l'articolo 17 d.lgs. sembrerebbe chiedere un “tutto e subito” non fa alcun riferimento alla collaborazione ex articolo 323-bis c.p. che, invece, è elemento caratterizzante del comma 5bis dell'articolo 25 d.lgs.

Ma vi è di più, per beneficiare dello sconto di sanzione interdittiva non basta una generica collaborazione, ma è necessario che questa sia efficace nonché proficua, rimettendo la valutazione di dette caratteristiche nelle mani dell'organo giudicante. Qualora, infatti, queste non siano provate vi è il rischio per la persona giuridica di non beneficiare dell'attenuante.

«se questo è il quadro normativo, è da attendersi, che la collaborazione dell'ente troverà pur sempre una risposta nell'articolo 17 d.lgs. 231/2001, rimanendo la norma dell'art 25, comma 5bis, qui introdotta, confinata in un ambito di applicabilità francamente individuale»¹⁹⁹.

¹⁹⁹ G. AMATO, *Nuova disciplina della corruzione: il legislatore non si è dimenticato della responsabilità dell'ente*, cit., p. 13.

CAPITOLO II

LE OPERAZIONI SOTTO COPERTURA

SOMMARIO: 1 - Le operazioni sotto copertura: cenni storici e ambiti applicativi. 2 - Il ruolo dell'agente nelle operazioni sotto copertura alla luce delle indicazioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. 3 - La responsabilità penale dell'agente sotto copertura. Profili di impunità. 4 - La qualifica dell'agente sotto copertura nel processo penale. Le conseguenti ripercussioni sull'utilizzabilità delle prove illecitamente acquisite. 5 - Le operazioni sotto copertura nella legge n. 3 del 2019. 5.1 - Un velato ritorno all'agente provocatore? 6 - Prospettive de iure condendo.

1. Le operazioni sotto copertura: cenni storici e ambiti applicativi

Il progresso delle tecniche investigative e le modifiche apportate al codice di rito sono risultati, nella prassi, inadeguati e insufficienti a far fronte alle nuove esigenze di indagine necessarie per l'emersione e la repressione di reati sempre più complessi e sempre più silenti.

L'inefficacia degli strumenti per la ricerca di elementi di prova, fino a quel momento a disposizione delle Procure, è stata constatata da diversi operatori della giustizia, non soltanto italiani, ma anche appartenenti ad altri Stati.

Il fattore determinante, dal quale è emersa l'esigenza di un perfezionamento delle tecniche investigative praticabili, è stata la transnazionalità dei reati commessi: il crimine non veniva più perpetrato solo entro i confini nazionali, ma coinvolgeva diversi Paesi con culture e organizzazioni giudiziarie completamente differenti, ed è proprio in questo contesto che si iniziarono ad impiegare le operazioni sotto copertura. Le *undercover investigations* o, per la precisione, gli agenti sotto copertura, non sono un'innovazione degli ultimi anni; addirittura, c'è chi ritiene che questi «sono sempre e dovunque esistiti e sempre esisteranno sebbene in numeri e con regole diversi a seconda delle strutture costituzionali degli Stati²⁰⁰».

L'elemento caratterizzante è che questi soggetti hanno come unico scopo quello di «entrare in contatto con persone sospettate di reato per raccogliere clandestinamente elementi di prova di cui, diversamente, sarebbe difficile venire in possesso²⁰¹».

In maniera più generica, è possibile affermare che detta peculiare modalità investigativa rientra fra le c.d. *special investigative techniques*, ossia tecniche di

²⁰⁰ D. CURTOTTI, *Operazioni sotto copertura*, in B. ROMANO (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, UTET giuridica, 2015, p. 427

²⁰¹ D. CURTOTTI, *IBIDEM*.

indagine non convenzionali che sono state utilizzate da diversi Stati, e recepite poi in Italia, per «penetrare nelle moderne organizzazioni criminali, che in determinati settori, si sono manifestate impermeabili agli ordinari mezzi investigativi²⁰²».

Approfondendo la vera e propria attività sotto copertura si nota che lo schema seguito, nei vari ambiti applicativi in cui sono state impiegate, sia più o meno il medesimo: un soggetto (ufficiale della polizia giudiziaria o privato cittadino) che entra a far parte, sotto mentite spoglie, di un contesto criminale organizzato. Lo scopo è quello di scoprire la struttura, chi vi partecipa e l'attività principalmente svolta al fine di reprimere il reato e denunciarne i partecipanti.

All'interno dell'indagine stessa, il soggetto impiegato nell'operazione può avere ruoli differenti in base all'atteggiamento tenuto. Questo difatti può adottare un contegno passivo, osservando quanto accade ma senza istigare i partecipanti al gruppo criminoso alla commissione del reato (in tal caso si parla di agente infiltrato), ovvero, può partecipare attivamente alle attività determinando o cooperando con gli altri membri dell'associazione (allora si parla di agente provocatore).

Tra i recenti ambiti di applicazione in cui si sperimentò l'utilizzo dell'agente sotto copertura, il primo fu la lotta al narcotraffico internazionale.

Già nel 1988, le stesse Nazioni Unite ravvisarono la necessità di una collaborazione tra Stati al fine di attuare un intervento repressivo forte contro il traffico illecito di stupefacenti transnazionale promuovendo, nel medesimo anno, la Convenzione di Vienna; questa venne ratificata dall'Italia e trasposta successivamente in legge con la n. 328 del 5 novembre 1990.

Tra le innovazioni introdotte dalla Convenzione di Vienna, di primaria importanza ai fini della trattazione è l'articolo 11²⁰³, il quale venne recepito e reso esecutivo tramite gli articoli 97 e 98 del D.P.R del 9 ottobre 1990, n. 309 (c.d. Testo Unico Stupefacenti).

²⁰² D. CURTOTTI, *IBIDEM*, Cfr. anche AURICCHIO, *Riunite le norme delle operazioni sotto copertura*, in *Guida dir.*, 2010, n. 39, pp. 60 e ss.

²⁰³ Art. 11 (Consegne sorvegliate). Se i principi fondamentali dei loro ordinamenti giuridici interni lo consentono, le Parti prendono i provvedimenti necessari tenendo conto delle loro possibilità per consentire un adeguato ricorso alle consegne sorvegliate a livello internazionale, in base ad accordi o intese da esse eventualmente stipulate, in vista di identificare gli individui implicati in reati stabiliti conformemente con il paragrafo 1 dell'articolo 3 e di intentare procedimenti contro di essi. 2. La decisione di ricorrere a consegne sorvegliate viene adottata in ogni fattispecie e può, se del caso, tener conto di accordi e di intese finanziarie per quanto riguarda l'esercizio della loro competenza da parte delle Parti interessate. 3. Le spedizioni illecite per le quali sia stato convenuto di sorvegliare la consegna possono, con il consenso delle Parti interessate, essere intercettate ed autorizzate a proseguire il loro

Per la precisione, l'articolo 97²⁰⁴ sopracitato ha introdotto uno strumento investigativo decisamente innovativo per mezzo del quale «l'ufficiale di polizia giudiziaria può accedere all'acquisto di imprecisate quantità di stupefacenti al fine di risalire le correnti di traffico ed individuare le organizzazioni criminali che ne siano primariamente responsabili²⁰⁵».

È innanzitutto da notare che, grazie alla normativa *de qua*, è stata introdotta per la prima volta in Italia una disciplina *extra codicem* dell'agente sotto copertura che immediatamente si contrappose a quella di matrice giurisprudenziale desumibile dall'interpretazione dell'articolo 51 c.p.

Stante la formulazione della norma non risulta, però, chiaro se l'ufficiale di polizia giudiziaria, impiegato nell'operazione, debba compiere l'attività di “mero spettatore” oppure possa svolgere un ruolo attivo, quasi di istigatore, alla cessione della partita di droga. Differenza non da poco. Rispondere al quesito è di fondamentale importanza per tracciare il *discrimen* tra il semplice agente infiltrato e il c.d. agente provocatore sopra delineati.

percorso, sia tali quali, sia dopo che gli stupefacenti o le sostanze psicotrope ne siano state sottratte o sostituite in tutto o in parte da altri prodotti.

²⁰⁴ Art. 97 (Attività sotto copertura)1. Fermo il disposto dell'articolo 51 del codice penale, non sono punibili gli ufficiali di polizia giudiziaria addetti alle unità specializzate antidroga, i quali, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti dal presente testo unico ed in esecuzione di operazioni anticrimine specificatamente disposte dalla Direzione centrale per i servizi antidroga o, sempre d'intesa con questa, dal questore o dal comandante provinciale dei Carabinieri o della Guardia di finanza o dal comandante del nucleo di polizia tributaria o dal direttore della Direzione investigativa antimafia di cui all'articolo 3 del decreto-legge 29 ottobre 1991, n. 345, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 dicembre 1991, n. 410, anche per interposta persona, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano sostanze stupefacenti o psicotrope o compiono attività prodromiche e strumentali.

2. Per le stesse indagini di cui al comma 1, gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria possono utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura anche per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione, informandone il pubblico ministero al più presto e comunque entro le quarantotto ore successive all'inizio delle attività.

3. Dell'esecuzione delle operazioni di cui al comma 1 è data immediata e dettagliata comunicazione alla Direzione centrale per i servizi antidroga ed all'autorità giudiziaria, indicando, se necessario o se richiesto, anche il nominativo dell'ufficiale di polizia giudiziaria responsabile dell'operazione, nonché il nominativo delle eventuali interposte persone impiegate.

4. Gli ufficiali di polizia giudiziaria possono avvalersi di ausiliari ed interposte persone, ai quali si estende la causa di non punibilità di cui al presente articolo. Per l'esecuzione delle operazioni può essere autorizzata l'utilizzazione temporanea di beni mobili ed immobili, nonché di documenti di copertura secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della giustizia e con gli altri Ministri interessati.

5. Chiunque, nel corso delle operazioni sotto copertura di cui al comma 1, indebitamente rivela ovvero divulga i nomi degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria che effettuano le operazioni stesse, è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da due a sei anni.

²⁰⁵ G. RITUCCI, *La disciplina dell'acquisto simulato ex art. 97 T.U. n. 309/1990. L'attività dell'ufficiale di p.g. “simulato” acquirente: limiti giuridici e rapporti con la figura dell'agente provocatore.*, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 993.

Tralasciando solo per il momento l'approfondimento sulla differenza tra le due diverse figure, si può affermare, ormai con certezza, che il legislatore qui ha introdotto un terzo personaggio, ossia l'agente-acquirente. La sua particolarità risiede nel fatto che l'acquisto sancito dall'articolo 97 T.U. n. 309/1990 (pur se simulato) sembra ascrivibile nell'ambito dei reati "a concorso necessario" o ai c.d. reati contratto, perseguibili per il solo fatto della loro avvenuta stipulazione²⁰⁶.

I buoni risultati raggiunti in seguito all'impiego delle operazioni sotto copertura nella lotta al narcotraffico hanno fatto ben sperare nel loro possibile utilizzo anche in altri settori criminali, primo fra tutti il contrasto alle associazioni mafiose.

Con il decreto legge n. 306 del 8 giugno 1992, convertito in legge il 6 agosto dello stesso anno²⁰⁷, recante "Modifiche urgenti al nuovo c.p.p. e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa", è stata introdotta all'articolo 12-*quater*²⁰⁸ la figura dell'agente sotto copertura, con lo specifico scopo di impedire il riciclaggio di proventi illeciti o per l'interdizione del traffico di armi.

Il ruolo affidato "alla talpa" è quello dell'agente infiltrato (fino ad allora sconosciuto dall'ordinamento italiano), in quanto, dalla formulazione della fattispecie, emerge che

²⁰⁶ In tal senso, G. RITUCCI, *La disciplina dell'acquisto simulato ex art. 97 T.U. n. 309/1990. L'attività dell'ufficiale di p.g. "simulato" acquirente: limiti giuridici e rapporti con la figura dell'agente provocatore.*, cit., p. 994.

²⁰⁷ Legge n. 356 del 1992.

²⁰⁸ Art. 12-*quater*. (Ricettazione di armi, riciclaggio e reimpiego simulati) 1. Fermo quanto disposto dall'articolo 51 del codice penale, non sono punibili gli ufficiali di polizia giudiziaria della Direzione investigativa antimafia o dei servizi centrali e interprovinciali di cui all'articolo 12 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, i quali, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti di cui agli articoli 648-bis e 648-ter del codice penale, procedono alla sostituzione di denaro, beni o altre utilità provenienti da taluno dei delitti indicati nei suddetti articoli, o altrimenti procedono in modo da ostacolare l'identificazione della provenienza ovvero in modo da consentirne l'impiego.

2. Fermo quanto disposto dall'articolo 51 del Codice penale, non sono altresì punibili gli ufficiali di polizia giudiziaria della Direzione investigativa antimafia o dei servizi centrali e interprovinciali di cui all'articolo 12 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, i quali, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine a delitti concernenti armi, munizioni od esplosivi, acquistano o ricevono od occultano o comunque si intromettono nel fare acquisire, ricevere od occultare le armi, le munizioni o gli esplosivi medesimi.

3. Delle operazioni indicate nei commi 1 e 2 è data immediata notizia all'autorità giudiziaria; questa, se richiesta dagli ufficiali di polizia giudiziaria precedenti, può con decreto motivato, differire il sequestro del denaro, dei beni o delle altre utilità, ovvero delle armi, delle munizioni o degli esplosivi fino alla conclusione delle indagini disponendo se necessario specifiche prescrizioni per la conservazione.

4. L'esecuzione delle operazioni indicate nei commi 1 e 2 è disposta dal capo della polizia-direttore generale della pubblica sicurezza, dal comandante generale dell'Arma dei carabinieri ovvero della Guardia di finanza a seconda che si tratti di servizio appartenente all'una o all'altra forza di polizia; e' disposta dall'Alto commissario per il coordinamento della lotta alla delinquenza di tipo mafioso quando ad essa procedono ufficiali di polizia giudiziaria della Direzione investigativa antimafia.

questo debba insinuarsi per lungo tempo nella struttura criminale al fine di coglierne le dinamiche, senza però provocare reati, lasciandosi allo stesso tempo provocare con lo scopo di inserirsi in maniera più stabile nell'organizzazione, fino ad ottenere il ruolo di membro della stessa²⁰⁹.

Anche in quest'ultimo caso è stata prevista «una nuova ipotesi di esimente per l'infiltrazione degli ufficiali di polizia giudiziaria finalizzata ad acquisire prove in ordine ai reati di riciclaggio (art. 648 *bis* c.p.) e di impiego di denaro, beni e utilità di provenienza illecita (art. 648 *ter* c.p.)²¹⁰».

Gli interventi del legislatore attinenti all'applicabilità e all'impiego delle operazioni sotto copertura non si sono limitati ai contesti di criminalità organizzata, ma hanno trovato terreno fertile anche in altri ambiti del diritto penale, non caratterizzati da uno scenario associativo.

Più precisamente, ci si riferisce alla legge n. 269 del 1998 che, all'articolo 14, ha previsto la possibilità di ricorrere alle operazioni sotto copertura per contrastare lo sfruttamento della pornografia minorile o, ancora, alla legge n. 438 del 2001 che, in tema di delitti commessi con finalità di terrorismo, all'articolo 4 consente l'impiego delle operazioni mascherate in questo specifico settore.

La frammentarietà della disciplina delle *undercover operations* e delle differenti figure di agenti impiegati per il contrasto ai diversi episodi criminosi, ha trovato un'omogeneità disciplinare nell'articolo 9 della legge n. 146 del 2006 il quale «ha operato una *reductio ad unitatem* di una miriade di ipotesi sparse in varie disposizioni, assicurando una armonizzazione quasi completa di requisiti soggettivi, oggettivi, teleologici ed autorizzatori²¹¹».

Ciò che spinse il legislatore a predisporre una normativa unitaria furono, *in primis*, i problemi sorti a seguito dell'entrata in vigore e dell'applicazione delle leggi sopra richiamate. La normativa frammentaria e spesso lacunosa, infatti, aveva generato non poche difficoltà soprattutto nella prassi applicativa, tanto da richiedere una globale riorganizzazione della disciplina.

²⁰⁹ Cfr., D. CURTOTTI, *Operazioni sotto copertura*, in B. ROMANO (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., p. 440.

²¹⁰ D. CURTOTTI, *Operazioni sotto copertura*, in B. ROMANO (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., p. 439.

²¹¹ V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *DPC.*, 2019, fascicolo 5, p. 252.

Il secondo motivo determinante fu l'obbligo di attuazione dell'articolo 20 della Convenzione ONU di Palermo contro il crimine organizzato transnazionale del 15 novembre 2000. Le Nazioni Unite, infatti, richiesero a ciascuno Stato Membro di adottare «le misure necessarie a consentire l'appropriato impiego della consegna controllata e, laddove ritenuto opportuno, l'impiego di altre tecniche speciali di investigazione, quali la sorveglianza elettronica o di altro tipo e le operazioni sotto copertura da parte delle autorità competenti sul suo territorio allo scopo di combattere efficacemente la criminalità organizzata²¹²».

La prima strada intrapresa dal legislatore fu quella di abrogare, seppur parzialmente, le precedenti leggi speciali che disciplinavano la materia (così da come emerge dal comma 11 dell'articolo 9 l. 146/2006²¹³), poi le operazioni sotto copertura vennero ridefinite in termini più specifici nello stesso articolo 9, il quale recitava: “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 648-*bis* e 648-*ter* nonché nel libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale, ai delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi, ai delitti previsti dall'articolo 12, commi 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 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, armi, documenti, stupefacenti, beni ovvero cose che sono oggetto,

²¹² Art. 20, comma 1, Convenzione Onu di Palermo.

²¹³ Art. 9, co. 11, l. n. 146/2006 “Sono abrogati:

a) l'articolo 10 del decreto-legge 31 dicembre 1991, n. 419, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 1992, n. 172, e successive modificazioni;

b) l'articolo 12-*quater* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356;

c) l'articolo 12, comma 3-*septies*, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286;

d) l'articolo 14, comma 4, della legge 3 agosto 1998, n. 269;

e) l'articolo 4 del decreto-legge 18 ottobre 2001, n. 374, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2001, n. 438;

f) l'articolo 10 della legge 11 agosto 2003, n. 228.”

prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego;

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, anche per interposta persona, compiono le attività di cui alla lettera a).

2. Negli stessi casi previsti dal comma 1, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria possono utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura anche per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione, informandone il pubblico ministero al più presto e comunque entro le quarantotto ore dall'inizio delle attività.

3. L'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2 è disposta, secondo l'appartenenza del personale di polizia giudiziaria, dagli organi di vertice ovvero, per loro delega, dai rispettivi responsabili di livello almeno provinciale, d'intesa con la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere per i delitti previsti dall'articolo 12, commi 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

4. L'organo che dispone l'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2 deve dare preventiva comunicazione al pubblico ministero competente per le indagini, indicando, se necessario o se richiesto, anche il nominativo dell'ufficiale di polizia giudiziaria responsabile dell'operazione, nonché il nominativo degli eventuali ausiliari impiegati. Il pubblico ministero deve comunque essere informato senza ritardo, a cura del medesimo organo, nel corso della operazione delle modalità e dei soggetti che vi partecipano, nonché dei risultati della stessa.

5. Per l'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono avvalersi di ausiliari ai quali si estende la causa di non punibilità prevista per i medesimi casi. Per l'esecuzione delle operazioni può essere autorizzata l'utilizzazione temporanea di beni mobili ed immobili, di documenti di copertura, l'attivazione di siti nelle reti, la realizzazione e la gestione di aree di comunicazione o

scambio su reti o sistemi informatici, secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della giustizia e con gli altri Ministri interessati. Con il medesimo decreto sono stabilite altresì le forme e le modalità per il coordinamento, anche in ambito internazionale, a fini informativi e operativi tra gli organismi investigativi.

6. Quando è necessario per acquisire rilevanti elementi probatori ovvero per l'individuazione o la cattura dei responsabili dei delitti previsti dal comma 1 nonché di quelli previsti dagli articoli 629 e 644 del codice penale, gli ufficiali di polizia giudiziaria nell'ambito delle rispettive attribuzioni possono omettere o ritardare gli atti di propria competenza, dandone immediato avviso, anche oralmente, al pubblico ministero e provvedono a trasmettere allo stesso motivato rapporto entro le successive quarantotto ore.

7. Per gli stessi motivi di cui al comma 6, il pubblico ministero può, con decreto motivato, ritardare l'esecuzione dei provvedimenti che applicano una misura cautelare, del fermo dell'indiziato di delitto, dell'ordine di esecuzione di pene detentive o del sequestro. Nei casi di urgenza, il ritardo dell'esecuzione dei predetti provvedimenti può essere disposto anche oralmente, ma il relativo decreto deve essere emesso entro le successive quarantotto ore. Il pubblico ministero impartisce alla polizia giudiziaria le disposizioni necessarie al controllo degli sviluppi dell'attività criminosa, comunicando i provvedimenti adottati all'autorità giudiziaria competente per il luogo in cui l'operazione deve concludersi ovvero attraverso il quale si prevede sia effettuato il transito in uscita dal territorio dello Stato ovvero in entrata nel territorio dello Stato delle cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere i delitti.

8. Le comunicazioni di cui ai commi 4 e 6 ed i provvedimenti adottati dal pubblico ministero ai sensi del comma 7 sono senza ritardo trasmessi al procuratore generale presso la corte d'appello. Per i delitti indicati all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale, la comunicazione è data al procuratore nazionale antimafia.

9. L'autorità giudiziaria può affidare il materiale o i beni sequestrati in custodia giudiziale, con facoltà d'uso, agli organi di polizia giudiziaria che ne facciano richiesta per l'impiego nelle attività di contrasto di cui al presente articolo.

10. Chiunque, nel corso delle operazioni di cui al presente articolo, indebitamente rivela ovvero divulga i nomi degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria che effettuano

le operazioni stesse, è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da due a sei anni.

11. Sono abrogati:

- a) l'articolo 10 del decreto-legge 31 dicembre 1991, n. 419, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 1992, n. 172, e successive modificazioni;
- b) l'articolo 12-*quater* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356;
- c) l'articolo 12, comma 3-*septies*, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286;
- d) l'articolo 14, comma 4, della legge 3 agosto 1998, n. 269;
- e) l'articolo 4 del decreto-legge 18 ottobre 2001, n. 374, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2001, n. 438;
- f) l'articolo 10 della legge 11 agosto 2003, n. 228.”

Analizzando la norma, il primo comma esordisce con una clausola di salvezza e cristallizza gli effetti della causa di giustificazione prevista dall'articolo 51 c.p.

Così facendo il legislatore ha posto entrambi i trattamenti di favore in una posizione di alternatività-specialità in cui la scriminante qui esposta è speciale rispetto a quella sancita dal Codice penale, la quale «opera su di un piano di retroguardia, quasi come un paracadute sempre disponibile ad aprirsi²¹⁴».

I soggetti cui si riferisce la causa di giustificazione sono ancora gli ufficiali della polizia giudiziaria di Stato anche appartenenti alle diverse sezioni specializzate; il comma 5, però, opera un'estensione facendo divenire beneficiari della scriminante anche gli “ausiliari” dei soggetti sanciti dal comma 1.

Diverso il discorso per i semplici agenti di polizia giudiziaria e per i c.d. interposti, questi non essendo specificamente menzionati, sono esclusi dall'ambito di operatività della scriminante *de qua*.

Spostando l'attenzione sull'ultimo comma, ossia sui vari articoli abrogati che disciplinavano le singole operazioni sotto copertura nelle legislazioni “emergenziali”, è evidente che manchino dal catalogo alcune categorie di *undercover operations* quali, ad esempio, gli articoli 97 e 98 del T.U. Stupefacenti e l'articolo 14 della l. n. 269/1998

²¹⁴ G. MELILLO, *L'agire provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 1999, n. 2, p. 97.

in materia di pedopornografia (il quale ha subito solo la cesura del comma 4). Non è chiaro se la scelta effettuata sia stata voluta dallo stesso legislatore o se sia stata frutto di una svista, ma una cosa è certa: gli articoli che disciplinano le operazioni sotto copertura nei diversi ambiti della legislazione speciale e che non sono stati oggetto di specifica abrogazione continuano a coesistere con la nuova normativa e disciplinano le investigazioni sotto copertura nella lotta a quei determinati reati.

Pochi anni dopo, a completare il quadro di uniformazione della disciplina è intervenuta anche la legge n. 136/2010²¹⁵ che ha enucleato un elenco di reati per i quali è possibile impiegare la tecnica delle investigazioni sotto copertura e soprattutto ne ha disciplinato «le tipologie di azioni eseguibili (tanto da arrivare a ricomprendervi tutte le attività prodromiche e strumentali), proprio per fronteggiare al meglio il fenomeno mafioso»²¹⁶ e allo stesso tempo «ha esteso le garanzie funzionali, tra cui la speciale causa di giustificazione di cui all'articolo 9 l. 146 del 2006, a tutta la gamma dei soggetti privati di cui gli ufficiali di p.g. possono avvalersi²¹⁷».

²¹⁵ L. n. 136/2010 rubricata “Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al governo in materia di normativa antimafia”

²¹⁶ D. CURTOTTI, *Operazioni sotto copertura*, in B. ROMANO (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., p. 439

²¹⁷ M. SCALICI, *Operazioni sotto copertura ed equo processo*, in *Arch. Pen.*, 2014, fascicolo 2, p. 2.

2. Il ruolo dell'agente nelle operazioni sotto copertura alla luce delle indicazioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

L'impiego delle operazioni sotto copertura quale efficace strumento di contrasto ai delitti richiamati dall'articolo 9 della legge n.146 del 2006 (come aggiornato dalla legge n. 136/2010), ha portato ad una serie di conseguenze problematiche sia dal punto di vista applicativo, ma soprattutto dal punto di vista dell'inquadramento funzionale del soggetto impiegato nelle operazioni stesse.

