

L'AGENTE SOTTO COPERTURA IN MATERIA DI DELITTI CONTRO LA PUBBLICAZIONE
AMMINISTRAZIONE: UNA (IN)ATTESA RIFORMA.
NOTE A MARGINE DELLA LEGGE "SPAZZA-CORROTTI"

di

Anna Francesca Masiero

(Dottoranda di ricerca in Diritto Penale, Università di Ferrara)

SOMMARIO: 1. Brevi cenni introduttivi. – 2. La lotta al fenomeno corruttivo: l'esigenza di una risposta articolata. – 3. La figura dell'infiltrato ed il suo confuso affrancarsi dall'agente provocatore. – 4. La normativizzazione dell'infiltrato nel panorama nazionale. – 5. La parola alla giurisprudenza: il veto sulla provocazione. – 6. L'infiltrato nella P.A. tra conferme e novità: l'origine del dibattito. – 6.1. a) la tecnica legislativa. – 6.2. b) i soggetti legittimati. – 6.3. c) le condotte scriminate. – 7. Conclusioni.

1. In data 18 dicembre 2018 il ddl "Spazza-corrotti" è stato approvato in via definitiva¹, suscitando una considerevole eco mediatica.

La riforma in parola, lungi dall'interessare – come in prima battuta annunciato – solo la materia di reati contro la P.A., ha notevolmente esteso la sua portata applicativa rispetto al progetto originario. Difatti, spaziando dalla parte speciale alla parte generale del codice penale (ed incidendo financo sul codice di rito e su svariate leggi complementari), la novella 9 gennaio 2019 n. 3² ha realizzato un intricato *collage* di interventi normativi aventi ad oggetto istituti assai eterogenei³.

In particolare, in questa sede verrà vagliata l'opportunità dell'estensione della tecnica investigativa speciale delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la P.A.: estensione resa necessaria, a detta del "governo del cambiamento", dalle crescenti difficoltà probatorie connesse a tale tipologia criminosa.

Segnatamente, su tale profilo è intervenuto l'art. 8 della neonata legge⁴, inserendo i delitti previsti dagli artt. 318, 319, 319^{ter}, 319-*quater*, comma 1, 320, 321, 322, 322-*bis*,

¹ Il ddl "Spazza-corrotti" (ddl 1189/2018), recante "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici", è stato presentato il 24 settembre 2018 dal Ministro Bonafede.

² Promulgata il 9 gennaio 2019, essa è entrata in vigore il 31 gennaio scorso (eccezion fatta per le disposizioni in tema di prescrizione del reato, la cui entrata in vigore è posticipata all'1.1.2020).

³ Nell'attesa di un commento organico dell'intera riforma, si vedano G.L. Gatta, *Riforme della corruzione e della prescrizione del reato: il punto sulla situazione, in attesa dell'imminente approvazione definitiva*, in www.penalecontemporaneo.it, 17.12.2018; M.C. Ubiali, *Presentato alla Camera il nuovo disegno di legge in materia di corruzione (c.d. 'Spazza Corrotti')*, in www.penalecontemporaneo.it, 2.10.2018.

⁴ Si riporta di seguito il testo dell'articolo 8 - *Modifiche all'art. 9, co. 1, della l. 16 marzo 2006, n. 146, lett.*

346-bis, 353, 353-bis Cp (ma anche dagli artt. 453, 454, 455, 460, 461 Cp) all'interno del catalogo di cui all'art. 9 l. 16 marzo 2006, n. 146. Quest'ultima norma, elaborata dal legislatore italiano in sede di ratifica della Convenzione di Palermo⁵ e successivamente ampliato in misura significativa dal Piano straordinario contro le mafie⁶, riporta un elenco tassativo delle fattispecie per accertare le quali è possibile ricorrere ad un *undercover agent*⁷. All'allargamento dell'elenco è corrisposto, inoltre, un adeguamento delle condotte in cui si realizza l'infiltrazione, tra cui compaiono oggi anche quelle tipizzanti lo schema corruttivo: le quali, come si vedrà nel prosieguo, risultano solo in parte compatibili con la tecnica dell'infiltrazione.

Ed ora, prima di entrare *in medias res*, alcune premesse di più ampio respiro.

2. «Quello corruttivo – in senso lato inteso – è un fenomeno endemico che attanaglia il nostro Paese in misura consistente, alimentando i mercati illegali, distorcendo la concorrenza e producendo alla collettività costi elevatissimi, sia in

a).

All'art. 9, co. 1, della l. 16 marzo 2006, n. 146, la lett. a) è sostituita dalla seguente:

« a) gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia, nei limiti delle proprie competenze, i quali, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquistare elementi di prova in ordine ai delitti previsti dagli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 452-quater-decies, 453, 454, 455, 460, 461, 473, 474, 629, 630, 644, 648-bis e 648-ter, nonché nel libro secondo, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale, ai delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi, ai delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulle condizioni dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1988, n. 286, nonché ai delitti previsti dal testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e dall'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75, anche per interposta persona, danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro o altra utilità, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto, prezzo o mezzo per commettere il reato o ne accettano l'offerta o la promessa o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego ovvero corrispondono denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, promettono o danno denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerarlo o compiono attività prodromiche o strumentali ».

⁵ Convenzione ONU contro la criminalità organizzata transnazionale, adottata a Palermo nel 2000 e ratificata in Italia con l. 16 marzo 2016, n. 146.

⁶ L. 13 agosto 2010, n. 136.

⁷ Questo elenco, d'ora in avanti denominato "il catalogo", annovera tassativamente non solo le fattispecie in relazione alle quali la tecnica è esperibile, bensì al contempo le condotte scriminate ed i soggetti legittimati a compierle, si veda *infra sub* nt. 29.

termini strettamente economici che sociali»⁸. Queste le parole del Ministro Bonafede in apertura alla relazione di accompagnamento del ddl, dalla quale traspare una percezione adeguata – e, anzi, forse addirittura leggermente sovradimensionata⁹ – rispetto alla reale portata del problema.

D'altronde, come noto, la lotta alla corruzione rappresenta uno dei principali obiettivi della politica criminale globale e gli Stati ricevono sempre più frequentemente sollecitazioni ad intervenire in questo settore: ne è la riprova la disciplina domestica in materia di delitti contro la P.A., la quale è stata oggetto di numerose (e forse fin troppe) revisioni in tempi recenti¹⁰.

