

QUESITI

ANTONINO SESSA

**Le indagini passive nella legge n. 3 del 2019
(c.d. legge 'spazzacorrotti'):
il sistema penale (anti)democratico alla prova della
provocazione 'coperta'.**

I limiti della delazione interna, ora aperta anche al sistema privatistico, hanno determinato il ricorso, da più parti auspicato, alla delazione esterna istituzionalizzata come strumento investigativo per un più efficiente contrasto alla corruzione quale reato-contratto. Tuttavia, l'apertura ad una mobile attività di indagine undercover, in settori caratterizzati da peculiari fattispecie criminose, non ha mancato di evidenziare sin da subito una sua subdola articolazione in inquietanti forme di 'provocazione coperta' non punibili che, nell'ambito del dato normativo - l'art. 9 della legge n. 146 del 2006 novellato - ed in nome della lotta alla immoralità nei pubblici uffici, pure sembrano correre il rischio di ampliarsi minacciosamente fino alla verifica di una (in)fedeltà al potere politico da porre strumentalmente al servizio di possibili derive autoritarie pur sempre in agguato. In un tale contesto sistematico, allora, ed accanto ad una rigorosa applicazione delle regole di teoria del concorso di persone nel reato, il riferimento ad una nuova idea di giustificazione, quella procedurale, si rivela, sul modello della fattispecie di eccezione di cui all'art. 14 della legge n. 269 del 1998, non solo lo strumento dommatico che, rispetto alle scriminanti tradizionali, sembra più in grado di recuperare le indicazioni legislative ad una più corretta qualificazione giuridica per atti di indagine passiva non punibili al riparo da reflussi illiberali, ma consente anche di adeguare il diritto domestico a condizioni di liceità pre-determinate per legge più coerenti con un sistema penale multilivello convenzionalmente ispirato. Pertanto, previa autorizzazione motivata dell'autorità giudiziaria, sussidiarietà, proporzionalità e necessità, in via rigorosa, costituiscono i tassativi presupposti legali con cui l'ordinamento può riferirsi ad atti processuali a c.d. doppia valenza che solo così saranno pienamente legittimi. Essi, infatti, quale espressione di una dommatica razionale, sapranno porsi a fondamento di un diritto penale quale garanzia di libere scelte d'azione che, anche sul piano politico criminale, e nella particolare attività investigativa degli agenti sotto copertura, non solo consentirà di abbandonare il connotato e disincentivante rischio di illiceità penale insito in essa, ma ispirerà anche quella necessaria differenziazione, utile pure sul piano processuale, tra la punibilità del 'non provocato' e la non punibilità di un agente 'non provocatore' al reato perché autore di condotte che, seppur lesive della sfera di libertà individuali, si riveleranno lecite in quanto solidaristicamente conformi al diritto.

The passive investigations in Act No 3 of 2019 (scavengers' law): the (anti)democratic penal system to the 'blanket' provocation test.

The limits of internal denunciation, now also open to the private system, have led to the use, by many parties, of institutionalized external denunciation as an investigative tool for a more efficient fight against corruption as a crime-contract. However, the opening to a mobile activity of undercover investigation, in sectors characterized by particular criminal cases, has not failed to highlight, from the very beginning, its underhand articulation in disturbing forms of 'covered provocation' not punishable, which, in the ambit of the normative data - the Art. 9 of the new Law N° 146 of 2006 - and in the name of the fight against immorality in the public offices, also seem to run the risk of expanding threateningly until the verification of (in)loyalty to the political power to be placed, instrumentally, at the service of possible authoritarian drifts, although always in ambush. In such a systematic context, then, and together with a rigorous application of the rules of theory of the participation of persons in the crime, the reference to a new idea of justification, the procedural one, is revealed, on the model of the case of exception in Art. 14 of the Law N° 14. 269 of 1998, not only the domestic instrument which, with respect to the traditional

“scriminanti”, seems more capable of recovering the legislative indications to a more correct legal qualification for acts of passive investigation not punishable sheltered from illiberal reflexes, but also allows the adaptation of the domestic law to conditions of lawfulness pre-determined by law, more coherent with a conventionally inspired multi-level criminal system. Therefore, subject to the motivated authorization of the judicial authority, subsidiarity, proportionality and necessity, in a rigorous manner, constitute the imperative legal prerequisites with which the system can refer to procedural acts with so called double valence that only in this way will they be fully legitimate. In fact, as an expression of a rational dynamics, they will be able to be the foundation of a criminal law as a guarantee of free choices of action which, also on the criminal political level, and in the particular investigative activity of the undercover agents, will not only allow to abandon the innate and disincentive risk of criminal illegality inherent in them, but it will also inspire that necessary differentiation, also useful from a procedural point of view, between the punishability of the ‘unprovoked’ and the non-punishability of a ‘non-provoked’ agent to the crime because he is the author of conduct which, even if damaging to the sphere of individual freedom, will prove to be lawful because it is solidaristically in conformity with the law.

SOMMARIO: 1. La legge n.190 del 2012 e i limiti alla delazione “interna” nella lotta alla corruzione come reato-contratto. - 2. Un nuovo strumento di contrasto al mercimonio delle funzioni pubbliche: la delazione “esterna” istituzionalizzata e il problema della qualifica della sua non punibilità nella c.d. legge spazzacorrotti - 3. Indagini passive e condotta di ‘non provocazione’ al reato in senso ampio: a) le rigorose regole di garanzia della teoria del concorso. - 3.1.b) il contributo della teoria del reato alla (non) punibilità differenziata: la giustificazione procedurale da ineccepibile prognosi privilegiata statale. - 4. L’investigazione preventiva alla prova della (non) provocazione ‘coperta’: le condizioni tassativamente pre-determinate per una razionale conformità al diritto di atti di indagine solidaristicamente lesivi di libertà individuali. - 5. *Facit*.

1. *La legge n.190 del 2012 e i limiti alla delazione “interna” nella lotta alla corruzione come reato-contratto.* La normativa che ha caratterizzato il contrasto alla corruzione nell’ultimo decennio, seppur apprezzabile sul piano del metodo¹, è sul piano più strettamente penalistico che, anche a seguito della novella del 2019, ha finito e finisce per destare le maggiori perplessità². Infatti, accanto ai caratteri di una fisiologica politica penale dell’emergenza³, sembra riproporsi anche nella lotta al mercimonio delle funzioni pubbliche la necessità di ristrutturazione di un dato positivo che, di sicura marca ‘emotiva’, appare

¹ Laddove si registra, sin dalle leggi n. 190 del 2012 e n. 69 del 2015, un deciso passo in avanti sul cammino di una dialettica di sistema rivolta alla veicolazione razionale di un consenso sociale non sprecato su obiettivi casuali, così lucidamente BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, del 15 ottobre 2012, 10.

² Basti pensare, ad esempio, che l’impatto sulla formulazione tecnica dei reati contro la P.A., con la stessa legge n. 69 del 2015, si è caratterizzato per una necessaria reintroduzione dell’i.p.s. tra i soggetti attivi del delitto di concussione, proprio per ovviare ad una evidente aporia di sistema che avrebbe visto il pubblico ufficiale concussore godere di una pena meno elevata rispetto ad una estorsione aggravata riferibile allo stesso i.p.s., è quanto già rilevava MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, del 15 dicembre 2015, 2 e 4.

³ È la naturale evoluzione della limpida intuizione di MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, passim

ispirato sistematicamente da un irrazionale populismo penale⁴. E' facile comprendere, allora, come in un tale contesto ordinamentale⁵, il controllo di un fenomeno complesso⁶ come quello qui oggetto di studio abbia dato luogo ad un processo reversibile ed aperto a dubbie concretizzazioni dommatiche che, espressioni di tendenze autoritarie, hanno portato il sistema, con scelte di compromesso contingenti e criminogene⁷, ad allontanarsi

⁴ Infatti, appare ormai nota la strumentalizzazione processuale del dato positivo per un effetto che in nome di bisogni percettivi di (in)sicurezza collettiva, è pronto a vivere la trasfigurazione del rito penale da luogo di affermazione di garanzie in strumento sanzionatorio di contrasto alla criminalità dai forti connotati preventivi, così da ultimo ZACCHE', *La libertà personale tra diritti della persona e nuove slide del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1999; si tratta, in sintesi, di registrare l'avvenuta conversione del populismo politico in populismo penale, per ulteriori approfondimenti sull'assunto cfr. SOTIS, PULITANÒ, BONINI, GUERINI, INSOLERA, SESSA, MANNA, RISICATO, MAZZACUVA, *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in www.dirittopenalecontemporano.it del 21 dicembre 2016, passim; ANASTASIA, ANSELMI, FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015, p. 27 ss.; FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 ss.; AA. VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Padova, 2006, XI-XIII; per la valorizzazione, da ultimo, del rapporto tra sapere penale e potere nella razionalizzazione del diritto penale fuori da normazioni compulsive cfr. SOTIS, *Il diritto penale tra scienza della sofferenza e sofferenza della scienza*, in www.archiviopenale.it, fasc.1, 2019, 1 ss.

⁵ Risentendo anche della traduzione normativa di obblighi positivi in obblighi di tutela penale così come presenti nella 'legalità reticolare convenzionale', per tutti, cfr. MOCCIA, *Funzioni della pena e implicazioni sistematiche*, in *"I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali"*, a cura di Stile, Manacorda, Mongillo, Napoli, 2015, 161 ss.; MANACORDA, *"Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1364 ss.; SOTIS, *Le regole dell'incoerenza. Pluralismo normativo e crisi postmoderno del diritto penale*, Roma, 2012, passim

⁶ Pur raggiungendo il fenomeno corruttivo un costo economico percepito ormai pari a 60 miliardi di euro, anche se sprovvisto di una base scientifica, è innegabile che una tale ricostruzione investe un efficientismo simbolico discendente dal rapporto tra reati denunciati di concussione/corruzione e i soggetti condannati per i medesimi fatti, cfr. in senso critico ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in www.penalecontemporaneo.it, del 25 marzo 2013, 1 ss.; CANTONE, *Il contrasto alla corruzione. Il modello italiano*, in www.penalecontemporaneo.it del 2 ottobre 2018, 3

⁷ Cfr. per tutti la puntuale analisi critica della legge n. 3 del 2019 operata da PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in www.archiviopenale.it, 2018, n. 3, 1 ss.; PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti ed altro*, in www.penalecontemporaneo.it, del 23 marzo 2019, 1 ss.; sarebbero queste le dirette conseguenze di una sublimazione tecnicistica tesa alla formalizzazione di un illecito penale a forte connotazione eticizzante, in cui il pericolo di un "simbolismo del diritto penale simbolico" resta sempre in agguato, tanto da porsi alla base delle istanze più immediate di revisione del testo normativo sin dal 2012, così GRASSO, *La riforma della corruzione*, in www.piattoformaperlagiustizia.it, passim; più in generale sui rapporti tra diritto penale simbolico e politica criminale simbolica cfr. per tutti PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011, passim; HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin New York, 2001, passim.

sempre più da un diritto penale vicino alle ragioni dell'uomo⁸. E tutto ciò in ossequio ad una politica criminale simbolica che, funzionale ad istanze di stabilizzazione di un consenso socio-economico intorno alle opzioni di contrasto anche al fenomeno corruzione⁹, si è rivelata prontissima nel vincere le ultime resistenze verso un sistema penale "demagogico" in cui gli stessi cittadini onesti pure sono giunti, così, a sopportare una interruzione della prescrizione per infedeltà al pari dello stesso corrotto quale nemico esteriore-non persona¹⁰. Ed un tale assunto, poi, alimentato dalla adozione di peculiari strumenti di contrasto¹¹ frutto di una progressiva quanto discutibile omologazione della lotta tra criminalità amministrativa e criminalità organizzata¹², pure non ha mancato di trovare conferma nello sviluppo di strategie di controllo affidate a riti differenziati chiaramente rispondenti al modello del diritto penale dell'autore¹³. Con essi, infatti, l'ordinamento ha mirato alla concretizzazione di quelle condizioni efficientiste che non solo continuano ad alimentare una comune contropinta motivazionale al crimine lucrativo¹⁴, ma anche a raffor-

⁸ Cfr. la lezione di MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, passim

⁹ L'affermazione trova il suo fondamento nella condivisibile analisi di SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, 2008, passim

¹⁰ Volendo estremizzare quanto sostenuto da DE CARO, *La legge c.d. spazzacorrotti: si dilata ulteriormente la frattura tra l'attuale politica penale, i principi costituzionali e le regole del giusto processo*, in *Processo penale e giustizia*, 4/2019, p. 282; più in generale, e nell'ambito di un sistema penale emergenziale, come concretizzazione di un sotto-sistema dello stato d'eccezione, in cui distinguere un diritto penale della sicurezza da un diritto penale del nemico che è portato più naturalmente ad attaccare la democraticità del sistema, cfr. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., passim; HASSEMER, *Stiamo andando verso un diritto penale del nemico?*, in AA. VV., *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di A.M.Stile, Napoli, 2011, p. 108 ss.; SESSA, *La fisiologica sistematicità dell'emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale penale compulsivo*, in *Ind. pen.*, 2016, 785 ss.

¹¹ Si pensi al ricorso alla disciplina correttiva in materia di confisca, ma anche all'inserimento di specifici reati contro la pubblica amministrazione tra i reati ostativi, cfr. esaustivamente già SPADARO, PASTORE, *Legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n.190)*, Milano, 2013, 79; RED., *La Corte costituzionale sul regime intertemporale della "spazzacorrotti": illegittima la retroattività del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit. per i delitti contro la P.A.*, in *www.sistemapenale.it*, del 13 febbraio 2020, 1; 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 *www.sistemapenale.it* del 6 febbraio 2020, 1; MANES, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 14 febbraio 2019, 1 ss.; DELLA RAGIONE, *La legge anticorruzione 2019*, Milano, 2019, p. 67 ss. e p. 70 dove risulta evidente il legame tra ampliamento dei reati ostativi di cui all'art. 4 bis della legge sull'ordinamento penitenziario e l'incoraggiamento del pentitismo per i fatti di corruzione, fino ad aprire alla causa di non punibilità dell'art. 323 ter c.p., come sul piano del metodo è già stato acutamente rilevato da MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 175 ss.

¹² Così da ultimo MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, in *Riv. trim - dir.pen.cont.*, 1/2019, pp.161 s. e 182 ss.

¹³ Così MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 65 ss. e 143 ss.

¹⁴ Secondo quanto condivisibilmente sostenuto da MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale:*

zare quegli istituti procedurali chiaramente votati alla ricerca della rottura del sinallagma tipico dei delitti di corruzione come reati-contratto¹⁵. Di qui, infatti, gli stessi ricorrenti inasprimenti sanzionatori hanno finito anche per evidenziare un'ulteriore e prevalente funzione di diritto processuale che, accanto all'allungamento dei tempi¹⁶ ed all'ampliamento degli strumenti di indagine complesse¹⁷, pure hanno mirato e mirano ad incentivare collaborazione e premialità processuale (anche nascosta)¹⁸ in funzione di scorciatoie probatorie¹⁹ tese a promuovere la rottura della consensualità sinallagmatica tipica dei

nullum crimen sine confiscatione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1259

¹⁵ Ed il riferimento è alla nuova disciplina estensiva della figura dell'agente sotto copertura anche ai reati di corruzione cfr. da ultimo CASSIBBA, *L'espansione delle operazioni sotto copertura*, in AA. VV., *La c.d. legge 'spazzacorrotti'*, cit., p. 199 ss.; DE VITA, *La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, in *Processo penale e giustizia*, 4/2019, 962 ss.; MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p.1257 ss.; DELLA RAGIONE, *La legge anticorruzione 2019*, cit., p. 54 ss.; MASIERO, *L'agente sotto copertura in materia di delitti contro la pubblica amministrazione: una (in)attesa riforma. Note a margine della legge "spazza-corrotti"*, in www.la legislazione penale.eu, 2019, 1 ss.; MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it del 27 maggio 2019, 252 ss.; più in generale sulla corruzione come reato-contratto da cui segue una elevata depenalizzazione prasseologica con conseguenti valori di cifra oscura significativi cfr. le stimolanti pagine di FORTI, *L'innamane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Bologna 2000, p. 313 s.; tale lettura criminologica sembra trovare conferma anche nella visione degli atti di indagine di investigazione passiva quale strumento necessario a scardinare il legame omertoso derivante dalla stretta comunanza di interessi illeciti dei soggetti che vi concorrono, e ciò al fine di svelare sacche di corruzione altrimenti rimaste occulte cfr. *Relazione di accompagnamento al d.d.l. n. 1189*, presentato alla camera di Deputati dal Ministro della Giustizia il 24 settembre 2018, in www.camera.it

¹⁶ Oviando, così, anche ai rischi potenziali di prescrizione più alti nella fase procedimentale, anche a seguito della legge n. 3 del 2019 che ne blocca il decorso a seguito di una sentenza di primo grado per una prospettiva autoritaria che mette il cittadino nelle mani del potere che può decidere di tenerlo in sospenso *sine die* cfr. da ultimo PULITANÒ, *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia*, in www.sistemapenale.it del 26 febbraio 2020, 1 ss.; CAVALIERE, *Le norme in materia di prescrizione*, in *La cd. Legge 'spazzacorrotti'. Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, a cura di C. Iasevoli, Bari, 2019, p. 159 ss.; DELLA RAGIONE, *La legge anticorruzione 2019*, cit., 15 ss.

¹⁷ Sin dalla legge n. 190 del 2012, il riferimento è alla diffusa implementazione normativa, ex art. 266 c.p.p., di soglie editali legittimanti intercettazioni telefoniche e ambientali, anche da captatore informatico, avvalorando un'idea che aggancia l'effettività del controllo penale al rafforzamento di strumenti di accertamento processuale, cfr. per tutti PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto? La legge n. 7/2020 di conversione del d.l. n. 161/2019*, in www.sistemapenale.it del 2 marzo 2020, 1; CRIFFO, *Il trojan e le derive del terzo binario*, in www.sistemapenale.it del 7 febbraio 2020, 61 ss.; ANDREAZZA, PISTORELLI, *Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*, in www.penalecontemporaneo.it del 20 novembre 2012, 2.

¹⁸ Per maggiori approfondimenti sull'assunto cfr. SESSA, *La premialità 'nascosta' nel diritto penale del processo*, AA. VV., *La c.d. Legge 'spazzacorrotti'*, cit., 101 ss.

¹⁹ Come pure nel caso della modifica della norma sul traffico di influenze che, con conseguente abroga-

reati qui in esame²⁰.

Tuttavia, il pur apprezzabile e condivisibile sforzo metodologico verso la ricerca di strumenti di controllo integrato, è proprio sul terreno preventivo che, accanto alle perplessità sul terreno repressivo di cui appena sopra, rivela le maggiori zone d'ombra nella lotta alla corruzione. Infatti, a fronte dell'apprezzamento di procedimenti immunitari interni ispirati all'ossequio rigoroso di affidabili standard decisionali di etica pubblica²¹, per quanto aperti anche a schemi tipici di razionalità indiretta²², profondi punti critici vengono a manifestarsi laddove, con specifico riferimento alla nuova e velleitaria figura del c.d. delatore interno (*Whistleblower*)²³, la stessa disciplina normativa sem-

zione dell'art. 346 c.p. e accorpamento nell'art. 346 bis c.p. del millantato credito, pure lascia impregiudicata la via della truffa, ma anche alla criticabile causa di non punibilità di cui all'art. 323 ter c.p., per gli opportuni rinvii ricostruttivi cfr. da ultimo DELLA RAGIONE, *op.ult.cit.*, p. 27 ss.

²⁰ E' quanto sembra emergere dal rapporto tra l'attenuante speciale del "ravvedimento operoso" del reo introdotta dal nuovo co. 2 dell'art. 323-bis c.p. con la legge n. 69 del 2015 e la causa di non punibilità del 'pentimento incentivato' ex art. 323 ter c.p., pure di recente introdotta dalla novella nei termini di una sorta di inquisizione soave in cui anche la dimensione antagonistica rispetto all'offesa finisce per perdersi in una premialità destinata a restare simbolicamente paralizzata da una confessione rivolta ad esaurirsi in seppur forti sconti di pena piuttosto che alla realizzazione di condizioni di impunità, sui limiti di effettività di una tale previsione normativa sul piano della responsabilità individuale e della correlata responsabilità degli enti cfr. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo*, cit., 1257 ss.; VALENTINI, *L'impunità del pattista pentito: un congegno deterrente travestito da premio*, in AA. Vv., *La c.d. legge 'spazzacorrotti'*, cit., p. 121 ss.; DELLA RAGIONE, *La legge anticorruzione 2019*, cit., p. 44 ss. e spec. 47 s.; per fondamento e limiti di una premialità orientata a canoni di garanzia di un diritto penale del fatto ispirato a valori da stato sociale di diritto cfr. per tutti MOCCIA, *Il dover essere della premialità*, in AA. Vv., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, 203 ss.; MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, Napoli, 2007, passim

²¹ Si tratta di rafforzare il sistema immunitario all'interno dell'agire pubblico secondo le rigorose regole di una corretta partecipazione democratica a processi decisionali condivisi nell'ambito di modelli sussidiari di controllo integrato in cui "la prevenzione mediante organizzazione" tende decisamente a ridurre il rischio corruttivo cfr. esaurientemente MANACORDA, CENTONZE, FORTI (Eds.), *Preventing Corporate Corruption: The Anti-Bribery Compliance Model*, Dordrecht, Springer, 2014, passim; MONGILLO, *Il "sacchetto d'oro" e la "spada inguainata": l'interazione pubblico-privato e il peso degli "incentivi" in un recente modello di compliance anticorruzione*, in www.penalecontemporaneo.it del 6 febbraio 2015, 1 ss.; SPADARO, PASTORE, *Legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n.190)*, cit., 15-33; DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014, passim

²² Da sottoporre al controllo della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione (Civit) istituita anni fa e che assume ora la veste di Autorità nazionale anticorruzione con poteri di analisi, di vigilanza e monitoraggio dei fenomeni corruttivi, per gli opportuni approfondimenti sul tema si rinvia a CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino, 2012, p. 180 ss.; SPADARO, PASTORE, *Legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n.190)*, cit., 15 ss.

²³ Sul punto v. Cass., sez. V, 26 luglio 2018, n. 35792, in cui appare chiaro che la tutela, da ultimo, riconosciuta dalla l. n. 179/2017 al *whistleblower* non può prestarsi a legittimare attività investigative mediante atti di indagine svolti dal dipendente pubblico di sua iniziativa al fine di effettuare la segnalazione di illeciti, quasi si trattasse di un agente infiltrato. Nel caso di specie un dipendente, al fine di raccogliere

bra scontare un evidente corto-circuito²⁴.

Quest'ultimo, a fronte del superamento critico della segnalazione di illeciti altrui ovvero dell'autodenuncia di reati²⁵ attraverso il ricorso a strumenti peculiari posti a tutela dalla discriminazione sindacale ovvero a garanzia dell'anonimato²⁶, emergerebbe in modo inequivocabile nel momento in cui non riuscirebbe a garantire proprio quello stesso anonimato che, nel rappresentare un elemento tipico del procedimento disciplinare interno per il dipendente segnalante²⁷, sembra destinato nell'impatto con il procedimento penale, quale inevitabile conseguenza di una eventuale denuncia/querela per calunnia e diffamazione da parte dell'accusato, ad infrangersi di fronte alle esigenze di necessaria rivelazione dell'identità dell'accusatore-delatore "interno". E ciò in nome della riespansione delle istanze legate al diritto fondamentale di difesa in capo allo stesso accusato²⁸.