Sebbene venga applicata a contesti "emergenziali", è innegabile che detta tecnica investigativa posseda una peculiare fisionomia *borderline*, perché sospesa tra prevenzione e repressione e, «spesso, è difficile capire in concreto, fino a che punto l'agente *undercover* ricerchi prove sulla base di una *notitia criminis* già acquisita, o agisca piuttosto allo scopo di reperirla²¹⁸».

Il problema sorge soprattutto in riferimento al ruolo svolto dall'agente sotto copertura nell'operazione e, quindi, all'atteggiamento tenuto da questo durante tutto il periodo dell'investigazione. Nonostante la strategia ideata e attuata dalle Procure prima di procedere alle operazioni, infatti, è innegabile che «le attività in discorso si svolgono sempre ai confini della legalità²¹⁹» non potendo prevedere gli sviluppi dei comportamenti degli ufficiali di polizia giudiziaria.

È pertanto necessario tracciare *ex ante* il confine tra la condotta lecita (esente da pena) e quella illecita (punibile).

Andando con ordine, va rilevato che già prima della legislazione del 1990 e precisamente tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, la dottrina italiana, sulla scia dei teorici tedeschi, aveva delineato la figura dell'agente provocatore in colui «che induce altri a commettere un reato, sia attraverso una attività di carattere psichico, sia attraverso la partecipazione materiale, tipica o atipica, spinto dal movente di denunciare, o far cogliere in flagranza, o comunque far scoprire il provocato da parte dell'autorità²²⁰».

²¹⁸ P.P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, in *Arch. Pen.*, 2018, fascicolo 1, p. 27.

²¹⁹ P.P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, cit., p. 26, prosegue ancora l'autore "chi agisce cela e dissimula i suoi poteri investigativi. Si inserisce, mimetizzandosi, nella progettazione e nell'attuazione di un reato. Non viene percepito all'esterno come "autorità procedente". Di qui il rischio dell'abuso del potere investigativo [...]".

²²⁰ NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1973, pp. 215 e ss; R. DELL'ANDRO, voce *Agente provocatore*, in *Enc. Dir.*, I, Milano 1958, pp. 864 e ss.

Detto soggetto, però, non poteva beneficiare di alcuna esenzione da pena in quanto, nonostante le più o meno rispettabili ragioni per cui agiva, veniva considerato compartecipe morale del reato, dal momento che quest'ultimo è frutto della sua stessa attività istigatoria²²¹. La condotta del provocatore, invero, collegata al fatto tipico attraverso il nesso di causalità, non poteva essere scissa da quella dell'autore materiale fino a quando entrambi avessero operato esternamente in una comune direzione²²².

Solo con l'avvento del codice Rocco, dottrina e giurisprudenza riuscirono a delimitare in maniera più netta i contorni della figura dell'agente provocatore. Il merito va alla Cassazione che, in una famosa sentenza in materia di frode delle pubbliche forniture, definì agente provocatore un soggetto che, su incarico della pubblica amministrazione, aveva richiesto ad un farmacista cose diverse da quelle indicate nelle rispettive ricette e delle quali doveva essere eseguita la fornitura, allo scopo di comprovare la predisposizione alla frode dei farmacisti fornitori e la loro capacità di avvalersi dell'inganno nei confronti delle istituzioni²²³.

È evidente il passo avanti fatto dalla Suprema corte la quale, prese le mosse dalla definizione precedente di agente provocatore, la estese anche a colui che offriva un'opportunità al reo di reiterazione del reato.

Parimenti importante è un secondo contributo giurisprudenziale intervenuto pochi anni più tardi che addirittura tracciò il *discrimen* tra la figura dell'agente provocatore e quella dell'agente istigatore. Alla luce di questa pronuncia, infatti, il primo è colui che si finge delinquente per accertare o impedire il crimine *in itinere*, mentre nella figura dell'istigatore va invece ricompreso chi opera unicamente per determinare l'altro a un delitto che, senza il suo intervento, certamente non sarebbe stato commesso²²⁴.

Le divergenze delineate non hanno avuto conseguenze solo sul piano teorico di identificazione, ma anche e soprattutto sul piano della punibilità sia del reo provocato che dell'agente stesso. Una parte della dottrina difatti sostenne che, se l'agente provocatore avesse provocato un terzo alla commissione del reato, con il proposito di impedirne successivamente la consumazione, il provocato sarebbe stato punibile per il

²²¹ Cfr., L. MAJNO, *Commento al Codice penale italiano*, Torino, 1924, I, p. 212

²²² Cfr., G. B. IMPALLOMENEI, *Del concorso di più persone in un reato con speciale riguardo al Codice penale italiano in progetto*, in *Riv. pen.*, 1887, XXVI, p. 232.

²²³ In tal senso, Cass., 23 gennaio 1941, in *Riv. pen.*, 1941, p. 668.

²²⁴ In tal senso, Cass., 6 luglio 1943, in *Riv. pen.*, 1945, p. 258.

delitto tentato, qualora fossero stati posti in essere atti idonei diretti in modo non equivoco al compimento del fatto. Allo stesso tempo, non sarebbe stato punibile il provocatore per mancanza dell'elemento psicologico in capo a quest'ultimo. Il tentativo, invero, presuppone la volontà inequivoca di giungere alla fase consumativa del delitto, mentre, nell'ipotesi considerata, tale volontà è assente nell'istigatore. Pertanto, in capo a questo sarebbe residua un'ipotesi di reato, a titolo di colpa, nell'eventualità in cui non fosse riuscito per negligenza, imprudenza o imperizia ad arrestare allo stadio del tentativo il reato che egli stesso aveva indotto a compiere²²⁵.

Con l'emanazione del T.U. n. 309/1990 e la contestuale applicazione delle operazioni sotto copertura nella lotta al narcotraffico internazionale, viene a delinearsi nell'ordinamento italiano una nuova figura di agente ben distante dalle definizioni date fino ad ora ad opera della giurisprudenza. Stante la formulazione dell'articolo 97 del T.U. se ne deduce che il ruolo dell'ufficiale di polizia giudiziaria c.d. simulato-acquirente, non può più essere identificato con quella dall'agente provocatore e costituisce, al contrario, un nuovo personaggio dotato di propria autonomia²²⁶.

La differenza principale tra le due figure non si riferisce tanto all'atteggiamento tenuto dall'agente stesso, ma poggia, piuttosto, sul contesto criminoso in cui viene effettuata l'operazione: il c.d. simulato-acquirente o *fictus emptor*, «viene alla luce nei reati-contratto, dove è incriminata l'attività stessa di conclusione di un negozio giuridico, contrastante con le norme superiori di ordine pubblico²²⁷».

Anche in questo caso appare necessario definire i profili di responsabilità penale dei contraenti, tenendo conto che, parlando di contratti, non sono mancati impulsi dottrinali basati sull'interpretazione della disciplina civilistica.

Secondo un primo filone dottrinale il “nuovo” agente provocatore «viene considerato come un fattore occasionale di concretizzazione del crimine, relegato in ogni caso sullo sfondo del fatto tipico²²⁸»; in tal caso, il reato-contratto concluso con l'agente sotto

²²⁵ Così, T. DELOGU, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, in *Studi sassaresi*, Sassari, 1935, vol. XIII, p. 19.

²²⁶ Cfr., G. RITUCCI, *La disciplina dell'acquisto simulato ex art. 97 T.U. n. 309/1990. L'attività dell'ufficiale di p.g. “simulato” acquirente: limiti giuridici e rapporti con la figura dell'agente provocatore.*, cit., p. 999.

²²⁷ V. RIELLO, *L'agente provocatore tra esigenze politico-criminali e diritti inviolabili*, in *De Iustitia*, 2018, p. 165.

²²⁸ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dogmatica e politico criminale.*, Milano, 1991, p. 220.

mentite spoglie risulta perfezionato in tutti i suoi elementi (quindi consumato) a nulla rilevando l'elemento psicologico del compratore fittizio sulla punibilità del provocato. Di diverso avviso altra parte della dottrina che, facendo leva sulla teoria del reato impossibile, esclude la punibilità anche del soggetto provocato in quanto il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice non può essere in alcun modo leso. L'iniziativa per l'acquisto della partita di droga, infatti, viene presa dallo stesso ufficiale di polizia giudiziaria il quale, avendo il controllo della progressione dell'azione criminosa, può evitare il verificarsi dell'evento antigiuridico e la contestuale lesione del bene.

Come anzidetto anche un altro filone dottrinale ha fatto sentire la sua voce ispirandosi alle interpretazioni degli istituti civilistici sottostanti. Secondo questi, infatti, la condizione necessaria per l'applicazione della norma incriminatrice è la sussistenza di un contratto valido sottostante e, pertanto, la mancanza dell'effettivo incontro di volontà per la presenza del *fictus emptor*, nell'acquisto di stupefacenti, impedirebbe il perfezionamento della fattispecie criminosa²²⁹.

Con la normativa antimafia *ex l. n. 356 del 1992*, viene aggiunto alle figure dell'agente provocatore e dell'acquirente-simulato un nuovo personaggio, ossia l'agente infiltrato; quest'ultimo, differisce dai primi due, in quanto «agendo nell'ambito di un'indagine ufficiale, si inserisce all'interno di organizzazioni criminali, al fine di individuarne gli associati e le attività da essi compiute²³⁰». Sebbene questo particolare tipo di agente debba comportarsi da spettatore nell'intreccio di rapporti economici e criminosi che caratterizzano le associazioni di stampo mafioso, può accadere che, come rilevato in precedenza, sia costretto a lasciarsi provocare e quindi a porre in essere reati come fosse un affiliato.

La nuova figura di agente infiltrato e la corrispondente scriminante *ex art 12-quater* sancita dalla legge n. 356/1992, affiancandosi alle precedenti già esistenti nell'ordinamento italiano, hanno fatto vacillare le convinzioni e le impostazioni della dottrina e della giurisprudenza sul tema della non punibilità dell'agente sotto copertura

²²⁹ Così, G. RITUCCI, *La disciplina dell'acquisto simulato ex art. 97 T.U. n. 309/1990. L'attività dell'ufficiale di p.g. "simulato" acquirente: limiti giuridici e rapporti con la figura dell'agente provocatore.*, cit., p. 994

²³⁰ M. SCALICI, *Operazioni sotto copertura ed equo processo*, cit., p. 1

palesando la necessità di un intervento normativo unificatore della disciplina delle *undercover investigations* e del ruolo dell'agente impiegato nell'operazione.

Un primo problema sorse in riferimento all'estensibilità o meno dei precedenti orientamenti giurisprudenziali in tema di punibilità dell'agente provocatore (e del provocato sottostante) anche a questa nuova figura, avuto riguardo del differente atteggiamento tenuto dai due nell'ambito delle rispettive missioni. Il secondo problema, invece, riguardava proprio il trattamento di favore riservato all'infiltrato, così come sancito dalla normativa, tenuto conto del possibile mutamento di condotta di questo durante l'operazione (particolari contingenze lo avrebbero potuto portare a commettere un reato facendolo automaticamente diventare provocatore o comunque concorrente *ex art. 110 c.p.*).

L'articolo 9 della legge n.146 del 2006 e successivi aggiornamenti hanno il pregio di aver risolto, seppur parzialmente, alcuni dei problemi sopraesposti, ma a completare il quadro della disciplina vanno menzionate anche le indicazioni della Corte di Strasburgo, la quale, già prima dell'entrata in vigore dello "statuto delle operazioni sotto copertura"²³¹, aveva indirizzato l'Italia nell'utilizzo delle operazioni sotto copertura in un'ottica di liceità e legalità processuale alla luce dei principi sanciti dall'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Sebbene, infatti, la legge n. 146 del 2006 abbia cercato di uniformare la disciplina delle *undercover investigations* (che fino ad allora era fortemente frammentata), non risultava ancora chiaro fino a che punto poteva spingersi l'attività dell'agente impiegato nell'investigazione per rientrare nell'ambito di operatività della scriminante di cui all'articolo 9.

Di primaria importanza furono due *leading cases* portati d'innanzi alla Corte EDU: il caso Teixeira de Castro c. Portogallo, la cui sentenza fu emessa il 9 giugno 1998 e il caso Calabrò c. Italia e Germania deciso il 21 marzo 2002.

Nel primo caso la Corte soffermò la propria attenzione sul *discrimen* tra l'agente infiltrato (*undercover agent*) e l'agente provocatore (*agent provocateur*) dichiarando ammissibile e lecita l'azione del primo e censurando l'azione del secondo poiché contraria ai principi del giusto processo. Secondo i giudici europei, infatti, l'interesse pubblico alla repressione dei reati non può legittimare l'uso di elementi probatori

²³¹ Così, A. CISTERNA, *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, in *Guida dir.*, 2006, n. 17.

ottenuti a seguito di istigazioni al delitto provenienti dagli organi di polizia che vanno, in questo modo, ad influire sulla genesi del reato e presentano ricadute anche sul piano processuale²³². Alla luce di ciò, nessuna condanna può reggersi su prove artificiosamente create da soggetti infiltrati: ne risulterebbe falsata e compromessa la *fairness* processuale e l'equità complessiva della procedura²³³.

Nonostante questa prima pronuncia sia stata fondamentale per le successive, permanevano ancora dubbi circa l'ammissibilità dell'attività di provocazione. Dalle parole della sentenza non è ben chiaro se la figura dell'agente provocatore sia illegittima in tutti i suoi aspetti o se possa essere considerata lecita ove l'attività provocatoria venga realizzata sotto la gestione dell'autorità giudiziaria. Allo stesso modo risultava ancora incerta la legittimità dell'agente infiltrato qualora la sua attività fosse stata realizzata fuori dallo stretto controllo dell'autorità giudiziaria²³⁴.

Nella seconda sentenza i giudici europei esclusero la violazione dell'equo processo, perché l'agente infiltrato, sebbene avesse manifestato la sua disponibilità a cedere sostanze stupefacenti e aveva di conseguenza organizzato l'incontro per la consegna della merce, si era limitato a prendere contatti con alcuni soggetti legati ad ambienti criminali, i quali avevano poi liberamente deciso di commettere il reato. Ad avviso della Corte tutti questi elementi non consentivano di ritenere superati i confini dell'attività sotto copertura così come autorizzata ed eseguita²³⁵.

Sul punto non mancarono impulsi da parte della giurisprudenza di legittimità italiana, la quale, sulla scia delle statuizioni europee, valorizzò in sede processuale «la verifica del contributo causale dell'attività dell'agente provocatore²³⁶» e definì anch'essa la differenza tra il provocatore e l'infiltrato.

Grazie a due sentenze pilota si stabilì che non sono lecite «le operazioni sotto copertura che si concretizzano in un incremento o in una induzione al crimine del soggetto indagato» e che, «l'agente infiltrato non può commettere azioni illecite diverse da quelle dichiarate non punibili o a esse strettamente e strutturalmente connesse²³⁷», con

²³² Cfr., Corte EDU, 4 novembre 2010, *Bannikova c. Russia*.

²³³ Così, Corte EDU, 9 giugno 1998, *Teixeira de Castro v. Portogallo*.

²³⁴ In tal senso, 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 *Legisl. Pen.*, 1999, p. 197.

²³⁵ Cfr., C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, A. BALSAMO, R. E. KOSTORIS (a cura di), Torino, 2008, p. 403.

²³⁶ M. SCALICI, *Operazioni sotto copertura ed equo processo*, cit., p. 5.

²³⁷ Cass., Sez. II, 9 ottobre 2008, Cuzzucoli e altri, in *mass. Uff.*, n. 241442.

conseguente divieto di interpretazione analogica dei presupposti sostanziali sanciti dell'articolo 9 l. n. 146/2006 e inutilizzabilità, ai sensi dell'articolo 191 c.p.p., degli atti di indagine raccolti mediante provocazione²³⁸.

Al di là del teorico orientamento della giurisprudenza, rimane sempre un fattore di rischio nell'attività dell'agente sotto copertura; il discrimine tra le due figure è labile, «soprattutto se la valutazione deve essere fatta “sulla carta”, a posteriori, ad opera del giudice²³⁹». Nonostante l'inquadramento dogmatico funzionale, infatti, «la condotta dell'agente infiltrato finisce spesso per ricomprendere comportamenti tipici dell'attività provocatoria perché in ogni infiltrazione ci sono forme lievi di istigazione²⁴⁰» e pertanto, la giurisprudenza, al fine di rispondere alle esigenze di efficienza investigativa, ha dovuto rimodulare i propri schemi concettuali approdando a soluzioni interpretative di compromesso che si sono rilevate allo stesso modo problematiche²⁴¹.

Sarebbe stato, forse, più semplice per la stessa Cassazione compiere l'attività ermeneutica facendo riferimento al dato letterale dell'articolo 9 cit. il quale, implicitamente, fissa tre limiti alla legittima fruizione della scriminante. Il primo, di natura soggettiva, limita la portata della norma ai soli soggetti tassativamente nominati (ufficiali di polizia giudiziaria, interposti e ausiliari); il secondo, di spiccato stampo oggettivo, impone che l'attività sotto copertura debba essere svolta “nei limiti delle proprie competenze” e nel “corso di specifiche operazioni di polizia”. Il terzo, infine, circoscrive l'ambito applicativo in termini di finalità, ossia, occorre che le operazioni

²³⁸ Cass., sez. III, 3 giugno 2008, rv. 240269; Id., 3 maggio 2011, n. 17199; Id., 10 gennaio 2013, n. 1258, inedita che richiama espressamente la giurisprudenza CEDU.

²³⁹ D. CURTOTTI, *Operazioni sotto copertura*, in B. ROMANO (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., p. 441.

²⁴⁰ D. CURTOTTI, *IBIDEM*

²⁴¹ Così, D. CURTOTTI, *Operazioni sotto copertura*, in B. ROMANO (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., p. 442 rileva sul punto l'autore che ancora nelle risoluzioni dei casi si rimane legati al quesito su ciò che è “penalmente lecito” con la conseguenza che si ha “un'eccessiva astrattezza dei concetti che mal si adatta alla realtà operativa e determina un altrettanto eccessiva discrezionalità del giudice delle leggi, liberi di definire cosa sia lecito e cosa no” con la conseguenza che gli esiti processuali dipendenti da sole valutazioni di carattere sostanziale portano con loro “il rischio di soluzioni troppo diverse a discapito della correttezza dell'accertamento e del principio di uguaglianza, ma soprattutto la distrazione verso esigenze di tutela dell'indagato, eventualmente vittima di un abuso investigativo e processuale”.

siano svolte “al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti” espressamente indicati²⁴².

²⁴² Così, V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, cit., pp. 254 e ss.

3. La responsabilità penale dell'agente sotto copertura. Profili di impunità.

Basandosi sul dato normativo si può arrivare facilmente alla conclusione per cui l'agente sotto copertura può beneficiare della causa di giustificazione sancita dall'articolo 9 della legge 146/2006 quando il contegno da questo tenuto durante l'investigazione non sia sfociato in una provocazione, ossia in un'attività di determinazione o di istigazione alla commissione del reato stesso mediante proposte illecite simulate.

Il comportamento dell'agente va, inevitabilmente, a ripercuotersi sulla liceità di tutta l'operazione, ma non rappresenta l'unica causa scaturente l'illegittimità dell'investigazione; la giurisprudenza definisce illegittima l'operazione compiuta non solo quando l'agente mascherato violi la normativa che disciplina le operazioni *undercover*, ma anche quando l'operazione venga abusivamente strumentalizzata al fine di acquisire elementi di prova concernenti reati diversi rispetto a quelli tassativamente indicati dalla legge, ovvero in assenza di autorizzazione a procedere delle autorità competenti, ma non ritiene determinante, la mancata comunicazione al pubblico ministero²⁴³.

Alla luce di ciò, resta da capire, però, che cosa accade e quali sono le possibili conseguenze penali personali qualora l'agente sotto copertura non rispetti i limiti sanciti dalla norma.

Va, innanzitutto, ribadito che l'articolo 9 cit. al primo comma fa salvo l'articolo 51 c.p.; la scelta del legislatore appare curiosa poiché, se da una parte questo ha voluto circoscrivere l'ambito di applicazione della scriminante speciale (prevedendo dei limiti e dei requisiti rigidi e tassativi per poterne beneficiare), dall'altra parte ha lasciato aperta, per il provocatore reo, la possibilità di invocare, in via residuale, la scriminante generale. Quest'ultima, infatti, come è stato in precedenza rilevato, si pone in una posizione retrostante rispetto alla causa di giustificazione di nuovo conio e spiega i suoi effetti ogniqualvolta non possa applicarsi quella speciale per mancanza di uno dei requisiti richiesti dalla norma stessa. Per evitare, però, che detto meccanismo si trasformi in una costante impunità per l'agente sotto copertura, è stato necessario limitare lo spazio operativo dell'articolo 51 c.p. agli interventi indiretti e marginali

²⁴³ Così, D. CURTOTTI, *Operazioni sotto copertura*, in B. ROMANO (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., pp. 450-451

dell'ideazione ed esecuzione del fatto. Ora, infatti, l'agente impiegato nell'operazione laddove non possa beneficiare della scriminante speciale ex articolo 9 cit., potrà fruire di quella generale purché il suo atteggiamento si sia risolto in una mera attività di controllo, osservazione e contenimento delle azioni illecite altrui²⁴⁴.

Qualora non sussistano i presupposti per riconoscere il beneficio dell'impunità, sia ai sensi dell'articolo 9 cit., sia ai sensi dell'articolo 51 c.p., è innegabile che l'agente sotto copertura vada incontro ad una propria e autonoma responsabilità penale per il fatto di reato commesso.

Su questo punto, la dottrina ha cercato di elaborare differenti soluzioni affinché l'ufficiale di polizia giudiziaria possa essere scriminato nonostante la palese violazione della normativa.

È incontrovertibile, infatti, che l'agente sotto copertura, il quale abbia violato le disposizioni sancite dalla normativa *de qua*, debba rispondere a titolo di concorso, quantomeno morale, ex articolo 110 c.p., nel fatto del provocato²⁴⁵, ma nonostante ciò, non sono mancati impulsi dottrinali che, facendo leva o sul piano della "tipicità" dell'azione, o sul piano dell'antigiuridicità, ovvero, sul piano della colpevolezza, hanno escluso la punibilità dell'agente sotto copertura.

Il primo filone dottrinale ha cercato di impedire il rimprovero di responsabilità nei confronti dell'agente sotto copertura, divenuto istigatore, facendo espresso riferimento alla teoria generale del reato e precisamente agli elementi costitutivi che lo compongono.

A riguardo di ciò, va primariamente rilevato che sulla polizia giudiziaria grava un obbligo giuridico di impedire l'evento ai sensi dell'articolo 40, cpv c.p. e pertanto "non impedire l'evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo". In questo caso l'ufficiale di polizia giudiziaria può evitare di attivarsi per impedire l'evento quando ciò sia funzionale sia a raccogliere le prove, sia ad impedire la realizzazione del danno o il concretarsi del pericolo²⁴⁶.

²⁴⁴ Cfr., V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., p. 259.

²⁴⁵ Per la trattazione diffusa delle c.d. soluzioni universali, nonché particolari alla responsabilità dell'agente provocatore, si veda C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit.,

²⁴⁶ Così, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1920, p. 439, secondo l'autore infatti "se l'agente di polizia, sia pure allo scopo di accertare il reato e di assicurare il delinquente alla giustizia, lasciasse verificarsi l'evento dannoso o pericoloso [...] egli sarebbe certamente corresponsabile del

Secondo un altro orientamento della dottrina, la non punibilità dell'agente sotto copertura va ravvisata nella mancanza di anti giuridicità nel fatto da questo commesso. Gli autori hanno, quindi, fatto una distinzione tra le cause di non punibilità che si riferiscono alla condotta del solo agente, quindi soggettive e personali, e quelle che, oggettivamente, escludono l'anti giuridicità del fatto. Per quanto attiene alle prime, sotto questa categoria vanno ricompresi l'errore e il consenso dell'avente diritto, mentre, sotto la seconda categoria è contemplata l'inidoneità dell'azione a provocare l'evento dannoso o pericoloso, ossia il reato impossibile.

Quello che più interessa ai fini della trattazione è vedere come varia la punibilità in presenza dell'errore.

Innanzitutto, bisogna tenere a mente che *ignorantia legis non excusat* e che, pertanto, l'agente sotto copertura non potrà invocare a sua discolpa il fine speciale cui era diretta la sua condotta (perché in tal caso ci si troverebbe in presenza di un errore sulla legge penale che, in quanto tale, non esclude la punibilità).

È necessario, allora, concentrarsi sull'errore dell'agente che abbia ritenuto di dover agire nell'adempimento di un dovere imposto dalla legge o di un ordine legittimo. A questo punto, la stessa dottrina ha prospettato tre diverse ipotesi²⁴⁷.

La prima ipotesi si ha quando l'ufficiale di polizia giudiziaria istighi un individuo sospettato a commettere un reato nella convinzione di esservi obbligato per la sua speciale qualifica. Ora, in tale situazione è evidente che vi sia un errore di fatto avente ad oggetto la norma amministrativa che disciplina i doveri inerenti alle funzioni assegnate; l'ignoranza di questa disposizione non porta automaticamente alla punibilità e, dunque, la condotta del pubblico ufficiale dovrebbe ritenersi scriminata.

Per quanto riguarda la seconda ipotesi, invece, si fa riferimento al caso in cui l'agente sotto copertura si tramuti in agente provocatore in virtù di un ordine impartito dal suo superiore. In tal caso, si ritiene che l'agente sottoposto non debba agire immediatamente, ma anzi debba analizzare il modo in cui è stato impartito l'ordine, l'attinenza dei comandi con il proprio obbligo di servizio e la competenza dell'autorità che impartisce l'ordine²⁴⁸. Anche in questo caso, qualora il destinatario decidesse di

reato, a norma dell'articolo 40 c.p., ma, se l'azione sua è invece diretta a prevenire l'evento consumativo, è manifesto che egli è giustificato dall'adempimento di un dovere".