In questo affollato scenario, in cui fonti di vario genere si fanno espressione di istanze tanto repressive quanto preventive, si avverte sempre più l'esigenza di elaborare strategie articolate di contrasto al fenomeno corruttivo; nell'auspicio, inoltre, che un approccio integrato tra dette istanze rappresenti una scelta di politica criminale vincente.

Pertanto, al dichiarato fine di apprestare una tutela che si connoti per la sua effettività, in quest'ultima occasione di riforma il legislatore italiano ha imboccato una duplice strada. La prima opera sul piano sostanziale, nell'ottica dell'estensione dell'ambito di applicazione di alcune fattispecie corruttive e dell'inasprimento di sanzioni principali ed accessorie¹¹; la seconda incide sul regime di procedibilità e sulle tecniche investigative, con il proposito di rendere più agevole l'accertamento di un folto numero di reati contro la P.A.¹².

⁸ Così la relazione di accompagnamento al ddl, Camera dei deputati n. 1189 – Disegno di legge 24 settembre 2018, Relazione, 1.

⁹ T. Padovani, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in www.archiviopenale.it, 2018 (3), 4.

¹⁰ Per una ricostruzione delle recenti riforme in materia si veda S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Dei delitti contro la pubblica amministrazione, delitti di corruzione e cornice europea*, Bologna 2015.

¹¹ *Per quanto concerne il piano sostanziale*, si segnalano gli interventi di inasprimento delle pene principali per i delitti di corruzione dell'esercizio della funzione e del traffico di influenze illecite di cui, rispettivamente, agli artt. 318 e 346-bis Cp; l'ampliamento dell'ambito applicativo dei delitti di corruzione internazionale dei pubblici agenti di cui all'art. 322-bis Cp; l'aggravamento delle sanzioni accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione, sia mediante la modifica dei presupposti applicativi e dell'entità della sanzione, sia mediante la modifica della disciplina di alcuni effetti, quali la sospensione condizionale della pena, la riabilitazione e l'accesso ai benefici previsti dall'ordinamento penitenziario. Ancora: l'aggravamento delle sanzioni interdittive di cui all'articolo 25, co. 5 del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 in relazione ai delitti di concussione (art. 317 Cp), induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-*quater* Cp) e corruzione (art. 318 Cp) e la rimodulazione dei criteri di determinazione, in chiave afflittiva, della riparazione pecuniaria di cui all'art. 322-*quater* Cp.

¹² *Per quanto concerne invece il piano processuale-investigativo*, tra i principali interventi si annoverano inoltre la modifica al regime di procedibilità per i delitti di corruzione tra privati e di istigazione alla corruzione tra privati contenute negli artt. 2635 e 2635-bis Cc, divenuti perseguibili d'ufficio; l'estensione dei poteri di accertamento del giudice dell'impugnazione, a fronte dell'estinzione del reato per

A cavaliere tra i due percorsi si innesta, infine, la linea tratteggiata della premialità, giacché la “Spazza-corrotti” introduce una nuova causa di non punibilità, operante per gran parte dei delitti del titolo secondo, in caso di delazione del reo¹³. Quest'ultimo intervento premiale, la cui efficacia è neutralizzata in presenza di *undercover operations*¹⁴, contribuisce peraltro a realizzare quel connubio tra profili di natura sostanziale e processuale che connota le moderne forme di collaborazione con la giustizia¹⁵, le quali assumono sempre più i caratteri di strategie differenziate e, come tali, derogatorie rispetto alla disciplina ordinaria.

3. È necessario, a questo punto, soffermarsi sulla figura dell'agente sotto copertura o, come più comunemente detto, “infiltrato”: figura la cui storia è quella di un confuso ma inevitabile affrancarsi da quella dell'agente provocatore.

L'evoluzione legislativa della tecnica delle operazioni sotto copertura prende difatti le mosse dall'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale della figura dell'agente provocatore: la quale, per le ragioni che ci si appresta ad esporre, ha fin da subito indotto a riflettere su soluzioni di infiltrazione nel gruppo criminale meno costose in termini di garanzie e rispetto dei principi punitivi.

L'agente provocatore, importato dalla dottrina tedesca di fine Ottocento, è stato tradizionalmente inquadrato come concorrente morale nel reato, il cui contributo consiste in una particolare forma di istigazione alla commissione dello stesso¹⁶. Il fine da questi perseguito, che si tratti di funzionario di polizia o di privato cittadino, è quello di far cogliere in flagranza gli autori dei reati ed assicurarli alla giustizia¹⁷, scardinando così dall'interno l'associazione criminale: pertanto, sin dalle origini, si è trattato di comprendere se detto fine fosse idoneo o meno a neutralizzare la rilevanza penale di una condotta che si qualificava pur sempre come istigatrice¹⁸.

amnistia o prescrizione, ai fini della decisione sulla confisca di cui all'art. 322-ter; l'introduzione della tecnica investigativa speciale delle operazioni sotto copertura nel contrasto ai reati contro la pubblica amministrazione.

¹³ T. Padovani, *op. cit.*, 6 ss.

¹⁴ Vedi *infra sub par.* 6.3.

¹⁵ In merito all'approccio “integrato” per cui ha optato il legislatore si veda A. Camon, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in www.archiviopenale.it, 2018 (3), in particolare 1-3.

¹⁶ Già il Carrara, nel suo Programma del corso di diritto criminale, definiva l'agente provocatore un tipo di istigatore che determina altri a commettere il delitto, “non perché abbia interesse nella consumazione di quel delitto, o nimistà contro la vittima designata; ma perché invece ha interesse che il delitto o si commetta o si tenti al fine che ne avvenga male allo stesso istigato”, F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Parte speciale³, Lucca 1875, vol. II, 471.

¹⁷ Per la definizione di agente provocatore ed i diversi fini della provocazione si veda C. De Maglie, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Milano 1991, 200; 205 ss.

¹⁸ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁷, Bologna 2014, 532 s.

La figura in parola, dunque, ha imposto un duplice gravoso sforzo: da un lato, quello dell'individuazione di una sua corretta collocazione sistematica e, dall'altro lato, quello della scriminabilità o meno dei comportamenti da questa posti in essere.