Di fronte ad una tale aporia sistematica, allora, si è fatta ben presto strada l'idea, pure indotta dalla legalità convenzionale²⁹, di ricorrere ad una figura

prove per una successiva denuncia, si era reso responsabile del reato di accesso abusivo a sistema informatico.

²⁴ L'affermazione trova conferma nelle stesse considerazioni sulla perdita delle tutele nel procedimento ANAC così come si evince chiaramente nelle Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54-bis, del d.lgs. 165/2001 (c.d. whistleblowing), cfr. https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attività/ConsultazioniOnline/LineeGuidaWhistleblowing.2019_.pdf, p. 32; sul punto, da ultimo, per luci ed ombre su di una disciplina in cui istanze efficientiste e garantiste trovino un giusto temperamento anche a seguito della estensione di una tale figura, con la legge n. 179 del 2017, al settore corruttivo privato, secondo dinamiche, però, poco congeniali alle pratiche di infiltrazione e collaborazione processuale relative ad organizzazioni criminali cfr. MASIERO, *La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE. Tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante*, in *Arch. pen.*, 2/2020(web), 1 ss.; CANTONE, *Il dipendente pubblico che segnala illeciti. Un primo bilancio sulla riforma del 2017*, in *www.sistemapenale.it* del 29 giugno 2020, 1 ss.

²⁵ Come pure puntualmente osserva anche MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., 258

²⁶ Cfr. da ultimo DELLA BELLA, *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, in *www.sistemapenale.it* del 6 dicembre 2019, 1

²⁷ Almeno fino a quando la contestazione non risulti fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione, laddove l'identità del segnalante viene rivelata quando la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato (art. 54-bis, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001).

²⁸ E questo si verifica tanto con riferimento alle regole che presiedono alla opposizione ad una eventuale richiesta di archiviazione (artt. 408 c.p.p. e ss.) quanto alle regole che presiedono alla decretazione che dispone il giudizio (art. 429 c.p.p. e ss.).

²⁹ Rispondendo all'esigenza di attuare l'art. 50 della Convenzione delle Nazioni Unite per il contrasto della Corruzione (c.d. Convenzione di Merida), secondo una prospettiva in cui opera la stessa causa speciale di non punibilità introdotta dall'art. 323 ter c.p., per una critica sul punto cfr. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., 6 ss.; PISANI, *Il disegno di legge "spazzacorrotti"*, in *Cass. pen.*, 2018, 3591.

istituzionalizzata ed ‘esterna’ di agente sotto copertura che, opportunamente rivisitata, si potesse rivelare funzionale al controllo delle peculiari forme delittuose qui in rilievo, come già, del resto, previsto in altri settori dell’ordinamento³⁰.

Tuttavia, accanto ad una collaborazione processuale non solo astrattamente recuperata ai canoni rigorosi di un diritto penale del fatto³¹, il vero problema che, nella razionalizzazione delle tecniche di indagine, è apparso sin da subito è stato quello di sottrarre una tale figura di delatore esterno istituzionalizzato a quella ormai costante opzione di politica criminale tipica di una penalità sostanziale simbolicamente funzionale alle necessità del processo (c.d. diritto penale *del* processo)³². Ed ecco perchè, lo sforzo che accompagnerà il presente lavoro sarà quello di recuperare una corretta ricostruzione del nuovo assetto normativo di contrasto alla corruzione, in modo da eliminare così ogni sospetto di contraddittorietà sistematica in una disciplina che, non di eccezione al diritto, ma di eccezione nel diritto³³, sappia porsi a garanzia anche dell’individuo-indagato in un’ottica di tutela penale di valori solidaristici da stato sociale di diritto³⁴.

2. Un nuovo strumento di contrasto al mercimonio delle funzioni pubbliche: la delazione “esterna” istituzionalizzata e il problema della qualifica della sua non punibilità nella c.d. legge spazzacorrotti. Le esigenze di politica criminale così come sopra appena evidenziate, dunque, hanno finito per trovare una prima risposta proprio nella legge n. 3 del 2019 che, intervenendo segnatamente sull’art.9 della legge n.146 del 2006, ha esteso la vecchia disciplina delle indagini sotto copertura anche a determinati reati contro la pubblica am-

³⁰ Così come pure già auspicato in dottrina da CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica.*, cit., p. 179 e che oggi trova la sua concretizzazione, non senza perplessità, nel nuovo art. 9 della legge n. 146 del 2006 come modificato dalla legge n. 3 del 2019, cfr. per tutti da ultimo CASSIBBA, *L’espansione delle operazioni sotto copertura*, in AA. VV., *La c.d. legge ‘spazzacorrotti’*, cit., p. 199 ss.

³¹ Sulle cause operative destinate, infatti, a lasciare paralizzata la causa di non punibilità del nuovo art. 323 ter c.p. per ragioni legate alla sua stessa struttura cfr. supra alla nota n.20

³² Sui rapporti tra tirannia processuale e diritto sostanziale meramente servente che attraversa tutta la teoria del reato, cfr. più ampiamente PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 529; INSOLERA, *La macchina “ingollata della giustizia penale, il processo e la pena*, in *Quest. giust.*, 1999, 868 s.; PALIERO, *La maschera e il volto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 470 ss

³³ Il tema è affrontato lucidamente da ultimo in AA. VV., *L’eccezione nel diritto*, a cura di Bonini, Busatta, Marchi, Napoli, 2015, passim

³⁴ Per una razionale ricostruzione di un sistema penale rigorosamente orientato a principi di politica criminale cfr. per tutti MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., passim

ministrato³⁵. Inutile dire che, ad una tale presa di posizione normativa, non sono mancate immediate e vivaci critiche, soprattutto fondate sul rapporto tra l'evidente deficit dommatico che, emergente dalla mobilità di confine della figura qui in esame³⁶ e la specificità delle stesse fattispecie delittuose oggetto di indagine³⁷, avrebbe potuto accompagnare un'espansione del diritto penale, sempre più liquido e totalizzante, fino a fornire le basi sostanziali per controlli investigativi apertamente invasivi, e tali da legittimare ambigue forme di repressione eticizzante³⁸.

Infatti, con la valorizzazione processuale di una disciplina penalistica sempre di più proiettata al rafforzamento di forme subdole di "atti di indagine passiva"³⁹, è stato facile comprendere come la logica del diritto penale del nemico si sarebbe ben presto posta a riferimento della confluenza di tutte le più di-

³⁵ Sarebbe questa la conseguenza della emmesima stratificazione dall'art. 9 cit., in cui hanno fatto il loro ingresso tredici nuove fattispecie: non solo i reati di corruzione attiva e passiva, domestica e internazionale, incluse le condotte istigatorie (artt. 318, 319, 319-bis, 319-ter, 320, 321, 322, 322-bis), ma anche la concussione (art. 317 c.p.) e l'induzione indebita (anche se nella sola forma attiva ex art. 319-quater, comma 1, c.p., giacché l'indotto per definizione è spinto al reato dall'abuso del pubblico agente), e persino il traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.), la turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.) e del procedimento di scelta del contraente da parte della p.a. (art. 353-bis c.p.). Restano fuori, *inter alia*, il peculato, la malversazione e l'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, l'abuso d'ufficio, ecc., così MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., 252

³⁶ Che rendono aleatoria la individuazione delle stesse condotte suscettibili di essere qualificate come non punibili, tanto da estendersi anche a quelle prodromiche e strumentali rispetto a quelle non espressamente tipizzate, rendendo così concreto il rischio, in considerazione della consumazione anticipata di talune ipotesi di corruzione, di trasformazione dell'agente sotto copertura in agente provocatore cfr. per tutti MASULLO, *op.ult.cit.*, 1286; AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, in MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, p. 185

³⁷ A conferma dell'assunto, suggestivamente critico verso la scelta legislativa di eleggere a strumenti di azione fattispecie "a tipicità sintomatica", costruite su concetti-cardine indefiniti e sfuggenti, focalizzati su tipi criminologici di autore ben più che su fatti offensivi, con significative ricadute anche sul piano processuale e probatorio, tanto da imporre sul piano ermeneutico un percorso volto a restituire al sistema dei reati contro la p.a. un coefficiente di tassatività compatibile con le garanzie costituzionali, cfr. da ultimo MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1126 ss.

³⁸ Volendo qui riprendere, per il settore che ci occupa, le conseguenze di un diritto penale come prima ratio per quanto, da ultimo, lucidamente esposte da SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Bologna, 2019, passim

³⁹ Cfr. esemplarmente Corte EDU, 9 giugno 1998, *Teixeira de Castro v. Portugal*, spec. §§ 31-39, con nota di A. VALLINI, *Il caso "Teixeira De Castro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi legali di infiltrazione poliziesca*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 197 ss.; tra le tante, Id., 21 marzo 2002, *Calabrò c. Italia/Germania*, in *Cass. pen.*, 2002, 2920; Id., 26 ottobre 2006, *Khudobin v. Russia*, § 135; Id., 5 febbraio 2008, *Ramanauskas v. Lithuania* (caso di corruzione di un magistrato); Id., 21 febbraio 2008, *Pyrgiotakis v. Greece*; Id., 4 novembre 2010, *Bannikova v. Russia*, §§ 33-65, in cui compare una dettagliata rassegna dei principi formulati in materia dalla Corte; da ultimo, Id., 20 febbraio 2018, *Ramanauskas v. Lithuania (No. 2)*, spec. §§ 52-61 (altro caso di corruzione).

verse figure di agente *undercover* in quella norma che, anche sotto la spinta dei vincoli provenienti dalla legalità e dalla giurisprudenza convenzionale⁴⁰, il sistema ha elevato a statuto generale delle attività investigative ‘coperte’: l’art. 9 della legge n.146 del 2006.

Infatti, ed anche per quanto emergente nella stessa giurisprudenza di legittimità⁴¹, l’antitesi tra attività sotto copertura e provocazione determinazione-istigazione istituzionalizzata *contra legem*⁴² ha occupato il dibattito, non senza chiari risvolti processuali, sulla concreta differenziazione normativa tra la non punibilità dell’agente ‘non provocatore coperto’ ed il provocatore (non) punibile⁴³, sollevando tutta una serie di criticità che, alimentate da ambigue asim-

⁴⁰ Avendo chiara, nell’ambito di tecniche di indagine relative ad una investigazione speciale, e maturata nel diritto penale multilivello, la distinzione ‘teorica’ tra agente provocatore e agente infiltrato operante sotto copertura, incompatibile con ipotesi di vera e propria istigazione, da intendersi nella ristretta accezione di determinazione alla commissione di un reato per acquisire o far acquisire la prova di un comportamento colpevole, dal momento che l’agente undercover può soltanto aderire (join) alla condotta criminale, tanto da reputare così legittima la sua condotta solo se esplicata con le modalità tipiche di una attività diretta a fare emergere una trama criminosa già in essere o quantomeno già deliberata, ma giammai rivolta ad esercitare un’influenza causale, vale a dire determinarla sul piano psichico, e ciò in virtù della presenza di “sospetti oggettivi” (objective suspicion) per i quali il ricorrente fosse già coinvolto in attività criminali o comunque orientato a commettere un reato prima dell’intervento dell’agente di polizia; e, per altro verso, le condotte poste in essere da quest’ultimo, vale a dire se egli sia ricorso ad una pressione in assenza della quale il reato non sarebbe venuto ad esistenza, hanno come conseguenza che solo nel rispetto di tali requisiti ne può derivare l’utilizzabilità in giudizio delle prove così acquisite con riferimento, ad esempio, ad una «consegna controllata» del *pretium sceleris* e, «ritenendolo opportuno», alla sorveglianza elettronica o ad altre forme di sorveglianza, unitamente all’agente sotto copertura, in via di sintesi cfr. MASULLO, *op.ult.cit.*, 1283; DE VITA., *La nuova legge anticorruzione*, cit., 963 s.; MONGILLO, *La legge spazzacorrotti*, cit., 253; in giurisprudenza ex plurimis, Corte Edu, 6 maggio 2003, Sequeira v. Portugal; Id., 28 giugno 2018, Tchokhanelidze v. Georgia; Cass. pen., sez. III, del 7 febbraio 2014, n. 20238

⁴¹ Sul dibattito nella giurisprudenza di legittimità che ha investito la impunità dell’agente sotto copertura, una volta affermata l’inutilizzabilità ai sensi dell’art. 191 c.p.p. degli atti di indagine raccolti mediante provocazione, nonché l’illiceità di condotte dell’agente infiltrato che superino i limiti di quelle permesse dalla legge, resta la liceità, secondo il formante giurisprudenziale, unicamente di quelle indagini di investigazione passiva volte a disvelare un proposito criminoso preesistente nell’imputato, benché allo stato latente; non quelle determinatrici di reati che, senza l’azione dell’agente di polizia, non sarebbero stati commessi, cfr. 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. Resta ferma, tuttavia, la liceità dell’eventuale sequestro del corpo di reato, o delle cose pertinenti al reato: Cass., sez. IV, 14 marzo 2008, Varutti, rv. 239525; Cass., sez. VI, 11 dicembre 2014, n. 51678, rv. 261449-01; Cass., sez. III, 16 settembre 2013, n. 37805, rv. 257675-01.

⁴² Così e per tutti da ultimo IELO, *L’agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it del 5 marzo 2019, 1 ss.

⁴³ Sul punto, e per una più recente sintesi del dibattito dottrinale e giurisprudenziale ci sia consentito rinviare al nostro *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli 2018, p. 354 ss.

metrie⁴⁴ e sovrapposizioni investigative⁴⁵, hanno dato origine ad una inquietante estensione della legittimazione irrazionale di atti processuali di indagine a c.d. doppia valenza⁴⁶, incapaci di garantire così (dal)la (anti)democraticità (il)liberale del sistema.

Ed una conferma di un tale assunto è rinvenibile in un tessuto normativo in cui, accanto a condotte non punibili, perché finalizzate nel nuovo art. 9 all'acquisizione di prove relative ad attività illecite già in corso⁴⁷, sembrano ricomprese anche condotte 'coperte' di indagine che, inserendosi in modo indiretto e meramente strumentale nell'esecuzione di una attività (non) illecita altrui, pongono il problema di un loro eventuale sconfinamento in ipotesi più propriamente di provocazione determinazione/istigazione della condotta delittuosa.⁴⁸ Infatti, accanto al ricorso a formali limiti normativi soggettivi,⁴⁹ oggettivi⁵⁰ e finalistici⁵¹, è proprio con la legge n. 3 del 2019 che si è resa più

⁴⁴ Infatti a dispetto della inclusione dell'art. 322 bis c.p., le operazioni sotto copertura non possono essere impiegate in indagini aventi ad oggetto il delitto di peculato, in quanto lo esclude la tassatività del catalogo di cui al nuovo art. 9 del 2019, cfr. IELO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, cit., 1 ss.

⁴⁵ Con l'impiego delle intercettazioni mediante captatore informatico, e con il possibile rischio di diffidenza e verifiche preventive di conversazioni in cui l'interlocutore possa non esser quello che dichiara, cfr. PADOVANI, *La spazzacorrotti*, cit., 5

⁴⁶ Sulle problematiche che investono il recupero di garanzie sostanziali e processuali sugli atti a c.d. doppia valenza cfr. per tutti NEGRI, *Il processo penale come scrininante*, in AA. Vv., *Il penale nella società dei diritti*, a cura di Donini, Orlandi, Bologna, 2010, p. 191 ss.

⁴⁷ Considerando le condotte rivolte a conseguire il "prezzo", i beni o le cose che costituiscono oggetto di acquisto, dazione, promessa, offerta ovvero prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato

⁴⁸ E ciò secondo le modalità di un agire sotto copertura 'insidiosamente' contrario ai canoni del giusto processo per come pure elaborati dalla Corte europea, cfr. *Relazione di accompagnamento al d.d.l. n. 1189*, cit., 25-26

⁴⁹ Da individuare nell'esclusività delle indagini sotto copertura per categorie di soggetti tassativamente nominati, la cui distinzione, pur se si evince nell'art. 9, è in ogni caso riconducibile ad un ulteriore limite per la definizione della non punibilità. Esso consiste nel fatto che, anche se la novella del 2019 lo pone in via applicativa, il legislatore non esplicita quali siano le strutture autorizzate alle indagini nel settore della corruzione, per cui pare ragionevole assumere l'indicazione di massima, ricavabile dal dibattito dottrinale, secondo cui «ogni volta che un reato di corruzione intervenga in un'indagine che si svolga in un settore dove esiste una struttura specializzata in altra materia (droga, criminalità organizzata, eversione, riciclaggio) gli ufficiali ad essa appartenenti potranno svolgere operazioni sotto copertura», così IELO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, cit., 1 ss. a cui si rinvia per ulteriori puntualizzazioni sul punto.

⁵⁰ Da individuare nelle sole condotte realizzate nelle proprie competenze e riconducibili a specifiche operazioni di polizia cfr. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., 255

⁵¹ Da individuare in tutte quelle operazioni svolte «al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti» espressamente indicati nell'art. 9, e ciò, anche in considerazione del profilo funzionale dei soggetti autorizzati, implica, altresì, il necessario svolgimento delle attività nel corso delle indagini preliminari precipuamente volte all'acquisizione delle fonti di prova (art. 55 c.p.p.), problema spinoso che non sempre in concreto offre la possibilità di distinguere tra operazione sotto copertura di investigazione

pressante la ricerca di un affidabile argine alla ipotizzabile strutturale ambiguità ed indeterminatezza delle attività sotto copertura non punibili alla stregua del paludoso tessuto normativo di cui al nuovo art. 9 della legge n. 146 del 2006. In esso, a ben vedere, una possibile prevaricazione statuale su base autoritaria può accompagnarsi ad indagini capaci di favorire in modo causalmente strumentale la commissione di peculiari reati presupposto, come quelli qui in esame, rispetto a quelli riferibili a settori criminali diversi⁵².

Di tutto quanto sopra, allora, il legislatore del 2019 ne è chiaramente consapevole. E ciò anche in considerazione dell'impegno a tradurre sul piano normativo la auspicata differenziazione tra attività di indagine sotto copertura, originata da una iniziativa illecita altrui, e quelle attività di provocazione-determinazione/istigazione in cui l'attività di indagine dell'agente sotto copertura non si colloca in un ruolo decisamente passivo⁵³.

Ma è proprio nelle peculiari dinamiche del fenomeno corruttivo che il novelato art. 9 lascia emergere quelle forme allarmanti di falso positivo⁵⁴ che sono destinate a smentire le stesse buone intenzioni di un legislatore pubblicamente contrario alla prevaricazione statuale nelle indagini. Infatti, a fronte del caso del simulato pubblico ufficiale che, integrando una induzione rilevante ex art. 322 c.p., si pone chiaramente fuori dalla operatività della non punibilità di cui all'art. 9 di cui sopra⁵⁵, appare diversa l'ipotesi in cui, sempre in astratto, ex

passiva con il fenomeno di incitamento di polizia (*passive investigation e police incitement*), tra operazioni investigative cioè che si limitino a far affiorare «un'intenzione criminosa già esistente nell'imputato anche se allo stato latente», ed altre che invece l'abbiano «determinata in modo essenziale» cfr. IELO, *L'agente sotto copertura*, cit., ivi che correttamente esclude dal perimetro dell'art. 9 ogni attività che abbia finalità di prevenzione; in giurisprudenza Cass., sez. III, 16 settembre 2013, n. 37805.

⁵² Per la disamina degli elementi da porre a fondamento di una tale affermazione (tipo di indagine e particolare oggetto materiale dei reati contro la pubblica amministrazione) che con la possibilità per l'agente sotto copertura nell'ambito di investigazioni passive in cui l'agente simulato privato può acquistare, ricevere, sostituire od occultare non solo denaro, ma anche «altra utilità» approfittando di condotte attive di provocazione «coperta» non punibile anche in situazioni più promiscue che, prescindendo da un accordo illecito già concluso, e sempre per finalità probatorie, giungono ad integrare forme di partecipazione esecutiva riconducibili ad astratte tipologie delittuose, promettendo o offrendo denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati, purché non indotti, quale prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerare lo stesso, è quanto rilevano lucidamente e criticamente CASSIBBA, *L'espansione delle operazioni sotto copertura*, cit., p. 206; MASULLO, *op.ult.cit.*, 1286; DE VITA, *La nuova legge anticorruzione*, cit., 963

⁵³ Per una ricostruzione critica dei rapporti tra determinazione provocatrice ed attività sotto copertura non provocatoria nella legge n. 3 del 2019 cfr. da ultimo MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo*, cit., 1281 ss.

⁵⁴ Secondo quanto pure acutamente osservato da BARROCU, *DDL Anticorruzione. Le operazioni sotto copertura nel d.d.l. anticorruzione: facciamo chiarezza*, in *Quot. Giur.*, 21 dicembre 2018, passim

⁵⁵ Di tale rischio vi è traccia nel *Parere del Consiglio Superiore della Magistratura sul testo di legge AC*

art. 322 c.p., nel promettere o offrire denaro, richiesto o sollecitato, non può escludersi che l'agente sotto copertura, anche *intraeus*, possa prendere un'iniziativa innescando causalmente la commissione di un delitto contro la pubblica amministrazione. Ma vi è di più. Con la legittimazione di attività prodromiche o strumentali a quelle di indagine espressamente 'coperte', sempre nel novellato art. 9, ed in nome di una clausola preesistente come norma di chiusura afflitta da indeterminatezza e da un evidente *deficit* di tassatività, si assiste, a conferma di un forte dubbio di conformità con l'art. 25 cost., anche alla apertura verso ulteriori discutibili reflussi illiberali sul terreno delle garanzie. E ciò specialmente nel momento in cui le attività *undercover* vengono ad esaurirsi in altrettante forme intollerabili di provocazione 'coperta' statutale, seppur secondo modalità di mero ausilio esecutivo e non di (co)autoria integranti astratte tipologie delittuose⁵⁶.

Nella novella del 2019, allora, il problema dei limiti alla mobile provocazione 'coperta' come possibile fonte di arbitrio statutale non solo esiste, ma il sistema finisce per affrontarlo discutibilmente rimettendo alla legalità *in action* la ricognizione casistica di un 'minaccioso' confine cui affidare la non punibilità dell'incidenza oggettivo-causale delle condotte dell'agente sotto copertura sulla fattispecie a concorso necessario di accordo corruttivo⁵⁷. Pertanto, e su tali basi, sembra imporsi, anche per esigenze di prevedibilità del diritto⁵⁸, una decisa correzione di un'equivoca opzione normativa con cui il legislatore del 2019, legalizzando una espansione delle operazioni sotto copertura in termini fortemente anticipatori, giunge ad autolegittimare uno strumento di indagine per una possibile verifica non solo in termini di integrità morale⁵⁹, ma anche di (in)fedeltà al potere politico da parte del pubblico agente.

E gli argini ad una tale inquietante deriva ordinamentale sono chiaramente rinvenibili proprio nella decisa valorizzazione critica di quella condizione che, secondo la costante giurisprudenza di legittimità, subordina l'operatività della non punibilità di cui all'art. 9, comma 1, lett. a), l. n. 146 del 2006 a che una attività di indagine sotto copertura, nell'ambito di un'investigazione passiva e

1189, pratica n. 39/PA/2018, in www.csm.it delibera del 19 dicembre 2018, p. 20

⁵⁶ Condivisibilmente CASSIBBA, *op.ult.cit.*, p. 208

⁵⁷ Secondo quanto pure osserva CASSIBBA, *op.ult.cit.*, p. 209

⁵⁸ DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in www.questionegiustizia.it, 4/2018, 1 ss.