²⁴⁷ Cfr., L. GALLI, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, in *giust. Pen.*, 1939, p. 790

²⁴⁸ Così, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit.

dare esecuzione al comando per errore sulla legittimità dello stesso o sul proprio dovere di obbedienza, ci si troverebbe nell'errore riferito ad una norma di natura amministrativa e la condotta andrebbe, dunque, scriminata.

L'ultima ipotesi, infine, postula che il ruolo di agente provocatore venga svolto da un privato per ordine dell'autorità pubblica. Pertanto, qualora questo ritenga per errore di aver ricevuto un ordine legittimo, si applicherà la scriminante generale sancita dall'articolo 51 c.p.

Il terzo ed ultimo orientamento dottrinale esclude la punibilità dell'agente sotto copertura facendo leva sulla mancanza di colpevolezza nel fatto criminoso commesso durante le investigazioni. Secondo questi autori, infatti, la pena non andrebbe applicata per mancanza dell'elemento soggettivo del reato, ossia il dolo²⁴⁹. L'agente in questione ha istigato il soggetto alla commissione del reato, ma con la volontà di bloccare l'attività criminosa in corso; in tal caso, l'ufficiale di polizia giudiziaria ha agito nella piena convinzione che l'evento non si sarebbe verificato, non accettando neppure il rischio del possibile concretizzarsi del danno. Al contrario, se avesse anche solo accettato il rischio del possibile verificarsi dell'evento, lo stesso sarebbe punibile per concorso nel reato a titolo di dolo eventuale.

²⁴⁹ Così, T. DELOGU, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, cit., p. 34; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2017, p. 541; M. ROMANO, *Commentario al codice penale*, vol. 2, pp. 197-198.

4. La qualifica dell'agente sotto copertura nel processo penale e le conseguenti ripercussioni sull'utilizzabilità delle prove illecitamente acquisite.

Da quanto detto fino ad ora emerge chiaramente l'intento del legislatore di dare uniformità, a livello normativo, alla disciplina delle operazioni sotto copertura. Nonostante ciò, gli impulsi legislativi susseguitisi negli anni hanno tralasciato, forse volontariamente o forse per imperizia, i risvolti processuali successivi all'impiego delle *undercover investigations*. Questione non di poco conto se si pensa che la differente qualifica rivestita dall'agente sotto copertura in sede di processo, inficia inevitabilmente sulle modalità di acquisizione della prova e sui limiti della sua utilizzabilità.

Nel silenzio della legge, la ricerca della soluzione al problema è stata demandata agli interpreti, prima, e alla giurisprudenza, poi.

Tenendo per la fine le questioni in materia di prove, è necessario capire, una volta concluse le indagini, che ruolo svolga l'ufficiale di polizia giudiziaria nel processo avente ad oggetto il fatto di reato per cui siano state impiegate le operazioni sotto copertura.

Va, innanzitutto, precisato che la qualifica processuale acquisibile dall'agente *undercover* varia a seconda che il soggetto abbia o meno violato lo statuto delle operazioni sotto copertura, ossia, se questo si sia reso autore di un illecito penale ovvero sia rimasto nei canoni di legalità sanciti dallo stesso articolo 9 legge n. 146/2006.

Qualora, infatti, si riscontri una vera e propria violazione della norma, il primo quesito a cui rispondere è se il Pubblico Ministero sia tenuto all'iscrizione del nominativo nel registro delle notizie di reato ai sensi dell'articolo 335 c.p.p.

Già su questo punto si sono avuti due differenti orientamenti. Secondo una parte della dottrina, un'eventuale impunità dell'agente sotto copertura, che si sia reso autore di un reato, non può essere riconosciuta dallo stesso pubblico ministero, ma soltanto dal giudice di merito (in quanto organo terzo e imparziale). Il magistrato inquirente pertanto dovrà iscrivere tempestivamente la notizia di reato nel registro, proseguire nelle indagini e alla fine dell'attività investigativa, qualora risulti che, sebbene l'agente

abbia commesso un reato non furono superati i limiti sanciti dalla normativa, potrà richiedere l'archiviazione del caso al giudice per le indagini preliminari²⁵⁰.

L'altro filone di studiosi, invece, coadiuvato anche da una parte della giurisprudenza, ritiene che il p.m. non sia tenuto ad iscrivere la notizia di reato ogniqualvolta risulti inequivocabile che l'attività dell'agente sotto copertura sia rimasta entro i rigidi canoni di legalità sanciti dall'articolo 9 cit.; la condotta dell'infiltrato diverrebbe lecita in virtù della causa di giustificazione speciale (o eventualmente di quella generale *ex* articolo 51 c.p.) e risulterebbe pleonastica l'iscrizione con conseguente archiviazione²⁵¹.

Detta seconda soluzione, seppur caratterizzata da una sua logicità ed in linea con il principio di economia processuale, non si rivela del tutto conforme con il dato normativo per due motivi: *in primis*, perché nell'ordinamento italiano vige l'obbligatorietà dell'azione penale *ex* articolo 112 Cost. e pertanto il p.m., rappresentante della Pubblica Accusa, è onerato ad iscrivere la notizia di reato anche in presenza di una causa di giustificazione (quest'ultima potrà essere riconosciuta tuttalpiù dal giudice in sede di richiesta di archiviazione). In secondo luogo, perché spesso può accadere che il p.m. che abbia disposto l'operazione sotto copertura sia lo stesso designato ad iscrivere la notizia di reato ai sensi dell'articolo 335 c.p.p. e ad indagare sul fatto commesso dall'agente *undercover*; in quest'ultimo caso, si verificherebbe un'incompatibilità tra le due funzioni che dovrebbero essere svolte dalla medesima persona.

Stante i punti deboli della seconda teoria esposta, si ritiene che la soluzione migliore e conforme alla normativa processuale sia la prima. Affinché venga riconosciuta l'impunità dell'agente sotto copertura, autore del reato, è necessario che vi sia un sindacato giurisdizionale sulla causa di giustificazione ad opera del giudice. Detto

²⁵⁰ In tal senso, G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, Jovene Editore, 2011, pp. 106 ss.

²⁵¹ Così, G. AMATO, *La definizione della posizione processuale dell'agente provocatore: riflessi sulla capacità a rendere testimonianza*, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 2394; G.L. FANULI, *La testimonianza indiretta sulle dichiarazioni dell'imputato*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, p. 283; G. MELILLO, *L'agire provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, p. 103; ancora sul punto, *Cass. Pen.*, Sez. VI, 10 aprile 1995, Ascia, (in senso conforme cfr. *Cass. Pen.*, Sez. VI, 3 dicembre 1998, Carista ed altri) secondo cui l'ufficiale di p.g. che procede legittimamente all'acquisto simulato, è insuscettibile di essere sottoposto ad indagini preliminari. Per quanto la pronuncia appena citata riguardi esplicitamente il solo caso della scriminante contemplata relativamente all'acquisto simulato di droga, la dottrina ritiene che il principio qui contenuto sia "senz'altro estensibile a tutte le ipotesi di azione simulata anche diverse da quella esaminata dalla Corte di legittimità, perché i principi applicabili sono coerentemente gli stessi" (cfr., G. AMATO, *Le operazioni simulate. Se l'agente provocatore entra nel processo*, 2007).

giudizio potrà essere effettuato in sede di richiesta di archiviazione²⁵² presentata dal p.m. al giudice per le indagini preliminari²⁵³.

Una volta appurato che a seguito della violazione dell'articolo 9 legge n. 146/2006, il nominativo dell'agente sotto copertura debba essere iscritto nel registro delle notizie di reato ai sensi dell'articolo 335 c.p.p. bisogna capire la specifica qualifica processuale che questo andrebbe ad acquistare nel processo penale, tenuto conto delle successive ripercussioni del suo *status* in materia di acquisizione e valutazione della prova dichiarativa da questo apportata.

È innegabile che una volta che il nome venga iscritto nello specifico registro questo divenga, inevitabilmente, una persona sottoposta alle indagini e, come tale dunque, questo dovrà essere escusso o secondo le regole proprie della testimonianza assistita ai sensi dell'articolo 197-*bis* c.p.p. ovvero secondo quanto disposto dall'articolo 210 c.p.p. se si tratta di imputato in un procedimento connesso²⁵⁴. Anche qualora, a seguito dell'accettazione della richiesta di archiviazione, il soggetto perdesse la qualifica di indagato, questo verrebbe comunque escusso con le modalità "particolari" degli assistiti.

Nulla quaestio, qualora l'agente sia rimasto nei ranghi della legalità durante tutte le operazioni, tanto da non dover invocare neanche le cause di giustificazione. In tal caso, infatti, non dovendo avvenire l'iscrizione della notizia di reato a suo carico, questo verrà sentito, prima, come persona informata sui fatti e poi come testimone in sede processuale.

²⁵² La quale potrà fondarsi sull'articolo 125 disp. att. c.p.p., cioè sulla constatazione che gli elementi a carico dell'agente undercover non saranno in grado di sostenere l'accusa in giudizio. Nondimeno, laddove si ritenesse la configurazione della causa di giustificazione durante l'attività sotto copertura, la richiesta di archiviazione dovrà invece fondarsi sul presupposto per cui "il fatto non costituisce reato", in quanto grazie alla scriminante speciale, viene meno l'elemento dell'antigiuridicità del fatto.

²⁵³ Sul punto una parte della dottrina ritiene che qualora il p.m. non proceda tempestivamente all'iscrizione della notizia di reato si andrebbe a configurare in capo a quest'ultimo una responsabilità per violazione del principio dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale e pertanto, a rigor di logica, si può considerare applicabile l'istituto dell'avocazione. Dunque, il procuratore generale presso la Corte d'Appello, ai sensi dell'articolo 372 c.p.p. può avocare a sé le indagini. (così, G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, cit., p. 109)

²⁵⁴ La scelta sulla modalità di escussione è ancora oggetto di dibattito in seno alla dottrina e varia a seconda della tesi che si preferisce condividere. Tra i tanti, F. DE CAROLI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di testimonianza assistita*, in *Legisl. pen.*, 2006, pp. 331 ss.; M. DANIELE, *Lacune della disciplina sulla testimonianza assistita*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 713 ss.; G.L. FANULI, A. LAURINO, *Incompatibilità a testimoniare e archiviazione dopo la legge sul c.d. giusto processo: un nodo apparentemente irrisolto*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 3937 ss.

Il diverso *status* comporta sia una diversa tecnica di escussione, ma anche una diversa modalità di valutazione dell'attendibilità e della veridicità della dichiarazione resa ad opera del giudice.

Le dichiarazioni ai sensi degli articoli 197-*bis* e 210 c.p.p. non hanno una loro piena valenza probatoria; il giudice dovrà quindi ricercare elementi estrinseci alla testimonianza idonei a confermarne l'attendibilità, così come disposto dall'articolo 192 commi 3 e 4 c.p.p.; problema non da poco se si pensa alle circostanze che caratterizzano le operazioni sotto copertura; in contesti così intricati è molto difficile trovare elementi utili a corroborare la veridicità della dichiarazione e pertanto si finirebbe per non credere a quanto esposto dall'agente durante l'esame e a vanificare le indagini stesse fino a quel momento compiute²⁵⁵.

Tra le possibili soluzioni per ovviare al problema si potrebbe seguire l'orientamento giurisprudenziale secondo cui al soggetto destinatario del provvedimento di archiviazione andrebbe riconosciuto lo *status* di testimone "semplice". Secondo la stessa giurisprudenza, infatti, la probabilità di riapertura delle indagini *ex* articolo 414 c.p.p. è assimilabile, o addirittura inferiore, a quella della possibile apertura *ex novo* delle indagini nei confronti di qualsiasi altro soggetto²⁵⁶.

Infine, è necessario sottolineare un'ulteriore questione; i procedimenti a carico dell'agente sotto copertura e a carico del soggetto "provocato", seppur connessi, non è detto che procedano simultaneamente, anzi è molto probabile che questi possano iniziare e concludersi in tempi differenti. In questo caso è possibile che l'agente impiegato nell'operazione venga chiamato a deporre nel processo a carico dell'altro soggetto (autore dei reati per cui erano state impiegate le *undercover investigations*), prima ancora che sia intervenuto nei suoi confronti il decreto di archiviazione. Nonostante l'ufficiale di polizia giudiziaria sia, quindi, formalmente indagato, la dottrina ritiene che questo debba essere escusso con le modalità della testimonianza comune, poiché detta soluzione risulta maggiormente in linea con la *ratio* propria delle operazioni sotto copertura²⁵⁷.

²⁵⁵ Così, R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003, p. 140.

²⁵⁶ Si veda, Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2009, De Simone, in CED 246376

²⁵⁷ Così, R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, cit., p. 140,

Una volta confermato che l'agente sotto copertura debba deporre (seppur con modalità differenti, a seconda della violazione o meno della disciplina *ex* articolo 9 legge n. 146/2006) non resta che vedere se esistano delle accortezze in sede processuale per proteggere l'identità del teste e il contenuto della dichiarazione, ossia l'oggetto vero e proprio della deposizione. La valutazione circa il merito della dichiarazione non è da sottovalutare perché, durante tutta l'operazione l'agente che si è amalgamato con l'associazione, può aver visto determinati fatti o può essere stato interlocutore di soggetti ad ora imputati e questo non lo rende un testimone comune. Data la delicatezza del ruolo è stata riconosciuta la possibilità di escutere il "teste" in forma anonima applicando a tal fine tutte le cautele necessarie alla tutela e alla riservatezza della persona da esaminare, con modalità tali da evitare che il volto di chi depone risulti visibile e, ai sensi dell'articolo 147-*bis* disp. att. c.p.p., l'esame si svolge a distanza, mediante collegamento audiovisivo²⁵⁸.

Per quanto concerne il merito della deposizione ci si chiede se valgano, con riferimento a quanto appreso durante le *undercover investigations*, tutte le garanzie riconosciute all'indagato o imputato sancite dagli articoli 62, 63 e 195, comma 4 c.p.p. in tema di contraddittorio.

Andando con ordine, per quanto attiene all'articolo 62 c.p.p. il quesito a cui rispondere è cosa debba intendersi per "dichiarazioni comunque rese nel corso del procedimento dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini" e, pertanto, quali dichiarazioni cadano sotto il divieto di testimonianza. Sebbene non siano mancati forti scontri in dottrina e in giurisprudenza, si ritiene non applicabile nei confronti dell'agente sotto copertura il limite previsto dall'articolo 62 c.p.p., in quanto tale divieto opera con riferimento alle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria in quanto conosciuta dal dichiarante come tale²⁵⁹.

Per quanto attiene l'articolo 63 c.p.p. anche in questo caso non sono mancati forti dubbi in seno alla giurisprudenza, che ha proposto differenti interpretazioni della norma. La più coerente sembra essere quella fornita dalla Suprema Corte, secondo cui, l'utilizzo nella norma del termine "esame" dovrebbe necessariamente ricondurre la prescrizione all'interno delle dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria o alla polizia

²⁵⁸ Cfr., P.P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, cit., p. 43.

²⁵⁹ Cass. Sez. IV, 30 novembre 2004, Meta, 2005/6702; Cass. Sez. IV, 4 ottobre 2004, Biancoli, n. 46556/2004; Cass. Sez. IV, 29 maggio 2001, Tomassini, 2001/33561.

giudiziaria in sede di assunzione di informazioni (art. 362 c.p.p.) o di sommarie informazioni (art. 351 c.p.p.) da chi viene sentito come persona che può riferire circostanze utili ai fini delle indagini. Affinché si applichi l'articolo 63 c.p.p. è necessario, inoltre, che si tratti di dichiarazioni rese in pendenza di un procedimento, in quanto rispettose di taluni requisiti formali inerenti alla qualità dei soggetti che vi possono procedere ed alla loro documentazione: nell'ambito delle operazioni sotto copertura, non essendo invece nota la qualifica di chi riceve le dichiarazioni, non è possibile applicare gli articoli 351 e 362 c.p.p. e di conseguenza neppure l'articolo 63 c.p.p.²⁶⁰

Infine, per quanto riguarda l'articolo 195 comma 4 c.p.p. *nulla quaestio*; il divieto sancito dalla norma risulta circoscritto alle dichiarazioni raccolte dalla polizia giudiziaria ai sensi degli articoli 351 e 357 comma 2, lettere a) e b) c.p.p. Pertanto, è possibile per l'agente infiltrato riferire al giudice il contenuto delle confidenze informali poiché le ha raccolte in veste di partecipante all'azione e non di ufficiale di polizia giudiziaria, ma, soprattutto perché ciò che ha appreso è frutto della sua diretta percezione²⁶¹.

Oltre al contenuto della dichiarazione è, ora, necessario soffermare l'attenzione sulle conseguenze processuali di tutti gli elementi di prova fino a quel momento raccolti durante le *undercover investigations*.

In realtà la giurisprudenza ha rilevato come una prova acquisita in violazione della normativa *de qua* risulti inutilizzabile ai sensi dell'articolo 191 c.p.p., ma una soluzione così immediata non risulta del tutto esaustiva.

L'articolo 191 c.p.p. invero nel fare riferimento alle "prove acquisite in violazione dei limiti stabiliti dalla legge" non specifica a quale legge debba farsi riferimento e, pertanto, non risulta chiaro agli occhi dell'interprete se la disposizione intenda solo norme processuali o, eventualmente, anche norme di diritto penale sostanziale. In tal modo si è riaperto il dibattito, ormai sopito, che era sorto in seno alla dottrina ai tempi del codice Rocco²⁶².

²⁶⁰ Cass. Pen. Sez. VI, 28 aprile 1997, in *Cass. pen.*, 1998, Console, p. 3014 ss.

²⁶¹ Cass. Sez. VI, 5 dicembre 2006, Ani, 2006/41730; Cass. Sez. III, 2 febbraio 2017 e 10 marzo 2017, n. 11572, rv. 269175.

²⁶² La dottrina, al tempo, distingueva tra prove "illecite", ossia quelle in violazione di norme di diritto penale sostanziale e prove "illegittime", vale a dire quelle che presentano un vizio tale per cui nel

Al di là della distinzione puramente formale tra prove illecite e prove illegittime, si ritiene maggiormente in linea con il dettato normativo l'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione per via diretta o indiretta di un divieto sancito dalla legge processuale²⁶³.

Ciò che resta da chiedersi, quindi, è se questa inutilizzabilità abbia o meno carattere assoluto, ovvero se sia consentita una sanatoria *ex post*.

Per rispondere al quesito si può fare riferimento ad una sentenza della Cassazione che, affermando con fermezza l'inutilizzabilità delle prove ottenute in violazione della disciplina, non esclude la possibilità di un reimpiego della prova illegittima per finalità differenti (quali l'elemento su cui fondare l'iscrizione di una diversa notizia di reato o ai fini di sequestro)²⁶⁴, ma mai contro l'imputato nel procedimento in corso.

procedimento di ammissione della prova sia ravvisabile una violazione di una norma processuale. (cfr., F. CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 147)

²⁶³ Così, V. GREVI, *Le prove*, in G. CONSO, V. GREVI e M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, p. 320.

²⁶⁴ Cass., Sez. III, 8 giugno 2004, Ganci, in *Dir e giust.*, 2004.

5. Le operazioni sotto copertura nella legge n. 3 del 2019

Il processo di stratificazione normativa dello “statuto delle operazioni sotto copertura”, dopo l’ultima modifica apportata dalla legge n. 136/2010, ha subito un arresto di circa dieci anni. Sebbene non siano mancati minimi interventi sulla disciplina delle *undercover investigations*, il più recente e il più rilevante è sicuramente quello effettuato dalla legge n. 3 del 2019.

Tra le tante novità introdotte dalla c.d. spazzacorrotti, questa ha esteso l’ambito di applicazione delle operazioni sotto copertura ad alcuni dei fenomeni maggiormente pervasivi nell’ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione e precisamente «ai delitti di corruzione, concussione, induzione indebita e traffico di influenze illecite²⁶⁵». Nonostante la scelta del legislatore sembri connotata da caratteri di originalità, è necessario inquadrare la riforma in un contesto internazionale. Già nel 2003, invero, con l’articolo 50²⁶⁶ della Convenzione ONU di Mérida, le Nazioni Unite richiesero agli Stati membri di introdurre nei loro ordinamenti tecniche investigative speciali per il contrasto ai reati di corruzione auspicando una risposta di adeguamento tempestiva da parte dei firmatari. L’allineamento dell’Italia alla normativa sovranazionale arrivò prima con la legge n. 116 del 3 agosto 2009 e poi con la legge n. 3 del 2019, la quale, fu subito oggetto di una serie di critiche a caldo da parte della dottrina. Gli autori, in effetti, non hanno esitato ad esprimere le loro perplessità sul punto riscontrando, *in*

²⁶⁵ Si riporta l’articolo 6 del Disegno di legge n. 1189-B

²⁶⁶ Articolo 50 (Tecniche investigative speciali) 1. Per combattere efficacemente la corruzione, ciascuno Stato, nei limiti consentiti dai principi fondamentali del proprio ordinamento giuridico interno, e conformemente alle condizioni stabilite dal proprio diritto interno, adotta le misure necessarie, con i propri mezzi, a consentire l’appropriato impiego da parte delle autorità competenti della consegna controllata e, laddove ritenuto opportuno, di altre tecniche speciali di investigazione, quali la sorveglianza elettronica o di altro tipo e le operazioni sotto copertura, entro il suo territorio, e a consentire l’ammissibilità in tribunale della prova così ottenuta.

2. Allo scopo di indagare i reati di cui alla presente Convenzione, si incoraggiano gli Stati Parte a stringere, laddove necessario, gli opportuni accordi o intese bilaterali o multilaterali per l’impiego di dette tecniche speciali di investigazione nel contesto della cooperazione internazionale. Tali accordi o intese vengono conclusi e attuati in piena ottemperanza del principio della sovrana eguaglianza degli Stati e vengono attuati in stretta conformità ai termini di tali accordi o intese. 3. In mancanza degli accordi o intese di cui al paragrafo 2 del presente articolo, le decisioni sull’impiego di tecniche speciali di investigazione a livello internazionale vengono prese caso per caso e, se necessario, possono tenere in considerazione le disposizioni e le intese di carattere economico riguardanti l’esercizio della giurisdizione da parte degli Stati Parte interessati. 4. Le decisioni di impiegare la consegna controllata a livello internazionale, su consenso degli Stati Parte interessati, possono includere metodi quali l’intercettazione della merce o dei fondi e metodi che permettono alle merci e ai fondi di proseguire integri oppure di essere asportati o sostituiti in tutto o in parte.

primis, un'incoerenza tra i delitti elencati nel catalogo di cui all'articolo 9, comma 1, lettera a), della legge 146/2006, ossia quelli contenuti nel Libro secondo, Titolo II, Capo II del Codice penale e, *in secundis*, una palese incompatibilità tra le finalità proprie delle operazioni sotto copertura e l'emersione delle attività di corruzione.

Analizzando il nuovo ambito di applicazione dell'articolo 9 cit. (così come emendato dalla c.d. spazzacorrotti), infatti, si riscontano già *prima facie*, alcune contraddizioni in merito ai reati richiamati. Nell'estendere le operazioni sotto copertura ai reati contro la p.a.²⁶⁷ è stato, giustamente, rilevato che sono stati volontariamente elusi alcuni particolari fatti criminosi non del tutto incompatibili con la *ratio* propria delle *undercover investigations*, quali per l'appunto: il peculato, la malversazione ai danni dello Stato, l'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, l'abuso d'ufficio e di tutti i reati di cui agli articoli 325 e seguenti del c.p.p. compresi nel capo I del titolo II del Codice penale. Alla luce di ciò, appare di difficile comprensione «l'inserimento tra i reati presupposto del richiamo all'articolo 319-*bis* c.p. che prevede solo una circostanza aggravante» ed inoltre «occorre rilevare una oggettiva asimmetria tra l'omessa previsione del peculato di cui all'articolo 314 c.p. e l'inclusione del peculato internazionale di cui all'articolo 322-*bis* c.p.²⁶⁸».

Per quanto attiene l'ambito più propriamente investigativo, invece, un filone dottrinale riscontra l'inefficacia della tecnica investigativa *de qua* per l'emersione dei reati contro la p.a.; secondo alcuni è ben noto che gli episodi corruttivi «si risolvano in un *pactum sceleris* a due, o al massimo tre soggetti, di cui, anzi nella concussione per costrizione uno è addirittura la vittima, per cui, esteso l'agente provocatore anche a tali tipi di reato, sussiste solo l'elevato rischio che lo stesso diventi uno strumento indebito di istigazione²⁶⁹». Sulla stessa linea d'onda, anche un'altra parte della dottrina ha espresso il suo dissenso rilevando che, qualora l'agente rivesta i panni del concusso che finge di cedere denaro sotto il controllo della forza pubblica, non si avrebbe alcun

²⁶⁷ I reati che sono stati ricompresi nel nuovo articolo 9 l. n. 146/2006 sono: concussione, corruzione per funzione attiva e passiva, corruzione propria attiva e passiva, induzione a dare o promettere denaro o altra utilità limitatamente alla condotta dell'*intransiens*, istigazione alla corruzione e la fattispecie di cui all'articolo 322 bis c.p., corruzione in atti giudiziari, traffico d'influenze, turbativa d'asta e turbata libertà del procedimento di scelta del contraente.

²⁶⁸ P. IELO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in *DPC*, 5 marzo 2019, p. 2

²⁶⁹ A. GAITO, A. MANNA, *L'estate sta finendo...*, in *Arch. Pen.*, 2018, fascicolo 3, p. 7, con riferimento a PELISSERO, *Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria*, in *Il quotidiano giuridico*, 11 settembre 2018.

problema, ma la stessa facilità non si riscontra se si pensa «a chi (protetto dalla non punibilità per mancanza di dolo di consumazione) provoca un illecito che altrimenti non sarebbe stato commesso, il fatto del provocato sarebbe un reato putativo per errore di fatto, non punibile *ex* articolo 49 c.p.²⁷⁰».