Quanto al primo profilo, se la dottrina italiana di inizio Novecento si è mossa per lo più nel solco della tradizione, aderendo all'inquadramento proposto dagli esponenti della Scuola classica – secondo i quali l'agente provocatore è un partecipante morale nel reato e come tale punibile –, il dibattito si è fatto successivamente più variegato, divenendo costellato di posizioni dommatico-interpretative assai numerose¹⁹. Contemporaneamente, «[accortasi] la giurisprudenza dell'esistenza dell'agente provocatore come nozione giuridica e come problema politico-criminale»²⁰, è anche avvenuta una selezione di alcuni peculiari tipi di agente provocatore (quali il *fictus emptor* e la finta vittima)²¹ in relazione ad altrettanti peculiari tipi delittuosi (i c.d. reati-contratto ed i delitti di relazione): ciò ha contribuito a determinare quella che è stata definita una vera e propria polverizzazione della figura²².

Quanto al secondo profilo, invece, sono emerse soluzioni assai eterogenee, operanti sul piano della colpevolezza, su quello della tipicità ed, infine, anche su quello dell'antigiuridicità²³. Tra queste, l'ultima era apparsa maggiormente convincente alla giurisprudenza stessa²⁴, la quale, nelle prime applicazioni della figura in parola – per lo più in contesti legati all'agire di associazioni criminali²⁵ –, era ricorsa alla causa di giustificazione di cui all'art. 51 Cp per scriminare la condotta provocatoria.

Questa soluzione presentava, d'altra parte, indubbi vantaggi, poiché consentiva una diversificazione di trattamento tra provocatore e provocato, mandando esente da pena il primo in virtù dell'adempimento di un dovere o dell'esecuzione di un ordine legittimo.

Tuttavia, il ricorso alla suddetta scriminante si prestava anche a condivisibili critiche: in primo luogo, per una ragione di opportunità e di coerenza del sistema, in quanto appariva quantomeno legittimo dubitare del reale valore scriminante di un ordine dell'autorità manifestamente illegittimo; in secondo luogo, in quanto l'art. 51 Cp si presentava come una norma penale in bianco, da integrare attraverso il rinvio ad altra norma dell'ordinamento.

¹⁹ C. De Maglie, *op. cit.*, 213 ss.

²⁰ C. De Maglie, *op. cit.*, 214.

²¹ F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁶, Torino 2016, 516.

²² C. De Maglie, *op. cit.*, 240 ss.

²³ Per una ricostruzione di detti orientamenti, volendo, cfr. A.F. Masiero, *Profili sostanziali delle operazioni sotto copertura in materia di criminalità organizzata: prospettive nazionali ed europee*, in questa *Rivista*, 28.9.2018, 5 ss.

²⁴ C. De Maglie, *op. cit.*, 319 ss.

²⁵ In particolare dedite al traffico di sostanze stupefacenti, cfr. Cass. 23.5.1972, in *CED Cass*, m. 08266.

In merito alla prima critica, in verità, né il legislatore né la giurisprudenza sembravano aver colto pienamente la portata del problema: e, per di più, un residuale rinvio all'art. 51 Cp – sotto forma, beninteso, di clausola di salvezza – fa ancora oggi capolino dal testo stesso della l. 16 marzo 2006 n. 146²⁶.

In merito alla seconda critica, invece, la norma di copertura è stata unanimemente individuata nell'art. 55 Cpp²⁷, il quale, fissando i cd. “poteri-doveri” della polizia giudiziaria, ha tuttavia spinto la dottrina ad interrogarsi sull'esistenza di limiti in merito all'operato dell'agente provocatore.

In particolare, si è sostenuto che la polizia giudiziaria disponga solo di poteri inibitori e che, pertanto, pur all'invocato fine di assicurare il provocato alla giustizia, la sua attività non possa travalicare le attività di osservazione, contenimento e controllo dell'altrui attività illecita. Diversamente, un'attività di effettiva istigazione alla commissione del reato non sarebbe scriminabile ai sensi dell'art. 51 Cp, in quanto si qualificherebbe a tutti gli effetti come un contributo concorsuale sanzionabile a norma dell'art. 110 Cp. Medesimo ragionamento si deve applicare all'operato del privato che collabora con la giustizia eseguendo un ordine dell'autorità: anche (*rectius*, a maggior ragione) questi non può travalicare i suddetti limiti, non dovendo assumere la sua condotta efficacia causale alcuna con riferimento all'*iter criminis*.

Siffatti rilievi, tra l'altro, hanno indotto anche la giurisprudenza a riconoscere i confini entro i quali l'attività del funzionario di polizia operante come *undercover* dovesse esplicarsi: come meglio si vedrà in seguito, infatti, nelle pronunce in *subiecta materia* è emerso come l'intervento di tali soggetti dovesse qualificarsi come passivo, ossia esclusivamente finalizzato alla raccolta di prove.

Pertanto, la rigida perimetrazione dell'attività provocatoria (operata, come si è visto, sia in dottrina che in giurisprudenza) ha suscitato non poche perplessità in merito all'effettiva funzionalità del ricorso alla causa di giustificazione di cui all'art. 51 Cp e così, dopo tale fallimentare esordio, la figura dell'agente provocatore ha ceduto il passo a quella dell'infiltrato, i limiti delle cui azioni sono stati più proficuamente fissati dallo stesso legislatore.

²⁶ L'orientamento oggi dominante in giurisprudenza ravvisa il criterio risolutivo sul piano del dolo: l'agente provocatore deve essere punito come concorrente se egli ha davvero voluto l'evento criminoso, o ne ha accettato il rischio, mentre va esente da pena per mancanza di dolo se egli ha agito con la precisa convinzione che il reato non si sarebbe consumato, non accettandone nemmeno il rischio. Avendo inoltre agito col solo dolo di tentativo, e non con quello di consumazione, l'agente provocatore non è punibile neppure a titolo di delitto tentato, ma rimane salva la possibilità di sanzionarlo per il reato eventualmente verificatosi, se ne esistono gli estremi, a titolo di colpa; cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*¹⁰, Padova 2017, 524.

²⁷ Norma che, tra le funzioni della polizia giudiziaria, annovera il «prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale».

4. A partire dall'ultimo decennio del secolo scorso si è registrata la tendenza a regolamentare la figura dell'infiltrato in settori della criminalità ritenuti di particolare allarme sociale. Tra questi settori, il primo a dare cittadinanza alla figura dell'agente infiltrato è stato quello degli stupefacenti: l'art. 97 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, introducendo una causa di giustificazione a carattere speciale destinata ad affiancare quella comune dell'adempimento del dovere²⁸, ha espressamente scriminato le condotte connesse al traffico di tali sostanze, ossia l'acquisizione, la ricezione, la sostituzione e l'occultamento, nonché le condotte prodromiche o strumentali a queste²⁹.