⁵⁹ Sin qui 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 www.dirittopenalecontemporaneo.it del 5 marzo 2019, passim; CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in www.archiviopenale.it del 5 novembre 2018, 5

ai fini del recupero probatorio della stessa⁶⁰, deve rigorosamente limitarsi, anche mediante condotte attive, a disvelare un'intenzione criminale già esistente. E questo può accadere essenzialmente in due casi: se l'attività di indagine non si inserisce con rilevanza oggettivo-causale nell'*iter criminis*⁶¹; ovvero se realizza condizioni di legittimazione *ex ante* con cui una provocazione è normativamente conforme al diritto quando 'proceduralmente' non vietata⁶² e definitivamente libera dallo spettro dell'apparente inammissibilità di atti di indagine di investigazioni attive⁶³.

Infatti, solo così il nuovo art. 9 della legge n. 146 del 2006 saprà dissipare ogni dubbio su di una pur sempre possibile legittimazione di forme subdole di provocazione 'coperta' laddove, con il superamento della ricerca di una nomofilachia di casi giudiziali, sarà una rigorosa e sempre più impellente ricostruzione normativa a determinare la non punibilità delle attività di indagine in parola, specialmente quando all'agente sotto copertura, indossando i panni dell'*intra-neus* alla pubblica amministrazione, appaiono astrattamente confacenti condotte - come il «riceve[re] denaro o altra utilità», ovvero «accetta[re] l'offerta o la promessa», ma anche la promessa o la dazione - realizzate non in esecuzione di un accordo illecito concluso da altri⁶⁴.

Una tale *impasse* può, allora, essere ridotta solo se, ben oltre una pur sempre auspicabile interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, l'attuale disposto normativo riesca a trovare la sua più adeguata soluzione in un nuovo dettato normativo da informare rigorosamente al principio secondo cui in uno Stato di diritto, laico e liberal-democratico, gli organi investigativi devono essere preposti alla scoperta dei reati e non a testare la moralità/(in)fedeltà dei consociati⁶⁵.

Infatti, se l'iniziativa autonomamente assunta dalla controparte dell'agente sotto copertura è dirimente per inferire un proposito criminoso non instillato dall'*incipit* istigatorio di quest'ultimo⁶⁶, pure appare opportuno qui ribadire

⁶⁰ In adesione al principio dell'equo processo previsto dall'art. 6, comma 1, CEDU, cfr. per tutte Corte EDU, 9 giugno 1998, *Teixeira de Castro v. Portugal*, spec. §§ 31-39, con nota di VALLINI, *Il caso "Teixeira De Castro"*, cit., p. 197 ss.

⁶¹ Così Cass., sez. VI, 27 novembre 2018, n. 2158

⁶² Per una sintesi del dibattito, da ultimo DE VITA, *op.ult.cit.*, 963-964; MASULLO, *op.ult.cit.*, 1287.

⁶³ Riprendendo sul tema le condivisibili argomentazioni di MASULLO, *op.ult.cit.*, 1281-1285; MONGILLO, *op.ult.cit.*, 257

⁶⁴ Per gli opportuni approfondimenti sul tentativo di arginare una non originaria incompatibilità normativa tra atti di indagine passiva ed una iniziale istigazione 'coperta' cfr. MONGILLO, *op.ult.cit.*, ivi

⁶⁵ Portando a soluzione la possibile deriva di sistema colta da MONGILLO, *op.ult.cit.*, 257

⁶⁶ Per una rassegna degli indici sintomatici da valorizzare per verificare la rilevanza oggettivo/causale o meno della condotta dell'agente rispetto alla realizzazione del fatto-reato (ad es. sospetti circa una pre-

che, in non poche contingenze, il quadro indiziario non sarà sempre così univoco rispetto allo spazio criminologico cui riferire attività di indagine tese a disvelare un sistema di corrottele radicate e persistenti⁶⁷.

Ed allora, in questi casi, si tratterà di arricchire lo strumento probatorio delle “consegne controllate”⁶⁸, collocato generalmente in un’area attinta da un disegno criminale già in atto⁶⁹, includendovi la ‘normata’ non punibilità pure di quelle attività dell’agente indagante che, nel vestire i panni dell’*intraeus*, occupi uno spazio probatorio in grado di superare la valenza generale delle condotte concernenti il ricevere denaro o altra utilità ovvero di accettarne l’offerta o la promessa in presenza di un accordo illecito concluso con altri⁷⁰.

gressa attività criminosa del ricorrente, insistenza della proposta illecita, l’unirsi fornendo la mera occasione per un fatto/intento penalmente rilevante, ecc.), cfr. FRAGASSO, *L’estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., passim

⁶⁷ Cfr. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”*, cit., 258

⁶⁸ Sul tema delle consegne controllate la Convenzione di Merida, nell’ambito del capitolo dedicato alla collaborazione internazionale, stabilisce che, per un efficace contrasto alla corruzione, gli stati firmatari possono prevedere l’utilizzo, all’interno del loro territorio, di “tecniche investigative speciali”, come il ricorso appunto ad una «consegna controllata» del *pretium sceleris* e, «se lo ritengono opportuno», anche alla sorveglianza elettronica o ad altre forme di sorveglianza, nonché alle operazioni sotto copertura, consentendo l’utilizzabilità in giudizio delle prove così acquisite. A livello internazionale, la decisione di consentire la consegna controllata può includere, con l’accordo degli Stati, sia l’intercettazione della merce o dei fondi, sia metodi che permettono alle merci e ai fondi di proseguire integri oppure di essere asportati o sostituiti in tutto o in parte (art. 50, comma 4, UNCOG); dando attuazione a questa parte della Convenzione, con l’art. 1, comma 8, l. n. 3 del 2019, il legislatore, infatti, si è proposto di potenziare gli strumenti di indagine e di accertamento di un cospicuo numero tassativo di reati contro la pubblica amministrazione, inserendo tra i delitti per i quali opera la causa di non punibilità dell’agente sotto copertura di cui all’art. 9, comma 1, lett. a), l. n. 146 del 2006, quelli di cui agli artt. 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 320, 321 e 322-bis c.p., 319-quater, comma 1, c.p., 322 c.p. 346-bis c.p., 353 e 353-bis c.p., ispirandosi lo stesso legislatore nella disciplina delle operazioni sotto copertura a due esigenze regolatorie: la prima legata all’accoglimento dell’ invito ex art. 50 della Convenzione ONU di cui sopra, la seconda vincolata al rispetto della Convenzione EDU, ed in ossequio alla interpretazione della Corte edu, alla reputazione legittima della condotta dell’agente sotto copertura solo se esplicita con le modalità tipiche della investigazione passiva, ossia all’interno di una attività diretta a fare emergere una trama criminosa già in essere o quantomeno già deliberata, cfr. DE VITA, *La nuova legge anticorruzione*, cit., 963; MASULLO, *L’emersione del patto corruttivo*, cit., 1284; MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”*, cit., 253; in giurisprudenza ex plurimis, Corte Edu, 6 maggio 2003, Sequeira v. Portugal; Id., 28 giugno 2018, Tchokhanelidze v. Georgia.

⁶⁹ Cfr. FRAGASSO, *L’estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 5

⁷⁰ E tutto questo, al fine di ricomprendere in un tale spazio anche quelle condotte che, seppur pensate per altre ipotesi criminose, possano essere riadattabili anche in condotte sotto copertura di ‘non provocazione’ rispetto alla specificità dei nuovi reati oggetto di indagine, rendendo necessariamente i contorni di una ipotetica fattispecie scriminante meno sfumati e più controllabili. Altrimenti torna ad agitarsi lo spettro per cui l’attività sotto copertura nella pubblica amministrazione diventi il terreno paludoso per verificare la moralità dei dipendenti, per quanto pure osserva MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell’Accademia e dell’Avvocatura)*, in *Arch. pen.*, 3/2018, 6 ss.

Infatti, se un tale quadro sistematico risulta più difficile da comprendere ogni volta in cui ci riferiamo ai circuiti della *grand corruption* (commesse pubbliche, appalti di cospicuo valore, ecc.)⁷¹, è proprio con riferimento alle manifestazioni corruttive minute – si pensi ai piccoli pagamenti per ottenere una licenza, una concessione, un visto o una prestazione sanitaria eludendo le liste d’attesa – che, approfittando proprio dei nuovi limiti normativi, è più semplice verificare come una condotta funzionale al rapporto corruttivo dell’agente ‘non provocatore’ possa sconfinare in una astratta determinazione-istigazione al reato⁷².

Sono note, sul punto, le difficoltà incontrate dalla giurisprudenza della Corte EDU⁷³ sull’incerta linea di confine che, tra un mero proposito ed una attività illecita in corso, ne esce fortemente amplificata da una connaturata mobilità che incontra una attività di indagine passiva su di un terreno ‘paludoso’ come quello emergente dal nuovo art. 9 in materia di contrasto alla corruzione. Per la conferma di una ambiguità sistematica che, verso abusi da provocazione quale strumento investigativo illiberale, può trovare un suo argine razionale di garanzia solo attraverso una condizione implicita di legittimità della stessa operazione di indagine sotto copertura, vale a dire l’esistenza di un quadro indiziario di una certa consistenza normativa che, lontano da un mero intendimento, investa esclusivamente attività penalmente rilevanti di iniziativa altrui e già in fase di esecuzione⁷⁴. Solo così, ed in virtù di un dato di indiscutibi-

⁷¹ E’ assai arduo, infatti, che un appartenente alla polizia giudiziaria riesca d’emblée ad infiltrarsi, accreditandosi agli occhi di potenziali delinquenti, specie se ad alimentarne la circospezione è proprio la possibilità – ora normata – di essere irretiti da un falso sodale. Tuttavia, anche quando un agente sotto copertura adeguatamente formato riuscisse nel suo intento, non sarà mai automatico stabilire se lo abbia fatto rispettando i paletti legislativi o debordando da un contegno meramente passivo, per una disamina più puntuale di un tale assunto cfr. GAMBARDILLA, *Il grande assente nella nuova “legge spazzacorrotti: il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 1, 58; MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”*, cit., 258-259

⁷² Nondimeno, quest’esito è plausibile soprattutto in situazioni d’illiceità sporadica o isolata: proprio quelle in cui, però, per un verso è meno probabile un accordo criminoso già concluso o una richiesta indebita alla quale l’undercover si limiti ad aderire, e per altro verso possono risultare carenti gli stessi presupposti giustificativi dell’operazione investigativa speciale; risulta, infatti, più agevole una attività undercover per scardinare episodi corruttivi circoscritti e occasionali rispetto ai quali è, tuttavia, più probabile che l’attività di indagine travalichi i limiti consentiti oltre la mera adesione o richiesta indebita avanzata, cfr. sul punto MASULLO, *op.ult.cit.*, 1281; MONGILLO, *op.ult.cit.*, 259

⁷³ Quando affronta, “mediante criteri semplificati”, la questione relativa ad una netta linea di confine tra agente infiltrato ed agente provocatore, per tutte cfr. Corte Edu, 20 febbraio 2018, *Ramanauskas v. Lithuania (No. 2)*, spec. §§ 52-61

⁷⁴ Secondo quanto pure acutamente auspicato da PIVA, *Le sfide del DDL anticorruzione: effettività, proporzione e rieducazione all’insegna del “chi sbaglia paga, l’onestà conviene”*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 10, p. 3.

le valenze ordinamentale, per l'agente sotto copertura che abbia agito in violazione delle disposizioni dell'art. 9 della l. n. 146/2006 si potrà escludere anche l'operatività della nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p. (cfr. il comma 3, seconda parte)⁷⁵.

Breve: il razionale presupposto di una riforma della riforma dell'art. 9 del 2019 riposa nella necessità di arginare quelle ampie zone grigie che investono il regime disciplinare della non punibilità dell'agente sotto copertura. E tutto ciò soprattutto perché, dal punto di vista politico-criminale, la posta in gioco continua a rimanere alta: una dilatazione eccessiva della non punibilità dell'agente *undercover*, nell'accrescere spazi di impunità riduce, di conseguenza, quelli della controparte sottoposta alle indagini.

Infatti, la riduzione dei principali ambiti di incertezza normativa⁷⁶, così come sopra agitati, nasce da quei dubbi che sono destinati a rafforzarsi quando, come nella materia che qui ci occupa: a) si registra, sulla base di una forma vaga ed indeterminata, un ampliamento delle azioni tipiche non punibili fino a ricomprendervi quelle prodromiche o strumentali ben oltre quelle di cui al comma 2 dell'art. 9⁷⁷; b) si assume, facendo testualmente salvo «quanto disposto dall'articolo 51 del codice penale», e per certi aspetti in modo singolare, come riferimento una norma che, pensata per «tassativizzare» i presupposti dell'operazione sotto copertura *secundum ius*, finisce per lasciare ancora dichiaratamente aperta la possibilità di invocare, in via residuale, una scriminante generale⁷⁸.

⁷⁵ Cogliendo in ciò gli estremi del ragionamento di MONGILLO, *op.ult.cit.*, 256, il quale non manca di rilevare come tale previsione si presta a prevenire anche l'utilizzo strumentale di «interposte persone» (ammesso, in generale, dal comma 1-bis dell'art. 9), atteso che il divieto opera pure quando la denuncia sia «preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato» (*ult.cit.*, ivi)

⁷⁶ Per quanto pure rilevato da MONGILLO, *op.ult.cit.*, 259

⁷⁷ Innanzitutto, a essere qualificate come non punibili non sono solo le azioni tipiche dei reati espressamente indicati, ma anche quelle di cui al comma 2 dell'art. 9 (utilizzazione di documenti, identità o indicazioni di copertura) e - a partire dalla novella contenuta nella l. n. 136/2010 - quelle «prodromiche e strumentali». Tale formula di chiusura racchiude espressioni vaghe, che offuscano i limiti della causa di esenzione da responsabilità. Sicuramente, non sembra che da questo possa derivare l'estensione dell'impunità a condotte di istigazione diretta alla corruzione, quantunque l'art. 322 c.p. pure appartenga ai nuovi illeciti inseriti nell'art. 9. Sul piano dei soggetti legittimati, qualche problema interpretativo pongono, invece, le nozioni di «interposta persona» e «ausiliario», potendosi grossomodo tracciare il discrimine tra queste due figure nel coinvolgimento diretto o meno in attività tipiche dell'*undercover*, cfr. AMATO, *Infiltrato a caccia di riscontri e prove senza «provocazioni»*, in *Guida al diritto*, 2 febbraio 2019, n. 7, p. 87 ss.

⁷⁸ Comunque sia, è plausibile limitare lo spazio operativo secondario dell'art. 51 c.p. a interventi indiretti e marginali nell'ideazione ed esecuzione del fatto, che - in assenza dei presupposti autorizzatori della scriminante speciale - si risolvono in un'attività di controllo, osservazione e contenimento delle azioni illecite altrui, all'infuori di qualsiasi realizzazione penalmente tipica cfr. Cass., sez. IV, 9 novembre

Pertanto, è possibile giungere a questo punto ad una prima conclusione intermedia. Se è vero, dunque, che la non punibilità delle modalità comportamentali dell'agente sotto copertura, ben oltre il ridursi alla mera osservazione priva di rilevanza causale di attività criminali altrui, sembra investire sul piano normativo forme che portano ad una sua concretizzazione in modalità esecutive che, superando la mera complicità in un fatto delittuoso⁷⁹, sono riconducibili a forme di (co)autoria rispondente ad astratti tipi legali⁸⁰, e se è anche vero che particolarmente queste ultime possono, per reati presupposto a forte connotazione anticipatoria, prescindere da un accordo illecito già concluso da altri (e quindi un illecito penale già perfezionatosi) ovvero da un'iniziativa del pubblico agente ("richiesta") ovvero dall'intermediario ("sollecitazione"), il vero problema, allora, resta quello di giungere, sul piano dommatico, e sulla base di un dettato normativo razionale, ad una loro corretta qualificazione giuridico-penale. Si tratta di garantire, allora, anche sul piano politico-criminale, ed accanto alla eliminazione di una eticizzante ed induttiva provocazione quale espressione di una prevaricazione statale tipica di una democrazia⁸¹, quelle libere scelte d'azione che si riveleranno in grado di concorrere razionalmente alla riduzione di un rischio solidaristico di illiceità penale per condotte di indagine necessitate ed in presenza di un deficit assoluto di conoscenza⁸².

3. *Indagini passive e condotta di 'non provocazione' al reato in senso ampio: a) le rigorose regole di garanzia della teoria del concorso.* L'ampia discussione sull'esatto inquadramento dommatico della non punibilità delle condotte di investigazione realizzate nelle attività di indagine sotto copertura non rende, allora, superfluo ripercorrere quel dibattito che, incentrato sulla natura della

2016, n. 47056, rv. 268998-01, concernente un caso di applicazione dell'art. 51 c.p. ad un agente che aveva agito sotto copertura, ma al di fuori dei limiti fissati dalla legge, in particolare dall'art. 97 d.P.R. n. 309 del 1990, disposizione rimasta in vigore ancorché si limiti a rinviare all'art. 9 predetto.

⁷⁹ Senza una promessa/dazione corruttiva non può perfezionarsi il *pactum sceleris* tipizzato dall'art. 318 e ss.; un'attività di intermediazione, garantendo l'esecuzione dell'illecito, potrebbe servire a rafforzare il proposito criminoso delle parti, cfr. MONGILLO, *op.ult.cit.*, 256

⁸⁰ Così anche PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., p. 4, secondo cui «è facile constatare come il legislatore abbia attribuito all'agente sotto copertura un ruolo corrispondente a quello del corruttore».

⁸¹ Sulla finta democrazia, in cui la democrazia illiberale si erge a modello di riferimento per il fallimento di modelli tradizionali cfr. FARACI, *Cos'è la democrazia?*, in www.lyceum2017.altervista.org, del 22 gennaio 2018, p. 1

⁸² Più ampiamente V. *ultra par.* 3.1.

esenzione da responsabilità del “vecchio” agente provocatore-non istigatore, si è caratterizzato per un approccio critico ad un oscillante ventaglio di possibili soluzioni. Infatti, lo stesso legislatore, con la l. n. 136 del 2010, nel riformare la disciplina delle operazioni sotto copertura, e venendo in soccorso all’interprete, non ha esitato (cfr. il noto comma 1-bis) a ricondurre espressamente la non punibilità delle attività di indagine di cui all’art. 9 della legge n. 146 del 2006 ad una speciale “causa di giustificazione”.

Pur apprezzando una tale decisa ed innovativa presa di posizione dommatica sul piano normativo, la dottrina, però, non ha fatto mancare il suo contributo critico sulla esatta natura di tale scriminante: vale a dire se essa evochi la struttura di una esimente speciale rispetto alle cause di giustificazione ordinarie⁸³, ovvero se la valutazione di non anti giuridicità possa rispondere meglio all’inedito istituto delle “scriminanti procedurali”⁸⁴.

E’ questa, a ben vedere, la naturale risposta al problema riferito ad una categoria composita, quella dell’agente provocatore⁸⁵ che, come esempio di atto di indagine a c.d. doppia valenza, ha manifestato da sempre la evidente inadeguatezza verso la natura scriminante della previsione generale di cui all’art. 55 c.p.p., quando riferita a compiti di polizia giudiziaria in cui i doveri d’ufficio non assurgono a condotte più propriamente provocatorie in quanto non dotate di efficienza causale⁸⁶. Di qui, allora, la ricerca di una non punibilità da ricondurre ad apposite categorie di diritto sostanziale che, proprio perché preordinate probatoriamente all’accertamento di attività criminose rigorosamente in atto, hanno costantemente evidenziato il problema legato alla esistenza di una loro possibile giustificazione non come risultato della verifica di un interesse, quello rivolto ad assicurare colpevoli alla giustizia come prevalente sui beni tutelati da altre norme incriminatrici che gli organi giudiziari sono così legittimati a trasgredire, quanto piuttosto quello di un loro più evidente ossequio ad una funzione sostanziale di primaria protezione qualificata

⁸³ In nome di un bilanciamento immanente di interessi da accertare *ex post*, cfr. da ultimo DE VITA, *La nuova legge anticorruzione*, cit., 962 ss.; AMARELLI, *Le operazioni*, cit., p. 177; CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti: principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Milano, 2018, spec. p. 43 s.

⁸⁴ Incardinato su di una legittimazione *ex ante* di una condotta lesiva mediante l’«espletamento di una procedura di controllo pubblico da far intervenire in costanza del comportamento tipico», cfr. MASULLO, *L’emersione del patto corruttivo*, cit., p. 1287; MONGILLO, *La legge spazzacorrotti*, cit., 252 ss.

⁸⁵ Il concetto di agente provocatore si concretizzerebbe, infatti, in un’etichetta che raggruppa ipotesi diverse ed eterogenee, cfr. per tutti DE MAGLIE, *L’agente provocatore. Un’indagine dommatica e politico-criminale*, Milano 1991, p. 239

⁸⁶ Per gli opportuni approfondimenti cfr. CHIAVARO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Torino, 2007, p. 142

di ulteriori valori solidaristici⁸⁷.

Solo così, allora, la ricerca della non punibilità dell'agente sotto copertura, liberata dalla logica della provocazione-non istigatoria, ha finito per assurgere ad emblema della legalità di un circuito probatorio che, nel sistema penale costituzionale complessivo⁸⁸, avrebbe trovato il suo completamento nella affermazione dell'effetto di 'inedite' norme permissive d'eccezione⁸⁹. Ma procediamo con ordine.

Le insidie che investono la doppiezza della disciplina dell'agente sotto copertura, nel mettere in pericolo diritti processuali inviolabili⁹⁰, si sono rivelate sempre più forti nell'ambito di una ondivaga normativa sulle operazioni *undercover*, e questo anche a seguito del novellato art. 9 della legge n.146 del 2006. Tali insidie, infatti, sembrano destinate ad aumentare, come pure si cercherà di evidenziare⁹¹, quando, nel cogliere il discutibile ed aporetico rapporto sistematico tra attività sotto copertura ex art. 9 ed attività di contrasto ex art. 14 della legge n. 269 del 1998, una difficile ricostruzione dommatica unitaria delle indagini passive si è manifestata come il risultato di evidenti e diversi orientamenti sul tema⁹².

Una tale presa di posizione, in verità, affonda le sue radici nel dibattito storico su di una figura verso cui tanto la scuola classica quanto la scuola positiva pure si mostrarono sensibili alla ricostruzione di categorie dommatiche secondo

⁸⁷ Per una particolarmente chiara interazione tra diritto sostanziale e processuale nel fenomeno dell'agente (non) provocatore, anche al fine di rinvenire le categorie dommatiche capaci di consentire l'elaborazione di soluzioni differenziate al problema della non punibilità della figura generale qui oggetto di studio rispetto a quella delle ipotesi particolari previste da specifiche disposizioni normative per situazioni eterogenee insuscettibili di una soluzione unitaria cfr. da ultimo VOLK, *Diritto processuale, diritto sostanziale e politica criminale*, in Aa.Vv., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di S. Moccia*, a cura di Cavaliere, Longobardo, Masarone, Schiaffo, Sessa, Napoli, 2017, p. 40; BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007, p. 131 ss.