Parimenti problematica è la differenza di contesti in cui si può esplicare l'attività corruttiva. Qualora, infatti, il reato si palesi in un ambito molto ristretto, nel quale tutti si conoscono appare non del tutto possibile ipotizzare che un agente sotto copertura riesca ad infiltrarsi, invece, in altre situazioni dove il fenomeno corruttivo è prodotto da situazioni occasionali l'inserimento dell'agente mascherato è più semplice e anche più proficuo. Stando così le cose, «ne deriva che nella gran parte dei casi l'impiego degli agenti sotto copertura potrà al più essere limitato all'accertamento di reati "micro-corruttivi" ma ben più difficilmente potrà inserirsi in dinamiche nelle quali i reati contro la pubblica amministrazione diventano un vero e proprio "sistema", ipotesi che genera indubbiamente il più grave danno socio-economico²⁷¹».

Con espresso riferimento ai soggetti tassativamente legittimati a svolgere il ruolo di agente *undercover* si rinviene già un'altra problematica. Il comma 1 dell'articolo 9 l. n. 146/2006, invero, parla espressamente di ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti a strutture specializzate predisposte alla repressione dei particolari reati previsti dallo stesso articolo; al contempo, però, non si rinvencono forze dell'ordine *ad hoc* nei settori della corruzione con contestuale impossibilità di procedere all'operazione per mancanza di soggetti legittimati. Per ovviare al problema, ed evitare una *interpretatio abrogans* della norma, si è fatto riferimento sia all'indicazione di massima ricavabile dal dibattito dottrinale, sia alle direttive della Procura di Roma e della Procura di Napoli. Secondo questi, infatti, «ogni volta che un reato di corruzione intervenga in un'indagine che si svolga in un settore dove esista una struttura specializzata in altra

²⁷⁰ D. PULITANÒ, *Agente provocatore per il contrasto alla corruzione?*, in *giurisp. Pen. web*, 2018, n. 3, p. 3. L'autore prosegue affermando che in tal modo "si aprirebbe il rischio di possibili manovre interessate a ben altro che non la correttezza amministrativa: la possibile creazione di illeciti fantasma e caccia ai fantasmi".

²⁷¹ G. BARROCU, *Le operazioni sotto copertura*, in B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p.495. Tesi confermata anche dalla Cassazione, il 9 novembre 2019, con sent. n. 45434, in *IlSole24Ore*, 12 novembre 2019.

Di diverso avviso altra parte della dottrina secondo cui "ci si potrebbero aspettare dei risultati rilevanti, sebbene esclusivamente nel lungo periodo, perché "infiltrarsi tra i gangli delle relazioni deviate fra impresa e pubblica amministrazione è cosa diversa dal fingersi pusher". (cfr. A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *arch. Pen.*, 2018, n. 3)

materia (droga, criminalità organizzata, eversione, riciclaggio), gli ufficiali ad essa appartenenti potranno svolgere operazioni sotto copertura²⁷²», sicché, ad oggi, i soggetti legittimati sono coloro che appartengono ai servizi di cui all'articolo 56, comma 1, lettera a) c.p.p. a livello provinciale e alle articolazioni di polizia giudiziaria nel cui ambito esistono gruppi con specifica competenza nel settore della corruzione, con esclusione di altre articolazioni di polizia giudiziaria che non hanno una specifica competenza²⁷³.

Sempre con riferimento ai reati presupposto, la legge n. 3 del 2019 estendendo l'ambito applicativo delle operazioni sotto copertura, ha aggiunto nuove condotte scriminate accanto a quelle già previste dall'articolo 9 cit. ed ora non sono puniti anche gli agenti sotto copertura che: 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". L'inciso finale, ossia "compiono attività prodromiche o strumentali" fa sì la scriminante *ex* articolo 9 spieghi i suoi effetti anche a tutte quelle attività preparatorie alla realizzazione dei reati presupposto, oltre che alle condotte espressamente previste. L'espressione conclusiva non sembra totalmente coerente con la globalità dei delitti contro la p.a. richiamati dalla normativa; se si tiene conto delle condotte dell'ufficiale di polizia giudiziaria ammesse al beneficio della scriminante, è facile intuire che le attività strumentali di cui parla la fattispecie sono solo quelle riferite agli accordi, erogazioni o promessa di utilità verso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio ovvero verso un trafficante d'influenze, escludendo quindi, tutte quelle condotte di istigazione alla corruzione, turbata libertà degli incanti, di turbativa di un procedimento finalizzato alla formazione di un bando e di peculato internazionale, poiché per quest'ultime l'attività preparatoria equivale già a consumazione del reato. Si ritiene, quindi, che in riferimento a questi fatti criminosi, l'attività di infiltrazione potrà essere impiegata solo per la ricerca di prove del reato, non essendo possibile per l'agente integrare le condotte tipiche necessarie a perfezionare i reati in questione e

²⁷² P. IELO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, cit., p. 2.

²⁷³ Cfr., P. IELO, *IBIDEM*.

beneficiare, al contempo della scriminante (perché non espressamente giustificate dall'articolo 9), con l'unica eccezione delle utilizzazioni di documenti, identità o indicazioni di copertura²⁷⁴, che è sempre ammessa e scriminata.

5.1. Un velato ritorno all'agente provocatore?

Come già detto, l'estensione delle operazioni sotto copertura nel campo della repressione dei delitti contro la p.a. nell'ordinamento domestico è stata possibile grazie alla spinta di matrice internazionale data dalla Convenzione di Mérida.

Oltre a questo vincolo (positivo), va annoverata un'altra condizione (negativa), sempre di natura sovranazionale, di cui il legislatore ha dovuto tenere conto. L'impiego delle *undercover investigations* difatti deve adattarsi alle statuizioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui per beneficiare della scriminante *ex* articolo 9 della legge n. 146/2006 è necessario che l'attività dell'agente sotto mentite spoglie non si traduca mai in un'istigazione per acquisire o far acquisire la prova del comportamento colpevole²⁷⁵, ma si deve limitare a disvelare un'intenzione criminosa già esistente.

Per evitare un ritorno alla vecchia figura di agente provocatore, che è stata definita illegittima dalla Corte edu, i legislatori che negli anni hanno messo mano all'articolo 9 cit. hanno previsto all'interno della fattispecie una serie di requisiti tipici che, se rispettati, rendono non punibile l'agente *undercover* per le condotte da questo realizzate nell'ambito dell'operazione, assicurando, al contempo, la punibilità del provocato.

Data la troppa tassatività e rigidità di questi criteri si è riaperto (ancora) con riferimento alla c.d. spazzacorrotti il dibattito, che sembrava ormai risolto, circa le differenze concettuali che esistono tra agente infiltrato e agente provocatore. Sebbene, infatti, i suddetti canoni siano utili a delimitare il campo di applicazione della causa di giustificazione, non eliminano le criticità legate alla possibile responsabilità dell'agente sotto copertura qualora le sue condotte fuoriescano dall'ambito di impunità dell'articolo 9.

Nonostante nella relazione di accompagnamento al disegno di legge, il legislatore odierno abbia chiaramente detto che “le condotte non punibili restano confinate a

²⁷⁴ Cfr., P. IELO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, cit., p. 2

²⁷⁵ Così, V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., p. 252 e ss.

quelle necessarie per l'acquisizione di prove relative ad attività illecite già in corso e che non istighino o provochino la condotta delittuosa", non di rado nella prassi, può accadere che vengano travalicati i limiti del consentito, con contestuale trasformazione del ruolo dell'agente che, da semplice infiltrato, diviene provocatore²⁷⁶.

Andando con ordine e ripartendo dal dato letterale, ora non è punibile l'agente che corrisponde denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, promette o dà 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. Per quanto attiene la corresponsione di denaro o altra utilità effettuata dall'agente di polizia giudiziaria, in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, non sembrano sorgere particolari problemi. Se tale accordo, infatti, presenta già i caratteri della promessa penalmente rilevante ai fini della consumazione dei delitti di corruzione, la dazione effettuata consente di acquisire la prova della pregressa promessa²⁷⁷. Quest'ultima già di per sé configura il reato, il quale si è perfezionato a prescindere dall'intervento dell'agente. L'ufficiale, pertanto, risulta mero mezzo di trasferimento dell'*utilitas*.

La stessa linearità non si riscontra, invece, sia per quanto riguarda gli altri reati diversi dai fenomeni corruttivi (in quanto si verifica un progressivo scollamento tra le condotte scriminate che possono essere tenute dall'agente e quelle necessarie per la consumazione del reato), sia per quanto riguarda il caso in cui l'agente sotto copertura sia chiamato a svolgere il ruolo di un simulato pubblico funzionario corrotto.

Per quanto attiene al primo punto si ritiene utile partire da un esempio. Si pensi al delitto di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.); questo si consuma attraverso una pluralità di condotte: doni, promesse, violenza o minaccia, ovvero mediante collusioni

²⁷⁶ Secondo una parte della dottrina il problema nasce soprattutto con riferimento al dato letterale della relazione di accompagnamento perché l'assunto "attività illecite in corso" pecca di indeterminatezza e può scaturire un abuso dello strumento investigativo delle operazioni *undercover*. Sicuramente prima di procedere con le indagini mascherate è necessario che vi sia stata l'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro e che il quadro indiziario sia di una certa consistenza, ma forse sarebbe stato più rassicurante se il legislatore avesse parlato di "sufficienti indizi" tali da giustificare l'utilizzo delle operazioni sotto mentite spoglie come unico mezzo efficiente per l'emersione dei reati *in fieri*. (cfr. V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., pp. 255 e ss).

²⁷⁷ Cfr., A. DE VITA, *La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, in *proc. Pen. e giust.*, 2019, n. 4, p. 963.

o altri mezzi fraudolenti. Se, dunque, l'articolo 9 cit. consente solo alcuni di questi atteggiamenti, precisamente doni e promesse, scriminando la condotta dell'agente e rendendola conseguentemente lecita, allo stesso tempo, però, condanna l'ufficiale qualora tenga gli altri contegni previsti dalla fattispecie di turbata libertà degli incanti, comunque utili alla consumazione del reato. In questo caso elementare è chiaro come il comportamento del soggetto impiegato nell'operazione debba limitarsi alle azioni consentite. Qualora, invece, sempre ai fini del perfezionamento del reato, questo si appresti ad utilizzare (ad esempio) i mezzi fraudolenti, si avrebbe una condotta illecita, non giustificata e quindi penalmente rilevante e punibile²⁷⁸.

Si è visto che, qualora l'ufficiale di polizia giudiziaria sia chiamato a recitare la parte di simulato privato corruttore, nella prassi, non si creino difficoltà insormontabili; lo stesso discorso non può essere fatto quando l'agente sia deputato a vestire i panni del pubblico ufficiale corrotto. Le condotte che possono essere tenute da questo, infatti, non sono del tutto incompatibili con un'iniziativa autonoma dell'agente sotto copertura, giacché la ricezione di un'*utilitas* potrebbe benissimo essere susseguente ad una sollecitazione illecita. Inoltre, ad aggravare il problema e a rendere quadro più intricato, vi è anche la vaghezza del dato letterale della norma in quanto lo stesso legislatore, in questo secondo caso, non ha voluto fare riferimento ad "accordo già concluso da altri". Quindi, se si tiene conto del fatto che l'accordo sottostante può non essere stato concluso da terze persone e che la scriminante spiega i suoi effetti anche alle attività prodromiche e strumentali oltre a quelle tassativamente giustificate, si arriverebbe al paradossale risultato secondo cui tutte le condotte dell'ufficiale sarebbero scriminante.

Qualora quanto fino ad ora esposto non bastasse a capire sia la contraddittorietà del dato normativo sia il fatto che il legislatore velatamente abbia legittimato lo strumento della provocazione, si può ricorrere in sussidio ad un'altra esemplificazione.

Come è stato detto l'unica figura di agente consentita della giurisprudenza UE è quella dell'agente infiltrato in quanto non osta con i principi cardine del giusto processo (articolo 6 CEDU). Alla luce di ciò è inequivocabile che tra le condotte di simulata corruzione e quella di simulato acquisto di stupefacenti si rinvengano delle grossolane

²⁷⁸ Cfr., A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *arch. Pen.*, 2018, n. 3, p. 801.

differenze, già insite nel fatto di reato che deve essere scoperto e represso. Ai sensi dell'articolo 73 D.P.R. 309/1990 il reato di traffico di stupefacenti, invero, si perfeziona anche con la condotta di detenzione ai fini di spaccio (e non solo con quella di cessione); chi detiene la notevole quantità di stupefacenti ne era in possesso anche prima dell'intervento dell'ufficiale di polizia giudiziaria simulato-acquirente. Se l'articolo 73 punisse solo la cessione, sarebbe molto più difficile dimostrare che l'indagato avrebbe effettuato la vendita anche senza l'intervento dell'agente *undercover* e che, dunque, il reato sarebbe stato commesso senza provocazione dell'agente.

Nei delitti contro la p.a., al contrario, non esistono "antefatti" preparatori che consentano di punire autonomamente un soggetto; in altre parole non è punibile la tendenza, predisposizione di qualcuno ad essere corrotto se l'intento non si concretizza in un fatto corruttivo. In situazioni come questa, è difficile capire se l'indagato avrebbe partecipato ad un *pactum sceleris* qualora non fossero intervenute le forze dell'ordine a sollecitarlo. Questo difatti potrebbe aver ceduto alla promessa corruttiva solo a seguito di forti insistenze manifestate dall'agente²⁷⁹.

Oltre a questo caso specifico che fa emergere di per sé forti perplessità, non sono mancate sul punto le critiche di una parte della dottrina che, facendo leva sull'ambiguità della nuova formulazione dell'articolo 9 cit. e tralasciando i casi pratici, ha riconosciuto nel dato letterale la volontà del legislatore di reintrodurre nell'ordinamento italiano l'agente provocatore celandolo sotto le vesti di un semplice infiltrato²⁸⁰. A questo filone di studiosi ha risposto prima lo stesso Governo che, mediante la relazione illustrativa al disegno di legge, ha voluto discostarsi dalle critiche mosse nei suoi confronti circa un ritorno ai provocatori, garantendo di voler introdurre uno speciale agente anticorruzione infiltrato e, poi, anche un gruppo di teorici che, tenendo bene a mente la distinzione tra agente provocatore e agente infiltrato ritiene che i vecchi canoni ermeneutici giurisprudenziali non siano più idonei

²⁷⁹ In tal senso, 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 *DPC*, 5 marzo 2019, pp. 4 e ss.

²⁸⁰ A questo riguardo, infatti, a parte la mera attività di "osservazione e controllo" riconducibile alla causa di giustificazione generale di cui all'articolo 51 c.p., la causa di giustificazione speciale ex articolo 9, l. n. 146/2006 non esclude e non ha escluso nella prassi applicativa, che la condotta dell'agente *undercover* sia quella tipica della fattispecie criminosa, cui si aggiungono quelle prodromiche alla stessa.

a tracciare il *discrimen* tra queste due figure. La differenza tra questi personaggi difatti non è di tipo sostanziale, ma solo concettuale e affinché si possa parlare di provocatore è necessario che l'ufficiale di polizia giudiziaria abbia avuto un ruolo determinante dal punto di vista psichico nella commissione dell'illecito, o istigando il provocato a commettere il reato, ovvero, rafforzandone l'intento criminoso. In altre parole, si deve rendere compartecipe morale del crimine. Tuttavia, nel più ampio concetto di provocazione rientrano anche condotte totalmente svincolate dal lavoro sulla psiche del reo (ciò, ad esempio, si verifica quando il ruolo dell'*undercover* diviene determinante nella commissione del fatto illecito mediante un contributo materiale all'agente, pur senza influire sul processo mentale di formazione dell'intento criminoso²⁸¹). In quest'ultimo caso, l'agire dell'ufficiale, sebbene inquadrato nel ruolo dell'infiltrato (così come è stato definito dalla giurisprudenza), rientra nel più ampio concetto di provocazione e come tale dovrebbe essere illecito. Secondo questa dottrina, invece, è proprio in situazioni *borderline* come questa che i netti confini concettuali tra agente infiltrato e agente provocatore tendono a schiarsi, rimettendo in discussione i vecchi canoni ermeneutici distintivi dati dalla giurisprudenza europea, prima, e da quella italiana, poi.

In linea con il pensiero di quest'ultima corrente non si può prescindere dal fatto che lo "statuto delle operazioni sotto copertura" e le successive modifiche hanno formulato una *reductio ad unum* delle varie figure di agente sotto copertura previste dalle normative speciali e, ad ora, pertanto, sotto l'unico concetto di agente sotto copertura rientrano due figure interscambiabili (come l'infiltrato che si lascia provocare divenendo esecutore materiale e pertanto parzialmente provocatore). Al di là, dunque, dell'etichettatura, l'unico dato certo è che il beneficio dell'impunità *ex* articolo 9 cit. è garantito a quei soggetti legittimati che con le loro condotte non superino i limiti sanciti dalla medesima norma: valutazione, quest'ultima, che potrà essere fatta solo, caso per caso, dal giudice di merito.

Ad ultimo, per scongiurare possibili abusi circa l'impiego delle operazioni sotto copertura, lo stesso legislatore ha escluso l'applicabilità della causa di non punibilità sopravvenuta ai sensi dell'articolo 323-ter c.p. all'agente *undercover* che, violando lo

²⁸¹ Così, G. BARROCU, *Le operazioni sotto copertura*, in B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 498

statuto delle operazioni sotto copertura, vada tempestivamente a denunciare quanto da lui commesso durante le investigazioni. L'agente in tal caso andrebbe incontro ad una propria responsabilità penale suggellata da una condanna per aver provocato un soggetto innocente a commettere un reato.

Allo stesso modo, data la possibilità di compiere le operazioni anche per il tramite di ausiliari o di c.d. interposti, si ritiene che l'esimente in questione non possa essere applicata neanche a quest'ultimi, «atteso che il divieto opera pure quando la denuncia sia preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato²⁸²».

²⁸² V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., p. 256.

6. Prospettive *de iure condendo*

Una volta accertato, alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza italiana, che le uniche investigazioni ammesse sono quelle c.d. passive, ovvero quelle in cui l'agente sotto copertura si limiti a consolidare il proposito criminoso altrui, senza originarlo, occorre comprendere i successivi risvolti processuali susseguenti alla chiusura delle indagini e all'esercizio dell'azione penale.

In assenza di appigli normativi e di massime giurisprudenziali, sarà compito dell'interprete colmare il vuoto lasciato dalle fattispecie.

Sicuramente la base da cui partire è quanto finora detto in merito alla qualifica processuale acquisibile dall'agente in seguito all'iscrizione del suo nominativo nel registro delle notizie di reato *ex* articolo 335 c.p.p.

La legge n. 3 del 2019, infatti, non ha avuto la pretesa di creare una disciplina *ad hoc* per le operazioni sotto copertura impiegate nella lotta ai delitti contro la p.a., ma si è limitata ad estendere quanto già previsto dall'articolo 9 legge n. 146/2006 e pertanto si ritiene che le statuizioni interpretative intervenute fino a questo momento possano essere estese anche alle investigazioni che verranno effettuate per scovare episodi di corruzione.

Andando con ordine è necessario, anzitutto, fare la prima distinzione tra l'agente *undercover* che abbia violato la disciplina sancita dallo statuto delle operazioni sotto copertura e quello che, al contrario, sia rimasto entro i ranghi della legalità.

Per quanto attiene al primo, è ovvio che questo diventi indagato a seguito dell'iscrizione della notizia di reato e come tale verrà escusso nel processo con le regole proprie della testimonianza assistita ai sensi dell'articolo 197-*bis* c.p.p. o dell'imputato in un procedimento connesso *ex* articolo 210 c.p.p. (anche se poi nei suoi confronti verrà pronunciato decreto di archiviazione).

Qualora, invece, l'agente abbia agito nel pieno rispetto dei limiti imposti dalla disciplina vigente questo non acquisterà la qualifica di indagato e non verranno svolte indagini a suo carico, dunque, verrà escusso come un semplice testimone

È necessario ribadire però che l'agente sotto copertura non è un testimone comune in quanto non è estraneo ai fatti per cui si procede e soprattutto perché l'attività da questo svolta è finalizzata alla repressione del reato *in fieri*. Data la delicatezza del ruolo,

infatti, è stata riconosciuta la possibilità di escutere il “teste” in forma anonima. La soluzione risulta però eccessiva; in tema di delitti contro la p.a. non è così impellente la necessità di proteggere il dichiarante da future ripercussioni (contrariamente a quanto avviene nei processi contro le associazioni mafiose).

Per quanto attiene al contenuto si può riproporre lo stesso discorso fatto in precedenza con riferimento all’articolo 62 c.p.p., difatti, l’agente è tenuto a rendere deposizione in ordine ai fatti appresi durante le operazioni sotto copertura, non essendo applicabile nei suoi confronti il limite previsto dall’articolo 62 c.p.p., in quanto tale divieto opera con riferimento alle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria in quanto conosciuta dal dichiarante come tale²⁸³.

Lo stesso dicasi per gli articoli 63, 195 comma 4 c.p.p.

Infine, appare chiaro e logico, che il materiale probatorio ottenuto in conseguenza di una provocazione, sia per tale motivo inutilizzabile ai sensi dell’articolo 191 c.p.p. e conseguentemente, il provocato non dovrebbe essere punito (se non sulla base di altre prove raccolte lecitamente). Mancando, però, delle disposizioni legislative, la dottrina (sulla scia della Cassazione) propone già da tempo una garanzia più pregnante a favore della “vittima”, quali ad esempio una causa di esclusione della punibilità per il provocato²⁸⁴ o un divieto probatorio per il mancato rispetto dei requisiti procedurali stabiliti dalla normativa (sull’esempio dell’articolo 271 c.p.p. in tema di intercettazioni)²⁸⁵.

²⁸³ Così, A. ZAMPAGLIONE, *Delitti dei pubblici ufficiali e dibattito*, in B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 789.

Prosegue l’autore che “le dichiarazioni rese prima e al di fuori del procedimento penale possono formare oggetto di deposizione, inerente al fatto storico delle confidenze provenienti dal (futuro) indagato o imputato e possono essere liberamente valutate ed utilizzate dal giudice”.

²⁸⁴ Si veda, A. TAMIETTI, *Agenti provocatori e diritto all’equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell’Uomo*, in *cass. Pen.*, 2002, fascicolo 9, p. 2921, nota 12.

²⁸⁵ Così, C. MARINELLI, *L’attività dell’agente provocatore per il contrasto alla pedopornografia: “straripamenti” investigativi e relative implicazioni processuali*, in *Cass. Pen.*, 2005, fascicolo 9, p. 2683, nota 11.

CAPITOLO III

LE OPERAZIONI SOTTO COPERTURA NEI DELITTI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: UNO SGUARDO OLTRE I CONFINI NAZIONALI

SOMMARIO: 1 - Le operazioni sotto copertura nei diversi ordinamenti europei. 2 - La c.d. inchiesta mascherata nell'ordinamento svizzero: un esempio di legislazione all'avanguardia. 3 - Le undercover investigations nei delitti contro la pubblica amministrazione: il caso Ramanauskas c. Lithuania. 4 - (segue) La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. 5 - Le undercover investigations negli ordinamenti di common law. 6 - Operazione "Abscam": l'entrapment defense nel caso Jannotti.

1. Le operazioni sotto copertura nei diversi ordinamenti europei.

L'utilizzo delle operazioni sotto copertura come efficace mezzo di contrasto a determinati crimini non è una prerogativa prettamente italiana. Altri Stati appartenenti all'Unione europea, difatti, hanno introdotto nei loro ordinamenti domestiche normative *ad hoc* per disciplinare questo particolare metodo investigativo, per delimitarne gli ambiti applicativi e, soprattutto, per tracciare il confine tra la condotta lecita e quella illecita tenuta dall'agente sotto copertura durante l'operazione.

È evidente che ciascuno Stato applichi le proprie regole alle *undercover investigations* effettuate entro i propri confini nazionali e pertanto la disciplina a livello europeo appare molto diversificata.

In Francia, nel 1991, è intervenuta la legge n. 1264 la quale, emendando il *Code de la santé publique* e il *Code des douanes*, ha esteso l'ambito delle operazioni sotto copertura nei delitti in materia di stupefacenti. Quel che più interessa ai fini della trattazione sono le diverse attività che possono essere compiute dall'agente: in primo luogo si ha la *livraisons surveillées*, in cui l'agente di polizia giudiziaria svolge un ruolo meramente passivo, di osservatore, e pertanto non si intromette attivamente negli affari illeciti del gruppo criminoso; la seconda attività di *livraisons contrôlées*, invece, postula un contegno attivo dell'infiltrato, il quale potrà commettere eventuali reati in quanto deve svolgere il ruolo di un possibile affiliato. Infine, l'ultima attività è l'*infiltration*, in cui l'ufficiale di polizia giudiziaria può anche svolgere attività di coordinamento dell'associazione illecita e incentivare l'attività criminosa altrui²⁸⁶.

²⁸⁶ Così, G. MELILLO - C. MOTTA, *Linee di una possibile evoluzione normativa della figura dell'agente provocatore*, in *Arch. nuov. proc. pen.*, 2001, p. 132.

Soprattutto in quest'ultimo caso è evidente come l'ordinamento francese acconsenta e giustifichi, seppur limitatamente ad alcuni settori del diritto penale, l'impiego della provocazione poliziesca.

La dottrina e la giurisprudenza francese, infatti, ritengono che la possibilità concessa alla polizia giudiziaria di "tendere trappole" sia funzionale ad arrestare chi si suppone commetta abitualmente il delitto, e di consegnarlo, in tal modo, alla giustizia²⁸⁷.

Passando alla disamina dell'ordinamento tedesco, emergono già da subito delle forti similitudini con quello italiano; con la legge *OrgKG* del 15 luglio 1992 la Germania ha previsto la figura dell'agente infiltrato in diversi settori del diritto penale. Anche in questo ordinamento, infatti, le varie figure di agente *undercover* erano disciplinate in maniera frammentaria da diverse leggi speciali e solo nel 1992 è stata operata quella *reductio ad unum* della disciplina prevedendo in tal modo un'unica normativa in tema di operazioni mascherate.