Così, sull'onda dell'emergenza del momento, le *undercover operations* hanno preso piede in ambiti anche molto lontani da quello originario, ma pur sempre connotati dall'agire in forma prevalentemente associata. L'elenco completo delle fattispecie in relazione alle quali dette operazioni sono esperibili è contenuto nella l. 16 marzo 2006, n. 146³⁰, primo (e per certi versi mal riuscito)³¹ tentativo di *reductio ad*

²⁸ In questi termini si esprime D. Vicoli, M. Biral, *La disciplina delle indagini sotto copertura tra esigenze di accertamento e limiti di utilizzabilità*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna 2016, 666.

²⁹ L'estensione alle attività prodromiche e strumentali, seppur finalizzata a consentire all'infiltrato un maggiore margine di manovra (e, conseguentemente, una maggiore efficacia investigativa all'operazione in sé), finisce tuttavia per affievolire notevolmente la tassatività della norma. In questo senso si veda A. Zappulla, sub art. 8 l. 13.8.2010, in *LP 2010*, 452; G. Amato, *Acquisto simulato da parte dei "privati"*, in *GD* (12), 116, secondo il quale, in particolare, deve trattarsi di attività che siano strettamente connesse a quelle tipiche e inoltre tali da risultare assolutamente necessarie.

³⁰ Questo il catalogo contenuto al comma 1 dell'art. 9 a seguito della riforma del 2010: «1. Fermo quanto disposto dall'articolo 51 del codice penale, non sono punibili: a) gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia, nei limiti delle proprie competenze, i quali, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti dagli articoli 473, 474, 629, 630, 644, 648-bis e 648-ter, nonché nel libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale, ai delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi, ai delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, nonché ai delitti previsti dal testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e dall'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75, anche per interposta persona, danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego o compiono attività prodromiche e strumentali»; b) gli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti agli organismi investigativi della Polizia di Stato e dell'Arma dei carabinieri specializzati nell'attività di contrasto al terrorismo e all'eversione e del Corpo della guardia di finanza competenti nelle attività di contrasto al finanziamento del terrorismo, i quali, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti commessi con finalità di terrorismo, anche per interposta persona, compiono le attività di cui alla lettera a) ».

³¹ G. Amarelli, *Le operazioni sotto copertura*, in *La legislazione penale in materia di criminalità*

unum degli interventi in materia. Allargato peraltro dalla l. 13 agosto 2010 n. 136, questo elenco oggi ospita fattispecie assai eterogenee tra loro apparentate dalla comune difficoltà di accertamento, in ragione della quale l'inserimento nel tessuto criminale di un agente sotto copertura appare soluzione non solo concretamente realizzabile, bensì quasi necessitata.

Ciò, quantomeno, fino alla riforma del 2019, che ha incautamente aperto le porte della tecnica in questione ad un inedito settore ad essa assai poco congeniale: perché i delitti contro la P.A. non solo sfuggono ad uno schema di realizzazione in forma associata, ma anche perché presentano peculiarità tali da far dubitare circa la possibilità di ricorrere ad una legittima infiltrazione che non varchi le soglie della provocazione.

5. Come si è detto, la difficoltà di scriminare la condotta dell'agente provocatore – ed il conseguente problematico utilizzo di tale controversa figura – hanno indotto ad individuare forme di infiltrazione nel gruppo criminale meno invasive e, al contempo, più rispettose delle garanzie penalistiche.

Parallelamente al diffondersi nel panorama legislativo della normativa sull'agente infiltrato, d'altro canto, la giurisprudenza ha iniziato a prendere posizione in maniera via via più ferma³²: sancendo, da un lato, come non siano consentite tecniche investigative che si traducano in una vera e propria induzione al crimine del soggetto sottoposto ad indagini; e, dall'altro lato, come l'agente sotto copertura non possa commettere azioni illecite diverse da quelle espressamente dichiarate non punibili. In questo modo, i giudici italiani hanno tratteggiato la distinzione tra le figure dell'agente infiltrato e dell'agente provocatore, incentivando l'utilizzo della prima e bandendo la seconda.

Inoltre, da una disamina di alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione sulla *vexata quaestio*, è emerso come essa tenda sempre più frequentemente a decretare la punibilità delle condotte dell'agente provocatore alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo³³. Difatti, manifestando la sua contrarietà all'ingresso della provocazione nel processo a partire dal *leading case Teixeira de Castro*³⁴, la Corte EDU ha di frequente ritenuto l'utilizzo degli strumenti di

organizzata, misure di prevenzione ed armi, a cura di V. Maiello, Torino 2015, 180 ss.; G. Nanula, *Tecniche speciali d'investigazione nella lotta alla criminalità organizzata transnazionale: le operazioni sotto copertura e le consegne controllate*, in *Riv. della Guardia di Finanza* 2007 (6), 819.

³² Cfr. Cass. 29.9.1987 n. 2890, in *Rv.* 177785; 6.7.1990 n. 1119, in *Rv.* 186283.

³³ Cfr. Cass. 28.5.2008 n. 38488, in *GD* 2008, 45, 19 ss.; si veda anche A. Balsamo, *Operazioni sotto copertura ed equo processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *CP* 2008 (6), 2641 ss.

³⁴ C. eur., 9.6.1998, *Teixeira de Castro c. Portogallo*. Cfr. A. Vallini, *Il caso "Teixeira De Castro" davanti*

infiltrazione nel gruppo criminale incompatibili con le garanzie sancite dall'art. 6 CEDU. Più nello specifico, nelle sue pronunce essa ha effettuato una netta distinzione tra le condotte passive di mero disvelamento di un'intenzione criminale già esistente e quelle invece coincidenti con una reale istigazione al reato, che altrimenti non sarebbe stato commesso: le prime, ascrivibili all'infiltrato, sono accettabili se realizzate entro i limiti delle condotte passive di osservazione, contenimento e controllo dell'altrui attività illecita; le seconde, quelle del vero e proprio agente provocatore, sono invece da condannare poiché non compatibili con un ordinamento democratico in cui vige il principio di colpevolezza³⁵.

Peraltro, spesse volte la Corte ha messo in pratica tale distinzione mediante veri e propri "test"³⁶: il primo, *di natura sostanziale*, mira a rivelare la natura attiva o passiva della condotta dell'agente infiltrato e, in altre parole, la potenziale influenza della stessa rispetto all'*iter criminis*; il secondo, *di natura processuale*, è invece finalizzato a vagliare la tenuta della tecnica rispetto alle garanzie processuali sancite all'art. 6 della Convenzione.