⁸⁸ Quello ispirato al recupero di garanzie sostanziali a quelle processuali, sul punto cfr. per tutti MAIELLO, *Diritto penale e processo: la necessità di un approccio integrato*, in *Crit. dir.*, 1998, 285 ss.

⁸⁹ Si tratta di una soluzione di teoria del reato che, nata per la risoluzione di casi spinosi in materia di biodiritto penale, si espande sistematicamente assumendo la giustificazione la funzione primaria di tutela in via anticipata di beni secondo condizioni che, predeterminate per legge e di stampo pubblicistico, neutralizzando il fatto tipico nella sua precettività penale, sono destinate a ridurre il rischio etico ovvero solidaristico di illiceità penale, cfr. da ultimo il nostro *Le giustificazioni procedurali*, cit., passim e spec. p. 253 ss.

⁹⁰ Come la libertà a non autoincriminarsi per esigenze di garanzia verso l'adozione di regole che tengono al riparo il sistema delle indagini da scorrerie investigative, cfr. NEGRI, *Il processo penale come scriminante*, cit., p. 227; in giurisprudenza per tutte cfr. Cass.pen., sez. un., 28 maggio 2003, in *Cass. pen.*, 2004, p. 21

⁹¹ V. ultra par. 3.1.

⁹² Per un'analoga presa di posizione cfr. C. FIORE, *I nuovi "orizzonti" della giustificazione e il ruolo della dommatica*, in Aa.Vv., *Il penale nella società dei diritti*, cit., p. 343 ss.

scopi di politica criminale. Non senza perplessità comuni, infatti, sulla punibilità per forme qualificate di non-istigazione da riferire a chi non avrebbe avuto come obiettivo la realizzazione del reato, ma quello di assicurare i colpevoli alla giustizia⁹³, esse portarono opportunamente a riflettere su di una peculiare operazione di utilità sociale che in prospettiva solidaristica verso le vittime avrebbe qualificato razionalmente una tale figura rispetto a quella di ogni altro partecipe al reato. E ciò in ossequio a quei criteri rigorosamente causali che pure avrebbero dovuto tenere fuori dalla punibilità ogni attività sotto copertura di mero accertamento e di controllo in quanto sicuramente non di istigazione-determinazione⁹⁴.

Siamo qui agli albori della figura dell'agente sotto copertura in negativo come 'non provocatore' al reato, vale a dire alla presa d'atto dell'esistenza di condotte non punibili, non solo estranee alla figura dell'agente provocatore, ma anche tali da rendere necessaria una sua definizione sistematica in via differenziata. Quest'ultima, infatti, vedeva razionalmente rompersi la sua unitarietà ricostruttiva ad opera di chi, ricomprendendovi la compartecipazione materiale, avvertiva la necessità di un ridimensionamento sul piano dommatico e sanzionatorio della provocazione-non istigazione al reato, per una qualificazione che, seppur nel vuoto di una disciplina specifica anche nel tecnicismo del codice Rocco, avrebbe segnato l'inizio del definitivo superamento dell'assolutismo punitivo di una figura strutturalmente frammentata. Tutto ciò ad ulteriore conferma di un tentativo di razionalizzazione del sistema capace di evitare la disincentivazione all'esposizione a pericoli con il rischio solidaristico di una punibilità di qualificati funzionari pubblici, a prescindere dalla condizione e motivazione per cui essi agivano ed agiscono⁹⁵.

Ed ecco perché, rispetto ad una tale esigenza, appariva del tutto fallimentare, nella sistematica codicistica del 1930, anche il ricorso alla figura del reato putativo ovvero a quella del reato impossibile⁹⁶, dal momento che, in particolare

⁹³ Per tutti CRIVELLARI, *Il codice penale per il regno d'Italia*, vol. IV, Torino, 1892, p. 134.

⁹⁴ Cfr. CRIVELLARI, *op. ult. cit.*, ivi.

⁹⁵ Per una prima compiuta costruzione dommaticamente differenziata dell'agente provocatore cfr. SALTIELLI, ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, vol. V, Torino, 1931, p. 575 dove già si registrava una significativa distinzione tra contributo causale al reato realizzato e attività di mero accertamento e controllo di un delitto già commesso (*op.ult cit.*, ivi).

⁹⁶ Affidando alla inidoneità della condotta la dimostrazione della impraticabilità della 'non provocazione' nell'ambito di una indagine investigativa come strumento di accertamento di un reato, cfr. MARMO, *In tema di reato impossibile*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1940, p. 235; DE MARSICO, *Il reato apparente e l'apparenza nella teoria del reato*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, vol. I, Milano, 1952, p. 319 ss.; C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, p. 52 ss.; il dibattito si riporta, in particolare, alla figura del *fictus emptor* come finta vittima proprio nei reati di relazione come ad esempio nella truffa cfr. VANNI-

nel reato impossibile, si perveniva ad una irragionevole conseguenza legata alla non punibilità anche del destinatario della ‘non provocazione’⁹⁷.

Infatti, una tale costruzione avrebbe portato ad un chiaro mutamento di prospettiva, per un’evidente polverizzazione sul piano concettuale della figura qui oggetto di studio che, in un’ottica di bilanciamento, mirava a valorizzare la figura dell’agente ‘non provocatore’ con la ricerca di elementi ad essa esterni, ma che pure si sarebbero rivelati fallimentari nel confermare una problematica collocazione sistematica dell’agente sotto copertura proprio nella tipicità oggettiva del reato putativo o del reato impossibile⁹⁸.

E’ la difficoltà ad inquadrare l’agente ‘non provocatore’ nei quattro momenti della idoneità rientranti proprio nei rapporti tra tentativo e reato impossibile ad aver impedito, allora, la ricostruzione di un suo modello universale da ricostruire sul terreno della tipicità, e questo per avviare a conclusioni inaccettabili perché relative alla punibilità o non punibilità di entrambi i soggetti coinvolti, il (non) provocatore e il (non) provocato⁹⁹.

Ma, a ben vedere, gli stessi problemi appena sopra agitati finirono per condizionare l’inquadramento della figura qui oggetto di studio anche secondo una diversa, quanto suggestiva ricostruzione del fenomeno che, sotto l’influenza

NI, *In tema di tentativo e di agente provocatore*, in *Giust. pen.*, 1947, p. 64; in giurisprudenza per tutte Cass. pen., sez I, 9 febbraio 1954, in *Giur. cass. pen.*, 1954, p. 174

⁹⁷ Salvo il recupero della punibilità del destinatario dell’atto di indagine per delitto tentato o consumato, ma solo in virtù della idoneità della condotta a seconda che la polizia interrompesse o meno *l’iter criminis*. In giurisprudenza, e per l’esclusione della natura “impossibile” del reato realizzato cfr. tra le altre Cass., 27.10.1995, Manna e a., Ced 204794; Cass., Sez. VI, 17.6.1993, Chianale, Ced 195049; Cass., Sez. IV, 14.3.2008, Varutti, Ced, 2008/239526; in realtà si tratta di un orientamento chiaro già nel tempo cfr. per tutte Cass. pen., sez. III, 11 marzo 1957, in *Giust. pen.*, 1957, p. 568.

⁹⁸ Con particolare riferimento alla valutazione della situazione *ex ante* ed in concreto del soggetto attivo, ed in nome di una prognosi postuma verso la reale impossibilità della verifica dell’evento dannoso o pericoloso, per una prospettiva di sintesi convergente, la posizione di C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., 117 sembra completarsi con quella di MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico-criminali*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci, Dolcini, Milano, 1985, *passim*. In verità, tali impostazioni risentono di una peculiare caratteristica originaria, laddove si registra l’abbinamento della problematica dell’agente provocatore a quella del predisposto intervento delle forze di polizia, che ha contribuito all’allontanamento degli interpreti dall’analisi più generale della figura qui richiamata.

⁹⁹ Il richiamo è ai modelli di idoneità ispirati: al tentativo inidoneo, caratterizzato da un giudizio di idoneità *ex ante* e in concreto; al tentativo inidoneo caratterizzato da un giudizio di idoneità *ex ante* a base totale; al reato impossibile ed, infine, alla concezione realistica del tentativo punibile, laddove mentre per il primo e il terzo modello, provocato e provocatore risponderebbero di tentativo, a diverse conclusioni si arriverebbe per il secondo e il quarto modello, quando gli stessi soggetti andrebbero esenti da pena, per maggiori approfondimenti cfr. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano, 1984, p. 134; NEPPI MODONA, *Reato impossibile*, in *Nss. D.I.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 974; MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 194 ss.

della dottrina tedesca, si ispirò alla teoria dell'azione socialmente adeguata¹⁰⁰. Essa, seppur apprezzabile sul piano politico-criminale per il tentativo di rendere il 'non provocato' da solo punibile, pure finì per essere ampiamente criticata¹⁰¹. E ciò in ragione della sua evidente elasticità rispetto ai diversi modelli normativi adottati, in nome di una formula sicuramente originale, ma diversa da quel modello legale tipico di agente legittimato alle indagini normativamente assunto.

Dunque, se è vero che a fondamento della tipicità del fatto provocato si pone quello ispirato dalla 'non partecipazione' morale, ovvero dalla (in)idoneità dell'azione dell'agente provocatore a costituire un illecito penalmente sanzionato, è pure vero che, ancora una volta, è stata proprio la difficoltà sul piano politico-criminale di una tale impostazione a portare la dottrina a chiedersi se la condotta di provocazione avesse potuto essere universalmente qualificata come non punibile in quanto giustificata.

Si deve ad autorevole dottrina, infatti, il primo tentativo di sganciare la figura dell'agente provocatore dalla teoria del concorso, vale a dire dal pur rigoroso terreno eziologico plurisoggettivo¹⁰². Tuttavia, seppur fondata sui limiti di operatività di una esimente, una tale impostazione non mancò di porre in evidenza due chiare contraddizioni: la prima legata appunto all'operatività oggettiva della giustificazione da limitare su basi soggettive al fine di superare i vincoli di estensione posti dall'art. 119 c.p.; la seconda riconducibile al dato sistematicamente insuperabile a che nessuna legge può autorizzare a provocare un reato con norme permissive¹⁰³.

¹⁰⁰ Cfr. C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, p. 61 ss. essa opererebbe sia quando la condotta dell'agente provocatore non varchi la soglia della tipicità in nome di un agire a scopi di difesa dell'ordinamento e sia quando tale condotta, con riferimento all'antigiuridicità, goda di una scriminante ultralegale di natura personale e tale da rendere lecite le sole condotte di difesa dell'ordinamento, nella dottrina tedesca cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1954, p. 50 ss.; RÖDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort in Verbrechen-saufbau*, Berlin, 1969, p. 13 ss.

¹⁰¹ Cfr. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1982, p. 591 dove si sostiene che azione socialmente adeguata della polizia è quella di prevenire i delitti e non di reprimerli dopo averli artificiosamente suscitati (*ult. cit.*, ivi).

¹⁰² L'intento appariva chiaro, ed era quello di verificare la conformità di un agire a doveri giuridici o all'adempimento di un ordine gerarchicamente superiore in ossequio all'art. 51 c.p., laddove si sarebbe affermato che la provocazione non sarebbe stata diretta a provocare un evento, ma a prevenirlo e, pertanto, giustificata in ragione di un bilanciamento tra beni, cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1964, p. 323

¹⁰³ E tutto questo perché, anche il collegamento con l'art. 55 c.p.p. non sembrò fondare la giustificazione di attività concorsuali poste in essere dall'agente provocatore, dal momento che, alla stregua di questa norma, avrebbe dovuto pur sempre trattarsi solo di attività di controllo e contenimento dell'azione illecita altrui, proprio perché gli obblighi degli agenti di polizia giudiziaria non coincidono con quelli di

Insomma, in mancanza di una norma che consentisse espressamente di commettere condotte lesive, nessuna causa di giustificazione sarebbe stata applicabile ad una tale ipotesi di comportamento irrimediabilmente antigiusuridico¹⁰⁴, anche se, proprio dalla inoppugnabilità di tali argomenti si è giunti ad un definitivo ribaltamento di posizione. Essa, a ben vedere, avrebbe mirato fondamentalmente ad acquisire la centralità del ruolo dell'agente 'non provocatore' sul destinatario della 'non provocazione', e ciò al fine di ricercare una liceità in via differenziata tra le condotte dal momento che, su questa via, pure sarebbero divenuti chiari i limiti di operatività dell'art. 51 c.p.¹⁰⁵, soprattutto con riferimento ad una sua disapplicazione a quelle attività non marginali che si inseriscono con rilevanza causale rispetto al fatto, quando l'evento si riferisce alla condotta dell'agente sotto copertura. E tutto questo particolarmente in relazione al modello misto di agente *undercover* operante nelle organizzazio-

istigare crimini, anche nel caso in cui essi siano finalizzati ad assicurare colpevoli alla giustizia in presenza di un'attività criminosa già in atto, cfr. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, p. 274 ss.; si pensi al caso del poliziotto che - agendo al di fuori delle procedure stabilite dall'art. 97 d.p.r. 390/90 per le operazioni "sotto copertura"- attraverso l'attività di un'informatrice entrava in contatto con una banda di trafficanti, organizzando un primo incontro e che, nel suo progetto, doveva essere soltanto interlocutorio. In realtà, i soggetti contattati gli offrivano subito alcune partite di droga di cui già disponevano; l'agente, pur colto di sorpresa, si qualificava e faceva intervenire i colleghi, che attuavano l'arresto in flagranza. La 'non' provocazione, e la condanna pronunciata dai giudici di merito, sulla base del materiale probatorio raccolto nell'operazione, fondava sul fatto che il contributo del poliziotto non aveva "determinato" la commissione di una fattispecie criminosa che, altrimenti, non sarebbe stata realizzata. Il reato contestato era, infatti, quello di illecita *detenzione* di stupefacenti per la vendita; ed è indubbio che i soggetti già detenessero le sostanze e le avessero, per così dire, precedentemente "offerte al pubblico", a prescindere dalla richiesta di contatto che, avanzata dall'agente in borghese, costituiva solo l'occasione affinché "venisse alla luce" un'attività criminosa già in atto. Si pensi anche al caso di Tizio che, sedendo al banco di un bar in Marocco, si lamentava con chi gli era accanto di un tale che gli doveva una somma di danaro da restituire con polvere bianca e di cui non aveva alcuna esperienza. Il vicino, oltre a dichiararsi esperto, proponeva di organizzare il tutto dietro compenso, per la consegna all'indirizzo fornitogli di una scrivania al cui interno era nascosta la droga; ma la ditta che consegnò la scrivania era una squadra della polizia criminale federale, e lo stesso vicino così disponibile nel bar in Marocco apparteneva a quel corpo di polizia, per un tale esempio cfr. VOLK, *Diritto processuale, diritto sostanziale e politica criminale*, cit., p. 40; VALLINI, *Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove: spunti dalla giurisprudenza della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it, del 31 maggio 2011, 1 ss. per un'attività di indagine di 'non provocazione' che, solo così supererebbe il rilievo ad un processo equo art. 6 CEDU, in modo da avallare appunto la censura di inutilizzabilità ai sensi dell'art. 191 c.p.p. degli atti raccolti mediante provocazione (*op. ult. cit.*, ivi); in giurisprudenza cfr. per tutte Cass., Sez. III, 3.6.2008, Ced 240269

¹⁰⁴ Di qui anche la limitata applicabilità ed insoddisfazione per l'art. 51 c.p. con riferimento all'adempimento dell'ordine dell'autorità, nonché degli artt. 50, 52 e 54 c.p., secondo quanto già rilevato da DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 346; GALLI, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, in *Giust. pen.*, 1939, p. 190.

¹⁰⁵ Cfr. Cass. pen., sez. I, 28 febbraio 1969, in *Arch. pen.* 1970, II, p. 409; Cass. pen., sez. VI, 29 settembre 1987, in *Riv. pen.*, 1988, p. 345; Cass. pen., sez. VI, 17 aprile 1994, in *Cass. pen.*, 1995, p. 711.

ni criminali, quando l'agente, operando in qualità di *infiltrato*, non si sarebbe potuto limitare ad attività di mera osservazione senza destare sospetti sulla sua funzione, tanto che la risoluzione del problema a quel punto non poteva assolutamente avvenire sul piano sostanziale della giustificazione.

Pertanto, se è innegabile il contributo che la dottrina delle scriminanti può fornire, sul piano politico-criminale, alla differenziazione dell'agente 'non provocatore' da quello destinatario della 'non provocazione', tuttavia le perplessità verso una tale soluzione continuavano a restare con riferimento all'interrogativo se il modello tradizionale della causa di giustificazione, già astrattamente incompatibile con la figura dell'agente provocatore, fosse superabile mediante un percorso verificabile rispetto alle singole cause di giustificazione ovvero al tipo della giustificazione.

Da questo punto di vista, allora, è facile comprendere come lo stesso art. 51 c.p., pur consentendo una sua lettura in termini di giustificazione personale¹⁰⁶, non ha mancato di destare perplessità sul piano della coerenza sistematica e della compatibilità strutturale con la figura dell'agente *undercover*¹⁰⁷. Infatti, l'esclusività soggettiva non muta la natura oggettiva della operatività della stessa scriminante che, inoltre, si limiterebbe a coprire solo le condotte omissive dell'agente provocatore, impedito dal fomentare reati per finalità chiaramente antitetiche a quelle di prevenzione¹⁰⁸.

Ed allora, sono state proprio le difficoltà ricostruttive di cui sopra che hanno

¹⁰⁶ Compatibile con esigenze di differenziazione operativa sottratta alla regola della comunicabilità dell'art. 119 c.p., e ciò in virtù di una sua riferibilità esclusiva ad una determinata categoria di soggetti; per l'agente provocatore, e non per il provocato che partecipi alla commissione del reato, infatti, varrebbe la stessa disciplina da applicare per l'art. 51 c.p. e l'adempimento di un ordine illegittimo vincolante cfr. MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 137; impostazione ripresa criticamente da ultimo in BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 179.

¹⁰⁷ Infatti, a prescindere dal soggetto di riferimento, la natura oggettiva della causa di giustificazione non muterebbe in astratto e, dunque, il limite dell'art. 119 comma 2 c.p. sarebbe invalicabile, così NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit. p. 274; nella manualistica, per tutti FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2014, p. 550 s.

¹⁰⁸ Pertanto, l'art. 51 c.p. andrebbe necessariamente integrato con altre norme, come l'art. 55 c.p.p., denunciando così un argine alla punibilità dell'agente *undercover*, ma solo per quelle attività di mero controllo, contenimento e accertamento marginali e prive di legame causale con il fatto criminoso altrui. Solo così attraverso tali limiti è possibile impedire una visione dell'art. 51 c.p. come una sorta di finestra aperta pronta ad autorizzare fatti tipici, laddove invece appare chiara la funzione di prevenzione per la reintegrazione di diritti violati con compiti chiaramente impeditivi di controllo e contenimento di fenomeni criminosi affidati all'agente di polizia giudiziaria 'non provocatore', per una tale visione di sintesi cfr. G. CONSO - V. GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1990, p. 32; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino 2008, p. 307 ss.; in giurisprudenza Cass. pen., sez. IV, 22 settembre 1999, in *Cass. pen.*, 2000, 3131.

portato alla ricerca di altre categorie dommatiche da porre a fondamento della non punibilità differenziata tra la generale figura dell'agente provocatore non punibile e quella del 'non provocato' punibile tanto che, nella dottrina d'oltralpe, si è assistito ad uno spostamento della questione su di una ipotizzabile esclusione del dolo. Il mutamento di visuale prospettica, pertanto, è apparso subito evidente laddove, con la valorizzazione dell'elemento soggettivo, l'agente sotto copertura agisce nella distinzione tra consumazione formale e consumazione materiale lesiva, da lui non voluta, per una non punibilità che, determinata dalla mancanza del dolo dell'istigazione, è generata da un suo riapprodare nella teoria del concorso¹⁰⁹.

Ma appare superfluo dire qui che, anche una tale impostazione, ha ricevuto in Italia più critiche che consensi¹¹⁰ rispetto all'apertura ad un settore sistematico, quello della non colpevolezza¹¹¹, ancora scoperto dal momento che, proprio sul piano politico-criminale, avrebbe finito per denunciare l'evidente *deficit* di un approccio soggettivo alla non punibilità dell'agente sotto copertura. Quest'ultimo, infatti, avrebbe avuto come effetto, nella teoria del concorso, quello di rivedere tutti quei contributi che, nella ridefinizione prioritaria della provocazione al reato in termini determinativo-causali, avrebbero portato ad escludere quei comportamenti di mera occasionalità non punibile del 'non provocatore' da quello punibile del 'non provocato'. Dunque, ed in ragione di tali perplessità, anche la via del dolo dell'agente provocatore avrebbe determinato l'esclusione della punibilità solo quando il fine istigatorio sarebbe stato associato alla commissione di un reato che non si voleva pervenisse a consumazione, per l'assenza così di quell'elemento psicologico che non avrebbe fatto sussistere neppure il tentativo punibile¹¹². Infatti, la tesi dell'atteggiamento psicologico, alimentando ampie riserve, giunge, così, alla definizione nell'agente provocatore di un doppio dolo: quello di chi, pur concorrendo oggettivamente, agisce soggettivamente contro il provocato¹¹³, e ciò

¹⁰⁹ Cfr. SINGEWALD, *Der Agent provocateur*, Breslau, 1908, p. 85.

¹¹⁰ E ciò proprio in virtù delle difficoltà nel rinvenire nella distinzione tra consumazione materiale e formale - si pensi all'omicidio - un'offesa irreversibile rispetto alla reintegrazione dell'ordine violato. Aderisce, invece, ad una tale impostazione, anche se per la sola figura dell'agente provocatore generale che provoca la commissione di reati materialmente realizzati da terzi e la cui impunità si fonda sulla assenza di dolo verso la perfezione del reato oggetto di istigazione, per una sintesi del dibattito da ultimo BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 218

¹¹¹ Per una sintesi critica del dibattito sul tema cfr. BRUSA, *Saggio di una teoria generale del reato*, Torino, 1884, p. 397; GALLI, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, in *Giust. pen.*, 1939, p. 783.

¹¹² Cfr. DELL'ANDRO, *Agente provocatore*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1957, p. 866

¹¹³ Vale a dire con il dolo specifico di far punire il provocato e quello generico di far realizzare il fatto provocato, di cui pure non si vuole la consumazione, cfr. per tutti DELL'ANDRO, *op. ult. cit.*, ivi.

in virtù di una posizione di compromesso secondo cui se il dolo dell'agente provocatore non è dolo di consumazione, ed in seguito all'attività provocata si realizza solo il delitto tentato, allora l'agente provocatore resta non punibile in quanto qualora sprovvisto del dolo del reato consumato, lo sarà anche del dolo del tentativo¹¹⁴.