A differenza dell'Italia, i tedeschi hanno previsto la possibilità di ricorrere alle operazioni sotto copertura ogniqualvolta gli altri mezzi di indagine a disposizione delle Procure risultino palesemente insufficienti ed inefficaci all'emersione del crimine per cui si sta investigando²⁸⁸: in tal modo queste divengono una sorta di *extrema ratio* investigativa.

Nonostante l'uniformità disciplinare a livello normativo, non sono mancati però problemi di natura strettamente processuale, quali ad esempio la punibilità della vittima provocata a seguito dell'istigazione poliziesca. Nei vari casi portati all'attenzione della giurisprudenza di merito, infatti, si tendeva ad escludere la punibilità del soggetto provocato in virtù dell'abuso della tecnica investigativa, il comportamento dell'infiltrato, invero, sfociava, il più delle volte, in una vera e propria provocazione e come tale, inficiava inevitabilmente sull'intento criminoso di del soggetto provocato, determinandolo a commettere reati che altrimenti non avrebbe commesso. Per evitare di vanificare le operazioni compiute e, soprattutto, per evitare la costante impunità del provocato, i giudici tedeschi fecero una distinzione (applicabile ancora oggi) tra i destinatari delle provocazioni effettuate nell'ambito

²⁸⁷ Così, C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dogmatica e politico criminale*, Milano, 1991, p. 15.

²⁸⁸ Cfr., G. MELILLO - C. MOTTA, *Linee di una possibile evoluzione normativa della figura dell'agente provocatore*, cit., p. 133.

delle investigazioni: se, infatti, queste sono rivolte ad un soggetto già indagato queste risultano ammissibili in quanto funzionali ad acquisire ulteriori indizi di reità di colui che è sottoposto ad indagine, mentre, al contrario, sono inammissibili quelle effettuate contro una persona “innocente”, vale a dire non formalmente indagata. In quest’ultimo caso, infatti, le risultanze probatorie acquisite a seguito dell’indagine poliziesca non possono essere utilizzate contro la vittima perché contrarie ai canoni ed ai principi del giusto processo, sanciti dall’articolo 6 CEDU.

Spostando l’attenzione sulla Spagna si nota che anche l’ordinamento iberico è assimilabile, sotto certi aspetti, a quello italiano²⁸⁹. Con la *Ley Organica n.5* del 13 gennaio 1999, difatti, per la prima volta vengono equiparate le figure di agente sotto copertura (*agente encubierto*) e di agente provocatore (*agente provocador*). La similitudine è possibile perché, secondo la dottrina e la giurisprudenza spagnola, la figura dell’agente provocatore rientra nella più ampia categoria di agente sotto copertura, in quanto detto specifico ruolo può essere svolto solo da un soggetto qualificato, ossia da un soggetto appartenente ad una sezione specializzata di forze di polizia. Diverso e più problematico è il discorso sul c.d. confidente, soggetto diverso sia dall’agente *undercover* sia dall’agente sotto copertura. La definizione sostanziale nonché funzionale del confidente pone non poche difficoltà, sia per quanto attiene alla disciplina a questo applicabile, sia per quanto riguarda aspetti squisitamente processuali, in particolare la liceità e ammissibilità della prova da questo raccolta a seguito della sua attività; questo terzo soggetto, seppur appartenente alla polizia giudiziaria, entra all’interno dell’organizzazione criminale al fine di determinare taluno alla commissione dei reati e pertanto non può godere dell’impunità riconosciuta alle altre due figure.

Anche in tal caso, la normativa spagnola ha posto una serie di limiti tassativi circa gli ambiti di impiego delle operazioni sotto copertura. Si rileva, infatti, che la tecnica investigativa *de qua* può essere destinata solo alla repressione di reati chiaramente previsti ed elencati dalla norma e soprattutto che siano espressione (reati fine o scopo) della criminalità organizzata.

²⁸⁹ La similitudine è dovuta al fatto che la fonte della disciplina spagnola, al pari di quella italiana, fu la Convenzione di Vienna del 1988 sul traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope.

Per quanto attiene alla responsabilità penale dell'agente sotto copertura che violi la normativa, si riscontra un trattamento di favore nei confronti di quest'ultimo, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento tedesco ed italiano.

Il divieto per le forze di polizia di provocare un delitto non è una preclusione assoluta, anzi, talvolta è giustificata dallo stesso ordinamento spagnolo purché l'agente undercover non crei *ex novo* la volontà di commettere il delitto, ma si limiti a propiziare lo scenario idoneo al compimento del reato. Solo così, l'attività deve considerarsi legittima poiché rivolta al reperimento della prova del fatto²⁹⁰.

Posto quanto sopra detto è evidente che a livello sovranazionale e soprattutto europeo non esiste una disciplina delle operazioni sotto copertura uniforme e applicabile in egual modo a tutti gli Stati membri e ciò è anche dovuto alla mancanza di un qualsiasi provvedimento europeo in materia vincolante per gli Stati appartenenti all'Unione.

Nonostante ciò, occorre sottolineare il ruolo di spicco dell'Unione Europea ed in particolar modo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di legittimità e liceità delle *undercover investigations* alla luce dei principi statuiti dall'articolo 6 CEDU e, soprattutto, in tema dell'utilizzabilità della prova illecitamente acquisita nel processo a carico del provocato.

È noto, infatti, che le operazioni mascherate possano sfociare in una vera e propria istigazione a delinquere con «intollerabile sacrificio della libertà e del diritto all'autodeterminazione del cittadino sull'altare di una pretesa "ipereffettività" del diritto penale²⁹¹».

Per evitare questo spiacevole rischio, la Corte edu, in sede decisionale, effettua il c.d. *but-for test of causation*, vale a dire una verifica circa la rilevanza causale della condotta dell'agente infiltrato rispetto al fatto di reato commesso²⁹².

In tal caso la Corte si appresta ad appurare se vi fossero già gravi indizi di reità a carico dell'eventuale soggetto che ha presentato ricorso, se siano stati gli agenti a prendere l'iniziativa e a contrattare o se invece furono loro ad essere approcciati dallo stesso ricorrente, nonché l'ammontare della cifra che sia stata offerta per il pagamento della

²⁹⁰ Cfr., M. R. PEREZ ARROYO, *La provocation de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto*, in *La Ley*, 2000, p. 1789.

²⁹¹ E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, p. 478

²⁹² Così, 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 *DPC*, 5 marzo 2019, p. 1

prestazione illecita. Qualora all'esito del test risulti che l'operazione sotto copertura si sia limitata ad offrire al provocato un'opportunità di commissione di un illecito che avrebbe comunque commesso, *nulla quaestio*, perché si rientrerebbe nei limiti di legalità, ma qualora, invece, venga provato che l'attività sia sfociata in una provocazione tale da determinare il ricorrente alla commissione del reato, che non era nelle sue intenzioni commettere, allora ci si troverebbe in presenza di una palese violazione dell'articolo 6 CEDU con contestuale inutilizzabilità delle prove così ottenute.

Sebbene i casi portati all'attenzione della Corte edu fossero per lo più riferiti ad operazioni sotto copertura impiegate nella lotta al narcotraffico, non sono mancati ricorsi aventi ad oggetto l'illecita applicazione delle *undercover investigations* in materia di delitti contro la pubblica amministrazione. Anche in tal caso, la verifica tramite il c.d. *but-for test of causation* ha dato proficui risultati, consentendo così l'utilizzo di tale tecnica di accertamento circa la rilevanza causale del comportamento dell'agente sotto copertura nel fatto illecito anche in ambiti scollegati dai contesti di criminalità organizzata o narcotraffico.

2. La c.d. inchiesta mascherata nell'ordinamento svizzero: un esempio di legislazione all'avanguardia.

Tra le legislazioni nazionali in materia di operazioni sotto copertura merita di essere annoverata la disciplina elvetica che, sebbene si collochi fuori dai confini europei, presenta delle forti somiglianze con la normativa italiana.

La c.d. inchiesta mascherata svizzera è considerata, ad ora, un esempio di legislazione all'avanguardia poiché è riuscita a trovare il giusto compromesso tra le necessità d'indagine e i diritti dei singoli, e dunque a bilanciare, dopo anni di tentativi, esigenze investigative, garanzie processuali e conformità alla normativa nazionale e internazionale²⁹³.

Il primo approdo normativo in tema di operazioni sotto copertura è rappresentato dalla legge *Betäubungsmittelgesetz* del 3 ottobre 1951, modificata poi il 20 marzo 1975, la quale disciplinava l'attività di infiltrazione del funzionario di polizia in materia di contrasto allo spaccio di sostanze stupefacenti.

Solo dopo la legge federale del 20 giugno 2003, però, si può finalmente parlare di disciplina unitaria delle *undercover investigations* svizzere. Grazie a questa nuova normativa e alla contestuale modifica anche del codice di rito penale, la Svizzera, oggi, vanta una disciplina organica delle operazioni sotto copertura simile nella struttura a quella italiana

Passando ad una veloce disamina degli articoli che compongono la legge, l'articolo 1 specifica gli scopi per cui possono essere impiegate le operazioni sotto copertura, vale a dire disvelare la commissione di reati particolarmente gravi per il tramite di agenti infiltrati.

Di fondamentale importanza ai fini della trattazione risulta essere l'articolo 3, il quale, nell'enunciare i principi cardine della normativa di cui si discute, sancisce contestualmente la protezione dell'identità del soggetto impiegato nell'operazione e soprattutto il rispetto dei diritti processuali dell'interessato, come il diritto alla difesa e all'equo processo, che non possono mai essere compromessi.

Gli articoli 4 e 5 contengono disposizioni di carattere funzionale; mentre l'articolo 4 elenca tassativamente i reati per cui possono essere impiegate le *undercover investigations*, al fine di evitarne possibili abusi, l'articolo 5, invece, individua i

²⁹³ Così, J.A. COLQUITT, *Rethinking entrapment*, in *Ann. Crim. L. Rev.*, 2004, p. 1389

soggetti legittimati a prender parte all'operazione, vale a dire, agenti facenti parte di speciali corpi di polizia o, eventualmente, privati cittadini chiamati appositamente per l'operazione che si sta svolgendo.

Il controllo giurisdizionale sul rispetto dei requisiti di legge previsti dalla normativa *de qua* è affidato, ai sensi dell'articolo 7, all'autorità giudiziaria, la quale deve approvare la possibilità di "allestire o alterare documenti per costituire o conservare un'identità fittizia" dell'infiltrato, "fare la promessa di riservatezza" dell'identità dell'agente e designare un infiltrato non appartenente al corpo di polizia (c.d. ingaggiato). Inoltre, deve verificare che non venga oltrepassato il termine massimo di dodici mesi, prorogabili su richiesta, concesso per l'impiego delle operazioni mascherate.

L'articolo 10 contiene la definizione sostanziale e funzionale di agente *undercover*, e sopprime definitivamente la figura dell'agente provocatore che tutt'ora solleva non pochi problemi in tema di liceità dell'attività posta in essere da quest'ultimo durante l'operazione. La predisposizione di rigidi canoni per definire la figura dell'agente sotto copertura in termini sostanziali e non più giurisprudenziali, nonché gli ambiti tassativi nei quali possono essere impiegate le operazioni di cui si discute, rappresentano i limiti legali invalicabili della normativa, oltre i quali, l'inchiesta mascherata risulta illecita e censurabile.

Gli ultimi due articoli da prendere in considerazione sono l'articolo 12 e l'articolo 13 i quali determinano l'esito delle operazioni sotto copertura. Se durante l'inchiesta, invero, viene accertato un crimine o un delitto, il comando di polizia deve denunciare il caso all'autorità giudiziaria competente affinché questa prosegua all'iscrizione della notizia di reato. Qualora, però, si riscontri che l'inizio del procedimento effettivo, ossia della fase investigativa vera e propria, possa compromettere l'indagine sotto copertura, ai sensi dell'articolo 12, comma 1 "la denuncia può essere accompagnata dalla richiesta di rinunciare momentaneamente a qualsiasi operazione d'inchiesta riconoscibile come tale". Ciò è possibile solo se gli accertamenti successivi tali da prorogare l'inizio delle indagini sono indispensabili per l'assunzione delle prove, un rapporto di polizia ufficiale e integrato negli atti procedurali (così come stabilito dal comma 3 dello stesso articolo).

L'articolo 13, invece, chiarisce il momento in cui debbono essere concluse le *undercover investigations*, vale a dire quando non risulti più conveniente il prosieguo delle stesse. L'articolo 13 comma 1 difatti sancisce che «i rischi o il dispendio dell'intervento siano sproporzionati rispetto all'esito atteso, ovvero l'agente infiltrato non si attiene alle istruzioni, informa coscientemente in modo falso la persona di contatto o non rispetta gli obblighi in qualsivoglia altra maniera» le operazioni vadano inevitabilmente arrestate.

3. Le *undercover investigations* nei delitti contro la pubblica amministrazione: il caso *Ramanauskas c. Lithuania*

Il caso più eclatante, nonché quello che, si può dire, abbia fatto scuola per quanto attiene all'illecito impiego delle operazioni sotto copertura nei reati contro la pubblica amministrazione è sicuramente il caso *Ramanauskas c. Lithuania* deciso il 5 febbraio 2008 divenuto un vero e proprio *leading case* nell'orientamento della Corte²⁹⁴.

Prima di analizzare la parte motiva della decisione e le violazioni riscontrate nel caso di specie, è necessario ripercorrere brevemente i tratti salienti del fatto.

Il ricorrente, signor Ramanauskas, lavorava come procuratore presso la regione Kaišiadorys. Tra il 1998 e il 1999 fu approcciato da un tale AZ (agente infiltrato della polizia lituana), persona a lui sconosciuta fino a quel momento, per il tramite di VS, un suo privato conoscente.

AZ chiese a Ramanauskas di garantire l'assoluzione di un determinato soggetto che stava per essere processato presso la sua circoscrizione e gli offrì, in cambio del favore, una tangente di tremila dollari.

Inizialmente Ramanauskas rifiutò l'offerta, ma AZ reiterò la proposta insistentemente fino a che il ricorrente non decise di cedere ed accettare.

Da quanto emerge dalle pagine del ricorso presentato, AZ e VS avvicinarono Ramanauskas e negoziarono il prezzo del favore di loro stessa iniziativa, senza prima informare le autorità competenti, semplicemente sulla base di un sospetto di AZ, il quale riteneva che Ramanauskas avesse già accettato tangenti in passato e che quindi fosse incline ad essere corrotto.

Solo a seguito dell'accettazione della trattativa, AZ, che era un ufficiale della sezione specializzata in anticorruzione dell'unità polizia del Ministero dell'interno (c.d. STT), avvisò i suoi superiori che lo stesso magistrato aveva accettato l'accordo.

Il 26 gennaio 1999, il STT inoltrò una richiesta di autorizzazione per l'impiego del modello di simulazione di condotta criminale²⁹⁵ (da ora in avanti semplicemente

²⁹⁴ È necessario specificare che non sono mancati, negli anni successivi, ricorsi simili e ulteriori pronunce della stessa Corte. Si veda ad esempio *Sandu c. Repubblica di Moldavia*, n. 16463/08, 11 febbraio 2014 e *Tchokhonelidze c. Georgia*, n. 31536/07, 28 giugno 2018.

²⁹⁵ Il modello di simulazione della condotta criminale (*Nusikalstamos veikos imitacijos elgesio modelis*) è contenuto nella sezione II dell'Atto sulle Attività Investigative lituano (*Operatyvinės veiklos įstatymas*), che è entrato in vigore nel 1997 ed è rimasto attivo fino al 27 giugno 2002. Questo modello giustifica l'impiego di azioni che possono costituire reato al fine di proteggere i migliori interessi dello

modello), così come descritto nella stessa richiesta, al viceprocuratore generale allegando anche una lettera in cui venivano spiegati i motivi della richiesta di autorizzazione. Secondo il STT, infatti, i loro agenti avevano raccolto delle informazioni che provavano che il Ramanauskas aveva accettato la tangente e, pertanto, l'utilizzo del modello sarebbe stato necessario a concludere l'indagine, vale a dire a scoprire e reprimere tutte le condotte illecite tenute dall'odierno ricorrente. In più, veniva richiesto che gli agenti impiegati nell'operazioni beneficiassero dell'impunità per i reati eventualmente commessi nel corso dell'operazione, così come disposto dagli articoli 284 e 329 del Codice penale lituano.

Il giorno successivo, venne concessa l'autorizzazione da parte del viceprocuratore generale ed iniziò ufficialmente l'operazione sotto copertura.

Il 28 gennaio 1999 Ramanauskas accettò la prima quota della tangente da AZ, pari a millecinquecento dollari, e l'11 febbraio dello stesso anno l'ulteriore somma di mille dollari.

Lo stesso giorno il procuratore generale acconsentì ad iniziare le indagini vere e proprie nei confronti del ricorrente per aver accettato la tangente, che ai sensi dell'articolo 282 del Codice penale lituano vigente al tempo, costituiva reato.

Il 17 marzo successivo, il procuratore generale sollevò Ramanauskas dal suo incarico di procuratore per i fatti di corruzione da questo commessi. In virtù del Codice di condotta dei procuratori, infatti, il ricorrente doveva essere dimesso dal suo incarico in quanto la condotta da questo tenuta durante il suo servizio costituiva una violazione

Stato, della società e dell'individuo. La sezione IV consente l'impiego di attività investigative nei limiti di quanto sancito dell'atto quando:

- a) Le autorità non conoscono l'identità del soggetto che sta preparando o ha commesso un grave delitto;
- b) Le autorità hanno acquisito "comprovate e preliminari informazioni" sul reato;
- c) Le autorità hanno acquisito "comprovate e preliminari informazioni" su soggetti appartenenti ad organizzazioni criminali;
- d) Le autorità sospettano attività svolte dai servizi segreti stranieri; o
- e) Una persona indagata, imputata o condannata è latitante.

La sezione VII prevede che le autorità possano ricorrere al modello quando sussista almeno una delle condizioni sopraelencate e quando siano soddisfatti i requisiti sanciti dalle sezioni X e XI.

Le sezioni X e XI consentono al procuratore generale o al suo vice di autorizzare l'impiego del modello previa richiesta delle autorità di polizia. La richiesta di autorizzazione deve includere, oltre agli altri elementi, anche un riferimento ai limiti dei comportamenti che si intendono mettere in atto, il motivo dell'operazione e i suoi scopi.

La sezione VIII dell'Atto richiede alle autorità di proteggere le persone dalle provocazioni volte ad istigare la commissione di un reato contro la propria volontà.

La sezione XIII, infine, riconosce il diritto a poter contestare l'illiceità delle prove acquisite mediante l'impiego di tecniche speciali di investigazione.

del codice deontologico e, al contempo, screditava le autorità giudiziarie pertanto doveva essere punito con una sanzione disciplinare.

Una volta concluse le indagini, il caso fu affidato alla Corte Regionale di Kaunas. Durante il processo il ricorrente si dichiarò colpevole, ma precisò di essere stato persuaso ad accettare l'offerta dalle costanti provocazioni di AZ.

Il 18 luglio 2000, il viceprocuratore generale autorizzò un giudice della Corte Regionale di Kaunas a verificare le modalità di impiego del modello di simulazione di condotta criminale, convinto del fatto che questo non avesse violato gli interessi dell'individuo e delle autorità impiegate nell'operazione.

Il 29 agosto 2000, venne pronunciata la sentenza di primo grado. La Corte si convinse che Ramanauskas avesse accettato la tangente di duemilacinquecento dollari complessivi da AZ, violando in tal modo l'articolo 282 del Codice penale lituano, e lo condannò a diciannove mesi e sei giorni di reclusione²⁹⁶.

Le motivazioni della sentenza furono per lo più basate sulle risultanze probatorie fornite dallo stesso AZ e sulle intercettazioni di conversazioni intercorse tra questo e il ricorrente. Inoltre, nel corso del processo, la Corte esaminò anche AP, un procuratore che lavorava insieme a Ramanauskas, ma le prove da questo fornite confermavano solo quanto finora provato: Ramanauskas, infatti, assolse il terzo soggetto indicato da AZ nel processo, così come da accordo.

L'altro agente VS, impiegato con AZ nell'operazione, non venne invece convocato a processo poiché si rese irreperibile, ma vennero comunque ascoltate le sue dichiarazioni registrate prima del processo dagli altri investigatori. Nonostante ciò, quanto da lui esposto non venne neanche valutato dai giudici ai fini della decisione.

I giudici di prime cure, dunque, non si preoccuparono di un possibile abuso dello strumento investigativo e, infatti, nella sentenza non vennero menzionate né l'autorizzazione a procedere, né l'implementazione dello stesso modello utilizzato nel caso di specie.

Il ricorrente propose appello il 26 ottobre del 2000, ma con scarsi risultati; la sentenza di secondo grado confermò quanto statuito dai giudici precedenti motivando che,

²⁹⁶ Nella stessa sentenza venne inoltre statuita la confisca di beni appartenenti a Ramanauskas per un valore pari a seicentoventicinque litai lituani.

durante le indagini, non vi fosse stata alcuna provocazione illecita e che le autorità non istigarono in alcun modo Ramanauskas a commettere il delitto.

Il 23 novembre dello stesso anno venne presentato ricorso per Cassazione. Il ricorrente allegò a sua difesa la statuizione della Corte costituzionale dell'8 maggio 2000²⁹⁷, e argomentò che non vi erano, nell'ordinamento lituano, norme che consentivano alle autorità di istigare o provocare una persona a commettere un reato. Inoltre, reiterò quanto già richiesto in precedenza ai giudici di primo grado e di appello, ossia di considerare ai fini della decisione le istigazioni provenute dagli agenti AZ e VS a commettere il reato. Proseguì, poi, argomentando che i giudici di merito precedenti non avevano sentito VS in sede processuale. Infine, concluse che le autorità non avevano alcun valido motivo per iniziare le investigazioni nei suoi confronti e che oltretutto, nelle operazioni sotto copertura svolte nei suoi confronti queste avevano travalicato i limiti sanciti dalla normativa, inducendolo a commettere il reato.

La decisione della cassazione arrivò il 27 febbraio 2001, la quale confermò quanto già statuito dai giudici di merito.

Analizzando la motivazione si legge che all'esito del processo non vi fossero prove circa la costrizione del Ramanauskas. Sebbene, infatti, gli fossero stati offerti dei soldi per assolvere un determinato soggetto, non vi era stata alcuna minaccia nei suoi confronti tale da privarlo della sua libertà di scelta o da costringerlo a commettere un reato che altrimenti non avrebbe commesso. La semplice proposta fatta da AZ, seppur illegale, fu accettata dal ricorrente e ciò bastava a considerarlo colpevole.

²⁹⁷ L'8 maggio 2000 la Corte costituzionale statuí che l'Atto sulle Attività Investigative non era in violazione dei principi costituzionali statali. Il modello, infatti, costituisce una specifica forma di investigazione che utilizza l'*intelligence* e altre misure segrete per ricercare la prova contro le associazioni criminali e altri gravi reati. Sottolineò, inoltre, che l'impegno di particolari tecniche sono consentite purché non contrari ai principi sanciti dalla CEDU, dalla costituzione e purché la normativa di riferimento sia chiara, ne preveda le conseguenze e sia proporzionata ai legittimi scopi perseguiti. In tal caso, l'Atto sulle Attività Investigative prevede una chiara definizione dello scopo e della procedura per l'impiego di varie tecniche investigative, compreso il modello.

Secondo la Corte, l'autorizzazione a procedere alle operazioni sotto copertura, non autorizza l'ufficiale di polizia giudiziaria o il privato cittadino che agisce sotto mentite spoglie a commettere un reato, ma semplicemente legittima le azioni che l'agente ha chiesto di compiere per simulare un reato. Lo scopo principale delle attività investigative, così come del modello, è quello di facilitare le indagini, ma per fare ciò è necessario passare per le sfere di competenza delle autorità investigative e delle corti. Difatti, per applicare il modello è necessario richiedere un'autorizzazione al procuratore generale. Allo stesso modo, le intercettazioni di comunicazioni che vengono effettuate nell'ambito delle indagini non sono soggette ad autorizzazione giudiziaria, ma, nonostante ciò, sono compatibili con i principi costituzionali.

Per quanto attiene all'illiceità dell'operazione sotto copertura, la Corte rilevò che effettivamente l'autorizzazione all'impiego del c.d. modello, fu concessa dopo il primo incontro tra VS, AZ e Ramanauskas, e che quindi il viceprocuratore generale acconsentì l'impiego della speciale tecnica investigativa sulla base di un reato ancora *in fieri*.

Nel proseguo della sentenza si legge, inoltre, che la cassazione delineò le differenze tra la provocazione e l'incitamento²⁹⁸; alla luce di questa distinzione, però, non risultavano chiare le condotte di VS e AZ prima dell'autorizzazione all'utilizzo del c.d. modello e pertanto era difficile stabilire chi istigò chi a dare o accettare la tangente. Oltretutto, non vi erano abbastanza prove per stabilire con certezza che VS e AZ provocarono il reato commesso da Ramanauskas nell'accettare la somma di denaro, si poteva solamente concludere che inequivocabilmente fu AZ a richiedere l'assoluzione della terza persona al ricorrente.

Nel proseguo della sentenza, la Corte provò a dare una risposta al quesito centrale del processo, ossia, se una persona induce o provoca un'altra ad offrire o accettare una tangente debba rispondere, e quindi sia penalmente responsabile, del fatto di reato commesso dal provocato.