Quanto al primo, dunque, esso consiste nel vaglio dell'effettivo contributo nel singolo caso dell'*undercover agent*, per comprendere se quest'ultimo abbia in qualche misura esercitato un'influenza sul soggetto sottoposto alle indagini: e, pertanto, per ipotizzare se il reato sarebbe stato ugualmente commesso anche a prescindere dal suo apporto.

Non sorprende, a tal proposito, come durante questa fase il giudice di Strasburgo dimostri di prediligere criteri oggettivi: ad esempio, in un recente caso di traffico di sostanze stupefacenti³⁷, la Corte ha ritenuto la circostanza che il ricorrente fosse persona nota alle autorità espressiva di un'intenzione criminale già collaudata e, conseguentemente, mera occasione per il disvelamento della stessa³⁸. In altre pronunce, sempre legate a questo contesto criminale, l'instaurazione di un primo contatto con lo spacciatore da parte del funzionario di polizia è stato invece etichettato dai giudici europei come istigazione alla cessione della partita di droga, che altrimenti non sarebbe stata presumibilmente commessa³⁹.

alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi "legali" di infiltrazione poliziesca, in *LP* 1999, 197 ss.

³⁵ Cfr. C. eur., 21.2.2008, *Pyrgiotakis c. Grecia*; 21.3.2002, *Calabrò c. Italia/Germania*; GC 5.2.2008 *Ramauskas c. Lituania*; 1.7.2008, *Malininas c. Lituania*; 1.6.2001, *Lalas c. Lituania*; 4.11.2010, *Bannikova c. Russia*.

³⁶ Cfr. S. Basilico, *L'agente sotto copertura: il confine tra tecnica investigativa legittima e istigazione a delinquere*, in *RIDPP* 2018 (3), 1820 ss.

³⁷ C. eur., 15.5.2018, *Virgil Dan Vasile c. Romania*.

³⁸ Si veda anche C. eur., 21.2.2008, *Pyrgiotakis c. Grecia*, in cui, in assenza di precedenti specifici del ricorrente, la condanna veniva ritenuta iniqua in quanto non vi erano indizi atti a provare la preesistenza del proposito criminoso in capo a questi.

³⁹ C. eur., 9.6.1998, *Teixeira de Castro c. Portogallo*.

In sostanza, l'analisi dei suddetti dati fattuali ad opera della Corte EDU è finalizzata a comprendere se nel singolo caso l'apporto dell'*undercover agent* possa essere ritenuto tale da aver concretamente ingenerato o, al contrario, semplicemente disvelato, un proposito criminale prima (in)esistente: analisi, come intuibile, di per sé alquanto scivolosa e, come tale, preferibilmente da ancorare a parametri di natura oggettiva.

Quanto invece al secondo test, la Corte ha più volte esplicitato che le indagini sotto copertura devono innestarsi all'interno di un procedimento penale pendente, in cui la *notitia criminis* sia già stata acquisita: come sostiene autorevole dottrina, i giudici di Strasburgo richiederebbero infatti "una soglia probatoria minima" quale presupposto delle operazioni in parola, nonché – successivamente – un controllo continuo e diretto da parte dell'autorità requirente su dette operazioni⁴⁰. Inoltre, al fine di supportare l'accusa in giudizio, è necessario che le dichiarazioni dell'infiltrato siano suffragate da riscontri ulteriori, nell'ottica di "controbilanciare" questa controversa prova con altre: e ciò a prescindere dalla veste assunta dall'*undercover* nel processo, sia dunque che egli figuri come coimputato o, invece, come mero testimone.

Tale seconda verifica, che in svariate pronunce sembra acquisire un ruolo residuale rispetto al "*substantive test*"⁴¹, non di rado si combina indissolubilmente con quest'ultimo e ne acquisisce il medesimo rango: come emerge nelle recenti sentenze *Patrascu c. Romania*⁴² e *Matanovic c. Croazia*⁴³, infatti, quella votata al versante processuale è un'indagine inevitabile, al punto da poter divenire alle volte decisiva nel discernimento tra istigazione a delinquere e attività investigativa legittima.

Ad ogni modo, a prescindere dall'individuazione di una qualsivoglia gerarchia tra il criterio sostanziale e quello processuale, la necessità di una lettura integrata degli stessi sembra essere stata recepita anche sul fronte domestico. In particolare, in quest'ultimo gli orientamenti della Corte EDU inducono preliminarmente a riflettere – in un'ottica sostanziale – sulla efficacia causale delle condotte poste in essere dall'agente; in seguito, tali orientamenti finiscono poi per assumere un rilievo processuale, poiché, come noto, comportano la censura dell'inutilizzabilità del materiale probatorio raccolto in violazione dei suesposti limiti⁴⁴.

⁴⁰ G. Melillo, *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a finalità di terrorismo*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G. Di Chiara, Torino 2003, 58.

⁴¹ La natura sussidiaria del test processuale emerge, per esempio, in *Teixeira de Castro*, in cui il vaglio della Corte EDU si esaurisce nel test sostanziale, ritenuto sufficiente a dichiarare una violazione dell'art. 6 CEDU (a prescindere dunque dall'esperimento del test processuale).

⁴² C. eur., 14.2.2017, *Patrascu c. Romania*.

⁴³ C. eur., 4.4.2017, *Matanovic c. Croazia*.

⁴⁴ Cfr. P.P. Paulesu, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, in *AP* 2018 (1), 21.3.2018.

In conclusione, se, su di un piano teorico, la distinzione tra le due figure risulta oramai unanimemente accolta sia a livello nazionale sia a livello internazionale, viene tuttavia da chiedersi se nella pratica – pur in presenza dei suddetti test – sia sempre così immediata l'individuazione del confine tra le condotte provocatorie e quelle di mera infiltrazione. Difatti, sebbene il legislatore abbia optato per una tipizzazione delle condotte scriminabili per ogni tipologia di infiltrato, «la gamma delle attività conosciute e qualificanti la figura dell'infiltrato è così ampia e variegata da poter assorbire – tra gli altri – anche lo schema dell'attività provocatoria»⁴⁵. Simili censure, diffuse in dottrina già nell'ultimo decennio del secolo scorso, sono oggi – a maggior ragione – condivisibili: d'altronde, esse trovano conferma nella tendenza al continuo allargamento del catalogo di cui all'art. 9, il quale induce sempre più a riflettere sulla reale possibilità di individuare un *discrimen* tra le due figure⁴⁶.