Tuttavia, seppur suggestiva, anche la tesi dell'elemento soggettivo finisce per confermare tutte le sue criticità. Infatti, a fini sistematici, sanzionatori e processuali, anche la soluzione riferibile ad una differenziata esclusione del dolo, si rivela e si rivela impraticabile per la teoria della idoneità tipica¹¹⁵. Pertanto, se è vero che i principi generali in materia di dolo e di istigazione valgono anche per il dolo dell'istigatore¹¹⁶ è anche vero, conseguentemente, che il comportamento istigatorio ha la sua peculiarità nella mancanza del dominio di chi nella fattispecie plurisoggettiva, in qualità di partecipe, affida ad altri l'esecuzione del fatto senza padroneggiarne i decorsi causali. Infatti, ed in via astratta, il dolo del provocatore non si rivela comune con quello dell'istigatore, in quanto più ampio e mediato dalla condotta dell'esecutore materiale che lo porterebbe, proprio in virtù dei principi generali, a perseguire un obiettivo diverso da quello del provocato, per una responsabilità in ogni caso non da escludersi a fronte della non imprevedibilità in assoluto che il delitto cui partecipa si arresti alla soglia del tentativo, proprio perché nella condotta dell'agente provocatore si registrerebbe l'assenza di quel doppio dolo tipico dell'istigatore nella fattispecie istigatoria¹¹⁷. Ed allora, a questo punto, possono prospettarsi solo due possibili soluzioni: la non punibilità

¹¹⁴ Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, artt. 1-84, Milano, 2004, p. 588 ss.; nella manualistica C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 508 ss.; per quelle posizioni infine che non fanno coincidere il dolo del tentativo con quello di consumazione, in cui pure si giunge al recupero della non punibilità dell'agente provocatore quando desistendo volontariamente ex art. 56 comma 3 c.p., abbia impedito il perfezionamento del reato, cfr. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, p. 187 ss.

¹¹⁵ Laddove il chiaro presupposto è che il provocatore coincida con l'istigatore, e che si registri una identità di contenuto tra fattispecie tentata e consumata, per una tale acuta osservazione cfr. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 285.

¹¹⁶ Cfr. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, p. 99.

¹¹⁷ Nei confronti della consumazione, l'agente provocatore presenta una soggettività mai caratterizzata da dolo diretto o eventuale, ma da un atteggiamento riconducibile alla colpa cosciente; infatti, se il provocatore determina l'istigato alla commissione del reato e vuole causare la realizzazione del fatto principale, egli non vuole la consumazione finale, per cui risulterebbe sprovvisto di questo secondo dolo e, pertanto, non è punibile, cfr. per gli opportuni rilievi critici DELL'ANDRO, *Agente provocatore*, cit., p. 867; per la dottrina tedesca, e per una soluzione di cui pure si dubita, ma che comunque rappresenta l'opinione dominante cfr. da ultimo VOLK, *Diritto processuale, diritto sostanziale e politica criminale*, cit., p. 40; per il fondamento di un tale assunto cfr. HEILBORN, *Der Agent provocateur*, Berlin, 1901, p. 9 ss.

dell'agente sotto copertura per difetto di dolo, quando la condotta provocata si arresta al tentativo, ma anche la sua punibilità a titolo di colpa quando la condotta provocata pervenga alla consumazione effettiva¹¹⁸.

Ed ecco perché, tanto sul piano dommatico, quanto su quello politico-criminale¹¹⁹, anche il modello dell'elemento soggettivo non poteva e non può essere accolto come soluzione assoluta per la tematica qui in esame, per una serie ed analoghe di difficoltà che, legate alla mancanza di distinzione del dolo del provocato con quello del provocatore punibile, sembrano pure registrarsi anche per i reati a consumazione anticipata¹²⁰.

Sono queste le basi, infatti, su cui si assisterà, a partire dagli anni '90, ad una chiara inversione di approccio, quella che ha portato ad un accorpamento delle diverse figure di agente *undercover* in un modello legale unitariamente disciplinato e comprensivo dello stesso agente infiltrato, accanto al quale avrebbe trovato posto quella specifica figura prevista per le attività di contrasto di cui all'art.14 della legge n. 269 del 1998.

Infatti, accanto alla figura classica del *fictus emptor*, si sono enucleate nel tempo figure sempre più complesse che, recuperando anche forme di partecipazione materiale, hanno dato vita a quella tipologia di agente 'non provocatore' in senso ampio il quale, anche a seguito della sua adozione nella lotta alla corruzione¹²¹, e sotto la spinta del diritto convenzionale¹²², ha raggiunto un assetto sistematico sempre più definito. Sin dall'art. 97 del T.U 309/1990, in verità, l'ordinamento ha riconosciuto una attività provocatoria lecita solo se svolta sotto l'egida di una autorizzazione dell'organo giudiziario, laddove il *fictus emptor* avrebbe registrato la sua non punibilità non nella semplice mancanza dell'elemento soggettivo per un acquisto simulato, ma soprattutto sfruttando la clausola di riserva ex art. 51 c.p. in favore di una scriminante speciale personale. Quest'ultima, infatti, restringendo lo spazio del bilancia-

¹¹⁸ Per maggiori approfondimenti sul punto cfr. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 145 ss.

¹¹⁹ . Sul piano dommatico, risulta insoddisfacente per la sua incapacità a riferirsi a criteri universalmente riconducibili al provocatore-non istigatore; sul piano politico-criminale, poi, pure risulta incapace di fondare una necessaria differenziazione per i casi di consumazione, che lascerebbero residuare una responsabilità disincentivante al rischio solidaristico, specialmente nel caso dell'agente infiltrato. Nella lotta alla criminalità organizzata, infatti, l'agente infiltrato, con la realizzazione in termini di coautoria il fatto tipico delittuoso, renderebbe impossibile la scissione del dolo di questi con quello dei provocati.

¹²⁰ Così DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 372

¹²¹ Secondo la proposta già avanzata da CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, cit., p. 179.

¹²² Sul contributo delle fonti convenzionali alla disciplina interna dell'agente provocatore secondo modelli tipici cfr. GARAVELLI, *Meccanismi processuali repressivi ed interventi preventivi nella nuova disciplina relativa agli stupefacenti*, in *Leg. pen.*, 1992, p. 189 e da ultimo CASSIBBA, *op.ult.cit.*, p. 199 ss.

mento tra beni da riferire al caso concreto, pure avrebbe consentito, accanto alla irrilevanza penale di attività di controllo prive di efficienza causale, una sua estensione anche all'infiltrato di un'organizzazione criminale, e ciò in nome di un doppio binario della stessa giustificazione, speciale ex art. 97 e tradizionale ex art.51 c.p.

Tuttavia, anche in tali casi, un'aporia di sistema sarebbe risultata immediatamente evidente. Infatti, nella impossibilità dell'assunzione del ruolo di teste, incompatibile con quello di indagato, l'agente provocatore avrebbe bloccato la prova più che favorirla, con un'unica possibilità di ovviare ad un tale effetto paradossale mediante il ricorso ad una autonoma valutazione discrezionale del pubblico ministero nell'evitare l'esercizio dell'azione penale come eventuale esito dell'iscrizione nel registro degli indagati per la verifica di liceità della condotta.

Un tale quadro sistematico subì un chiaro ripensamento con l'art. 12 *quater* della legge n. 356 del 1996 quando, in analogia con l'art.97, il ricorso ad una scriminante speciale personale rispetto alla clausola di riserva dell'art. 51 c.p., portò il legislatore a cogliere l'occasione per evidenziare come una tale analogia fosse solo apparente. Infatti, per il *fictus emptor* dell'art. 12 *quater*, il disposto normativo non aveva assunto come riferimento la figura di agente sotto copertura nel senso tradizionale, ma ricomprendendovi anche la figura dell'infiltrato ne ampliava il raggio di azione fino a quello di co-autore materiale del fatto¹²³.

Sembra proprio questa la originaria consacrazione dommatica della figura dell'agente 'non provocatore' in senso ampio, segnando una nuova tappa nella disciplina delle attività sotto copertura che, comprensiva anche della figura di un agente provocato, l'infiltrato, si doveva spingere, ben oltre modalità di mera complicità plurisoggettiva, sino a ricomprendervi quelle di (co)autoria tipicamente delittuosa¹²⁴. Una tale evoluzione sistematica, quindi, differenziando chiaramente la relazione tra agente 'non provocatore' e provocazione istigatoria, ha finito per cogliere lo spostamento del baricentro della prima figura dalla mera 'non provocazione' morale fino alla possibile realizzazione materiale, completa ed autonoma, del tipo delittuoso¹²⁵ che, a partire proprio

¹²³ Perché strutturalmente incapace di sopportare il limite della provocazione nella forma della partecipazione in veste di mero complice, per un soggetto che, senza scoprire la sua identità, agisce al fine di penetrare meglio l'organizzazione criminale in funzione di legittima tutela di valori solidaristici, in tal senso già PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 1994, p. 555

¹²⁴ Per una compiuta disamina critica della norma qui in esame cfr. per tutti DE MAGLIE, *Gli infiltrati nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità*, in *Riv. it. dir. proc.pen.*, 1993, p. 1062 ss.

¹²⁵ Cfr. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 1062.

dall'art. 12 *quater*, ha decisamente influenzato la normativa di settore sino a quella attuale. Infatti, facendo tesoro di un tale assunto, l'indagine investigativa si preparava ad abbandonare evidentemente il terreno probatorio, tanto da assurgere ad una vera e propria attività di protezione solidaristica di valori, e ciò in virtù di un'opzione sistematica che non avrebbe tardato a trovare la sua ragione di riaffermazione proprio nell'art 14 della legge n. 269 del 1998¹²⁶.

Ed è in tale terzo intervento di ampliamento della disciplina delle indagini 'coperte', infatti, che la figura dell'agente 'non provocatore' sopporta una ulteriore estensione¹²⁷, al punto da far apparire chiara e profonda la divergenza strutturale tra la tradizionale figura dell'agente sotto copertura e quella emergente dalla sintesi sistematica tra l'art. 14, con gli artt. 97 e 12 *quater* come appena sopra individuati. Infatti, accanto alle caratteristiche comuni che riprodurrebbero, non senza perplessità, cause di giustificazione speciali, si evidenziano condotte autonome non punibili, ma che rinvengono il loro fondamento dommatico in una figura riconducibile a quella di un agente 'non provocatore' in senso ampio. Ed il riferimento, qui, va proprio alle ipotesi di acquisto simulato di materiale pedopornografico e di partecipazione ad iniziative turistico-sessuali: esse rappresentano, nell'art. 14 della legge 269/98, la mera base di un'attività di contrasto mediante condotte di (co)autoria che, arrivando ad integrare il tipo astrattamente delittuoso - anche se con una carenza di tassatività, in parte mitigata dalla finalità di acquisire fonti di prova e dalla prevista previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria -, pure finiscono ancora una volta per approfondire lo scarto con le tradizionali figure di attività di indagine passiva lecita.

Infatti, è proprio per i casi di autorizzazione alla realizzazione di siti civetta attraverso cui stabilire contatti virtuali con l'indagato, che risulta oltremodo evidente come tali attività di indagine si muovono nell'ambito di operazioni sotto copertura che rispondono ad una rinnovata valutazione di non antigiu-ridicità. Esse, seguendo lo schema della legittimazione *ex ante* della conformità al diritto di condotte lesive penalmente tipiche, sono destinate alla non punibilità solo se concretizzano, sulla base di condizioni pre-determinate per

¹²⁶ Cfr. la ricostruzione metodologicamente condivisibile di RESTA, *Vecchie e nuove schiavitù. Dalla tratta allo sfruttamento sessuale*, Milano, 2008, p. 501 ss.

¹²⁷ Accanto ad attività di contrasto comprensive di acquisto simulato, si giunge alla 'legalizzazione' della partecipazione esecutiva fino a ricomprendervi l'apertura di siti internet in attività che, formalmente riconducibili a tipi delittuosi, sembrano ancora arricchirsi di una maggiore loro estrinsecazione secondo forme che inducono a fondare la loro non punibilità proprio in una nuova idea di giustificazione: quella riconducibile a condotte di provocazione 'proceduralmente non vietate', più ampiamente sul punto v. ultra par. 3.1.

legge, una ineccepibile prognosi privilegiata statale in grado di riflettere quella idea di giustificazione tesa, in luogo dell'incriminazione, ad assolvere ad una funzione primaria di protezione qualificata di valori solidaristici¹²⁸, e ciò in nome di un'estensione mai raggiunta dai poteri di indagine 'coperta' per gli agenti di polizia giudiziaria.

Ma una volta delimitato così il campo di intervento investigativo legittimo del 'non provocatore' in senso ampio¹²⁹, anche la nota criticità probatoria riconducibile al paradigma della causalità psichica¹³⁰ per i problemi sfuggenti di complicità morale dell'infiltrato, ha reso come inevitabile il ricorso alla tendenza a semplificare il problema dal punto di vista del suo accertamento. Infatti, abbandonando il piano motivazionale del rafforzamento di un proposito criminoso già esistente, ed in ossequio alle regole eziologiche di teoria del concorso, si è ritenuta più agevole la sua dimostrazione recuperandone in via anticipata una maggiore affidabilità secondo criteri normativi di imputazione oggettiva da riduzione di un rischio non consentito, così come avvalorato anche qui da una rigorosa verifica di uno standard di indagine capace di guadagnarsi una autorizzazione dall'organo giudiziario precedente. Ai fini della non punibilità dell'agente 'non provocatore', infatti, non basta un comportamento

¹²⁸ Per gli opportuni approfondimenti delle condizioni di liceità oggettive - necessità di agire in presenza di un deficit di sapere assoluto - e soggettive - finalità di assicurare i ritenuti colpevoli alla giustizia - legalmente predeterminate per un'ascrittività ex ante che, indipendente dal recupero di un evento di difesa, è riferibile ad aggressioni proceduralmente 'non vietate' nell'ambito di una fattispecie di eccezione strutturata come esito di una valutazione di non antiggiuridicità nella risoluzione di un conflitto tra interessi individuali e sociali affidata dal legislatore alla concretizzazione insindacabile dell'autorità decidente in virtù di una legittimazione ex ante della decisione stessa, cfr. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 281 ss.

¹²⁹ E tenendo conto che tra la figura modello dell'agente infiltrato e quella dell'agente provocatore resida un'ampia zona di sfuggente determinabilità riconducibile alla sfera della complicità morale proprio dell'agente infiltrato che, pur non rispettando le regole del gioco, si sia limitato a disvelare un'intenzione criminosa altrui già esistente. Si pensi, nel concorso di persone nel reato alla figura dell'istigatore, che a differenza del provocatore-determinatore, non fa sorgere un proposito criminoso prima inesistente, ma si limita a rafforzarlo, laddove l'essenza comune ai due fenomeni di tipo psichico consiste nel produrre una influenza sul processo decisionale dell'agente che è diversamente graduata negli effetti a seconda che dia origine o consolidi il proposito criminoso altrui, cfr. MASULLO, *op.ult.cit.*, ivi.

¹³⁰ Tali da rendere evidente una forte complessità della ricostruzione generalizzante dei processi motivazionali posti alla base dei comportamenti umani in ragione del bassissimo tasso di verificabilità empirica delle leggi di tipo psichico, al punto da fondare l'esigenza di far ricorso ad un elevato numero di assunzioni tacite, ma soprattutto alla difficoltà ad assegnare alla condizione umana il carattere della necessità per la frapposizione della libera determinazione dell'agente, più in generale sul punto cfr. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico. Tecnicismo giuridico ed elaborazione teleologica nell'interpretazione delle fattispecie*, Napoli, 2004, p. 191 ss.; DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 679 ss.; MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Padova, 2013, p. 71 ss.

illecitamente doloso per forme di partecipazione penalmente rilevante, ma occorre verificare se una tale condotta, dal punto di vista dell'agente, sia espressione di autonoma aggressione al bene giuridico tipicamente tutelato oppure sia rivolta a ridurre la lesione. Una necessità di autonoma aggressione al bene giuridico, quindi, è tra gli elementi indiscussi della partecipazione deducibile dai principi generali di imputazione oggettiva per cui un evento può essere imputato solo se è il risultato di un aumento del rischio consentito e, ai fini della partecipazione dolosa, l'agente provocatore deve anche necessariamente rappresentarsi la dolosa realizzazione di un rischio non consentito. Infatti, in assenza della realizzazione di una autonoma aggressione al bene giuridico l'agente assumerà il ruolo di 'non provocatore' perché mancheranno così nella sua condotta i presupposti necessari per una tipica partecipazione punibile¹³¹.

Breve: con l'art. 14 del 1998, l'agente 'non provocatore', quale espressione di un modello legale non esclusivo del nostro ordinamento¹³², sembra incarnare un'opzione di metodo che, seppur scissa tra la clausola generale dell'art. 9 del 2006 e la norma speciale in materia di pedopornografia, appena sopra citata, impone un tentativo di razionalizzazione sistematica. Infatti, se anche a seguito della legge n. 136 del 2010 si continua a ricondurre le figure generali di *fictus emptor* e di infiltrato ad ipotesi 'acriticamente' qualificabili come di scriminante speciale, è da un punto di vista soprattutto politico-criminale che una tale opzione finisce per imporre aggiustamenti normativi per ovviare a quegli effetti paradossali già sopra evidenziati¹³³.

Ed allora, già con il recupero delle rigorose regole eziologiche proprie della dommatica della teoria del concorso è possibile iniziare a costruire figure differenziate di agente 'non provocatore' non punibile e di 'non provocato' punibile le quali, da un punto di vista politico-criminale, offrono un positivo contributo ad indagini votate al razionale controllo di fenomeni criminosi complessi. Infatti, al netto di mere condotte di accertamento e controllo prive

¹³¹ Cfr. ROXIN, *Strafrecht. AT*, Band II, *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003, p. 129 s.

¹³² Si pensi ai modelli francese, tedesco, svizzero e statunitense, per una classica rassegna delle diverse strutturazioni cfr. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 110 ss.

¹³³ Con riferimento a situazioni giuridicamente caotiche che, riferibili ad ipotesi in cui su di una medesima situazione confluiscono più condotte lecite, il legislatore riesce a scongiurarne soltanto limitando il diritto di intervento di terzi per atti a c.d. doppia valenza alla sola possibilità procedurale di impugnativa legale posta a garanzia della forza del diritto sul diritto della forza; ma anche con riferimento al contributo dell'agente 'non provocatore' sul piano probatorio, quando una sua non punibilità da giustificazione sostanziale, anche se in termini di specialità, sarebbe avviabile solo al costo dell'ampliamento del potere valutativo del pubblico ministero sulla situazione giustificata allegata.

di efficienza causale con il fatto non provocato; al netto di contributi causalmente rilevanti per condotte provocate e non punibili perché affidate alla giustificazione tradizionale dell'art. 51 c.p., anche se con difficoltà evidenti sul piano politico-criminale derivanti da una mancata differenziazione tra posizioni per una scriminante destinata ad operare oggettivamente in via estensiva ex art. 119 c.p.; al netto del fallimento di una dubbia ricostruzione dommatica e politico-criminale di una scriminante speciale da riservare alla condotta del provocatore; al netto di difficoltà politico-criminali derivanti dal filtro soggettivo sulle condotte del provocatore e del provocato; al netto di tutto quanto sopra non resta che valorizzare la considerazione della non punibilità di una 'non provocazione' in senso stretto nell'ambito di indagini coperte in cui condotte investigative di mera complicità, previamente autorizzate dall'autorità giudiziaria, benché causalmente rilevanti, vedono esclusa la loro rilevanza penale sulla base di filtri normativi avanzati dalle regole di imputazione oggettiva dell'evento¹³⁴.

3.1.b) *il contributo della teoria del reato alla (non) punibilità differenziata: la giustificazione procedurale da ineccepibile prognosi privilegiata statale.* A questo punto del nostro discorso sembra giunto, allora, il momento di verificare i limiti di operatività della causa di giustificazione normativamente richiamata nell'art. 9 della legge n. 246 del 2006 rispetto ad ipotesi di partecipazione residua secondo modalità esecutive di (co)autoria realizzate dall'agente sotto copertura nell'ambito delle attività di indagine passiva così come legislativamente indicate. Si tratta di recuperare, a ben vedere, il novelato art. 9 alla struttura dell'art 14 della legge n. 269 del 1998, quale *tertium comparationis* di riferimento per una fattispecie d'eccezione che contribuisca alla possibile eliminazione di abusi nelle articolazioni di possibili attività di indagine lontane da una democrazia liberale.

Diversi sono i fattori in cui una tale allarmante affermazione affonda le sue radici, e tutti riferibili ad una non comune attività di investigazione della polizia giudiziaria. Basti pensare, soprattutto, alla condivisa legalizzazione tassativamente pre-determinata di tipi astrattamente delittuosi¹³⁵ che, rivolti

¹³⁴ Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, ult. cit., *ivi*; nella dottrina italiana, sui rapporti tra criteri naturalistici e normativi di imputazione cfr. per tutti LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, Napoli, 2011, passim

¹³⁵ Si pensi all'acquisto simulato di materiale pornografico che qui integra la prima delle due fattispecie alternative di cui all'art. 600 quater c.p., consistente nel procacciamento di materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale di minori, e non la condotta sanzionata dal secondo comma dell'art. 600 ter c.p. in quanto le attività di contrasto non sono inserite certamente in un contesto in-

all'accertamento 'coperto' di reati, non hanno mancato, anche in giurisprudenza¹³⁶, di suscitare ed ancora suscitano, per le attività di contrasto ex art. 14, forti interrogativi per una loro corretta qualificazione esimente, che solo una dommatica di garanzia può restituire alla razionalità della politica criminale.

Tale spinoso problema ha investito più da vicino quello della legittimazione di ipotesi che, accanto a condotte classiche di 'non provocazione' al reato¹³⁷, si riferiscono più precisamente ai casi in cui, con il superamento del privilegio di una esenzione da pena limitato ai partecipi e non a(gli) co(autori), ci si rivolge a quanto più specificamente già previsto nell'art. 14 del 1998. E cioè, a quella particolare attivazione di siti civetta che si caratterizzano per il loro rendere legittima l'attività di agenti impegnati in attività di contrasto nella acquisizione di elementi di prova in ordine ai delitti tipici di cui agli artt. 600 *bis* comma 1, 600 *ter* commi primo secondo e terzo, e 600 *quinques* c.p., e questo pure attraverso la realizzazione astratta del fatto di cui all'art. 600 *ter* c.p. (commercio, cessione e diffusione materiale pedopornografico)¹³⁸.

Una tale struttura normativa, però, sembra oggi solo apparentemente ripetersi nel novellato art. 9 del 2019 in cui, rispetto proprio all'art. 14, continua a riproporsi una dizione più ampia e tale da lasciare intatti i già forti dubbi sulla qualificazione giuridica di una non punibilità da riferire a condotte di intermediazione e di provocazione riconducibili all'operatività di una causa di giustificazione speciale. L'art. 9, infatti, in ragione del riferimento all'art. 51 c.p. nella clausola di riserva¹³⁹, individua proprio nella relazione tra il rispetto del

prenditoriale; si pensi pure all'attivazione di siti civetta per reati tassativamente indicati, ma che astrattamente sono riconducibili alle fattispecie di commercio, diffusione o cessione di materiale pedopornografico (art. 600 *ter* commi secondo terzo e quarto c.p.), condivisibilmente sul punto cfr. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 517-518; DI BUGNO, *Art. 14:attività di contrasto*, in *Leg. pen.*, 1999, 151; ma anche alla promessa o offerta di denaro da parte del soggetto simulato privato nel nuovo art. 9 tali da integrare in assenza di un accordo illecito con altri condotte attive tipiche di istigazione ovvero sollecitazione, purchè non induttive ex art. 322 c.p., cfr. CASSIBBA, *op.ult.cit.*, p. 208 s.