Secondo i giudici di ultima istanza, l'istigazione a commettere un reato è solo una delle varie forme di concorso; sotto il ramo del diritto penale lituano, che disciplina il concorso, l'istigazione è una forma di cospirazione: una persona che commette un crimine dopo essere stata determinata a farlo incorre nella medesima responsabilità penale di colui che ha commesso il reato di sua sponte, senza esserne indotto: se si ipotizza, dunque, che Ramanauskas fu provocato da VS e AZ ad accettare la tangente, non si può non rilevare che l'istigazione in questione fu fatta sotto forma di offerta, non di minaccia o di ricatto. In tal caso, infatti, il ricorrente ben avrebbe potuto declinare l'offerta illecita, ma da quando emerge dalle stesse dichiarazioni di

²⁹⁸ Secondo la Corte la provocazione a commettere un fatto è molto simile, ma non uguale all'incitamento. La provocazione è una forma di incitamento che consiste nell'incoraggiare una persona a commettere un delitto e comporta la punibilità di quest'ultimo per il fatto commesso. appunto perché questa condotta è moralmente riprovevole, il termine provocazione non viene utilizzato nel diritto penale sostanziale e processuale, né tantomeno nell'Atto sulle Attività Investigative del 1997. Da un punto di vista giuridico, la provocazione non costituisce un fattore che esenta da responsabilità penale la persona che fu indotta a commettere il reato.

Ramanauskas, egli, nonostante avesse capito la natura dell'atto che gli fu chiesto di compiere, accettò la tangente di sua spontanea volontà.

Prosegue poi la Cassazione che è necessario notare che una specifica caratteristica della corruzione risiede nel fatto che una delle due parti contraenti sia per forza di cose un provocatore: un ufficiale di stato che offre una tangente è un provocatore ai sensi dell'articolo 284 del Codice penale lituano, in quanto, questo ha indotto un altro soggetto a pagargli una somma di denaro, violando l'articolo in questione. Allo stesso modo, una persona (semplice privato) che offra una tangente ad un pubblico ufficiale è necessariamente un provocatore ex articolo 284 del Codice penale lituano, poiché nel fare l'offerta, vi è una sorta di induzione dell'ufficiale ad accettare la somma di denaro (perfezionando in tal modo il reato previsto dall'articolo summenzionato).

In questi due articoli, sia chi offre la tangente, sia chi la accetta è libero di autodeterminarsi; se una persona volontariamente sceglie di commettere il reato, quando avrebbe la possibilità di resistere alla provocazione, giustamente incorrerà in una propria responsabilità penale, tenuto conto della possibilità che altri fattori esterni (e non per forza la provocazione) potrebbero aver influenzato la sua decisione.

A seguito della pronuncia della Cassazione, fu condannato alla pena della reclusione che dovette scontare fino al 29 gennaio 2002.

4. (segue) La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Dopo aver espiato la sua pena, Ramanauskas propose ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo perché ritenne che il processo svolto a suo carico fosse stato instaurato in violazione dell'articolo 6 CEDU. Il ricorrente, infatti, lamentò, anche di fronte ai giudici di Strasburgo, di essere stato vittima del c.d. *entrapment*, ossia di una trappola, di una cospirazione contro di lui volta ad indurlo a commettere il reato, e, rimarcò nuovamente, che in sede processuale non gli venne data l'opportunità di esaminare testimoni chiave a sua difesa.

L'udienza venne svolta il 28 marzo del 2007 e la sentenza venne pubblicata il 5 febbraio 2008.

La Corte edu, dopo aver ricostruito in fatto e in diritto l'*iter* processuale svolto dalle corti lituane, analizzò nello specifico la normativa domestica, ossia, gli articoli che si presumevano violati dal Ramanauskas e su cui si fondò la condanna. Poi, proseguì passando alla disamina della normativa internazionale applicabile al caso di specie ed infine verificò se effettivamente vi fosse stata una violazione dei principi contenuti nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Per quanto concerne la normativa internazionale, la Corte di Strasburgo ritenne rilevante, nel caso di specie, *in primis* la Convenzione europea sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999 (n. 173 del 27 gennaio 1999), la quale, all'articolo 23, sancisce che ciascuno Stato che abbia ratificato la convenzione può promulgare leggi o adottare altre misure (incluse speciali tecniche investigative) che si ritengano necessarie a garantire la prova in ordine ai fatti corruttivi. La relazione di accompagnamento della convenzione specifica, inoltre, che nel più ampio concetto di "tecniche investigative speciali" vada ricompreso l'impiego di agenti sotto copertura, di intercettazioni di telecomunicazioni e di accesso ai sistemi informatici.

L'articolo 35 della convenzione statuisce, inoltre, che la stessa non può ledere i diritti e le libertà derivanti da altre convenzioni internazionali che riguardano specifiche materie.

Un'altra fonte normativa di natura internazionale citata dalla Corte edu fu la Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, ricerca, sequestro e confisca del prezzo, prodotto o profitto del reato del 1990 (n. 141, 8 novembre 1990), la quale prevede, all'articolo 4, che gli stati firmatari siano tenuti ad adottare misure legislative,

o altri strumenti che si ritengano necessari a garantire l'identificazione e la tracciabilità del profitto del reato e a conservare la prova del reato per cui si procede.

L'impiego di speciali tecniche investigative (come il controllo dei dispositivi informatici nella lotta al narcotraffico internazionale) è anche prevista dall'articolo 73 della Convenzione di attuazione del Trattato di Schengen, ratificata il 14 giugno 1985. Spostando l'attenzione sul piano della CEDU, la Corte verificò, infine se vi fosse stata la violazione dei principi cardine sanciti dalla Carta Europea dei Diritti dell'Uomo.

La prima violazione riscontrata fu quella dell'articolo 6, paragrafo 1 della CEDU, che sancisce il diritto ad un equo processo e alla ragionevole durata dello stesso.

Nella motivazione della sentenza si legge che «La corruzione è divenuta il maggior problema in molti Stati (così come attestato dalla Convenzione europea sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999). Detta convenzione autorizza l'impiego di speciali tecniche investigative, come le operazioni sotto copertura, perché risultano essere necessarie a garantire la prova per questo reato, ma, al contempo, prevede che non vengano violati i diritti e le libertà derivanti da altri trattati, come ad esempio i diritti riconosciuti dalla stessa CEDU che, pertanto, non possono essere lesi²⁹⁹».

Detto ciò, prosegue la Corte, l'utilizzo di agenti sotto copertura non può pregiudicare il diritto dell'imputato ad un equo processo e, dunque, tenuto conto che l'agente impiegato nell'*undercover operation* da semplice infiltrato può divenire, nel corso dell'indagine, un provocatore, è necessario che l'utilizzo di questa particolare tecnica investigativa venga attuato entro specifici limiti³⁰⁰.

Alla luce di quanto detto, è necessario ribadire che è compito della Corte ai sensi dell'articolo 19, garantire l'osservanza degli obblighi assunti dagli Stati una volta ratificata la convenzione. L'ammissibilità della prova è innanzitutto una questione di competenza statale e, pertanto, spetta ai giudici nazionali valutare l'ammissibilità o meno di questa a processo prima di adire alle corti sovranazionali. La Corte Europea

²⁹⁹ Si riporta la traduzione letterale di un passaggio della motivazione contenuta nella sentenza *Ramanauskas v. Lithuania*, 5 febbraio 2008, n. 74420/01, pp. 12-13

³⁰⁰ La provocazione poliziesca si verifica quando l'ufficiale che svolge l'indagine si trasforma da semplice infiltrato a provocatore. In questo caso l'agente sotto copertura non limita la sua attività investigativa ad un semplice controllo passivo sul fatto di reato che si sta commettendo, ma esercita un'influenza su un determinato soggetto tale da indurlo a commettere un crimine che altrimenti non avrebbe commesso. In tal modo, viene agevolata la commissione del reato, la raccolta di prove e l'instaurazione del processo a carico del reo provocato.

Il riferimento fatto dalla Corte nel caso che si sta esaminando è preso dalla motivazione della sentenza della stessa Corte ed *Teixeira de Castro*.

dei Diritti dell'Uomo, dal canto suo, deve valutare se l'ammissione della prova e le modalità di acquisizione della stessa siano state lecite³⁰¹. Il ruolo della Corte, invero, non è quello di determinare se certi elementi di prova siano stati ottenuti illecitamente, ma, al contrario, è quello di esaminare se questa illiceità abbia comportato una violazione di un qualsiasi diritto riconosciuto all'individuo dalla CEDU.

In particolare, la Convenzione in parola non preclude la possibilità di iniziare indagini sulla base di un qualsiasi elemento di prova acquisito (come ad esempio una dichiarazione rilasciata in forma anonima). Si tratta di un profilo radicalmente distinto: la rilevanza di quel determinato elemento posto a fondamento del giudizio di colpevolezza formulato dai giudici di merito all'esito di un processo. In tal caso, le evidenze probatorie possono essere ammesse e valutate solo se sono state fornite idonee e sufficienti garanzie tali da scongiurare possibili ipotesi di abuso nella loro acquisizione, quali, ad esempio, un chiaro ed inequivocabile *iter* per autorizzare, rafforzare e supervisionare le operazioni *undercover*³⁰².

Sebbene l'aumento di crimini ricollegati alla criminalità organizzata richieda che vengano adottate misure più drastiche, il diritto ad un equo processo, strettamente riconnesso ad una corretta amministrazione della giustizia, va riconosciuto in ogni caso a chiunque, a prescindere dal tipo di reato commesso, sia più che meno grave. Il diritto ad una corretta ed equa amministrazione della giustizia si colloca in una posizione di primaria importanza all'interno di una società democratica e non può assolutamente essere sacrificata per dar spazio ad espedienti di questo tipo³⁰³.

Inoltre, mentre l'impiego delle *undercover investigations* può essere ammesso purché sia lecito e limitato a certi ambiti, l'interesse pubblico alla repressione del reato non potrà mai giustificare l'utilizzo di prove derivanti dalla provocazione poliziesca, perché se così fosse l'imputato rischierebbe di essere giudicato all'esito di un processo non equo³⁰⁴, venendo meno anche la presunzione di non colpevolezza nei suoi confronti.

Poste tali premesse, la Corte applicò i principi sanciti al caso in esame.

³⁰¹ Così, *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, 23 aprile 1997, *Teixeira de Castro v. Portugal*, *Sequeira v. Portugal*, n. 73557/01 CEDU 2003-VI, *Shannon v. UK*, n. 67537/01, CEDU 2004-IV

³⁰² Si veda, *Khudobin v. Russia*, n. 59696/00, CEDU 2006-XII

³⁰³ In tal senso, *Delcourt v. Belgium*, 17 gennaio 1970.

³⁰⁴ Così, *Vanyan v. Russia*, n. 53203/99

Da quanto emerge dal quadro probatorio fu lo stesso STT ad inoltrare la richiesta di autorizzazione ad utilizzare il modello di simulazione della condotta criminale nei confronti del Ramanauskas, ma solo dopo aver avuto la certezza che il ricorrente aveva accettato l'offerta di tremila dollari fatta da AZ e VS per assolvere il terzo soggetto. È inoltre evidente che gli stessi ufficiali di polizia giudiziaria intrapresero la trattativa senza prima informare le autorità competenti, sulla base del fatto che questi ritenevano il Ramanauskas fosse incline a commettere reati di corruzione.

Su questo punto, la Corte rileva da subito l'illegittimità di quanto fatto da AZ e VS. Pertanto, le autorità nazionali dovranno rispondere di quanto è stato commesso dai propri ufficiali, soprattutto nella fase iniziale dell'operazione (che, a questo punto, sarebbe iniziata il 27 gennaio 1999), ossia quando venne fatta la proposta illecita in mancanza di qualsiasi autorizzazione.

Inoltre, si legge ancora nella sentenza, che, dopo aver ricevuto l'autorizzazione e dopo aver sollevato da qualsiasi responsabilità AZ, le autorità proseguirono con l'investigazione e legittimarono detta fase preliminare di contrattazione come un *post facto* non punibile, utilizzando successivamente le prove acquisite in questo frangente. Ne consegue che la responsabilità delle autorità lituane si basa sulla violazione della CEDU per le azioni commesse da AZ e VS prima della richiesta di autorizzazione.

Una volta stabilito questo, la Corte spostò l'attenzione sulla fase successiva all'autorizzazione concessa per l'impiego del modello e valutò se anche qui vi fosse stata un'istigazione illecita *ex* articolo 6 CEDU accertando, dunque, se le condotte di AZ e VS si fossero limitate ad un semplice controllo passivo del fatto di reato che si stava commettendo.

Innanzitutto, non vi sono prove che Ramanauskas abbia commesso in precedenza reati di corruzione; poi, da quanto emerge dalle intercettazioni telefoniche effettuate, tutti gli incontri tra il ricorrente e AZ avvennero su iniziativa di quest'ultimo, e, in questi casi, sebbene Ramanauskas sembrasse fortemente persuaso dalla proposta sfacciata di commettere il reato, non ci sono prove che dimostrino che poi lo avrebbe sicuramente commesso. Ciò basta per capire che le condotte degli ufficiali erano già ben oltre il semplice assistere al fatto criminoso.

Per lamentare la violazione dell'articolo 6 CEDU è necessaria una sorta di "condizione di procedibilità", ossia, è necessario che il ricorrente sollevi la questione in giudizio,

magari con un'obiezione anche se dipenderà, poi, dallo svolgimento del dibattimento capire se vi sia stata o meno un'istigazione, con contestuale violazione. In tal caso, quando non si hanno prova a sufficienza, è compito delle autorità giudiziarie esaminare i fatti del caso e capire come muoversi per scoprire se vi fosse stata qualche pressione sul reo.

Si può dire che questa particolare condizione di procedibilità sia stata soddisfatta dallo stesso Ramanauskas. Questo, infatti, lamentava da tempo che vi fosse stata una provocazione nei suoi confronti a commettere il reato e quindi le corti di merito avrebbero dovuto capire mediante l'escussione dei testimoni chiamati a deporre se gli ufficiali impiegati nell'operazione sotto copertura avessero superato i limiti sanciti dal modello. Dopo aver concluso questo accertamento, i giudici dei gradi precedenti avrebbero dovuto verificare le particolari ragioni per cui erano state impiegate le *undercover investigations*, i maggiori poteri conferiti agli agenti sotto copertura nonché il tipo di pressione che era stata fatta sul ricorrente.

Per quanto attiene questo ultimo aspetto è necessario prendere in considerazione la condotta di VS, il quale fece incontrare AZ con Ramanauskas svolgendo quindi un ruolo significativo nella commissione del reato di corruzione, facendo incontrare i contraenti, ma, nonostante ciò, non fu chiamato a testimoniare a processo perché si era reso irrintracciabile. Anche in questo caso, sebbene il ricorrente avesse sollevato tempestivamente la questione, la stessa non fu neanche presa in considerazione nei tre gradi di giudizio.

Le autorità lituane negarono fino all'ultimo che vi fosse stata una qualche provocazione e non si preoccuparono mai di esaminare la questione sollevata dal ricorrente. In altre parole, non fecero alcunché per cercare di chiarire l'effettivo ruolo svolto dagli agenti durante l'operazione; non chiarirono neanche le ragioni per cui AZ iniziò di sua iniziativa la trattativa.

Quindi, tutto ciò sopra premesso è certo che il convincimento dei giudici di merito si fosse basato essenzialmente su prove ottenute a seguito della provocazione poliziesca lamentata dal ricorrente.

La Corte di ultima istanza addirittura argomentò nella sentenza che la colpevolezza del Ramanauskas era già stata accertata nel momento in cui questo si era dichiarato colpevole nei precedenti gradi di giudizio. Pertanto, le prove illecitamente acquisite

durante la fase investigativa potevano non essere escluse dal processo di valutazione effettuato dalla stessa Corte poiché risultavano funzionali alla corroborazione della colpevolezza dello stesso ricorrente. Secondo la Cassazione, infatti, una volta accertata la colpevolezza del Ramanauskas, la questione se vi fosse stata o meno un'influenza esterna tale da fargli commettere il reato sarebbe divenuta irrilevante.

La conclusione della Suprema Corte venne immediatamente censurata dai giudici di Strasburgo perché la confessione di aver commesso il reato perché provocato da qualcuno non elimina la rilevanza causale nel fatto illecito della provocazione o i suoi effetti.

Per concludere, quindi la Corte affermò di dover tenere in considerazione le condotte di AZ e VS che hanno avuto come effetto quello di far commettere il reato a Ramanauskas, in quanto, non vi sono prove che certifichino che il ricorrente avrebbe commesso il reato anche qualora gli agenti non lo avessero indotto.

Per tale motivo vi è stata una violazione dell'articolo 6, paragrafo 1 CEDU e quindi una violazione del diritto ad un equo processo.

Come detto in precedenza, non sono mancati negli anni successivi ricorsi simili a questo. Il numero sempre crescente è soprattutto dovuto al costante impiego delle *undercover investigations* in ambiti sempre più differenti del diritto penale.

La sentenza pilota pubblicata il 5 febbraio 2008, non ha avuto solo effetti immediati nel caso di specie, ma ha gettato le basi per i giudizi successivi e per quelli che verranno.

Oggi, come precedentemente esposto, anche in Italia è possibile impiegare le operazioni sotto copertura nella lotta ai delitti contro la pubblica amministrazione; si è anche visto che la normativa di riferimento, così come modificata dalla legge n. 3 del 2019 è ancora alquanto lacunosa e disorganica. Si ritiene allora che, alla luce dell'eccessiva tassatività della disposizione e della delicatezza del ruolo svolto dall'agente impiegato nell'operazione, le procure terranno conto di quanto statuito in questa sentenza ai fini di un'attività investigativa lecita ed un controllo costante sull'operato dell'infiltrato. Qualora ciò non fosse realizzato sarà compito della magistratura requirente evidenziare eventuali violazioni e punire gli ufficiali di polizia giudiziaria per violazione dell'articolo 111 della costituzione e 6 della CEDU.

5. *Le undercover investigations negli ordinamenti di common law*

Passando, ora, all'analisi della disciplina delle operazioni sotto copertura tipiche degli ordinamenti di *common law* oltreoceano si riscontrano, *prima facie*, delle forti differenze con le normative analizzate in precedenza. Va, anzitutto, rilevato che dette discrepanze pongono non pochi problemi sotto il profilo della cooperazione internazionale nella lotta ai crimini transnazionali: la normativa sulle *undercover investigations* dei vari Stati che procedono spesso e volentieri risulta molto diversificata e ciò comporta forti difficoltà di coordinamento tra i vari paesi e, dunque, affinché l'esito dell'indagine non venga vanificato, è necessario che le discipline dei diversi ordinamenti siano quanto più uniformi tra loro ³⁰⁵.

Incentrando l'attenzione sull'ordinamento americano emerge come sia consentito l'impiego delle operazioni mascherate per ogni tipo di reato, non essendo prevista, in detto contesto, alcuna norma che elenchi tassativamente i delitti per cui possono essere eseguite. Ciò comporta inevitabilmente una possibilità di abuso della specifica tecnica investigativa che potrà, quindi, essere adottata indistintamente sia per crimini oggettivamente gravi e pericolosi, ma anche per reati di non particolare allarme sociale.

Per quanto concerne la responsabilità penale degli agenti *undercover* questi, nel corso dell'operazione, possono porre in essere sia condotte che configurano il reato per cui si sta investigando, ma, allo stesso tempo condotte che rappresentano reati prodromici o funzionali alla commissione dell'illecito "principale"; in entrambi i casi è riconosciuta loro l'impunità, così come stabilito *dall'Attorney General's Guidelines on Fbi Undercover Operations*, secondo cui, la partecipazione sotto mentite spoglie degli agenti alle attività illecite e la possibilità di commissione dei reati sono giustificate e, come tali non punibili, quando queste sono necessarie alla raccolta di prove indispensabili per la buona riuscita delle indagini ovvero quando sono funzionali a mantenere l'identità fittizia dell'*undercover* e prevenire, allo stesso modo, possibili ripercussioni sull'agente (come ad esempio morte o lesioni).

³⁰⁵ In tal senso, M. R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, 2005, p. 206.

Risultano invece fuori dall'ambito di applicazione della scriminante tutte quelle condotte dell'infiltrato che configurano un reato, ma che non siano giustificate da particolari esigenze investigative³⁰⁶.

Alla luce di ciò emerge chiaramente la concreta possibilità di strumentalizzazione della speciale modalità di indagine e detto rischio ha comportato, negli anni, un forte lavoro delle Corti statunitensi, le quali, hanno cercato di limitare, almeno a livello giurisprudenziale, l'impiego delle operazioni sotto copertura definendone gli ambiti di legittimità.

Sebbene, infatti, vengano specificate (a livello normativo) la finalità propria delle *undercover investigations* e la possibilità durante l'operazione stessa di commettere il reato, rimangono ancora forti perplessità sull'impiego della provocazione poliziesca come efficace tecnica di emersione del reato. A tal proposito, infatti, viene riconosciuta all'imputato la possibilità di eccepire di essere stato vittima del c.d. *entrapment*, ossia di una cospirazione nei suoi confronti ad opera delle autorità investigative che lo hanno indotto volontariamente a commettere il reato, e, qualora all'esito del processo a suo carico, venga accertato che senza l'illecita istigazione questo non avrebbe commesso il reato allora potrà beneficiare dell'impunità.

Il discorso è analogo a quanto già affermato dalla stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo cui nessuno può essere punito sulla base di prove illegittimamente acquisite contro di lui; la differenza sta nel fatto che, nell'ordinamento americano una volta accertato che il provocato non può essere punito perché vittima della provocazione, allo stesso modo sarà esente da pena l'autore dell'istigazione poliziesca. L'agente *undercover*, infatti, non incorrerà in alcuna responsabilità penale per il reato commesso, ma sarà sanzionabile tutt'al più a livello disciplinare.

Questo meccanismo non può che suscitare perplessità agli occhi dell'interprete comunitario, il quale, abituato a posizioni dottrinali e giurisprudenziali generalmente caute nei confronti di queste tecniche investigative, si trova di fronte ad una

³⁰⁶ in tal senso, J. ROSSI, *Quegli 007 infiltrati nel cuore del crimine*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 11, p. 64, prosegue ancora l'autore che fuori dall'ambito della scriminante si pongono tutti quei crimini che vengono commessi per scopi privati.

legislazione *sui generis* che tollera e garantisce sempre (o quasi) l'impunità dell'agente provocatore³⁰⁷.

Ma vi è di più. Se nell'ottica europea si tende sempre a tutelare l'imputato che viene processato a seguito di prove raccolte durante le operazioni sotto copertura, consci che il reato che questo ha commesso può essere frutto dell'illecita provocazione poliziesca, dall'altra parte, nella visione tipicamente statunitense, la protezione del cittadino americano nei confronti di abusi delle forze dell'ordine è totalmente affidata ad un'iniziativa individuale davanti al giudice, sotto forma di *entrapment defense*³⁰⁸, ossia di eccezione processuale.

Come rilevato in precedenza, l'ordinamento americano non prevede ambiti specifici del diritto penale in cui possono essere impiegate le *undercover operations*, pertanto non sono mancati casi in cui le autorità giudiziarie abbiano deciso di utilizzarle per la lotta ai reati contro la pubblica amministrazione, accettando, così, il rischio che le operazioni *de quibus* potessero essere strumentalizzate per fini meramente politici.

Su questo punto, in realtà, la giurisprudenza di merito statale ha fatto sentire la sua voce. È innegabile, infatti, che la tecnica investigativa *undercover* così come delineata dalla normativa USA mostri una forte sproporzione tra quanto permesso agli agenti dell'FBI impiegati nell'operazione e il delitto che si vuole reprimere, palesando una chiara possibilità di abuso dello strumento investigativo. Le Corti, però, hanno, di volta in volta, legittimato questa disparità di trattamento ammettendo i c.d. *integrity tests*, ossia, hanno approvato la possibilità per le forze dell'ordine di utilizzare tecniche di indagine evidentemente sproporzionate nei confronti di un soggetto determinato al fine di vagliarne la tendenza a corrompere o ad essere corrotto ed evitare, in tal modo, la creazione di spazi di impunità nei confronti dei c.d. *white collars*.

³⁰⁷ Così, 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*, cit., p. 2

³⁰⁸ B. FRAGASSO, *IBIDEM*

6. Operazione “Abscam”: l’*entrapment defense* nel caso Jannotti.

Esempio lampante della politica criminale degli Stati Uniti d’America è sicuramente l’operazione “Abscam” effettuata dall’autorità investigativa americana alla fine degli anni Settanta, volta a verificare la corruttibilità di alcuni politici e pubblici funzionari in carica al tempo.

Il fatto può essere riassunto nei seguenti termini: alcuni agenti dell’FBI si finsero rappresentati di due sceicchi arabi interessati a trasferirsi in America e ad investire nel settore immobiliare e commerciale. L’obiettivo dell’operazione era quello di testare chi, tra i soggetti pubblici coinvolti, avrebbe accettato le tangenti per facilitare gli sceicchi ad acquisire la cittadinanza e a ricevere i permessi necessari per costruire.

“Abscam” è una tra le più grandi operazioni sotto copertura effettuate negli USA poiché all’esito dell’indagine furono imputate venticinque persone per corruzione e di fronte alla Corte Suprema sollevarono l’*entrapment defense*, che però non venne accolta, con contestuale condanna degli stessi per i fatti contestati.

Per comprendere fino in fondo che tipo di condotta può essere tenuta dall’ufficiale dell’autorità giudiziaria durante l’attività investigativa e fino a che punto può spingersi la provocazione poliziesca, si ritiene utile analizzare uno dei casi scaturiti dall’operazione “Abscam” che vide come imputato il rappresentante della maggioranza del Consiglio di Philadelphia, il signor Harry P. Jannotti.

Analizzando la sentenza pronunciata dalla Corte federale, l’imputato venne condannato per aver violato l’Hobbs Act, ossia per aver promosso una cospirazione volta ad intralciare il commercio interstatale, a nulla rilevando l’*entrapment defense* da lui eccepita in giudizio.

Stando a quanto detto dal giudice Harlan nella sentenza in parola, il significato, lo scopo e l’applicazione dell’eccezione processuale dell’*entrapment* nei processi penali sono da sempre problemi che dividono il pensiero della Corte designata a giudicare, che difficilmente ha una visione univoca sul punto. Per dirla semplicemente il maggior problema riguarda se, per accertare che l’imputato sia stato o meno vittima di una provocazione poliziesca, sia necessario procedere al c.d. test oggettivo, ossia concentrarsi unicamente sulla condotta dell’autorità investigativa e verificare se questa abbia rispettato gli *standards* di legalità richiesti o, invece, sia necessario vagliare la predisposizione dell’indagato alla commissione del reato tramite il c.d. test soggettivo.