6. L'introduzione delle *undercover operations* nell'ambito dei reati contro la P.A. è stata per la prima volta caldeggiata dalla Convenzione di Merida del 2003: la quale, a chiusura del titolo concernente la cooperazione internazionale, indicava queste tra le «tecniche idonee ad apprestare una efficace strategia di contrasto alla corruzione»⁴⁷.

Tale sollecitazione, rimasta a lungo inascoltata, è stata infine accolta da alcuni senatori pentastellati; le cui proposte di riforma, formulate rispettivamente nel giugno 2015⁴⁸ e nel settembre 2018⁴⁹, hanno dato adito ad un vivace dibattito, il quale ha visto scendere in campo anche numerosi accademici e magistrati.

⁴⁵ C. De Maglie, *Gli infiltrati nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità*, in *RIDPP* 1993 (3), 1061.

⁴⁶ Per una diversa impostazione, che assimila agente provocatore ed infiltrato fino a “fonderli” in un'unica figura, si veda A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*⁸, Milano 2003, 555; M. Romano, L. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano 2004, II, artt. 85-149, 166; G. Petragliani Gelosi, *Le disposizioni in materia di agente provocatore nel quadro del D.L. n. 306 del 1992 convertito nella L. n. 356/1992*, in *Mafia e criminalità organizzata*, a cura di P. Corso, G. Insolera, L. Stortoni, Torino 1995, 942.

⁴⁷ Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata il 31 ottobre 2003 e ratificata dall'Italia con l. 3 agosto 2009, n. 116. L'art. 50 della Convenzione in parola, nota per l'appunto anche come Convenzione di Merida, annovera le consegne controllate tra gli strumenti investigativi astrattamente idonei a prevenire e contrastare il fenomeno corruttivo e, laddove opportuno, anche la sorveglianza elettronica e le operazioni sotto copertura.

⁴⁸ Il riferimento è al disegno di legge, mai approvato, presentato – su iniziativa dei senatori Buccarella, Cappelletti e Puglia – in data 8.6.2015, in cui veniva proposta l'introduzione dell'agente provocatore in relazione ai delitti di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 322, 322-bis Cp. Nella relazione introduttiva al ddl, peraltro, compariva un sintetico richiamo ai rischi correlati all'utilizzo della figura, assolutamente fugabili – a suo dire – in presenza di «una puntuale delega dell'autorità procedente, tale da rendere lo strumento compatibile coi principi costituzionali». Il testo del disegno di legge e la relazione introduttiva sono consultabili sul sito www.senato.it.

⁴⁹ Il riferimento, ovviamente, è al ddl presentato dal Ministro Bonafede, vedi *infra sub* nt. 1. Questo ha

Pur mancando espliciti indici testuali in tal senso, la sussidiarietà sottesa al ricorso a dette operazioni era suggerita dalla scelta delle parti contraenti di riservare a queste, nell'elenco degli strumenti investigativi previsti dalla Convenzione, il posto di "fanalino di coda"; per di più, ancorando il loro utilizzo ad una valutazione di opportunità rimessa al singolo Stato (altro eloquente indizio della non piena fiducia accordata a tale tecnica)⁵⁰. Come segnalato da autorevole dottrina, del resto, «la circostanza che [agli agenti sotto copertura] non si fosse mai fatto ricorso per favorire l'accertamento di questo genere di reati avrebbe dovuto, di per sé, indurre qualche perplessa riflessione»⁵¹.

Al di là della valenza politica di tale scelta, pertanto, è ora opportuno vagliare quest'ultima adottando diversi angoli prospettici: in primo luogo, la sua modalità di innesto all'interno del panorama nazionale; in secondo luogo, la ripartizione del potere investigativo derivante dalla nuova legge in capo alle autorità di polizia; in terzo luogo, la compatibilità di un siffatto strumento di stampo inquisitorio con la materia che, per antonomasia, dovrebbe essere votata alla piena trasparenza.

6.1. Focalizzandosi ora sulle modifiche introdotte dall'art. 8 della novella alla materia in esame, va ribadito come l'apporto di questa si sia tradotto nel mero inserimento di numerosi delitti contro la P.A. (nonché di alcune fattispecie contro la fede pubblica e l'ambiente), nel catalogo di fattispecie in relazione alle quali è possibile esperire le suddette operazioni.

La tecnica legislativa adoperata si pone senz'altro nel solco della tradizione: infatti, alla frammentazione della disciplina delle operazioni sotto copertura all'interno della parte speciale del codice il legislatore ha preferito – ancora una volta – l'intervento diretto sul catalogo stesso, nel senso di un ampliamento di quest'ultimo.

La *ratio* di una siffatta modalità di intervento è evidente: essa risponde all'esigenza di raggruppare in un'unica sede la disciplina delle singole ipotesi di agente sotto copertura che costellano la normativa nazionale. Peraltro, tale esigenza era stata avvertita in prima battuta dallo stesso legislatore del 2006, il quale aveva intravisto nell'elaborazione del suddetto catalogo l'unica possibilità di fornire l'anelata *reductio ad unum* alla disorganica disciplina dell'infiltrazione. In altre parole, la creazione del catalogo in parola era finalizzata proprio ad una sistematizzazione dei numerosi

in particolare trovato terreno fertile nell'acceso dibattito concernente lo scandalo prodotto dall'inchiesta campana Fan Page, avente per l'appunto ad oggetto quello che è stato definito un vero e proprio "agente corruttore".

⁵⁰ Vedi *supra* nt. 38.

⁵¹ T. Padovani, *op. cit.*, 4.

interventi legislativi che avevano dato vita, uno dopo l'altro, ad una vera e propria ipertrofia legislativa, con inevitabili difficoltà di coordinamento tra gli stessi⁵².

Ancora lontana, se non altro, sembra invece l'introduzione della disciplina dell'infiltrazione nel Codice penale, la quale comporterebbe con ogni probabilità la pericolosa riapertura del dibattito concernente l'inquadramento dommatico della figura dell'agente sotto copertura⁵³. Con il rischio di far perdere di vista il vero *punctum dolens* della questione, ossia il dilemma tra la possibilità di estendere detto strumento investigativo a tutte le tipologie di reato, o il più saggio ancoraggio delle stesse alle ipotesi previste in origine dal legislatore.

6.2. Quanto ai soggetti legittimati all'infiltrazione nel sodalizio criminoso, l'art. 9 l. 16 marzo 2006 n. 146 fa espresso riferimento, seppur in commi diversi della disposizione, tanto agli ufficiali quanto agli agenti di polizia giudiziaria, purché appartenenti alle strutture specializzate⁵⁴. Se il co.1 dell'art. 9 (lett. a e b) sembra tuttavia legittimare i soli ufficiali al compimento delle condotte specificamente volte all'acquisizione di prova in ordine ai delitti contenuti nel catalogo, nel co.2 la legge in questione estende pure ai meri agenti la facoltà di utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura anche per entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione.