¹³⁶ Sulla rilevanza processuale di quegli atti di indagine in cui pure si è registrata una disciplina sostanziale eccezionale perché incidente su libertà costituzionali e che, proprio in violazione di tali norme, avrebbe potuto portare alla sanzione della inutilizzabilità dei risultati riferibili all'accertamento di reati diversi da quelli tassativamente elencati e non previamente autorizzati a livello giudiziario, cfr. DE MAGLIE, *Gli infiltrati nelle organizzazioni criminali*, cit., 1069; FORLENZA, *Polizia giudiziaria, ecco i nuclei specializzati*, in *Guida al diritto*, 1998, n. 33, 57

¹³⁷ Si pensi alle ipotesi di intermediazione come contributo causale alla realizzazione di fatti posti in essere da chi riceve e offre materiale, come pure si pensi alle ipotesi di partecipazione ad iniziative turistiche.

¹³⁸ Cfr. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 515 ss.; sembra di rinvenire qui le basi per il superamento di un privilegio di esenzione da pena riconosciuto all'agente (non) provocatore, ma solo per i partecipi e non per l'autore cfr. VOLK, *Diritto processuale, diritto sostanziale e politica criminale*, cit., p. 40 s.

¹³⁹ Per le argomentazioni a sostegno di un tale assunto cfr. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., *pas-*

procedimento di attivazione delle operazioni sotto copertura e l'esclusione della antigiridicità penale per tali atti di indagine quel punto di contatto che, richiamandosi alla norma generale di cui all'art. 191 c.p.p., rileva anche ai fini di una prova illegittimamente acquisita¹⁴⁰. E tutto questo in virtù di una opzione normativa che, se rigorosamente confrontata proprio con quella di cui all'art. 14, finisce per allontanarsi da quelle condizioni sistematiche di completamento dello statuto penale delle attività *undercover* le quali, invece, in ossequio a canoni di ragionevolezza, andrebbero recuperate ad una unitaria non punibilità per attività di indagine che, particolarmente quando integrano tipi formalmente delittuosi, possono essere legittimate *ex ante* solo mediante il ricorso ad una causa di giustificazione, ma non sostanziale, perché procedurale.

La scriminante procedurale, infatti, sconosciuta alla parte generale del diritto penale, affonderebbe le sue radici nella peculiarità di un procedimento di attivazione delle stesse operazioni di indagine sotto copertura sulla base di condizioni pre-determinate per legge che, poste a fondamento di una ineccepibile prognosi privilegiata statale, sono capaci di determinare in via costitutiva uno spazio di diritto libero per condotte la cui lesività è proceduralmente 'non vietata' in quanto funzionale ad una primaria esigenza di protezione qualificata di ulteriori valori solidaristici¹⁴¹.

Appare chiaro, allora, come per tale via il faticoso processo di omologazione sistematica tra attività sotto copertura (art. 9) ed attività di contrasto (art. 14) sia destinato a perdersi in concreto, quando la sovrapposizione tra condizioni di conformità al diritto di atti di indagine passiva integranti tipi astrattamente delittuosi si rivela solo parzialmente comune. Infatti, quando nell'art. 14 della legge 269/98 si assiste a condotte investigative normativamente autorizzate in via previa dall'autorità giudiziaria, nell'art. 9 co. 4 della legge 146/2006, invece, ed anche a seguito della modifica della legge del 2019, il legislatore si accontenta solo di una previa comunicazione al pubblico ministero di una loro disposizione da parte di organi gerarchicamente superiori all'agente sotto copertura.

E tanto basta. Del resto, il ricorso ad una struttura normativa di legittimazione maggiormente restrittiva, quella di cui all'art. 14, sembra razionalmente im-

sinx, VIGNALE, *Agente provocatore*, in *Dig. Disc. pen.*, Torino, 1987, vol. I, p. 56 ss.

¹⁴⁰ Così RESTA, *op. ult. cit.*, p. 519.

¹⁴¹ Per una qualificazione giuridica di tali ipotesi come scriminante speciale che, strutturalmente, sembrano riconducibili più propriamente ad ipotesi di giustificazione procedurale per ipotesi di agenti provocatori che si rendono autori di condotte espressamente tipizzate dalle norme di parte speciale, cfr. da ultimo BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit. p. 218 ss.

porsi anche con riferimento ai particolari reati oggetto di investigazione nel nuovo art. 9, scongiurando così una pur sempre possibile minaccia per la democraticità del sistema quando indagini ‘provocatoriamente’ coperte, seppur ispirate dalla verifica di una mera immoralità, si spingano fino alla prova di una (in)fedeltà etico-politica di soggetti qualificati. Solo tassative modalità procedurali di rigorosa verifica pubblicistica, allora, sono in grado di rispondere più adeguatamente alla necessità politico-criminale di far assumere ad esse un valore decisamente costitutivo di condizioni per il riconoscimento anticipato di quella ineccepibile prognosi privilegiata statale con cui l’ordinamento affiderebbe una risoluzione di conflitti non ad un bilanciamento tra beni per l’affermazione di un diritto prevalente¹⁴² da rimettere all’accertamento *ex post* di un terzo (il giudice), ma alle scelte massimamente e ragionevolmente diligenti del soggetto decidente. Quest’ultimo, chiamato all’adempimento di doveri giuridici qualificati¹⁴³, sarà finalmente in grado di sottrarre il sistema delle indagini a possibili trasfigurazioni in minacciosi atti di investigazione attiva al servizio del Grande inquisitore di turno¹⁴⁴.

Pertanto, è chiaro che nell’art. 9, diversamente dall’art. 14, si assiste ad una ipotesi giustificante che, mediante il richiamo ad una mera comunicazione della disposizione di atti di indagine da parte degli organi di vertice, vede progressivamente ‘attenuato’ quel requisito procedurale fondamentale e riferibile alla necessaria *autorizzazione preventiva dell’autorità giudiziaria* dell’iniziativa investigativa della polizia giudiziaria¹⁴⁵. Essa, nel rendere leciti atti lesivi di indagine della polizia giudiziaria mira, infatti, a verificare quelle condizioni ‘legali’ e necessarie per una loro legittimazione *ex ante* che, tuttavia, anche nella nuova formulazione dell’art. 9, continuano a rimanere ‘misteriosamente’ sullo sfondo di un’esimente riservata ad attività sotto copertura solo indirettamente affidate ad una sussidiaria verifica giudiziaria.

Ed ecco perché la non punibilità dell’agente ‘non provocatore’ in senso ampio può risultare fondata solo sulla valorizzazione di quelle categorie dommatiche che, con il recupero della teoria del reato nella teoria del concorso, si

¹⁴² Cfr. per tutti PULITANÒ, *Coazione a fin di bene e cause di giustificazione*, in *Foro it.* 1985, II, 445; sui limiti di una costruzione della giustificazione sostanziale di tali ipotesi oltre il *Tatbestand* v. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 281 ss.

¹⁴³ Per maggiori approfondimenti sulla struttura della giustificazione procedurale da ineccepibile prognosi privilegiata statale cfr. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 281 ss.

¹⁴⁴ Condividendo le stesse perplessità sul punto denunciate da DE VITA, *La nuova legge anticorruzione*, cit., passim.

¹⁴⁵ Per quanto del resto riconosciuto anche dai giudici di Strasburgo, a sostegno di un tale assunto cfr. VALLINI, *Il caso “Teixeira de Castro”*, cit., 200 ss.; ID., *Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove*, cit., 1 ss.

rivelano anche in grado, per quanto già previsto nell'art. 14, di risolvere il problema della altrimenti intollerabile legittimazione di un possibile sconfinamento di atti di indagine in condotte di 'provocazione coperta' secondo modalità esecutive che rispondono a tipiche figure autonome monosoggettive di reato della parte speciale¹⁴⁶.

La vera questione da risolvere, allora, è quella riferibile alla corretta qualificazione dommatica della non punibilità di atti processuali sostanzialmente lesivi a c.d. doppia valenza che, riflettendo l'idea della risoluzione di conflitti, riescano ad essere maggiormente rispondenti ad inedite forme dommatiche di 'provocazione proceduralmente non vietata' e, pertanto, non impedibili. Esse, sul piano politico-criminale, poi, sarebbero in grado anche di contribuire al superamento di quei problemi che, legati alle scriminanti tradizionali, condurrebbero ad una oggettiva differenziazione tra la posizione del soggetto provocatore legittimato *ex ante* con quella dell'autore 'non provocato' punibile¹⁴⁷.

Infatti, e da un punto di vista sistematico, ecco perché le attività di contrasto di cui all'art. 14, diversamente da quelle sotto copertura ex art. 9, sembrano più fedelmente rinvenire, per tutto quanto sopra osservato, il loro fonamen-

¹⁴⁶ Per una qualificazione della partecipazione materiale e morale secondo modalità di mero ausilio all'esecuzione ovvero di contributo alla preparazione ed esecuzione del reato, anche intervenendo insieme con altri, è possibile classificarle a seconda che ci si ponga, rispettivamente, al di fuori (ausiliatore, istigatore e determinatore) ovvero all'interno (autore e coautore) della fattispecie incriminatrice di parte speciale cfr. per tutti FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 522 ss e p. 529 ss.

¹⁴⁷ E questo senza riferirsi a criteri personalistici, vivrebbe il limite della mancata estensione a tutti i compartecipi della non punibilità senza derogare alla regola dell'art. 119 c.p. nella teoria del concorso di persone. Infatti, non appare in dubbio che la comunicabilità di circostanze a tutti i concorrenti debba sopportare il limite della liceità da riferire al contrasto tra un fatto tipico e l'ordinamento giuridico, cosa che nella giustificazione del proceduralmente "non vietato", seppur di natura oggettiva, non sembra avvenire in base alla regolare comunicabilità concorsuale delle cause di giustificazione come richiesta dall'art. 119 comma 2 c.p.; per un'affermazione di sintesi che muove dalle considerazioni di FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 550 s.; VIGNALE, *op. ult. cit.*, ivi; in realtà si tratta di stabilire ai fini della comunicabilità o meno ai concorrenti delle c.d. circostanze di esclusione del reato, tanto soggettive che oggettive, se un determinato elemento esclude o meno la tipicità e la lesività della fattispecie plurisoggettiva; così, appunto, una causa di giustificazione non si comunica ad un concorrente ogni volta in cui la scriminante (oggettiva) non è in grado di legittimare la tipicità o la lesività del reato concorsuale necessario, che da naturalisticamente plurisoggettivo resiste come normativamente monosoggettivo, cfr. l'illuminante ricostruzione di DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano 1956, p. 194 ss.; sul punto non manca, infine, in dottrina, chi applica il metodo non sulla base di regole di legalità, ma proprio sul meccanismo dell'esclusione nel concorso necessario di condotte autonome dal raggio di azione della causa di giustificazione tipizzata e da riferire a determinate condizioni personali cfr. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 182 ss.

to in quelle condizioni strutturalmente riconducibili ad una giustificazione procedurale da ineccepibile prognosi privilegiata statale che, lontana da una illiberale scriminante penale d'autore¹⁴⁸ per atti investigativi di provocazione 'coperta', giungerebbe ad assicurare, in presenza di una possibile divergenza tra prognosi e risultato successivo (ex art 314 c.p.p.), anche il riconoscimento di un autonomo indennizzo solidaristico come conseguenza di offese da atto dannoso lecito per ipotetiche vittime del processo¹⁴⁹.

L'eccezionalità dello strumento investigativo, allora, in ossequio ai canoni di un diritto di necessità nello stato di normalità¹⁵⁰, sembra consentire, nel ripetere la struttura ex art. 14, tanto il recupero di limitazioni razionali alla creazione di siti civetta fuori da possibili attentati alle libertà della persona, quanto il ricorso a 'provocatorie' condotte corruttive al riparo da una loro deriva verso illiberali forme 'coperte' di investigazione attiva per soggetti insospettati, ma semplicemente da moralizzare ovvero da verificare nella loro (in)fedeltà al potere politico¹⁵¹. Diversamente, il rischio di pregiudicare così le garanzie dell'individuo sull'altare di torsioni della legalità fonti di arbitrio¹⁵² sarà sempre più alto ogni volta in cui le stesse attività di indagine coperta non vengano riservate a casi in cui ci si confronterà con un significativo quadro indiziario giudiziariamente valutato sul provocato¹⁵³. E tutto ciò specialmente quando, all'interno di una attività di contrasto rivolta a 'non provocare' la commissione di delitti, la notizia di reato, lungi dall'apparire come mera fonte legittimante,

¹⁴⁸ Sulle scriminanti della ragion di stato come scriminanti penali che nascono per giustificare reati prima che illeciti genericamente intesi e, quindi, non per costituire, ma per limitare valori, fuori dalla società dei diritti cfr. sul punto lucidamente DONINI, *Il posto delle scriminanti nel diritto penale moderno*, in AA. VV., *Il penale nella società dei diritti*, cit., p. 265 ss.

¹⁴⁹ Per forme di indennizzo atipico e di portata generale, da radicare nella riparazione in ossequio al principio fondamentale di solidarietà sociale per un danno lecito patrimoniale e non, cfr. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 295 ss.; più in generale sul tema cfr. la magistrale intuizione di ALPA, *Atto lecito dannoso*, in AA. VV., *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, a cura di G. Spangher, Torino, 2017, p. 33 ss.

¹⁵⁰ Così, da ultimo, e per gli opportuni approfondimenti sul punto cfr. AA. VV., *L'eccezione nel diritto*, cit., passim

¹⁵¹ Solo nel rispetto delle garanzie di uno stato sociale di diritto si possono scongiurare i rischi di una provocazione d'autore collegati ad un *dolus generalis* da riferire alla condotta di vita del provocato, cfr. le acute osservazioni di RESTA, *Vecchie e nuove schiavitù*, cit., p. 535.

¹⁵² Sui rapporti tra diritto e (in)giustizia dei contenuti delle norme resta esemplare lo studio di VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001, passim

¹⁵³ In assenza di un significativo quadro indiziario sul provocato, la giurisprudenza tedesca ha rinvenuto un caso di eccesso di potere dello Stato tale da imporre una riduzione della pena da irrogarsi, cfr. F. RESTA, *Vecchie e nuove schiavitù*, cit., p. 534; nella dottrina tedesca LÜDERSSEN, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?*, in *Festschrift für Karl Peters*, Tübingen, 1974, p. 371

realizzerà rigorosamente il fine perseguito dall'autore¹⁵⁴ nell'ambito di un ordinamento civile che anche quando si difende conserverà la sua civiltà, tanto da legittimare una pretesa punitiva senza violare il principio di contraddizione in nome del quale lo stesso Stato non può indurre normativamente i cittadini alla commissione di delitti per poi punirli¹⁵⁵. Solo garantendo il principio di legalità dei reati e delle pene in funzione preventiva, infatti, il diritto sostanziale e processuale troveranno il fondamento razionale per resistere alle tentazioni di un sistema penale del nemico¹⁵⁶, e ciò mediante il ricorso ad una nuova fattispecie di eccezione per atti di indagine passiva ispirati non alla ragione di stato, ma alle ragioni dello stato.

Pertanto, se non si vuole correre il rischio di cedere a mobili spazi di diritto libero non sindacabile per provocazioni 'coperte' strumentalmente al servizio di derive autoritarie¹⁵⁷, occorre, allora, decisamente ridurre, sul piano normativo, quanto più possibile lo scarto che, nella risoluzione di un conflitto tra beni, investe il rapporto tra la valutazione del legislatore in astratto e i presupposti di fatto della stessa valutazione in concreto operata dalla autorità autorizzante¹⁵⁸. E questo, nel nostro caso, si traduce nel rimediare ad una possibile dissoluzione di un'autorizzazione (art.14), in una mera comunicazione preventiva all'autorità giudiziaria di un atto di disposizione (art.9) che, assolutamente non immune da un adempimento informativo pur sempre successivo ad autonome articolazioni delle stesse attività sotto copertura¹⁵⁹, individua co-

¹⁵⁴ Così DI BUGNO, *op. ult. cit.*, 159.

¹⁵⁵ Cfr. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, cit., 271; RESTA, *Vecchie e nuove schiavitù*, cit., p. 536

¹⁵⁶ Sia perché il piano di operatività delle norme è esclusivamente quello investigativo e sia perché qui, come nel diritto penale del nemico, l'indagato è degradato a mero oggetto del potere statale, in cui si afferma il principio secondo cui in certi procedimenti la prova va raggiunta con ogni mezzo, così decisamente C. FIORE, *I "nuovi orizzonti" della giustificazione e il ruolo della dommatica*, in Aa.Vv., *Il penale della società dei diritti*, cit., p. 344 s.; per una ulteriore espansione del diritto penale e della conferma dell'esistenza di una procedura penale del nuovo nemico nell'ambito di un lessico evocativo di forti tratti moralizzatori cfr. da ultimo la condivisibile lettura di PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2019, 10.

¹⁵⁷ E tutto ciò ben oltre la vivace critica verso una qualificazione dell'autorizzazione ex art. 14 della legge n. 269 del 1998 come elemento di esclusione del fatto tipico cfr. DI BUGNO, *op. ult. cit.*, 163.

¹⁵⁸ Cfr. acutamente PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in Aa.Vv., *Il penale nella società dei diritti*, cit., p. 314 ss.

¹⁵⁹ Una tale affermazione sembra essere avvalorata dalla previsione di comunicazioni senza ritardo all'autorità giudiziaria di modalità di esecuzione e soggetti partecipanti, ma relativamente ad operazioni già in corso, cfr. art. 9 co. 4 della legge n. 146 del 2006. Inoltre, nell'ambito delle indagini preliminari, e per una attività di iniziativa della polizia giudiziaria in senso stretto (c.d. autonoma), che è svolta prima di aver ricevuto direttive dal pubblico ministero, consistendo nel raccogliere ogni elemento utile alla ricostruzione del fatto e alla individuazione del colpevole ex art. 348 comma 1 c.p.p. cfr. per tutti TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2016, p. 521; sul punto in giurisprudenza cfr. per tutte

me vero problema quello di verificare un legittimo standard di esigenze probatorie da sottrarre alle insidie di un comportamento invasivo delle libertà altrui altrimenti illecito.

In questo caso, allora, la necessità di un comportamento legato ad un *deficit* assoluto di conoscenza pone la questione di come uscire da una sua inquietante elastica riduzione¹⁶⁰ che, particolarmente nella ristrutturazione dell'art. 9 del 2006, porta con sé il rischio di ingenerare inquietanti ipotesi di errore con una conseguente lesione di valori a danno di soggetti incolpevoli, perché solo autori di comportamenti moralmente riprovevoli ovvero politicamente 'non allineati'.

Ed il risultato di tutto ciò appare evidente. Lo scivolamento verso una scriminante penale d'autore per atti 'coperti' di indagine attiva resta minacciosamente sullo sfondo quando, in nome della ragion di stato, la discrezionalità nella tempistica dell'attivazione di una procedura di (non) comunicazione all'autorità giudiziaria (art. 9), in luogo di una previa autorizzazione (art. 14), assumerà su se stessa il compito di effettuare un giudizio di bilanciamento aperto a pur sempre possibili derive autoritarie, se non recuperato a criteri di costituzionalità democratica.

Breve: posto che la provocazione istigatoria al reato è sempre punibile, la profilassi della tradizionale figura dell'agente provocatore investe le basi di quello stesso schema che, riferibile ad una nuova figura di agente 'non provocatore' in senso ampio¹⁶¹, è comprensivo della provocazione proceduralmente 'non vietata' al reato. Tale ultima ipotesi classificatoria della liceità delle attività *undercover*, quando realizzate mediante modalità esecutive di (co)autoria integranti tipi astrattamente rispondenti a fattispecie incriminatrici di parte speciale, consente, per esigenze di politica criminale, di confermare la logica della loro differenziazione in modo tale che, recuperando la teoria del reato alla teoria del concorso, si possa giungere a soluzioni razionali capaci di determinare a fronte della punibilità del destinatario dell'attività di indagine passiva 'coperta' l'esclusione della responsabilità penale dell'agente 'non provocato-

Cass. pen., sez. II, 28 maggio 2008, in *Cass. pen.*, 2009, 2958 ss. con nota di PUGLISI, *Operazioni sotto copertura tra diritto al silenzio e principio di non dispersione della prova*, dove l'A. pure sottolinea la possibilità che le speciali tecniche di investigazione preventiva di cui all'art. 9 della legge n. 146 del 2006 possono anche prescindere dall'esistenza di indagini preliminari relative ad uno specifico fatto (*op.ult.cit.* ivi)

¹⁶⁰ Così testualmente PALAZZO, *op. ult. cit.*, p. 315 con particolare riferimento proprio alla l. n. 146/2006 ed alle attività di copertura che avrebbero come riferimento, già prima della legge del 2019, il carattere multiforme delle condotte descritte dall'art. 9 di questa legge.

¹⁶¹ Più ampiamente v. supra par. 3

re'. E questo, appunto, in senso ampio, vale a dire sulla base: a) ora, ed in ossequio alla teoria del concorso, di criteri normativi di imputazione oggettiva atti a verificare, per modalità di ausilio esecutivo ricadenti all'esterno delle fattispecie incriminatrici di parte speciale, la riduzione nella condotta investigativa di un rischio non consentito di verifica di un evento; b) ora della valorizzazione di una giustificazione procedurale costitutiva¹⁶² del riconoscimento anticipato di una ineccepibile prognosi privilegiata statale¹⁶³ che, fondata su presupposti solidaristici di legittimazione tassativamente pre-determinati, assicurerà ad una condotta lesiva, seppur integrante tipi astrattamente delittuosi, criteri di conformità al diritto solo quando, funzionale alla qualificata tutela primaria di altri beni, sarà in grado di garantire anche un ordinato vivere civile.

4. L'investigazione preventiva alla prova della (non) provocazione 'coperta': le condizioni tassativamente pre-determinate per una razionale conformità al diritto di atti di indagine solidaristicamente lesivi di libertà individuali. In una prospettiva di sintesi, dunque, sembra che il nuovo art. 9, sulla disciplina della attività sotto copertura, incarni una allarmante divergenza normativa tra voluto e realizzato. Infatti, la consapevole distinzione legislativa tra agente provocatore ed agente sotto copertura sembra perdersi in una disposizione in cui la ambiguità della mobilità di confini delle tecniche di indagine passiva, in rapporto alla specificità delle fattispecie richiamate ad oggetto delle stesse nella lotta al mercimonio delle funzioni pubbliche, finisce strumentalmente per porsi a fondamento di discutibili modalità di legittimazione di forme subdole di provocazione 'coperta'¹⁶⁴. E se è così, minacciose incursioni di investigazio-

¹⁶² Sui rapporti tra norma secondaria e norma primaria in termini di specificazione, ma anche di fondamento della regola per cui essa viene neutralizzata nella sua precettività penale come conseguenza di uno spazio di diritto libero quale effetto di una procedura non dichiarativa, ma costitutiva di un riconoscimento anticipato di un diritto ovvero, come nel nostro caso, di una prognosi privilegiata statale cfr. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 247 ss.; più in generale sul tema HART, *Il concetto di diritto* (1961) Torino 2002, p. 95 ss., e sui rapporti tra spazio libero dal diritto e spazio di diritto libero cfr. ROXIN, *Cause di giustificazione e scusanti, distinte da altre cause di esclusione della pena*, in ID., *Anti-giuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. Moccia, Napoli 1996, p. 87. e spec. p. 103 ss.

¹⁶³ Per una qualificazione che processualmente, a differenza delle esimenti tradizionali, pone una questione di diritto e non di fatto cfr. IACOVIELLO, *La costruzione processuale delle scriminanti*, in AA. VV., *Il penale nella società dei diritti*, cit., p. 291.