Prosegue ancora la Corte, che per eccepire l'*entrapment defense* è necessario che vengano soddisfatti i requisiti di legge che sono stati esaustivamente definiti dalla Suprema Corte grazie alla risoluzione di quattro *leading cases*.

I primi due casi furono, *Sorrells v. United States* e *Sherman v. United States*: nel primo caso, la Corte riconobbe, per la prima volta l'*entrapment defense* dicendo che per valutare la predisposizione di una persona innocente a commettere un reato è necessario verificare come sono state svolte le indagini dalle autorità investigative, prediligendo in tal caso un approccio oggettivo. Nel secondo caso, invece, il collegio giudicante riprese quanto detto in precedenza, ma aggiunse un qualcosa in più. Nella motivazione della seconda sentenza, infatti, si legge che per stabilire se effettivamente l'imputato sia stato vittima della "trappola" è necessario tracciare una linea di demarcazione tra il "tranello" ideato per *unwary innocent* (incauti innocenti) e quello predisposto per *unwary criminal* (incauti colpevoli). Nel caso di specie, l'organo giudicante stabilì che *Sherman* non avrebbe mai commesso il reato se non fosse stato determinato dalla condotta dell'agente sotto copertura e che pertanto la commissione dell'illecito penale è il prodotto dell'attività creativa svolta dagli ufficiali delle autorità investigative, riconoscendo e dunque accogliendo l'*entrapment defense*.

È chiaro quindi che in queste due prime sentenze la Corte abbia promosso il c.d. test oggettivo, prestando particolare attenzione alla condotta delle autorità investigative; lo stesso discorso non può essere fatto per gli ultimi due casi.

La terza sentenza pilota fu quella pronunciata nel caso *United States v. Russel*. Qui la Suprema Corte decise di censurare le decisioni delle corti federali precedenti poiché, secondo questa, i precedenti giudici avevano esteso, in maniera ingiustificata, la portata dell'*entrapment defense*. Specifica, infatti, la Corte che l'eccezione processuale di cui si discute non è né prevista né, tantomeno, concessa dalla Costituzione americana e pertanto non è sollevabile da tutti gli imputati indistintamente. Il "colpevole" che intenda avvalersi dell'*entrapment defense* deve essere in grado di provare al di là di ogni ragionevole dubbio che senza l'intervento della provocazione poliziesca non avrebbe mai commesso il reato. Appare chiaro, dunque, che l'eccezione processuale in parola non abbia una portata generale, quindi riconoscibile in capo a tutti gli imputati, ma anzi, abbia una valenza, per così dire,

“limitata”, ossia eccezionale solo da chi sia effettivamente in grado di dimostrare la propria non predisposizione a commettere il crimine.

Allo stesso tempo, sarà compito dell’autorità governativa provare che l’*entrapment* ha solo rafforzato un intento criminoso già esistente nell’imputato e che la condotta degli agenti impiegati nell’operazione non ha leso alcun diritto costituzionalmente garantito di questo.

La soluzione ivi esposta non può che far sorgere forti perplessità agli occhi dell’interprete europeo.

Dalle parole della sentenza, infatti, è chiaro che oltre ad un’inversione dell’onere della prova, l’imputato sarà onerato ad una *probatio diabolica*, poiché dovrà dimostrare di non aver mai avuto intenzione di commettere il reato e che l’illecito commesso è frutto del comportamento oltraggioso delle autorità investigative.

Detta pronuncia venne ulteriormente ripresa anche nell’ultimo caso, ossia *Hampton v. United States*.

In questi ultimi due casi è visibile l’atteggiamento inverso della Corte che preferì propendere per il c.d. test soggettivo, vale a dire sulla verifica della predisposizione di un soggetto alla commissione del reato a nulla rilevando l’atteggiamento degli agenti sotto copertura.

Dai casi ora esaminati è palese che la Corte non ha avuto una visione univoca sui principi che debbono guidare la valutazione delle prove affinché possa essere ammessa l’*entrapment defense*.

Queste differenti visioni sono dovute anche alla natura legale della “trappola investigativa” che, come è stato evidenziato in precedenza, non è espressamente prevista o vietata dalla Costituzione, ma rientra nelle c.d. *matters of law*, vale a dire in quelle questioni di diritto interpretabili dalla stessa Corte in sede di giudizio³⁰⁹.

³⁰⁹ La possibilità o meno di mettere in atto l’*entrapment* in determinati casi non è una scelta affidata ai giudici, ma appartiene alle competenze proprie del Congresso. Quest’ultimo, infatti, ha la possibilità di emanare leggi statali in cui acconsente all’utilizzo di detta speciale tecnica investigativa per la repressione di particolari reati.

Una volta attuata la provocazione poliziesca sarà compito dei giudici interpretare la legge precedentemente emanata dal Congresso e decidere se effettuare in sede di giudizio il test oggettivo o quello soggettivo. Qualora, però, il Congresso non sia d’accordo con quanto stabilito dalla Suprema Corte in sede di interpretazione può sovvertire l’orientamento esegetico emanando un’ulteriore legge statale. In tal modo, la Corte sarà nuovamente chiamata a fornire la propria interpretazione.

La possibilità di scelta in sede valutativa tra il tipo di test da effettuare ha avuto come conseguenza una discrasia tra le varie pronunce della stessa Corte, motivo per cui i precedenti interpretativi risultano ad ora molteplici.

Ritornando agli ultimi due casi esaminati, la Corte ritenne che, gli ufficiali impiegati nelle indagini sotto copertura si fossero limitati a facilitare o a creare un'opportunità per il provocato a commettere il reato e ciò non comporterebbe alcuna lesione dei diritti dell'indagato, dunque, può essere esercitata l'azione penale e può essere pronunciata sentenza di condanna.

Dalle prove raccolte nel caso Jannotti emerge chiaramente che l'imputato rifiutò, inizialmente, l'offerta fatta dagli infiltrati dell'FBI e ciò viene anche confermato dalle intercettazioni ambientali in cui il rappresentante della maggioranza del Consiglio di Philadelphia palesemente afferma di non avere alcuna intenzione di accettare somme di denaro in cambio dei favori richiesti. Jannotti, infatti, sapeva bene che gli investimenti dello sceicco avrebbero portato non pochi benefici alla città, sia dal punto di vista economico che immobiliare e pertanto il Consiglio avrebbe accettato con entusiasmo le proposte di investimento senza alcuna necessità di controprestazioni o offerte di natura economica.

Successivamente, però, il rappresentante cedette all'offerta.

L'FBI, difatti, dati i continui dinieghi di Jannotti, lo indusse a prendere la somma di denaro dicendo che nella cultura araba accettare denaro rappresenta un alto gesto di amicizia.

È proprio il momento dell'accettazione che ha acceso il dibattito tra Corti di diverso grado chiamate a giudicare il caso.

Dal quadro probatorio è incontestabile che Jannotti accettò la somma di denaro, precisamente diecimila dollari, ma le Corti distrettuali non videro nulla di illegale in questo gesto tanto da pronunciarne l'assoluzione.

Gli elementi su cui si fondò il giudizio di proscioglimento furono essenzialmente due: il primo riguardava la destinazione della tangente, mentre il secondo l'entità della somma offerta. Secondo il tribunale, infatti, il denaro proposto a Jannotti rappresentava la controprestazione di un affare lecito e legittimo (e come tale non punibile) che avrebbe portato ingenti vantaggi alla comunità di Philadelphia³¹⁰.

³¹⁰ Nella sentenza si legge che al momento della consegna del denaro a Jannotti non gli venne richiesto nulla di illecito per favorire lo sceicco nella conclusione dell'affare ed inoltre lo stesso imputato si impegnò a non fare nulla di incompatibile con il proprio ruolo di membro del Consiglio comunale, in quanto il suo compito era quello di lavorare per il bene degli elettori.

Un altro elemento preso in considerazione dagli stessi giudici per riconoscere l'innocenza dell'imputato fu l'entità della somma offerta, definita dallo stesso organo giudicante *exceedingly generous* (estremamente generosa). L'ingente cifra, infatti, rappresentava una forte tentazione alla commissione del reato a cui nessuno avrebbe saputo resistere e, dunque, non era possibile provare la predisposizione dell'imputato alla commissione del crimine.

La Corte federale, di diverso avviso, condannò lo stesso imputato sovvertendo completamente l'impostazione del tribunale distrettuale; innanzitutto, interpretò il gesto come accettazione di una tangente in quanto la somma era stata offerta ad un pubblico ufficiale affinché questo esercitasse la sua funzione pubblica (aspetto che le Corti dei gradi inferiori non avevano evidenziato in maniera corretta)³¹¹, poi analizzò l'entità della somma. Secondo la Suprema Corte, invero, anche se l'importo offerto poteva apparire estremamente generoso è necessario tener conto della situazione finanziaria del soggetto a cui è destinato³¹². In tal caso l'imputato, non versando in particolari situazioni di crisi economica accettò una somma irrisoria rispetto a quanto da lui percepito per la funzione da lui svolta e ciò bastava per provare il comportamento riprovevole del consigliere.

Una volta accertato, dunque, che Jannotti commise il reato di corruzione, la Corte Suprema passò alla valutazione dell'*entrapment defense* eccepita dallo stesso imputato, poiché, se fosse stato appurato che il reato era stato frutto dell'illecita pressione delle forze di polizia, Jannotti avrebbe dovuto essere scagionato.

Le Corti distrettuali, infatti, avevano in precedenza assolto Jannotti motivando, oltre a quanto sopra detto, che le autorità investigative avevano violato i limiti sanciti dalla legge durante l'operazione sotto copertura, ossia, avevano leso la "*fundamental fairness*" sancita al sesto emendamento³¹³ della Costituzione americana mediante l'illecito utilizzo dell'*entrapment*. Al contrario, il governo citato in giudizio replicò che i canoni legali per riconoscere ed accogliere l'*entrapment defense* erano stati

³¹¹ Jannotti, infatti, in virtù del ruolo rivestito, ossia come membro del Consiglio comunale, avrebbe accelerato la realizzazione del progetto in cambio del denaro e questo costituisce reato.

³¹² Si legge nel prosieguo della sentenza che ciò che risulta allettante per un impiegato d'ufficio non sarebbe chiaramente sufficiente per tentare un milionario.

³¹³ Questo garantisce un processo penale rapido e pubblico di fronte ad una giuria (di pari), ossia composta da giurati provenienti dallo stato e dal distretto in cui il reato si presume sia stato commesso, garantisce il diritto alla difesa per l'accusato e prevede che i testimoni debbano assistere al processo e testimoniare in presenza dell'accusato.

applicati in maniera erronea dalle Corti distrettuali e che, nel caso in esame, non vi era stata alcuna violazione delle regole sul giusto processo.

La motivazione della Suprema Corte inizia affermando che in questo stato e grado del giudizio se non sono ancora chiari i contorni dell'*entrapment* è compito della Corte di ultima istanza delinearli in maniera più netta, tenuto conto che una delimitazione di questo tipo può essere molto sfuggente agli occhi dell'interprete.

Ciò che rende arduo il lavoro esegetico della Corte sono, *in primis*, le diverse opinioni di coloro che sono chiamati ad interpretare i canoni costituzionali, vale a dire quei principi fondamentali e immutabili della giustizia e, *in secundis*, l'erronea sovrapposizione dei principi dell'equo processo e dell'*entrapment defense*³¹⁴. Secondo alcuni autori e giudici delle varie corti, il concetto di equo processo e di *entrapment defense* sono due facce della stessa medaglia, il più delle volte coincidenti, non tenendo conto che già in sentenze precedenti la stessa Corte Suprema aveva censurato questo tipo di ragionamento unitario e aveva richiesto di separare e distinguere i due concetti. Nel caso *United States v. Russel*, infatti, la Corte, sebbene aveva respinto il ricorso degli imputati che eccepivano l'*entrapment defense* in senso oggettivo, ricollegandolo alla condotta delle autorità investigative piuttosto che alla predisposizione del soggetto a commettere il reato, aveva ammesso che, alcune volte, la condotta degli agenti infiltrati può essere così oltraggiosa che i principi alla base del giusto processo avrebbero assolutamente all'autorità governativa la possibilità di richiedere un processo per ottenere la condanna dell'imputato.

La stessa questione si è riproposta tre anni dopo nel caso *Hampton v. United States*, dove addirittura la Corte si divise in tre parti con opinioni totalmente differenti. La tesi della maggioranza si basava sul fatto che una volta che venga provata la predisposizione di un soggetto a commettere il reato, la condotta dell'autorità giudiziaria diviene assolutamente irrilevante ai fini della decisione poiché non può essere eccepita dell'imputato per sovvertire il convincimento dei giudici. Come è stato rilevato in precedenza, l'eccezione processuale di cui si discute non ha valenza

³¹⁴ Va specificato che secondo alcuni autori e giudici delle corti americane, il concetto di equo processo e di *entrapment defense* possono essere due facce della stessa medaglia, ossia concetti sovrapponibili se non addirittura coincidenti. Questa linea interpretativa, però, non tiene conto che già in alcune sentenze precedenti la stessa Corte Suprema aveva censurato questo tipo di ragionamento unitario e aveva richiesto di separare e distinguere i due concetti.

generale, ma ha una portata limitata in quanto può essere sollevata solo da colui che sia in grado di dimostrare che non avrebbe commesso il fatto se non fosse stato provocato. Tuttavia, una volta accertata oltre ogni ragionevole dubbio la predisposizione, la tendenza a delinquere del soggetto processato, questo non potrà più eccepire l'*entrapment defense* perché, comunque, non verrebbe modificata la sentenza di condanna.

Gli altri due giudici del collegio, invece, avevano confermato la condanna dell'imputato rigettando sia l'*entrapment defense* sia la difesa basata sulla violazione dei principi del giusto processo.

Gli ultimi tre giudici, infine, si concentrarono sulla condotta dell'autorità, ritornando al c.d. test oggettivo, e riscontrarono, nel caso di specie, che questa era offensiva quanto quella tenuta nel caso *Russel*.

Sebbene il disaccordo generale in seno al collegio, su un punto la Corte si trovò concorde, ossia, una volta provata l'avvenuta violazione della *fundamental fairness*, da parte della polizia giudiziaria, l'imputato non potrà essere condannato.

Alla luce di ciò emerge chiaramente che un'eventuale difesa del soggetto processato che lamenti la violazione delle regole del giusto processo deve essere corroborata da prove inequivocabili tali da dimostrare che il comportamento dell'autorità giudiziaria è stato talmente intollerabile e grossolano da ledere i principi sanciti dal sesto emendamento della Costituzione americana.

Da quanto premesso è ovvio che la prova richiesta in questo tipo di difesa è molto più complessa di quella necessaria a sostenere l'*entrapment defense*.

Come è stato sottolineato nelle pagine precedenti, l'*entrapment defense* nasce dall'interpretazione della legge statale effettuata dalla Corte Suprema e non appartiene a quegli elementi di *due process* protetti dal sesto emendamento e, dunque, prima di censurare la condotta delle forze dell'ordine come costituzionalmente illecita la Corte di ultima istanza dovrà effettuare una valutazione scrupolosa e verificare se gli agenti sotto copertura impiegati nell'operazione abbiano o meno violato i principi del giusto processo, oppure si siano limitati ad una provocazione (legittima) senza ledere le garanzie costituzionali riconosciute ad ogni individuo.

Nel caso Jannotti l'imputato sostenne che sia l'avvio della fase investigativa sia il successivo approccio costituivano un comportamento "oltraggioso" dell'autorità

investigativa in quanto l'autorità giudiziaria non aveva alcun motivo per sospettare di lui e per procedere, dunque, ad investigazione nei suoi confronti.

Questa argomentazione, agli occhi della Corte, apparse poco persuasiva sia per motivi giuridici che fattuali.

Stando a quanto detto in una sentenza precedente³¹⁵, ripresa dall'organo giudicante nel caso in esame, non vi è alcun obbligo *reasonable suspicion* (ragionevole sospetto) costituzionalmente imposto per poter avviare un'operazione sotto copertura come "abscam". La stessa Corte ha ritenuto, inoltre, che per procedere all'*entrapment* è ininfluenza ai fini della condanna dell'imputato se gli ufficiali delle forze dell'ordine abbiano agito o meno sulla base di un fondato sospetto che il presunto colpevole si stesse impegnando in accordi illeciti. Ciò che rileva ai fini della condanna è che lo svolgimento dell'indagine stessa, attuata anche mediante l'utilizzo di tecniche investigative particolari, non abbia leso i principi del giusto processo e, dunque, l'eventuale provocazione accolta dall'indagato può fondare la responsabilità penale di quest'ultimo.

Prosegue ancora la Corte, che sebbene fino a quel momento le indagini sotto copertura siano state impiegate essenzialmente nella lotta al traffico di stupefacenti, non sono mancati altri settori della criminalità in cui le *undercover investigations* sembrano essere l'unico mezzo investigativo efficace alla repressione dei reati.

La corruzione che coinvolge funzionari pubblici, così come è accaduto nel caso Jannotti, può facilmente sfuggire alle indagini.

Sia nella corruzione che nel traffico di stupefacenti si riscontra una struttura base comune, vale a dire, due parti contraenti che hanno interesse a nascondere il reato perpetrato e pertanto stringono un patto di omertà.

Da questo punto di vista, la corruzione può essere ancora più difficile da scoprire rispetto al narcotraffico; occorre, dunque, lasciare al governo per il tramite dell'autorità investigativa la decisione circa l'impiego o meno delle operazioni sotto copertura per scoprire e punire i funzionari pubblici corruttibili e corrotti, ovviamente avendo riguardo che, se il comportamento degli agenti dell'FBI sale ad un livello di vera e propria provocazione poliziesca tale da violare i canoni di *due process* non si

³¹⁵ *Stati Uniti v. Myers*, 635 F.2d 932,941

potrà pervenire ad una condanna per violazione dei principi sanciti dal sesto emendamento.

Dalle sentenze precedenti della corte distrettuale si notava subito l'avversione dei giudici per l'operazione "abscam"; nella pronuncia di assoluzione, però, il caso in esame non venne analizzato dal giusto punto di vista e ciò è desumibile dal fatto che nei precedenti gradi di giudizio vennero prese come parametri di riferimento le decisioni delle altre corti distrettuali che si riferivano ad altri imputati scovati a seguito della medesima operazione.

Tuttavia, la Suprema Corte non poteva tener conto di altre decisioni per giudicare il caso portato alla sua attenzione.

Per quanto riguarda il caso Jannotti, infatti, la scorrettezza della condotta governativa su cui si era fondato il tribunale distrettuale per concedere l'assoluzione era limitata alle prove dell'istigazione e dell'incentivo fatto dagli agenti durante l'operazione stessa che, come è già stato rilevato, non avevano raggiunto il "livello dimostrabile di oltraggio" necessario pronunciare l'assoluzione per violazione delle garanzie sul giusto processo.

La Corte, infatti, nell'invertire la sentenza di assoluzione del tribunale distrettuale pronunciata sulla base di una palese violazione dei principi del giusto processo, non giudicò la condotta dell'autorità investigativa, ma ritenne semplicemente che il comportamento dell'autorità nei confronti dell'imputato non fosse stato lesivo dei suoi diritti.

È chiaro che qui la Corte Suprema ha preferito procedere ad un accertamento soggettivo, ossia basato sulla predisposizione o meno di Jannotti a commettere il delitto di corruzione non analizzando affatto la condotta dell'autorità investigativa durante le indagini.

I giudici di ultima istanza, infatti, diedero per scontato che la semplice accettazione della somma di denaro era la prova "schiacciante" di una precedente predisposizione dell'imputato alla commissione del reato e che dunque la provocazione poliziesca non aveva avuto alcun collegamento causale con l'avvenuta corruzione e, soprattutto, non violava il diritto all'equo processo.

Prendendo ora le distanze dal caso in esame e cercando di astrarre quanto più possibili i principi sanciti nella sentenza fino ad ora analizzata appare chiaro, agli occhi di chi

legge che la condanna di Jannotti si sia per lo più basata su ragionamenti di tipo tautologico.

Continuare ad applicare canoni di questo tipo, che possono essere schematizzati in questi termini: “se gli imputati non fossero stati predisposti non avrebbero commesso il reato” significa lasciare un ampio spazio di impunità alle autorità investigative che, quindi, godono di un raggio d’azione quasi illimitato, con contestuale condanna (ormai certa) di qualsiasi imputato, salvo che questo riesca a provare di non aver mai avuto intenzione di commettere il reato.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

«La criminologia mediatica sta all'accademia più o meno come la ciarlataneria sta alla medicina³¹⁶».

L'espressione qui riportata, seppur forte, sembra essere in grado di rappresentare la situazione legislativa italiana in materia di contrasto alla corruzione.

Come è stato evidenziato nella trattazione, la lotta ai delitti contro la pubblica amministrazione è da sempre stata oggetto di accesi dibattiti, sia nelle aule del Parlamento, che nelle commissioni governative.

È innegabile che il fenomeno corruttivo, in tutte le sue declinazioni, sia, per il nostro Paese, un problema reale, serio e complesso, ma, come tale, merita di essere contrastato e risolto «mediante strategie di lungo corso e interventi di ampio respiro, specie sul versante culturale e preventivo³¹⁷».

La tecnica adottata dal Governo con l'emanazione della legge n. 3 del 2019, come rilevato, non sembra aver seguito questa linea.

Il fenomeno corruttivo, infatti, non è stato valorizzato nella sua oggettività; il legislatore, al momento della redazione del testo di legge, non ha fatto riferimento ai dati empirici che indicano il numero effettivo dei reati di corruzione commessi in Italia, ma si è «lasciato accecare dal fumo della percezione³¹⁸», prediligendo un approccio repressivo a discapito di quello preventivo³¹⁹.

La tecnica utilizzata non è nuova in quanto presenta delle forti assonanze con la “grammatica emergenziale” adottata per il contrasto ai reati di tipo associativo (mafia, terrorismo e stupefacenti). In tal modo, si è assistito ad un'estensione di queste specifiche modalità procedurali e punitive anche a diversi ambiti del diritto penale. Se prima, infatti, le fattispecie “premiali” venivano previste solo per far emergere reati di particolare allarme sociale, ora, l'impunità a seguito della delazione abbandona i suoi confini originari e si espande fino a ricomprendere i delitti di corruzione.

³¹⁶ E. R. ZAFFARONI, *La cuestión criminal*, 2012, p. 244.

³¹⁷ V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *DPC.*, 2019, fascicolo 5, p. 308

³¹⁸ V. MONGILLO, *IBIDEM*

³¹⁹ Come afferma V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., p. 309 sul piano sostanziale, si è avuta sia un'anticipazione della tutela penale, sia la tendenza a valorizzare il tipo d'autore, soggetto da neutralizzare ed intimidire più che rieducare. Poi, sono state aumentate in maniera sproporzionata le pene principali e quelle accessorie.

Riassumendo brevemente quanto esposto in precedenza, la c.d. Spazzacorrotti sembra ispirarsi a riforme passate, precisamente, a quelle presentate subito dopo il periodo di Tangentopoli, ma, al contempo, presenta elementi di assoluta novità.

Non è originale, agli occhi degli interpreti, la proposta di introdurre un'inedita causa di non punibilità per coloro che denuncino tempestivamente e volontariamente la commissione di uno dei reati catalogati dall'articolo 323-ter c.p. L'introduzione di un'esimente a favore di colui che collabori con la giustizia, infatti, fu una delle cause ostative al Progetto Cernobbio.

Gli stessi ostacoli non si sono riscontrati nei tempi odierni: il premio dell'impunità per la collaborazione processuale ha trovato (finalmente?) posto all'interno del nostro Codice penale.

Focalizzando l'attenzione sulla causa di non punibilità sancita dall'articolo 323-ter c.p., oggetto principale del presente elaborato, si palesano sin dalla prima lettura quelle caratteristiche strutturali comuni appartenenti alle varie fattispecie di ravvedimento già previste nel codice Rocco.

Il primo elemento di somiglianza è sicuramente la condotta del reo pentito. La resipiscenza, invero, viene considerata, dalla nuova legge Anticorruzione, come un «comportamento specularmente antitetico a quello punito³²⁰». In tal caso, la non punibilità è concessa a coloro che, sebbene abbiano commesso il reato, si costituiscano tramite l'autodenuncia.

Questo primo aspetto è strettamente riconnesso al secondo. La condotta antagonistica richiesta, infatti, deve essere in grado di reintegrare il bene giuridico leso tramite una sorta di regressione dell'offesa. Non basta, dunque, che il delatore esponga il crimine perpetrato, ma è necessario che lo faccia in tempi utili e brevi (precisamente prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti o, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto).

È chiaro che l'apporto dichiarativo in questione non sia di per sé idoneo a ripristinare la situazione giuridica *ex ante*, ma si limiti solamente a circoscrivere il danno. Solitamente, infatti, quando non sia più possibile la reintegrazione totale del bene giuridico leso viene riconosciuta al collaboratore una mera circostanza attenuante, uno

³²⁰ T. PADOVANI, *La soave inquisizione - Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fascicolo 2, 1981, p. 532.

sconto poco generoso rispetto all'esimente prevista dalla Spazzacorrotti. La scelta del legislatore, in questo specifico caso, è frutto di una valutazione politica per cui la condotta antagonistica richiesta ha un ruolo specifico nella repressione di reati silenti come quelli corruttivi.

La terza caratteristica strutturale, invece, è rappresentata dalla «necessaria efficienza causale della condotta del ravvedimento³²¹». L'articolo 323-ter c.p., difatti, concede l'applicazione dell'esimente solo quando venga messa a disposizione degli inquirenti l'utilità percepita e, qualora ciò non fosse possibile, quando vengano indicati elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo. Solo in questo modo sarà possibile provare la credibilità di colui che collabora, nonché la veridicità di quanto da lui raccontato.