Tale richiamo agli agenti, foriero di incertezze interpretative in dottrina, pareva *prima facie* circoscritto alle sole condotte del secondo comma, rimanendo pertanto quelle del primo "riservate" agli ufficiali. Tuttavia, per superare tale *vulnus*, parte della dottrina ha sostenuto che il legislatore *minus dixit quam voluit*, nel senso che sarebbero implicitamente scriminate le condotte di cui al primo comma anche per gli agenti, in virtù della connaturale collaborazione di quest'ultimi con gli ufficiali. A quanto pare, però, il legislatore si è nuovamente lasciato sfuggire un'occasione per sciogliere questo dubbio.

⁵² La dottrina aveva accolto con grande favore tale approdo, che è stato tuttavia frustrato da alcune ulteriori riforme del 2012, rispettivamente in materia di criminalità informatica (l. 15 febbraio 2012, n. 15) e gioco d'azzardo (l. 26 aprile 2012 n. 44), le quali hanno senz'altro rappresentato delle vere e proprie crepe nel progetto di unificazione. Su come la *reductio ad unum* sia stata di recente frustrata da queste recenti riforme, cfr., volendo, A.F. Masiero, *op.cit.*, par. 3.3, in particolare 23 s.

⁵³ La proposta di prevedere una disciplina generale, e non ancorata a singoli settori, in tema di operazioni sotto copertura, era stata avanzata nell'ambito dei lavori della Commissione di Riforma del Codice Penale presieduta dall'On. Pisapia. Al termine di una lunga discussione, tuttavia, era prevalsa la scelta di non inserire questa disciplina nell'ambito del Progetto di riforma che, difatti, restava silente in merito a tale questione; sul punto, cfr., A. Balsamo, *op. cit.*, 2648.

⁵⁴ O, nel caso di operazioni connesse ai reati mafia e di terrorismo, rispettivamente alla Direzione investigativa antimafia e agli organismi investigativi della Polizia di Stato e dell'Arma dei carabinieri specializzati nell'attività di contrasto al terrorismo e all'eversione, nonché quelli del Corpo della guardia di finanza competenti nelle attività di contrasto al finanziamento del terrorismo.

Gli stessi ufficiali, ai sensi del comma 5 della suddetta disposizione, possono inoltre essere coadiuvati dagli ausiliari; ai quali, a seguito dell'entrata in vigore del summenzionato Piano straordinario contro le mafie, sono affiancate anche le interposte persone, ossia coloro che collaborano con la polizia giudiziaria senza per ciò solo acquisire la qualifica di ausiliari.

Pertanto, legittimati ad infiltrarsi nel circuito della corruzione sono tanto i privati che collaborano con le autorità di polizia, quanto queste ultime: con la grande incognita, tuttavia, circa le concrete modalità che tali soggetti potranno far proprie per insinuarsi ed accreditarsi in questo contesto criminale, tanto ristretto e inavvicinabile quanto sospettoso e refrattario a intrusioni dall'esterno.

6.3. Come anticipato, il legislatore è intervenuto sull'art. 9 l. 16 marzo 2006 n. 146 integrando la tipologia di condotte che l'agente sotto copertura può compiere "al solo fine di acquisire elementi di prova": pertanto, la nuova versione di questa norma ricomprende anche l'accettazione e la promessa di denaro o altra utilità; la corresponsione di questi ultimi in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri; ed, infine, la dazione di denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio.

Va in prima battuta rilevato che, se la norma è stata congruamente "adattata" ai nuovi delitti di cui al titolo secondo della parte speciale, d'altro canto non sembra essere stata ravvisata la necessità di ulteriori interventi di manipolazione sulla stessa per favorire l'ingresso nel catalogo delle condotte di cui agli artt. 452-*quater-decies*, 453, 454, 455, 460 e 461 Cp (contenuti in parte nel titolo dei delitti contro l'ambiente e in parte in quello dei delitti contro la fede pubblica). Difficile affermare con certezza se si tratti di una mera svista o di una scelta consapevole: in quest'ultimo caso, ad ogni modo, si può solo supporre che – per queste fattispecie – il legislatore abbia ritenuto adeguate e sufficienti le condotte originariamente tipizzate, ossia l'acquistare, il ricevere, il sostituire o l'occultare denaro o altra utilità, ovvero i beni e le cose che sono l'oggetto, il prodotto, il profitto, il prezzo o il mezzo per commettere il reato.

Ma non è questo il punto. In seconda battuta va infatti segnalato come, ancora una volta, siano state affiancate nel catalogo fattispecie che presentano eterogeneità importanti su di un piano empirico-criminologico: non solo perché esse sono connotate da un disvalore significativamente diverso; ma anche poiché – con l'ingresso nell'art. 9 delle nuove fattispecie – sono sempre più numerose quelle che possono essere realizzate in forma non associata, con la conseguenza che lo strumento dell'infiltrazione risulta essere stato sganciato sia dalla sua *ratio*, sia dalla sua conformazione originaria.

Fatte queste premesse, è bene ragionare anche sul dato fattuale o, in altre parole, su come la tecnica dell'infiltrazione potrà calarsi nel concreto; giacché sussistono più che fondati dubbi in merito alla reale praticabilità dell'infiltrazione in detto settore.

In primo luogo, riesce assai difficile credere che un soggetto terzo possa efficacemente insinuarsi in un contesto quale quello che generalmente ospita il fenomeno corruttivo, ben diverso dall'ampia organizzazione criminale finalizzata al traffico di stupefacenti o allo sfruttamento dell'immigrazione. Come si può intuire, infatti, il fenomeno corruttivo tende a prendere le mosse da un *pactum sceleris* che, il più delle volte, si realizza tra due soggetti⁵⁵; e anche laddove i soggetti coinvolti fossero più numerosi, essi agirebbero pur sempre in un "circuito chiuso", in cui si finisce per conoscersi tutti⁵⁶. Insomma, solo con una certa dose di fantasia si può immaginare la buona riuscita di un'operazione di infiltrazione in un siffatto ambiente: il quale, proprio perché non riconducibile a quello dell'organizzazione criminale come normalmente intesa, rende le operazioni sotto copertura a forte rischio di essere scoperte⁵⁷.