¹⁶⁴ Volendo riprendere qui la felice definizione di CASSIBBA, *L'espansione delle operazioni sotto copertura*, cit., p. 206, dove l'A. non manca di denunciare come al nitido confine concettuale tra agente sotto copertura ed agente provocatore ne segue uno evanescente e mobile sul piano operativo. Infatti, tanto la

ni attive nell'ambito di atti autonomi di indagine ad iniziativa della polizia giudiziaria, non escludono, pur in presenza di una notizia di reato, una possibile loro distorsione verso forme allarmanti di selettività concettuale da tipo d'autore per fatti penalmente rilevanti in ossequio a canoni tesi ad affermare i (dis)valori di una democrazia illiberale¹⁶⁵.

In tutto ciò sembra rivivere quella figura storicamente promiscua del “delatore istituzionalizzato”. Infatti, accanto alla moralizzazione dei pubblici uffici, così come nell'espressione tipica della lotta dell'*ancien regime* alla criminalità politica, e ben oltre il *crimen laesae maiestatis*, questi pure giungeva ad ampliare il suo raggio di azione secondo il neppure malcelato intento di eliminare gli oppositori al potere mediante la provocazione ‘coperta’ al reato di altri soggetti per ottenerne la punizione¹⁶⁶. Ed una tale opzione di politica criminale, favorita oggi dalla diffusa polverizzazione di figure delittuose tipiche della sistematica dei reati-contratto, finiva e finisce per accentrare l'attenzione dell'interprete sulla condotta provocata e non sulla dinamica criminale che la investe, con il conseguente spostamento della provocazione dal piano giuridico-penale a quello etico-sociale¹⁶⁷.

Il fenomeno appena sopra descritto, dunque, consente di individuare chiaramente le sue origini nella subdola espansione dell'ambito operativo di applicabilità del peculiare strumento d'indagine oggetto del nostro studio che, accomunando settori criminali diversi e a forte connotazione organizzativa¹⁶⁸,

Corte europea di Strasburgo, quanto i giudici di legittimità nazionali sono concordi nel contenere le attività sotto copertura secondo un ruolo sostanzialmente passivo dell'agente undercover, in quanto non in contrasto con un giusto processo perché svolto entro i limiti della provocazione dell'infiltrato verso un cittadino non indotto a commettere reato e, pertanto, condannato sulle prove così raccolte e non in seguito ad una condotta attiva di un agente provocatore in senso proprio ed indispensabile alla commissione di un reato che altrimenti non sarebbe stato realizzato (*op.ult.cit.*, ivi anche con gli opportuni riferimenti giurisprudenziali)

¹⁶⁵ Per una definizione contenutistica orientata a cogliere la evidente differenza strutturale tra una selettività penale concettuale orientata all'autore ed una selettività penale fattuale orientata razionalmente dalla teoria del reato cfr. ancora le pagine stimolanti di ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dottrina giuridico-penale (1989)*, trad. it. a cura di G. Seminara, Napoli, 1994, passim

¹⁶⁶ Anche se in via embrionale la figura dell'agente provocatore fa ingresso già nel diritto romano nelle forme classiche di una falsa complicità come atto di fedeltà del servitore al padrone, con una figura che ben presto non solo non mancherà di essere oggetto di concettualizzazione da parte della dottrina tedesca, ma che mostrerà di influenzare anche la dottrina italiana, per una sintesi del dibattito sul tema cfr. FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione storica e dottrinale (1902)*, Roma, 1976, p. 80; DELL'ANDRO, *Agente provocatore*, cit., p. 865 ss.; DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 7 ss.

¹⁶⁷ Laddove anche il problema del mancato limite alla non sanzionabilità investigativa di condotte di istigazione passiva pure andrebbe recuperato alla teoria del reato, se non si vuole ampliare un tale ultimo effetto, sul punto ci sia consentito rinviare qui a SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 359 ss.

¹⁶⁸ In tal senso il *Parere* reso dal CSM il 18 dicembre 2018, p. 17, in

rappresenta il risultato di una discutibile struttura normativa in cui le stesse caratteristiche dei reati oggetto di indagine possono prestarsi ad inquietanti manipolazioni, se non recuperati ad una razionalità ermeneutica¹⁶⁹ in grado di sottrarre la rivisitazione del dato normativo al rischio di un allarmante degenerazione dei rapporti tra giustificazione e incriminazione nel moderno costituzionalismo penale¹⁷⁰

Così, ad esempio, nella nuova disciplina delle indagini sotto copertura ex art. 9 del 2019, accanto alle legittime attività non induttive di indagine sotto copertura dell'agente simulato privato, tuttavia, non può escludersi la possibile legittimazione di atti di indagine che, superando gli argini di una investigazione passiva, verrebbero ad estendersi fino a ricomprendere inquietanti condotte attive di 'provocazione non punibile' che, di chiara matrice illiberale, in quanto lontane da una dazione finalizzata ad acquisire la prova della pregressa sollecitazione alla promessa, si muoverebbero sotto la 'copertura' di una minacciosa scriminante penale.

Ed ecco perché, per porre rimedio ad una tale deriva insopportabilmente antidemocratica, si è fatta strada l'idea di individuare quelle condizioni assolute per cui promessa, dazione ovvero sollecitazione non induttiva di denaro o altra utilità da parte dell'agente simulato privato siano poste al riparo da una loro dissoluzione nella indeterminatezza delle stesse attività propedeutiche di copertura di cui all'ultimo cpv. dell'art. 9 novellato, per una opzione dommatica in grado di impedirne la sussumibilità in un'area di liceità che sia capace *in ogni caso di scongiurare la possibilità dell'agente sotto copertura di provocare la consumazione di un reato*» in nome di una iniziativa autonoma di indagine, ma fuori da un accordo illecito altrui già esistente¹⁷¹.

Tutto questo perché, nella legge n. 3 del 2019, il legislatore sembra tradire l'assunto impegno alla licitizzazione di attività sotto copertura orientate alla piena consapevolezza della differenziazione tra indagine passiva ed indagine attiva¹⁷². Infatti, con l'adozione di una scriminante a maglie larghe, favorita dal-

www.csm.it/documents/21768/92150/parere+anticorruzione+19+dicembre+2018.

¹⁶⁹ Così MASULLO, *op.ult.cit.*, p. 1287

¹⁷⁰ Secondo la condivisibile argomentazione di PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in AA. VV., *Il penale nella società dei diritti*, cit., p. 294 ss.

¹⁷¹ Portando a compimento sistematico la puntuale ricostruzione casistica proposta da DE VITA, *La nuova legge anticorruzione*, cit., 963 s.

¹⁷² Se appare chiaro come il caso in cui il simulato pubblico ufficiale che, sollecitando la dazione come prezzo della mediazione illecita, e portando la condotta ad integrare una induzione rilevante ex art. 322 c.p., resta fuori dalla portata della scriminante ex art. 9, diversa è la situazione in cui la promessa o l'offerta di denaro non esclude che l'agente sotto copertura possa prendere una iniziativa innescando un processo causale di commissione di un delitto contro la p.a., ma anche poi della legittimazione ex art. 9

la specificità delle fattispecie oggetto di investigazione, e l'affievolimento del presupposto di una iniziativa illecita altrui, l'indagine *undercover* viene travolta da peculiari dinamiche che, proprie del fenomeno corruttivo, aprono, nel novellato art. 9, all'emergere di striscianti situazioni di iniziativa investigativa da falso positivo¹⁷³, con la possibilità di prestarsi a facili strumentalizzazioni di sistema.

Il vero problema, allora, appare sin da subito quello di ricercare, nella riduzione di un subdolo confine investigativo¹⁷⁴, una alternativa alla nomofilachia casistica che, ben oltre l'affidamento alla funzione salvifica del giudice delle garanzie di un ordinamento democratico, sappia trovare nella nomofilachia delle norme un argine per una verifica rigorosa di una legittimazione di quelle condotte di indagine oggettivo-causali che, poste in essere dall'agente sotto copertura, solo così contribuirebbero correttamente all'accertamento della fattispecie a concorso necessario di accordo corruttivo¹⁷⁵, rendendo le operazioni sotto copertura processualmente utilizzabili in ragione di un materiale probatorio capace di superare anche il vaglio europeo dell'equità processuale¹⁷⁶.

E la fondatezza di un tale ultimo assunto, dunque, la si può rinvenire proprio in tutti quegli orientamenti giurisprudenziali che pure hanno avuto modo di denunciare i termini con cui, nella stessa specifica materia dell'agente sotto copertura infiltrato, si è venuto a realizzare un inquietante quanto apparente allontanamento da quell'argine di garanzia segnato dalla inammissibilità di atti di indagine di *investigazione attiva*¹⁷⁷, ovvero dal superamento della riservata sanzione processuale dell'inutilizzabilità della prova acquisita da provocazione-determinazione essenziale al reato del soggetto sottoposto all'azione inve-

di attività prodromiche o strumentali a quelle espressamente scriminate che non solo non escludono varie forme di provocazione, ma restano afflitte da indeterminatezza e deficit di tassatività per un indubbio contrasto con l'art. 25 cost., così CASSIBBA, *op.ult.cit.*, p. 208

¹⁷³ Così BARROCU, *DDL Anticorruzione. Le operazioni sotto copertura nel d.d.l. anticorruzione: facciamo chiarezza*, in *Quot. Giur.*, 21 dicembre 2018, passim

¹⁷⁴ E' quanto pure rileva da ultimo DINACCI, *L'agente sotto copertura e reati contro la pubblica amministrazione: nuovi difetti e vecchi vizi*, in *Arch. pen.*, 2/2020 (web), 10 ss.

¹⁷⁵ Sul punto cfr. per tutti DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 6 giugno 2016, passim

¹⁷⁶ Cfr. CASSIBBA, *op.ult.cit.*, p. 209 ss.; MASIERO, *L'agente sotto copertura*, cit., passim e spec. p. 17

¹⁷⁷ Infatti, l'individuazione, sul piano astratto, di una responsabilità a titolo di concorso dell'agente infiltrato che agisce al di fuori della disciplina autorizzatoria legale, ben difficilmente si traduce nel riconoscimento della figura dell'agente provocatore punibile. E tutto ciò nell'ambito di un'attività di indagine che, anche in presenza di condotte attive di provocazione 'coperta', comunque troverebbe le forme per essere recuperata legittimamente all'interno di una attività diretta a far emergere una trama criminosa già in essere o in parte già deliberata, cfr. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo*, cit., 1285

stigativa¹⁷⁸.

Appare chiaro, pertanto, come tutto ciò finisce per essere la naturale conseguenza della ridotta punibilità per particolari casi di condotte attive poste in essere sotto copertura dall'agente simulato *intraneus*. E questo soprattutto quando, anche nel nuovo art. 9, tali attività di indagine collidono con la struttura di quella scriminante procedurale sopra richiamata la quale, proprio perché costitutiva di uno spazio di diritto libero, porta l'ordinamento a fare un passo indietro, ma solo nel momento in cui garantisce, anche al qualificato soggetto decidente, la legittimazione da allegazione pubblicistica¹⁷⁹ di una decisione insindacabile perché assunta sulla base di condizioni pre-determinate al riconoscimento anticipato di una ineccepibile prognosi privilegiata statale. E di una tale ultima struttura, poi, se ne gioverebbe la stessa rilevanza probatoria di un contributo (ri)offerto da un teste-qualificato che, garantito così nelle sue libere scelte d'azione, si collocherebbe in una posizione processuale chiaramente diversa da quella di un imputato in procedimento connesso.

Infatti, e soprattutto con riferimento alla casistica che qui ci occupa, il dato esteriore si staglia nettamente nel momento in cui il modello legale del nuovo art. 9 della legge n. 146 del 2006, condizionando la non punibilità della condotta dell'agente 'non provocatore' al rispetto di un determinato *iter* procedurale, evidenzia forti perplessità di (ir)ragionevolezza sistematica (ex art. 3 comma 2 cost.)¹⁸⁰ se confrontato con la stessa 'procedurale' non punibilità dell'agente impegnato in attività di contrasto di cui all'art. 14 della legge n. 269 del 1998.

Pertanto, se nell'art. 9 non solo risulta alquanto scarna la disciplina che regola il rapporto tra polizia giudiziaria e pubblico ministero nelle diverse fasi di attivazione, esecuzione e controllo dell'operazione investigativa, neppure può essere sottaciuto che, sebbene il legislatore abbia voluto assicurare un coordinamento e un controllo centralizzato di tutti gli atti di indagine di investigazione passiva, il comma 3 dell'art. 9 si limita semplicemente a richiedere, an-

¹⁷⁸ Un tale effetto, in verità, si realizzerebbe mediante la utilizzabilità di un diverso veicolo probatorio che, aprendo all'ingresso delle dichiarazioni rese dall'imputato durante le attività dell'infiltrato, consentirebbe l'esame di quest'ultimo ai sensi dell'art. 210 c.p.p., in qualità cioè di coimputato in procedimento connesso o collegato, anche se non in qualità di testimone, in giurisprudenza per tutte, cfr. Cass. pen., sez. VI, 11 febbraio 2009, n. 12142, in Ced. Cass. n. 242935; in dottrina MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo*, cit., ivi

¹⁷⁹ Capace di escludere anche una iscrizione nel registro degli indagati ex art. 335 c.p.p., al riparo da valutazioni (s)oggettive del pubblico ministero cfr. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 290 ss.

¹⁸⁰ Sul tema cfr. per tutti INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano 2003, passim; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, passim

che nel testo novellato, che la loro esecuzione sia disposta dagli organismi di vertice delle singole forze di polizia, ovvero, su loro delega, dai rispettivi responsabili di livello almeno provinciale.

Ed allora, il percorso da seguire per la legittimazione di atti di indagine, sul terreno squisitamente normativo, resta ampiamente ‘manipolabile’. Sin dall’introduzione della legge n. 146/2006, infatti, si è imposto agli organi di vertice della polizia un obbligo di *comunicazione preventiva* al pubblico ministero circa l’operazione sotto copertura da loro disposta (art. 9 comma 4), per una comunicazione che, non solo sistematicamente distinta da quell’obbligo di informazione “senza ritardo” circa le modalità, risultati e soggetti partecipanti all’operazione (art. 9 comma 7), pure si differenzia dalla stessa *preventiva autorizzazione* dell’autorità giudiziaria necessaria alla legittimità degli atti di indagine di investigazione passiva in materia di pedopornografia di cui all’art. 14, comma 1, della l. n. 269/1998. Da tutto ciò, in verità, ne consegue che, in via sistematica, l’inizio dell’investigazione speciale nella lotta alla corruzione, così come per quella al terrorismo, riciclaggio, stupefacenti, tratta di esseri umani, etc., si espone ad evidenti margini di iniziativa autonoma della polizia giudiziaria, che solo successivamente, ed in presenza di una disposizione della stessa da parte del superiore gerarchico, recupera il requisito di legittimazione convenzionale del dover essere assoggettata alla «previa autorizzazione dell’autorità giudiziaria»¹⁸¹.

Probabilmente in un settore così ‘peculiare’ come quello della lotta al mercimonio delle funzioni pubbliche, non di rado capace di influenzare anche gli equilibri politico-democratici che interessa, sarebbe stato più ragionevole riconoscere espressamente al magistrato inquirente, come del resto avviene nell’art. 14 appena sopra individuato, la disponibilità e il diretto coordinamento delle operazioni investigative speciali sin dalla loro fase embrionale. Infatti, il rischio che segue ad una tale distrazione operativa risulta altrimenti chiaro, e sembra rinvenirsi nel fatto che, ben oltre le ragioni storiche riconducibili alla distinzione tra servizi di polizia giudiziaria e sezioni di polizia giudiziaria, possano essere gli organi di polizia, sotto il controllo dell’esecutivo, a (non) selezionare discrezionalmente i possibili ‘indagati’, oggetto così di un inquietante (non) aggiramento della legalità¹⁸². La conseguenza di tutto ciò,

¹⁸¹ Per una analoga critica MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”*, cit., 260.

¹⁸² Infatti, qui mancherebbe anche quella delega preventiva alle indagini che, diversamente dalle sezioni di polizia giudiziaria, investe i servizi di polizia giudiziaria, costituiti presso i corpi di appartenenza e che pure per questo si caratterizzano per un minor grado di dipendenza funzionale dal p.m. in ragione della impersonalità dell’ufficio, il cui responsabile sceglierà l’ufficiale che condurrà le indagini, restando sotto la dipendenza organica del potere esecutivo, per una conseguenza chiara che sarà quest’ultimo,

poi, pure appare obbligata: contravvenendo ai *dicta* costantemente formulati dalla Corte di Strasburgo, secondo cui l'operazione sotto copertura è subordinata al necessario controllo su di essa da parte dell'autorità giudiziaria, si finisce per delegittimare il meccanismo di garanzia più appropriato in ossequio di procedure e protezioni normativamente dovute per la tutela di diritti individuali¹⁸³.

Nel riconoscere inevitabilmente un tale nodo – concernente la triangolazione dei rapporti tra organi di polizia che svolgono le indagini, organi di vertice dei corpi di polizia e organo di direzione delle investigazioni ex art. 327 c.p.p. –, la dottrina ha suggerito di scioglierlo *in action*¹⁸⁴, evincendo dallo stesso dettato dell'art. 9 che la decisione degli organi verticistici delle polizie «sia sospensivamente condizionata all'assenso quantomeno del pubblico ministero titolare delle indagini e, nell'eventualità, del diverso pubblico ministero competente in relazione al *locus commissi delicti*»¹⁸⁵.

Tuttavia, e pur volendo prescindere dai non trascurabili rischi riconducibili ad un'interpretazione *in malam partem*¹⁸⁶, appare evidente che le stesse ambiguità della disciplina nazionale *in parte qua*, collidenti con l'esigenza di una «*clear and foreseeable procedure*» autorizzativa delle misure investigative speciali ex art. 9 oggi in vigore¹⁸⁷, forniscono il presupposto decisivo per la presa d'atto di una chiara violazione di istanze di ragionevolezza interna¹⁸⁸. Infatti, il *tertium comparationis* è fornito proprio dalla stessa procedura disciplinata dall'art. 14 delle legge n. 269/98 che, riferendosi ad attività 'non provocatorie' di contrasto alla pedopornografia, ricomprende condotte esecutive di indagini astrattamente delittuose, ma giustificate *ex ante*, per quanto rigorosamente sottoposte e garantite, *in primis*, non da una mera comunicazione (art. 9), ma da una previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

diversamente da quanto avviene per la polizia giudiziaria alla dirette dipendenze del p.m., a decidere su mobilità e promozioni, maggiori approfondimenti in TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 129 ss.

¹⁸³ Cfr. MONGILLO, *op.ult.cit.*, 261 anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali

¹⁸⁴ Mediante il ricorso ad un'interpretazione convenzionalmente conforme, ad es. BALSAMO, SALEMME, *La criminalità organizzata transfrontaliera (narcotraffico). Cooperazione internazionale*, in A. BARGI (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, p. 119.

¹⁸⁵ In modo da salvaguardare così la fisiologia dei rapporti tra polizia giudiziaria che svolge le indagini e pubblico ministero che le dirige, inquadrando come atto meramente aggiuntivo l'autorizzazione degli organi di vertice della polizia giudiziaria, così MONGILLO, *op.ult.cit.* ivi

¹⁸⁶ A sicuro detrimento degli agenti infiltrati, cfr. AMARELLI, *Le operazioni*, cit., p. 183.

¹⁸⁷ Secondo quanto pure sostenuto da MONGILLO, *op.ult.cit.*, 262

¹⁸⁸ Per quanto pure richiesto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, per tutte *Vanyan v. Russia*, cit., § 46-47; *Khudobin v. Russia*, cit., § 135; *Ramanauskas v. Lithuania (No. 2)*, cit., § 57.

Ed una tale ultima affermazione risulta ancora più forte quando, nel nuovo art. 9, si assiste anche all'estensione delle operazioni "sotto copertura" a una tipologia di reati che, senza innestarsi necessariamente in un contesto associativo teso alla costante reiterazione di condotte configurabili anche come singola ipotesi di reato, finiscono per generare «*notevoli preoccupazioni pure sotto il profilo "etico" laddove siano gli organi dello Stato a offrire o comunque a generare l'occasione di delinquere*»¹⁸⁹.

Ecco perché, allora, calando la mobile disciplina delle attività sotto copertura all'interno della realtà e della specificità dei reati indagati - nel nostro caso quelli contro la pubblica amministrazione -, occorre eliminare il rischio a che la tecnica di indagine, trascurando la legittima finalità di tutela di valori solidaristici nell'acquisizione della prova in ordine a comportamenti criminosi già *in itinere*, sconfini nell'area contigua della provocazione 'coperta' al reato, come prevaricazione statale di chiara marca autoritaria, ed incapace di garantire la tutela delle prerogative inviolabili delle persone¹⁹⁰. Pertanto, è maturata sempre più la convinzione che la ricerca del fondamento di una legittima 'non provocazione' al reato in senso ampio per operazioni di indagine passiva sotto copertura debba trovare la sua *ratio* disciplinare nella necessità assicurata già a livello normativo di tenere distinta la figura dell'agente 'non provocatore' da quella dell'agente provocatore, riducendone chiaramente la distanza nei loro confini sostanziali¹⁹¹ e processuali¹⁹².

¹⁸⁹ Com'è stato osservato, «*in un sistema come quello configurato nelle operazioni undercover, dove già la succinta normativa presta il fianco a critiche in ordine alla mai del tutto sopita volontà di utilizzare un atto investigativo di indagine come strumento preventivo*, l'impiego di quest'ultimo per fenomeni non necessariamente riconducibili a stabili organizzazioni criminali pone innanzitutto il dilemma relativo al comprendere chi, come e perché sia stato individuato quale determinato soggetto destinatario di quella che parrebbe (tornare a essere) una forma di provocazione al delitto». secondo quanto pure rilevato da BARROCU, *DDL Anticorruzione*, cit., passim.

¹⁹⁰ Cfr. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo*, cit., 1282

¹⁹¹ Sul piano del diritto sostanziale, infatti, la stessa giurisprudenza di legittimità ha posto punti fermi in ordine alla distinzione tra le due figure appena sopra individuate. Infatti, per agente 'non provocatore' è da intendersi l'appartenente alle forze di polizia o il collaboratore che agisce in modo controllato nell'ambito di attività ufficiali di indagini autorizzate con finalità di osservazione e contenimento di attività criminose e che, in base a ragionevoli sospetti, si suppone che altri soggetti stiano per compiere. Per agente provocatore, invece, ci si riferisce a colui che, anche al di fuori di una indagine ufficialmente autorizzata, determina ovvero istiga altri soggetti alla commissione di reati i quali senza la sua azione non sarebbero stati commessi; cfr. Cass. pen., sez. III, 7 aprile 2011, n. 17199, con nota di VALLINI, *Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove*, cit., p. 1

¹⁹² Ma anche sul piano processuale, a ben vedere, la stessa distinzione si è tradotta nella rigorosa applicazione del principio secondo cui sarebbe contrario al diritto di ogni persona ad un equo processo ammettere un intervento di agenti provocatori come essenziale per la realizzazione del reato da parte di chi non fosse già in precedenza intenzionato a porlo in essere. E questo per due conseguenze inevitabili: da un lato, la responsabilità penale dell'agente provocatore e, dall'altra, l'inutilizzabilità della prova acquisi-

Ed allora, pur di fronte alla necessità di accertamento per fenomeni complessi che vedono ampliare sempre più il raggio di azione delle attività di indagine sotto copertura, si avverte forte l'esigenza di circoscriverne tassativamente lo spazio di legittimità investigativo nell'ambito di una disciplina "positivizzata" che, ben oltre un pur apprezzabile tentativo di razionalizzazione ermeneutica, abbia come precipuo scopo 'legale' quello di impedire a che l'intervento degli agenti *undercover* possa eccedere dalle finalità di accertamento di un illecito altrui per risolversi in forme di indagine attiva selettivamente arbitraria¹⁹³.