L'ultimo elemento, infine, si riferisce alla volontarietà della condotta di ravvedimento. Si ricorda che nel processo di valutazione circa la volontarietà della denuncia, a nulla rileva il processo motivazionale in base al quale il reo ha deciso il proprio atteggiamento³²². Ciò che conta, infatti, è che la collaborazione sia frutto di una sua libera scelta, dunque, di un proprio e personale pentimento, seppur tardivo.

Tralasciando ora gli aspetti più propriamente giuridici, ciò che resta da chiedersi, a conclusione dell'analisi, è se la scelta di prevedere una causa di non punibilità nei delitti contro la pubblica amministrazione fosse effettivamente necessaria o meno.

Per rispondere a detto quesito è necessario raffrontare l'esimente di cui si discute con le altre tecniche investigative che possono essere impiegate nella lotta alla corruzione. La predisposizione di operazioni sotto copertura, la possibilità di procedere ad intercettazione di comunicazioni e conversazioni mediante l'impiego del captatore informatico, il *whistleblowing* nel modello di organizzazione e gestione degli enti, la previsione del regime carcerario "differenziato", nonché la causa di non punibilità prevista dall'articolo 323-ter c.p. mirano tutte al medesimo obiettivo: portare alla luce quegli accordi illeciti che altrimenti rimarrebbero nascosti e impuniti.

Andando con ordine e mantenendo ancora lo sguardo sulla trattazione svolta, il primo confronto da fare è quello tra l'inserimento nel Codice penale dell'esimente di cui si discute e la contestuale possibilità di impiegare le *undercover investigations* per

³²¹ T. PADOVANI, *La soave inquisizione - Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, cit., p. 532.

³²² Così, G. CONTENUTO, *La condotta susseguente al reato*, Bari, 1965, p. 95.

contrastare il fenomeno corruttivo. Sebbene, infatti, l'articolo 323-ter c.p. richiami espressamente la legge sulle operazioni sotto copertura, non sembrano sorgere particolari contrasti tra le due normative.

I provvedimenti invero si riferiscono a due soggetti distinti: la non punibilità *ex* articolo 323-ter c.p. può essere riconosciuta a colui che volontariamente e tempestivamente autodenunci il reato commesso, mentre non potrà beneficiarne l'agente sotto copertura che abbia violato l'articolo 9 della legge n. 146 del 2006. Questo, infatti, non potrà godere dello stesso trattamento di favore e dovrà rispondere del reato da lui commesso. Al contrario, se l'ufficiale di polizia giudiziaria è rimasto nei limiti di legge sarà scriminato dallo stesso articolo 9 che prevede, per lui, un'apposita causa di giustificazione speciale.

Qualora, invece, durante l'investigazione mascherata venga accertata la commissione di un reato da parte del "sospettato", l'esimente non spiegherà i suoi effetti. Una volta che l'agente *undercover* abbia assistito al crimine è tenuto a trasmettere la notizia di reato al Pubblico Ministero, il quale proseguirà all'iscrizione della stessa nell'apposito registro. A questo punto è possibile che siano scaduti i termini di quattro mesi e che, soprattutto, l'indagato sia stato raggiunto dall'informazione di garanzia ai sensi dell'articolo 393 c.p.p. Pertanto, superato il limite temporale stabiliti dall'articolo 323-ter c.p., verrebbe meno uno dei presupposti per beneficiare dell'impunità e l'eventuale autodenuncia che dovesse pervenire, sarebbe utile solo ai fini del riconoscimento dell'attenuante *ex* articolo 323-bis c.p.

Alla luce di ciò, si ritiene che, teoricamente, non sussista un'incompatibilità tra le due modalità di emersione del *pactum sceleris*. Tuttavia, rimangono ancora forti dubbi a livello prasseologico.

L'operazione sotto copertura è, di per sé, una tecnica investigativa troppo delicata e la modifica apportata dalla legge n. 3 del 2019 non sembra aver risolto questo problema, facendo sorgere ulteriori dubbi in termini di liceità del comportamento tenuto dall'agente durante tutta l'investigazione.

Non di rado, infatti, le *undercover investigations* sfociano in vere e proprie provocazioni poliziesche, dichiarate assolutamente illegittime dalla stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Qualora, infatti, si dovesse riscontrare una violazione dei precetti sanciti dallo “statuto delle operazioni sotto copertura” si avrebbe un annullamento delle indagini fino a quel momento svolte con la perdita definitiva delle prove raccolte. Detto rischio non è, purtroppo, remoto.

Va, inoltre, tenuto conto dell’incolumità dell’agente sotto mentite spoglie impiegato nell’indagine che può essere facilmente messa in pericolo.

Sul piano sostanziale, invece, la denuncia del 323-*ter* c.p. sebbene prometta l’impunità del confidente delatore, richiede al reo un rigoroso rispetto dei canoni sanciti dalla stessa norma e qualora questi non vengano attesi non vi sarebbe per lui alcun trattamento di favore. Non vi è, dunque, una garanzia del beneficio e difficilmente il reo sarà invogliato a collaborare.

I maggiori dubbi iniziano a sorgere se si sposta l’attenzione sulla disciplina delle intercettazioni di comunicazioni e conversazioni. In tal caso, ci si chiede se una volta riformata la normativa su questo mezzo di ricerca della prova, sia necessario mantenere ancora nel nostro Codice penale l’esimente sancita dall’articolo 323-*ter* c.p. Prima di rispondere al quesito è necessario ripercorrere rapidamente le varie riforme che si sono susseguite negli anni in materia di captazione segreta delle conversazioni. Con il decreto legislativo n. 216 del 2017 (c.d. riforma Orlando) è stata prevista la possibilità per le Procure di procedere ad intercettazione di comunicazioni e conversazioni per scovare e reprimere i delitti contro la pubblica amministrazione commessi dai soli pubblici ufficiali (è stato, infatti, escluso l’impiego di questo mezzo di ricerca della prova ai delitti commessi dagli incaricati di un pubblico servizio e da coloro che svolgono servizi di pubblica necessità).

Per quanto attiene al catalogo dei reati per cui queste possono impiegate, il criterio oggettivo richiamato dal legislatore è quello già contenuto nel nostro codice di rito. L’art. 266, comma 1, lett. b) c.p.p., infatti, definisce i c.d. reati di maggiore gravità, vale a dire, delitti contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell’articolo 4.

Considerando, invece, i presupposti affinché si possa procedere ad intercettazione si rinviene da subito la scelta azzardata del legislatore. Stando a quanto stabilito dall’articolo 267 c.p.p., l’autorizzazione per l’impiego della captazione viene data

quando vi siano gravi indizi di reato e quando l'intercettazione sia assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione dell'indagine.

Con la riforma Orlando, però, il legislatore ha deciso di equiparare i reati del “colletti bianchi” alla criminalità organizzata. Il decreto di autorizzazione per captare la conversazione, infatti, non viene concesso quando si verificano i presupposti sanciti dall'articolo 267 c.p.p., ma segue le disposizioni contenute all'art. 13, decreto legge n. 152 del 1991, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 203 del 1991.

Dunque, si può procedere quando vi siano sufficienti indizi di reato e quando detto mezzo di ricerca della prova sia l'unico in grado di far proseguire l'indagine.

La legge n. 3 del 2019, tra le varie modifiche, ha inciso anche sulla disciplina delle intercettazioni. Ora, infatti, sono inclusi tra i possibili autori di reato anche gli incaricati di un pubblico servizio, affiancandoli ai pubblici ufficiali, e per quanto attiene al criterio oggettivo, sancito dall'articolo 266 c.p.p., specifica che le intercettazioni possono essere impiegate per i delitti contro la pubblica amministrazione per i quali “è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4”.

I presupposti per richiedere il decreto di autorizzazione sono rimasti invariati.

La modifica più rilevante si rinviene, invece, al comma *2-bis* dell'articolo 267 c.p.p. Dal 1° settembre 2020, infatti, è possibile procedere ad intercettazione anche mediante l'utilizzo del captatore informatico, ossia, tramite l'inserimento del c.d. *trojan*, un virus che viene inoculato nei dispositivi portatili dei presenti.

Tenuto conto della disciplina sopraesposta, l'interprete è chiamato a dare una risposta al quesito precedente.

Parlando in termini utilitaristici, non è chiaro il motivo per cui il legislatore abbia previsto nella medesima legge sia l'introduzione dell'esimente *ex* articolo 323-*ter* c.p., sia lo snellimento della disciplina sulle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni.

Se si volesse seguire la logica fortemente repressiva sposata dalla Spazzacorrotti, l'unico modo per contrastare i fenomeni corruttivi sarebbe quello di implementare e affinare le tecniche investigative già previste dalla legislazione italiana, strada già imboccata dal legislatore odierno (ciò è confermato anche dall'estensione delle operazioni sotto copertura nella lotta ai delitti contro la pubblica amministrazione).

Prevedere al contempo anche un premio per coloro che collaborino tempestivamente con la giustizia equivale ad ammettere che gli strumenti di indagine a disposizione, seppur rinnovati e semplificati, non raggiungeranno i risultati sperati. In tal modo, il legislatore sembra chiedere un aiuto al reo durante la fase investigativa, ma non tiene conto degli esiti paradossali a cui è pervenuto.

Spostando l'attenzione sull'ente, il confronto da fare è quello tra il confidente delatore previsto e non punito ai sensi dell'articolo 323-ter c.p. e la figura del *whistleblower*.

L'istituto del *whistleblowing* può essere semplicemente definito come la «rivelazione spontanea, effettuata da parte di un appartenente ad un'organizzazione pubblica o privata, di un illecito o di un'irregolarità commessa all'interno dell'ente, del quale sia stato testimone nell'esercizio delle proprie funzioni³²³».

Dalla definizione riportata è palese che l'istituto in parola condivide lo stesso obiettivo con l'esimente di cui sopra³²⁴, ossia, rompere il *pactum sceleris* tra corrotto e corruttore ed incentivare l'emersione di illeciti sovente coperti anche da meccanismi di omertà tra colleghi, ma vi sono alcuni elementi di discrasia.

Nel *whistleblowing*, infatti, il soggetto denunciante comunica fatti illeciti e segreti commessi da altre persone, accettando la possibilità di ritorsioni sul piano lavorativo e personale; in secondo luogo, le informazioni riportate dal *whistleblower* hanno la peculiare forma dell'accusa, in quanto si concretizza in una vera e propria denuncia di illeciti. Infine, l'atteggiamento del denunciante è frutto di un atto premeditato e finalizzato, che mina i capisaldi della buona amministrazione (trasparenza, correttezza e legalità)³²⁵.

Sebbene la *ratio* del *whistleblowing* sia stata la musa ispiratrice della causa di non punibilità, i due istituti non sembrano del tutto sovrapponibili.

³²³ R. PATUMI, *Il whistleblowing come introdotto dalla legge anticorruzione*, in *Azienditaliana – il personale*, 2013, p. 366.

³²⁴ Si veda la Relazione illustrativa al disegno di legge, secondo cui l'introduzione della causa di non punibilità «rappresenta una novità di rilievo, che - in sintonia con l'impianto di fondo del presente disegno di legge e, pur in diverso ambito, in linea con la *ratio* che ispira la legge sul *whistleblowing* - si affianca sinergicamente alle altre misure adottate (anche mediante il ricorso a tecniche investigative speciali) per una più efficace attività di accertamento e repressione dei fenomeni corruttivi e «paracorruttivi» (come la turbata libertà degli incanti e la turbata libertà del procedimento di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione o l'astensione dagli incanti verso pagamento o promessa di denaro o altra utilità).

³²⁵ C. FLORIO, *Il whistleblowing nella letteratura internazionali: aspetti definitivi e fattori determinanti*, in *RdoC.*, 2007, p. 5930.

Nella collaborazione processuale prevista dall'articolo 323-ter c.p. colui che denuncia all'autorità giudiziaria è uno degli autori del reato; contrariamente a quanto accade nel *whistleblowing* in cui i protagonisti dell'illecito vogliono mantenere il segreto e un terzo soggetto che abbia percepito la violazione procede alla denuncia.

In quest'ultimo caso, inoltre, il destinatario del racconto è differente rispetto a quello dell'esimente.

Secondo la legge sul *whistleblowing*, infatti, la denuncia di un soggetto interno all'azienda deve pervenire ad un superiore gerarchico o ad un apposito organismo aziendale e, successivamente, verrà trasmessa all'Organismo di Vigilanza. Nell'esimente, invece, la denuncia viene fatta direttamente all'autorità giudiziaria.

Anche le finalità sono diverse.

Nel primo caso, parlando di autodenuncia di reato, è inequivocabile che a seguito della delazione inizi un percorso di accertamento di tipo penale volto a scoprire i partecipanti al fatto criminoso.

Con il *whistleblowing*, invece, la denuncia non deve per forza riferirsi ad un fatto di reato, anzi, il più delle volte accade che le violazioni rilevate siano quelle del MOG, del Codice etico e delle procedure operative. Il racconto (in forma anonima) fatto dal denunciante non mira all'instaurazione di un processo penale, ma piuttosto all'applicazione di sanzioni disciplinari nei confronti dei trasgressori.

È chiaro, dunque, che l'istituto del *whistleblowing* sia volto ad evitare che un soggetto qualificato appartenente all'ente commetta un reato nell'interesse o vantaggio di quest'ultimo. Per fare ciò sanziona, seppur a livello disciplinare, tutte le violazioni che possano essere prodromiche alla commissione di uno dei reati presupposto.

Alla luce di quanto fino ad ora esposto, si può concludere che la causa di non punibilità di cui all'articolo 323-ter c.p. non sembri del tutto coerente con gli altri punti della legge n. 3 del 2019 e soprattutto con la filosofia repressiva perseguita dallo stesso legislatore. La valutazione fatta rimane però frutto di un'analisi su carta della riforma in quanto, ad ora, non si sono avute ancora pronunce giurisprudenziali che saranno sicuramente in grado di sciogliere i dubbi degli interpreti.

BIBLIOGRAFIA

- ALESSANDRI, SEMINARA, *Diritto penale commerciale, i principi generali*, vol. I, Giappichelli editore, Torino, 2018.
- ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art 323-ter c.p.*, in www.magistraturaindipendente.it, 5 marzo 2019.
- AMATO, *La definizione della posizione processuale dell'agente provocatore: riflessi sulla capacità a rendere testimonianza*, in *Cass. Pen.*, 1996.
- AMATO, *Le operazioni simulate. Se l'agente provocatore entra nel processo*, 2007.
- AMATO, *Nuova disciplina della corruzione: il legislatore non si è dimenticato della responsabilità dell'ente*, in *Riv. Resp. Amm. Enti*, 1/2019
- ANTOLISEI, *Diritto penale, parte speciale I*, GIUFFRÉ editore, 2016.
- ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, GIUFFRÉ editore, sedicesima edizione, 2003.
- AURICCHIO, *Riunite le norme delle operazioni sotto copertura*, in *Guida dir.*, 2010, n. 39.
- BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, Jovene Editore, 2011.
- BARROCU, *Le operazioni sotto copertura*, in ROMANO, MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, UTET giuridica, Milano, 2020.
- BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, in *DPC.*, 26 giugno 2015.
- BETTIOL, *Diritto penale, parte generale*, CEDAM, undicesima edizione, 1982.
- BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, BALSAMO, KOSTORIS (a cura di), Torino, 2008.
- CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *arch. Pen.*, 2018.
- CANTONE, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 30 settembre 2018.

CANTONE, MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art 323ter c.p.*, in *DPC*, fascicolo 6, 2019.

CARACCIOLI, *Profili penali del rientro dei capitali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Tomo III, Milano, 2006.

CASTRONUOVO, CURI, TRODINI CAGLI, TORRE, VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro, profili penali*, Giappichelli editore, Torino, 2019.

CINGARI, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, in www.la legislazione penale.eu, 2 agosto 2019.

CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. Pen. e proc.*, 2015.

CISTERNA, *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, in *Guida dir.*, 2006, n. 17.

COCCO, *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in *DPC*, 26 marzo 2014.

COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Resp. Civ. e prev.*, fascicolo 2, 2018.

COLQUITT, *Rethinking entrapment*, in *Ann. Crim. L. Rev.*, 2004.

CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, Bari, 1965.

CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963.

CURTOTTI, *Operazioni sotto copertura*, in ROMANO (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, UTET giuridica, 2015.

DANIELE, *Lacune della disciplina sulla testimonianza assistita*, in *Cass. pen.*, 2005.

DE CAROLI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di testimonianza assistita*, in *Legisl. pen.*, 2006.

DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dogmatica e politico criminale*, Milano, 1991.

DE VITA, *La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, in *proc. Pen. e giust.*, 2019, n. 4

DELL'ANDRO, voce *Agente provocatore*, in *Enc. Dir.*, I, Milano 1958.

DELOGU, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, in *Studi sassaresi*, Sassari, 1935, vol. XIII.

DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti, guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, seconda edizione, GIUFFRÈ EDITORE, Milano, 2010.

Disegno di legge AZZARO ed altri, in *LAVORI PARLAMENTARI*, 51 / I, X Legislatura - dicembre 1987.

FANULI, *La testimonianza indiretta sulle dichiarazioni dell'imputato*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005.

FANULI, LAURINO, *Incompatibilità a testimoniare e archiviazione dopo la legge sul c.d. giusto processo: un nodo apparentemente irrisolto*, in *Cass. pen.*, 2002

FIANDACA - MUSCO in *Diritto penale, parte generale*, ottava edizione, Zanichelli.

FIANDACA, *Legge penale e corruzione*, in *Foro it.*, V, 1998.

IORE, *Diritto penale, parte generale*, vol. I, Torino, 2004.

FLORIO, *Il whistleblowing nella letteratura internazionali: aspetti definitivi e fattori determinanti*, in *RdoC.*, 2007.

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 *DPC*, 5 marzo 2019.

FRAGASSO, *Legge "spazzacorrotti" e ragionevolezza dell'estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. Penit. Ai delitti contro la p.a. in attesa della consulta (ud. 26 febbraio 2020)*, in *sist. Pen.*, 24 febbraio 2020.

GAITO, MANNA, *L'estate sta finendo...*, in *Arch. Pen.*, 2018, fascicolo 3.

GALLI, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, in *giust. Pen.*, 1939.

GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. Pen.*, fascicolo 1, 2019.

GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, tomo I (artt. 241-452), NEL DIRITTO editore, 2015.

GIORDANO, *Profili premiali della risposta punitiva dello Stato*, in *Cass. Pen.*, 1997.

GREVI, *Le prove*, in CONSO, GREVI e BARGIS, *Compendio di procedura penale*.

GROSSO, *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli, Il Progetto anticorruzione di Mani pulite fra utopia punitiva e suggestione premiale*, in *Cass. Pen.*, 1994.

IELO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in DPC, 5 marzo 2019.

IMPALLOMENE, *Del concorso di più persone in un reato con speciale riguardo al codice penale italiano in progetto*, in Riv. pen., 1887, XXVI.

MAGISTRATURA DEMOCRATICA, *Il Foro Italiano*, Vol. 103, Parte Quinta: Monografie e Varietà.

MAJNO, *Commento al Codice penale italiano*, Torino, 1924, I.

MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in DPC, 14 febbraio 2019.

MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2017.

MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1920.

MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, 2005.

MARINELLI, *L'attività dell'agente provocatore per il contrasto alla pedopornografia; "straripamenti" investigativi e relative implicazioni processuali*, in Cass. Pen., 2005, fascicolo 9.

MARINUCCI - DOLCINI in *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, GIUFFRÉ editore, sesta edizione.

MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2019.

MELILLO, *L'agire provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, in Arch. Nuova proc. Pen., 1999, n. 2.

MELILLO, MOTTA, *Linee di una possibile evoluzione normativa della figura dell'agente provocatore*, in Arch. nuov. proc. pen., 2001.

MERENDA, *La pena attenuata tra equità e premio*, in Arch. Pen. Fasc. 3, 2017.

MINNA, SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003.

MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in DPC., 2019, fascicolo 5.

MONGILLO, *Le riforma in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in DPC., 2015.

MUIESAN, *La nuova causa di non punibilità nei delitti contro la pubblica amministrazione: al nemico che fugge ponti d'oro*, in *DisCrimen*, 14 marzo 2019.

MUSCO, *La premialità nel diritto penale, in la legislazione premiale*, Milano, 1987.

NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1973.

PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. Premio e corrispettivo nella dinamica della punibilità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1986.

PADOVANI, *La soave inquisizione - Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fascicolo 2, 1981.

PADOVANI, *La spazzacorrotti, riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. Pen.*, fascicolo 3, 2018.

PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente.*, in *Sist. Pen.*, 19 dicembre 2019.

PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990.

PATUMI, *Il whistleblowing come introdotto dalla legge anticorruzione*, in *Azienditaliana – il personale*, 2013.

PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, in *Arch. Pen.*, 2018, fasc. 1.

PELISSERO, *Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria*, in *Il quotidiano giuridico*, 11 settembre 2018.

PEREZ ARROYO, *La provocation de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto*, in *La Ley*, 2000.

PICCIOTTO, *La legge spazzacorrotti. Commento organico alla l. 9 gennaio 2019*, n.3.

PISANI, *Il disegno di legge “Spazza corrotti”: solo ombre*, in *Cass. Pen.*, fascicolo 11, 2018.

PIVA, *Le sfide del DDL anticorruzione: effettività, proporzione e rieducazione all'insegna del “chi sbaglia paga, l'onestà conviene”*, in *Giur. Pen. Web*, 2018.

PULITANÒ, *Agente provocatore per il contrasto alla corruzione?*, in *giurisp. Pen. web*, 2018, n. 3.

PULITANÒ, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, Vol. II, Torino, 2011.

RIELLO, *L'agente provocatore tra esigenze politico-criminali e diritti inviolabili*, in *De Iustitia*, 2018,

RITUCCI, *La disciplina dell'acquisto simulato ex art. 97 T.U. n. 309/1990. L'attività dell'ufficiale di p.g. "simulato" acquirente: limiti giuridici e rapporti con la figura dell'agente provocatore.*, in *Cass. Pen.*, 1993.

ROMANO e MARANDOLA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, GAITO, ROMANO, RONCO, SPANGHER (a cura di), in *Diritto e procedura penale*, UTET giuridica, Milano, 2020.

ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1971.

ROMANO, *Commentario al codice penale*, vol. 2.

ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei pubblici ufficiali*, commentario sistematico, quarta edizione, 2019, GIUFFRÈ editore.

ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei pubblici ufficiali* (artt. 314-335bis c.p.), Milano, 2006.

ROSSI, *Quegli 007 infiltrati nel cuore del crimine*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 11.

RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002.

SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, in *Riv. It. Dir e proc. Pen.*, 1994.

SCALICI, *Operazioni sotto copertura ed equo processo*, in *Arch. Pen.* 2014, fasc. 2.

SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale, i reati societari*, vol. II, 2018, Giappichelli editore, Torino,

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.*, 2019, fascicolo 2.

TAMIETTI, *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *cass. Pen.*, 2002, fascicolo 9.

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 *Legisl. Pen.*, 1999.

ZAFFARONI, *La cuestión criminal*, 2012.

ZAMPAGLIONE, *Delitti dei pubblici ufficiali e dibattimento*, in ROMANO, MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione* UTET giuridica, Milano, 2020.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Cass, Sez. II, 9 ottobre 2008, Cuzzucoli e altri, in *mass. Uff.*, n. 241442

Cass. Pen. Sez. VI, 28 aprile 1997, in *Cass. pen.*, 1998, *Console*

Cass. Pen., Sez. VI, 10 aprile 1995

Cass. Pen., Sez. VI, 10 aprile 1995, *Ascia*

Cass. Pen., Sez. VI, 3 dicembre 1998, *Carista ed altri*

Cass. Sez. II, 29 gennaio 2014, n. 7036

Cass. Sez. II, 29 settembre 2009, n. 41484

Cass. Sez. III 10 gennaio 2013, n. 1258

Cass. Sez. III 3 maggio 2011, n. 17199

Cass. Sez. III, 2 febbraio 2017 e 10 marzo 2017, n. 11572, rv. 269175.

Cass. Sez. IV, 29 maggio 2001, *Tomassini*, 2001/33561

Cass. Sez. IV, 30 novembre 2004, *Meta*, 2005/6702

Cass. Sez. IV, 4 ottobre 2004, *Biancoli*, n. 46556/2004

Cass. Sez. Un., 17 dicembre 2009, *De Simone*, in CED 246376

Cass. Sez. VI, 11 giugno 1998, 544 con nota adesiva di G. AMATO, *Puntualizzazioni giurisprudenziali in tema di turbata libertà degli incanti*

Cass. Sez. VI, 5 dicembre 2006, *Ani*, 2006/41730

Cass., 23 gennaio 1941, in *Riv. pen.*, 1941

Cass., 6 luglio 1943, in *Riv. pen.*, 1945

Cass., sez. III, 3 giugno 2008, rv. 240269

Cass., Sez. III, 8 giugno 2004, Ganci, in *Dir e giust.*, 2004

Cass., Sez. IV, 13 febbraio 2018, n. 12240, in dejure.giuffre.it

Corte cost. sent. N. 306 del 1993

Corte EDU, 4 novembre 2010, *Bannikova c. Russia*

Corte EDU, 9 giugno 1998, *Teixeira de Castro v. Portogallo*

Delcourt v. Belgium, 17 gennaio 1970

Khudobin v. Russia, n. 59696/00, CEDU 2006-XII

Ramanauskas v. Lithuania, 5 febbraio 2008, n. 74420/01

Sandu c. Repubblica di Moldavia, n. 16463/08, 11 febbraio 2014

Shannon v. UK, n. 67537/01, CEDU 2004-IV

Stati Uniti v. Myers, 635 F.2d 932,941

Tchokhonelidze c. Georgia, n. 31536/07, 28 giugno 2018

Teixeira de Castro v. Portugal, Sequeira v. Portugal, n. 73557/01 CEDU 2003-VI

Van Mechelen and Others v. the Netherlands, 23 aprile 1997

Vanyan v. Russia, n. 53203/99