Pertanto, l'esperimento di tale tecnica potrebbe rivelarsi addirittura dannoso all'accertamento di detti reati, «stimol[ando] [la tecnica in parola] maggiore diffidenza e più puntuali verifiche preventive [e persino] indebolendo [...] l'efficacia delle intercettazioni e delle captazioni, che rappresentano finora lo strumento rivelatosi più efficace nell'accertamento dei fatti corruttivi»⁵⁸.

In secondo luogo, focalizzandosi sulle vesti che potrà assumere l'agente sotto copertura, non si può sottacere come il legislatore abbia attribuito a questi tanto il ruolo corrispondente a quello del corruttore, quanto a quello del corrotto: del resto, è lo stesso tenore letterale della norma ad imporre una siffatta interpretazione.

A tal proposito, giova inoltre ricordare come l'apporto dell'*undercover* non debba avere efficacia causale alcuna rispetto al reato, onde evitare che questo apporto possa essere etichettato come istigazione. Nondimeno, per quanto concerne il ruolo del "corruttore", il legislatore ha voluto dimostrare di non essere caduto nel tranello: indicando *expressis verbis* come la condotta di corresponsione di denaro o altre utilità debba intendersi esecutiva di un accordo illecito già concluso da altri, si è messo al riparo da possibili critiche circa un eventuale sconfinamento verso l'istigazione. D'altro canto, lo stesso dicasi in relazione alle condotte della dazione e della promessa di denaro o altra utilità in quanto esse, ancorate dalla novella ad una previa richiesta o

⁵⁵ A. Gaito, A. Manna, *L'estate sta finendo...*, in www.archiviopenale.it, 2018 (3), 7.

⁵⁶ P. Scevi, *Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione*, in www.archiviopenale.it, 2019 (1), 14.

⁵⁷ M. Pellissero, *Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria*, in www.ilquotidianogiuridico.it, 11.10.2018.

⁵⁸ T. Padovani, *op. cit.*, 5.

sollecitazione da parte di pubblici ufficiali, incaricati di pubblico servizio o terzi, non sembrano alludere ad un'autonoma iniziativa dell'infiltrato idonea a sconfinare in un'indebita istigazione al reato. Ammesso e non concesso che questi "argini" possano essere ritenuti sufficienti, meno precisa è invero la *littera legis* per quanto concerne il ruolo del "corrotto", le cui condotte avrebbero dovuto essere descritte con maggior accuratezza⁵⁹.

Ad ogni modo – pur in presenza di tali accorgimenti – il rischio di sfociare nella bandita provocazione non deve essere apparso così remoto al legislatore stesso: il quale, nel disciplinare la nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter Cp, ha, infatti, avvertito l'esigenza di negare la sua operatività in capo all'agente sotto copertura che abbia agito in violazione delle disposizioni di cui all'art. 9 l. 16 marzo 1963 n. 2006. Margini per tale sconfinamento, nello specifico, sembrano ancora ritagliabili qualora l'infiltrato debba rapportarsi ad un privato, insinuandosi in un contesto diverso dal tipico circuito contrattuale "chiuso" di cui sopra. Se infatti "l'inserimento dell'agente in questo contesto sembra poter avvenire con maggiore facilità, [...] il suo ruolo [rischia di] risultare periclitante, e cioè pericolosamente inclinato sul versante dell'agente provocatore"⁶⁰. D'altronde, la creazione di un contatto con un privato cittadino richiede un certo margine di manovra o, in altre parole, un apporto fattivo: come intuibile, pericolosamente sbilanciato verso l'istigazione.

A completare (e complicare) questo quadro, si aggiunga un ultimo profilo di criticità, ossia quello connesso al *deficit* di determinatezza delle condotte prodromiche o strumentali a quelle scriminate dalla norma⁶¹: il quale introduce un ulteriore elemento di incertezza di non poco conto, specie se considerato alla luce della evidente vaghezza di svariate fattispecie contenute nel capo secondo⁶².

7. Senza dubbio, la riforma in esame trae origine da una generale sfiducia verso i recenti interventi in materia di delitti contro la P.A. i quali, lungi dall'aver debellato il fenomeno corruttivo, sembrano al contrario aver convinto il legislatore della necessità di apprestare nuove e più elaborate tutele.

A tal proposito, la l. 3 gennaio 2019 n. 3 ha veicolato, da una parte, un'istanza marcatamente rigoristica: introducendo misure di draconiana memoria per fronteggiare la piaga della corruzione, essa è, infatti, stata inquadrata come uno dei tasselli del contagioso "populismo penale"⁶³ che imperversa da tempo. Dall'altra parte,

⁵⁹ A. Camon, *op. cit.*, 6.

⁶⁰ T. Padovani, *op. cit.*, 5.

⁶¹ Vedi *supra sub nt.* 26.

⁶² Cfr., diffusamente, V. Manes, *Corruzione senza tipicità*, in *RIDPP* (3), 1126 ss.

⁶³ A. Gaito, A. Manna, *op. cit.*, 7.

invero, una nota di merito della novella può essere individuata nella scelta di un approccio integrato, idoneo a fornire una risposta valevole anche sul versante preventivo.

Ciò che pare essere sfuggito al legislatore del 2019, tuttavia, è che assai difficilmente la forzatura di un qualsivoglia strumento del diritto punitivo può rappresentare la panacea di tutti i mali. Al contrario, come si è provato a dimostrare, la scelta di sradicare le *undercover operations* dalla loro connaturale *sedes* applicativa equivale a snaturarle, producendo con ogni probabilità effetti controproducenti.

Inoltre, la fenomenologia degli atti corruttivi è talmente ampia e variegata che viene da chiedersi se il rischio di uno sconfinamento nella bandita provocazione possa dirsi realmente fugato grazie agli – forse non troppo solidi – argini inseriti nella norma. Se è vero che “ingessare” lo strumento, così riducendo al minimo ogni margine di iniziativa dell’infiltrato, avrebbe finito per limitare anche la concreta funzionalità dello stesso, è altrettanto vero che, probabilmente, l’insidia della provocazione può dirsi ancora dietro l’angolo, specie laddove l’infiltrato assuma le vesti del corruttore in un contesto tra privati.

In conclusione, la scelta di estendere alla materia della P.A. detto strumento, lungi dall’apparire oculata, tradisce con ogni evidenza la sua vera natura: rivelandosi un pericoloso esperimento di una politica criminale che, in nome di un arido funzionalismo, sacrifica la certezza del diritto ed il rispetto delle garanzie penali.