L'idea di una riforma della riforma del dato normativo sembra, a questo punto, farsi strada prepotentemente. Essa, nell'ambito di una prassi del resto non nuova nella legislazione di contrasto alla corruzione, deve caratterizzarsi per una disciplina che, nel considerare la specificità sostanziale dei reati contro la pubblica amministrazione oggetto di investigazione, sia in grado di rifuggire da pur sempre possibili strumentalizzazioni di indagini di altra natura. Solo così, allora, l'obiettivo di politica criminale sarà chiaro, e sarà raggiunto normativizzando in via rigorosamente pre-determinata le condizioni procedurali da porre a fondamento di quella prognosi ineccepibile con cui gli agenti 'non provocatori' in senso ampio opereranno nell'ambito di tecniche di investigazione passiva che, al riparo da possibili reflussi illiberali, vengano disposte non solo dove si abbia fondata ragione di ritenere che un'attività delittuosa è in corso di esecuzione, ma anche quando si presentino puntualmente ossequiose di quei principi probatori e di garanzia che informano un giusto processo¹⁹⁴.

Infatti, le operazioni sotto copertura, lontano da uno strumento ante o *praeter delictum*¹⁹⁵, presuppongono, e questo è chiaro anche nell'art. 9 della legge del 2006, un procedimento già avviato formalmente ovvero l'acquisizione di una notizia di reato in ordine ad uno dei delitti tassativamente indicati. Ma è proprio il ricorso alle garanzie di una ragionevole preventiva autorizzazione, in luogo di una mera comunicazione all'autorità giudiziaria di una disposizione di indagini che, a differenza dell'art. 9, solo nell'art. 14 della legge del 1998 riesce a riprodurre un più rigoroso modello legale che, nell'acquisizione di elementi di prova, porti la forte commistione tra prevenzione e investigazione a non scontare una connaturata fluidità aperta a minacciose manipolazioni

ta da parte di soggetti sottratti anche ad ogni dichiarazione con valore probatorio, per tutte Cass. pen., sez III, 9 aprile 2013, n.37805, CED 257675

¹⁹³ Portando a compimento l'indicazione di MASULLO, *op.ult.cit.*, 1283

¹⁹⁴ Cfr. UBIALI, *Presentato alla Camera il nuovo disegno di legge in materia di corruzione (c.d. 'spazza corrotti')*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 2 ottobre 2018, 1 ss.

¹⁹⁵ Cfr. SCAGLIONE, *Le attività investigative speciali della polizia giudiziaria previste dalla legge 16 marzo 2006 n. 146*, in *Studi in onore di M. Pisani*, Piacenza 2010, p. 759 s.

casistiche¹⁹⁶.

Ed è proprio per questo che il legislatore deve sentirsi chiamato a garantire il sistema da un allarmante sconfinamento in metodiche di indagine di tipo poliziesco. Queste ultime, sulla base della criticità registrata nel sistema delle segnalazioni ‘non istituzionali’ di illeciti altrui (*whistleblowing*) ovvero nell’autodenuncia di reati¹⁹⁷, verrebbero, infatti, ‘emotivamente’ legittimate proprio nell’ambito di strategie di contrasto al mercimonio delle funzioni pubbliche in cui i riscontrati problemi applicativo-operativi rafforzerebbero il ricorso verso attività sotto copertura ‘non convenzionali’. Esse, invocate in nome della lotta alla mera immoralità nell’esercizio di pubbliche funzioni, non mancherebbero poi di estendersi criticamente nella verifica di una (in)fedeltà (di oppositori politici) al sistema, fino a minare così quelle stesse garanzie di libere scelte d’azione che, nel rendere strumentalmente discrezionale l’esonero da responsabilità penale, porterebbero gli stessi ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria a manifestare non poche titubanze nell’assumere un ruolo particolarmente complesso di (non) provocatore in un settore di indagine molto peculiare.

Di fronte ad una tale possibile deriva sistematica, allora, la dottrina non ha fatto mancare il suo contributo individuando indici tipicamente rivelatori di una autentica attività di indagine da investigazione passiva, tanto da identificarli: ora in un corretto svolgimento di attività di mera osservazione e controllo posto in essere dall’agente sotto la sussistenza di una effettiva previa verifica da autorizzazione motivata dell’autorità giudiziaria sulle operazioni di indagine svolte nell’ambito dei limiti di una investigazione passiva; ora nell’esistenza di un *proporzionato* quadro indiziario sufficientemente delineato prima dell’intervento dell’agente *undercover*, e tale da scongiurare l’avvio di indagini preventive esposte a possibili strumentalizzazioni illiberali di chiara marca antidemocratica¹⁹⁸.

Quello della verifica di proporzionalità di un ordine di indagine, infatti, in ossequio all’art. 7 della legge n. 108 del 2017, mira a recuperare una sua cen-

¹⁹⁶ Una tale subdola distorsione, pertanto, può essere scongiurata solo attraverso il recupero della centralità di un controllo ragionevole, perché effettivamente previo, sulla attività di indagine sotto copertura da parte dell’autorità giudiziaria che, verificandone la idoneità a porsi a fondamento costitutivo di uno spazio di diritto libero, si inserisce in una ‘procedura’ da tenere al riparo da una sua possibile elusione per incapacità a contenere il rischio di abusi del potere investigativo particolarmente mobile in ragione della specificità delle fattispecie oggetto di indagine, e ciò specialmente a seguito della recente legge c.d. spazzacorrotti, e secondo quanto già paventato da DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit., p. 419

¹⁹⁷ Cfr. MONGILLO, *op.ult.cit.*, p. 258

¹⁹⁸ Per quanto pure lucidamente rilevato da CASSIBBA, *op.ult. cit.*, p. 209 ss.; MASULLO, *op.ult.cit.*, 128; DINACCI, *L’agente sotto copertura*, cit., 29 ss.

tralità anche nel sistema domestico delle investigazioni passive, e ciò in virtù di quanto già ragionevolmente disposto per la operatività di attività *undercover* estere o richieste dall'estero. Pertanto, si tratta di ricondurre, anche nel diritto interno, il sacrificio di diritti e libertà dell'imputato o dell'indagato ad una esecuzione giustificata da esigenze investigative o probatorie del caso concreto, ma solo se esse si iscrivono in uno standard che tenga conto anche della gravità dei reati per cui si procede e della pena prevista¹⁹⁹.

Dunque, se il requisito della proporzionalità non può essere pretermesso dal legislatore nella costruzione della fattispecie processuale, non può esserlo neppure dall'autorità giudiziaria nel momento della applicazione della legge²⁰⁰, dal momento che la proporzionalità assurge a regola di condotta nel compimento degli atti investigativi o probatori. Essa, esigendo effettivi e previ controlli da parte dell'autorità giudiziaria, come sembra avvenga nell'art. 14 del 1998 più che nell'art. 9 del 2006, diventa presupposto necessario al fine di evitare che, per le stesse garanzie minime, la scelta dell'agente sotto copertura possa essere rimessa alla possibile discrezionalità degli organi di polizia, anche di vertice, secondo una profilassi pronta a trasmodare in arbitrio²⁰¹. E per scongiurare una tale allarmante interferenza con le attività di indagine in corso è proprio il requisito della proporzionalità ad ergersi a baluardo contro la discrezionalità investigativa degli organi inquirenti, richiamandosi, poi, a due ulteriori limiti progressivi: a) quello della sussidiarietà²⁰²; b) e quello della necessità dell'impiego di attività sotto copertura²⁰³.

¹⁹⁹ Spetta allo Stato, pertanto, individuare un punto di equilibrio tra un diritto inviolabile e i presupposti che fondano una ingerenza pubblica nello stesso, per quanto si tratti di contrastare fenomeni particolarmente pervasivi, così per tutti BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.* 2018, p. 406 ss.

²⁰⁰ Infatti, il giudizio di proporzionalità si articola in tre tappe capaci di garantire a che il mezzo investigativo o probatorio, regolato dalla legge secondo canoni di determinatezza, sia astrattamente idoneo, pur nella lesione di un diritto fondamentale ad assicurare la realizzazione dello scopo, comprimendo nella misura minore il diritto fondamentale di volta in volta in gioco ed ispirato al canone della proporzionalità, in senso astratto, tra sacrificio imposto e fine perseguito, senza giungere mai alla compressione in maniera intollerabile del diritto coinvolto, cfr. CASSIBBA, *op.ult.cit.*, p. 211 s. in nota (con ampi riferimenti bibliografici).

²⁰¹ Condividendo l'assunto di CASSIBBA, *op.ult.cit.*, p. 212

²⁰² Perché l'attività sotto copertura non costituisca la prima risorsa investigativa per la raccolta di elementi di prova sulla base di un vaglio preceduto da un' autorizzazione al relativo svolgimento che metta al bando ogni automatismo tra oggetto del procedimento penale ed impiego dell'agente sotto copertura, preferendo l'adozione di un mezzo di ricerca della prova assoggettato non solo all'autorizzazione del p.m., ma anche a forme di controllo del g.i.p, quale organo di garanzia di diritti fondamentali compresi dalle indagini, riprendendo la rigorosa ricostruzione di CASSIBBA, *op.ult.cit.*, 212

²⁰³ Per cui il p.m. è chiamato a delineare con sufficiente precisione le condotte consentite dall'agente sotto copertura, e seppure esse si snodano nelle prime battute procedurali, ciò non implica che

Sono, dunque, proprio questi ultimi due limiti che, per attività sotto copertura ovvero di contrasto poste in essere secondo modalità esecutive astrattamente riconducibili a tipi delittuosi, impongono di omologare sistematicamente, ed anche in ragione della specificità dei delitti oggetto di indagine, la struttura della causa di giustificazione ‘speciale’, quella di cui all’attuale art. 9 del 2006, a quella più rispondente al modello di una scriminante procedurale²⁰⁴ che, in termini di legalità definita, assuma a riferimento la fattispecie di eccezione di cui allo stesso art. 14 della legge n. 269 del 1998. Quest’ultima, infatti, proprio perché maggiormente rispondente a quelle condizioni pre-determinate per legge in grado di fornire un decisivo contributo a limitare dall’esterno una mobile attività di provocazione ‘coperta’ al reato, sarà capace di preservare la finalità tipica di protezione solidaristica di valori se solo si completerà con un rigoroso rispetto di quelle esigenze di proporzione, sussidiarietà e necessità di un’indagine passiva che, autorizzata in via previa da un’autorità giudiziaria imparziale, solo così sarà rivolta ad assicurare un’esclusiva assunzione probatoria in relazione ad una attività criminale già in corso. Ed una tale proposta di ristrutturazione normativa farà, inoltre, da sicuro argine a quelle attività provocatorie di indagine, così come sopra delineate, garantendole così da due ulteriori limiti invalicabili: l’inammissibilità assoluta di tecniche di investigazione che si risolvano in vere e proprie induzioni etico-politiche al crimine; la esclusiva realizzazione di condotte coincidenti con quelle espressamente tipizzate dal legislatore o ad esse strettamente connesse in quanto strumentali e

possano sfuggire alla direzione del p.m. stesso, e neppure che ne possa essere aggirata la procedimentalizzazione. La portata generale dell’art. 9 della legge 146/2006, quando prescinde dalle attività di controllo di cui al comma 7, non riesce a scongiurare il rischio che l’attività dell’agente sotto copertura sconfini in condotte vietate, laddove con riferimento al comma 1 la norma non sembra idonea allo scopo, proprio per la vaghezza della previsione con cui legittimerebbe condotte della polizia prodromiche e strumentali a quelle scriminate. Pertanto, la predisposizione di condotte vincolanti da parte del p.m. per gli organi della p.g. sarebbe imprescindibile non solo per scongiurare l’arbitrio degli operanti, ma anche per l’impiego dibattimentale degli elementi di prova raccolti, e ciò per rimediare alla lacunosità dell’art. 9, non avendo il legislatore individuato sanzioni processuali destinate a scattare a seguito della relativa violazione, consentendone così un recupero ex art. 210 c.p.p., anche se la giurisprudenza riconosce che l’elusione dell’art. 9 comporta l’inutilizzabilità degli elementi di prova raccolti. La predisposizione del p.m. di un protocollo investigativo vincolante nel corso di operazioni sotto copertura costituirà, allora, ineludibile parametro per la sua verifica in contraddittorio a fronte della doglianza dell’imputato, per induzioni e provocazioni illecite da parte degli organi pubblici; del resto anche a fronte della espansione delle operazioni sotto copertura, alla stregua della legge n. 3 del 2019, pure non mancherà di verificare il ricorso incentivato all’impiego della testimonianza anonima, comunque non meccanicisticamente in quanto filtrata da una tutela rigorosa dell’equità processuale ex art. 6 CEDU, cfr. CASSIBBA, *op.ult.cit.*, pp. 213 - 214 anche per gli opportuni rinvii bibliografici

²⁰⁴ Da ultimo esplicitamente MASULLO, *op.ult.cit.*, 1287

dichiarate come non punibili²⁰⁵.

5. *Facit*. Se è vero che, alla luce di tutto quanto sopra, la mobilità di confini che caratterizza una attività di indagine passiva può essere influenzata dalla specificità dei reati oggetto di investigazione, è anche vero che da un tale assunto ne può conseguire il rischio di una possibile estensione investigativa in discutibili forme di provocazione ‘coperta’ come strumento di derive autoritarie pur sempre in agguato. Non vi è chi non veda, allora, come una tale indubbia affermazione può rivelare tutta la sua criticità qualora risulti destinata a verificare la compatibilità strutturale tra una peculiare metodologia di accertamento probatorio ed i reati che ne costituiscono il presupposto. Infatti, quando una indeterminata opzione normativo-autorizzativa di atti di indagine, tesa alla tipizzazione di condotte proceduralmente scriminabili, non è in grado di escludere l'emersione di allarmanti aporie sistematiche, è perché risulta incapace di garantire la tutela di valori secondo regole di ragionevole proporzione probatoria. E tutto ciò avviene sicuramente ogni volta in cui, nella verifica di standard prognostici necessari ad avviare un'attività *undercover*, si registra una disciplina che, chiaramente inidonea a porsi al riparo da provocazioni ‘coperte’ non punibili, si caratterizza per la compressione di diritti fondamentali non adeguatamente bilanciati dalle esigenze solidaristiche di un diritto penale vicino alle ragioni dell'uomo. Pertanto, quando oggetto di indagine diventano proprio quei reati contro la pubblica amministrazione in cui, a differenza di quanto avviene in altri settori criminali interessati dalle tecniche di indagine investigativa qui oggetto di studio, pure si registrano condotte pregresse e suscettibili di essere tipizzate in via autonoma rispetto all'intervento dell'agente ‘non provocatore’²⁰⁶, è facile comprendere come possa diventare arduo stabilire con sufficiente affidabilità probatoria se l'indagato, in assenza di una trama illecita altrui ovvero senza la sollecitazione dell'operante, abbia preso parte all'accordo corruttivo.

Ed allora, proprio in ragione di una tale premessa, risulta più facile comprendere come il nuovo art. 9 del 2006 si presta alla consacrazione normativa di una subdola aleatorietà disciplinare legata evidentemente alla ampiezza delle condotte di indagine suscettibili di essere scriminate. Infatti, in tale ultima norma la mobile estensione della non punibilità anche ad attività prodromi-

²⁰⁵ Così MASULLO, *op.ult.cit.*, 1284

²⁰⁶ Si pensi alla promessa e dazione di denaro o altra utilità non induttive ex art. 9, ben oltre l'analogia con la detenzione di materiale pedopornografico ex art. 14 della legge del 1998.

che e strumentali rispetto a quelle espressamente tipizzate²⁰⁷, unitamente alla consumazione anticipata di talune fattispecie di corruzione, rende effettivo il rischio che l'agente sotto copertura si trasformi *in concreto* in agente provocatore o comunque sia in grado di agevolare l'intervento di altri soggetti istigatori di una condotta corruttiva. Del resto, una tale affermazione non tarda a rinvenire il suo conseguente conforto sistematico anche nell'art. 322 bis c.p., che pure finisce per rafforzare ulteriormente l'ampliamento dei tratti identitari dell'istituto della mera provocazione al reato, soprattutto attraverso l'inclusione della fattispecie di istigazione alla corruzione tra i reati per cui è ammessa la strumentalizzazione di equivoche operazioni sotto copertura. E ciò secondo una scelta legislativa che, nell'accrescere ancora le potenzialità investigative, rende un tale istituto una impropria modalità selettiva orientata all'autore nel verificare, sul piano etico, la corruttibilità e, sul piano politico, la (in)fedeltà del pubblico funzionario al potere. Pertanto, se l'art. 322 c.p. punisce in via autonoma tentativi unilaterali di corruzione, ossia ricerche di accordi non riusciti per la mancata accettazione altrui²⁰⁸, appare quanto mai necessario affidare, già al piano normativo, il *discrimen* tra attività investigativa vietata e attività consentita, vale a dire la sottile linea di confine che separa un atto di indagine qualificabile come determinazione-istigazione al reato, riconducibile all'agente provocatore, da quello inquadrabile in una condotta 'legale' di 'non provocazione' in senso ampio²⁰⁹.

Dunque, in ossequio a regole di ragionevolezza sistematica, e nel solco di un pur apprezzabile tentativo di razionalizzazione ermeneutica, si tratta di mettere mano ad una riforma della riforma della più recente normativa delle attività undercover. Essa affiderà la non punibilità dell'agente 'non provocatore' ad una disciplina differenziata di condotte di partecipazione che, nell'integrare modalità esecutive di (co)autoria riconducibili ad astratti tipi delittuosi, vengano neutralizzate nella loro precettività penale in virtù di quelle condizioni pre-determinate per legge (autorizzazione, proporzione, sussidiarietà e necessità probatoria) le quali, integrando la struttura di una fattispecie di eccezione sulla base di quella di cui all'art. 14 della legge n.269 del 1998, si rivelino più

²⁰⁷ Denuncia sul punto una eccessiva discrezionalità ermeneutica AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., 185

²⁰⁸ Per tutti cfr. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali, Commentario sistematico*, Milano 2019, p. 300

²⁰⁹ Quest'ultima, solo per il tramite della plausibilità di attività di indagine strumentali alla tutela di valori solidaristici, può rientrare sul piano astratto tra quelle giustificabili in quanto proprie dell'agente sotto copertura, cfr. MASULLO, *op.ult.cit.*, 1287.

fedelmente rispondenti al modello proprio di una scriminante procedurale²¹⁰. Lontana da una possibile trasfigurazione della licitizzazione di attività di provocazione ‘coperta’ in una autoritaria scriminante penale d’autore per forme ambigue di atti di indagine di “investigazione attiva”, infatti, una tale valutazione di non antiggiuridicità saprà scongiurare forme inquietanti di selettività arbitraria del penalmente rilevante se solo si porrà a garanzia della legittimazione democratica di attività di indagine sotto copertura. E ciò in nome di condotte di aggressione/provocazione proceduralmente “non vietate” per cui, con il recupero della teoria del reato alla teoria del concorso, sarà possibile in via differenziata riservare la non punibilità ad atti coperti di indagine che, per quanto previamente autorizzati, sussidiari, necessari e proporzionati, si muoveranno pur sempre all’interno di un *iter criminis* in atto e, pertanto, nell’ambito di un procedimento penale già avviato²¹¹.

A completamento della oggettiva atipicità concorsuale di atti di indagine di non provocazione in senso stretto, da riferire a condotte di partecipazione mediante ausilio esecutivo posto al di fuori dalle fattispecie incriminatrici di parte speciale, la scriminante procedurale, infine, saprà anche contribuire, in via politico-criminale, ad allontanare definitivamente il sistema penale complessivo:

sul terreno del rito, da nuove ed allarmanti tentazioni verso ulteriori binari processuali differenziati ed orientati al nemico-non persona²¹². Infatti, in virtù della sovrapposizione di strumenti di indagine pur sempre lesivi di diritti fondamentali dell’individuo, si tratterà, nell’ambito di forme subdole di provocazioni ‘coperte’ ed investigazioni preventive, di scongiurare, così, la strumentalizzazione di atti di indagine a c.d. doppia valenza. In essi, ben oltre una discutibile assimilazione della lotta alla corruzione con la lotta alla criminalità organizzata, il rischio è quello di assistere alla esaltazione, non della tutela di valori solidaristici, ma di regimi probatori che, calibrati sul titolo di reato per cui si procede²¹³, e per come qualificati dal p.m. o dalla p.g., verrebbero favoriti da una significativa proliferazione di fonti *soft law* giustificata dalla scaden-

²¹⁰ Per una politica criminale dell’ermeneutica tesa ad una tale valorizzazione dommatica cfr. MASULLO, *op.ult.cit.*, p. 1287

²¹¹ E tale momento può indentificarsi con la acquisizione della notitia criminis, così IELO, *L’agente sotto copertura*, cit., 3

²¹² Così CRIFFO, *Il trojan e le derive del terzo binario*, cit., passim; PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2019, 10.

²¹³ Più ampiamente sul tema cfr. AMODIO, *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, in *Ind. pen.*, 2003, 7 ss.; ID., *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, 1419 ss.

te produzione di fattispecie legali;
sul piano sostanziale, da possibili derive autoritarie che, esaltate da meccanismi di aggiramento della legalità e della uguaglianza, solo nel rigoroso rispetto di esigenze di riserva di legge troveranno un argine democratico in grado così di portare a compimento quel modello di fattispecie di eccezione di cui all'art. 14 della legge n.269 del 1998, ancorandolo ragionevolmente a verifiche pubblicistiche di legittimazione *ex ante* su cui fondare il privilegio di una ineccepibile prognosi statale. Quest'ultima, per quanto riferibile ad uno standard probatorio da cui origina lo strumento investigativo fortemente rispettoso delle condizioni appena sopra richiamate, sarà così in grado non solo di opporsi ad una arbitraria espansione incontrollata delle operazioni di indagine sotto copertura, ma anche di ridurre il rischio solidaristico di una loro illiceità penale. E ciò mediante un effettivo controllo autorizzativo motivato da parte dell'autorità giudiziaria che in via previa, sulle operazioni di una polizia adeguatamente formata²¹⁴, agirebbe, ai fini dell'osservanza di presupposti facoltizzanti di indagine²¹⁵, come migliore garanzia per la (e dalla anti)democraticità del sistema nella stretta osservanza di quegli ulteriori parametri che, normativamente pre-determinati, sapranno rendere razionalmente conformi al diritto condotte pur sempre lesive della sfera di libertà individuali, ma prive di conseguenze giuridiche sanzionatorie in quanto operanti in uno spazio di diritto libero perché solo così funzionali alla tutela di ulteriori valori fondamentali.

²¹⁴ Cfr. CASSIBBA, *L'espansione delle operazioni sotto copertura*, cit., p. 206 ss.

²¹⁵ Seguendo la lucida indicazione di PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., p. 315