



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2022

MARIO CATERINI - MARIANNA ROCCA

L'agente sotto copertura al limite della provocazione

ABSTRACT - The paper, starting from the analysis of the normative, historical and dogmatic evolution of the agent provocateur, intends to highlight the differences between this figure and the one of the undercover agent. The work focuses, in particular, on the problem of the criminal responsibility of the agent provocateur and examines the developments of the new national legislation that introduces undercover operations in the field of crimes against the Public Administration. In conclusion, the article illustrates – in a comparative key – the regulations of undercover operations in the Italian and American legal systems.

KEYWORDS - Agent provocateur, undercover operations

MARIO CATERINI* - MARIANNA ROCCA**

L'agente sotto copertura al limite della provocazione***

SOMMARIO: 1. *Agente sotto copertura: la legislazione emergenziale degli anni '90 e l'unificazione della disciplina* - 2. *Agente provocatore e agente sotto copertura: l'abbozzo di un confine* - 3. *Genealogia storiologico-dogmatica dell'agente provocatore* - 4. *La responsabilità del provocatore* - 5. *L'agente sotto copertura come strumento di contrasto al fenomeno corruttivo* - 6. *Uno sguardo oltre oceano: l'esperienza statunitense nell'uso delle operazioni under cover* - 7. *Qualche considerazione conclusiva: scongiurare che le operazioni sotto copertura si prestino a punire mere prave intenzioni latenti.*

1. *Agente sotto copertura: la legislazione emergenziale degli anni '90 e l'unificazione della disciplina*

La crescente diffusione di ritenuti gravi e allarmanti fenomeni criminali, sia su scala nazionale che sovranazionale, capaci di generare significative ripercussioni nel contesto economico e sociale del Paese, da decenni ha indotto il legislatore a introdurre nell'ordinamento italiano speciali strumenti diretti a contrastare le forme di criminalità emergenti o più preoccupanti secondo una visione condizionata da una certa opinione pubblica¹. L'impegno profuso dal legislatore si è tradotto anche nella previsione delle investigazioni sotto copertura quale strumento operativo di contrasto a certe attività criminali e, segnatamente, quale espediente congeniale alla ricerca delle prove.

* Professore Associato di diritto Penale presso l'Università della Calabria.

** Dottoressa in Giurisprudenza presso l'Università della Calabria.

*** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

Benché il lavoro e le conclusioni siano frutto di riflessioni condivise, i §§ 3, 5 e 6 sono attribuibili a Mario Caterini e i §§ 1, 2 e 4 a Marianna Rocca.

¹ Il fenomeno s'incastona nell'ambito della nota legislazione definita emergenziale, genuflessa rispetto alle istanze dei cittadini alimentate da un'opinione pubblica, spesso manipolata secondo interessi politici o economici, proclive a ingigantire situazioni di effettivo o presunto allarme sociale. Sul tema si rinvia all'ormai classico lavoro di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ESI, Napoli, 1997; più recentemente si veda pure L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino, 2019, 73 ss; E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Giappichelli, Torino, 2020; cfr. da ultimo D. BRUNELLI, *Del diritto penale percepito e dei suoi più recenti exploit*, in *Arch. pen.*, 3, 2021, 1 ss.

Tale tecnica investigativa trova oggi la sua regolamentazione nella legge n. 146/2006 che all'art. 9 realizza la *reductio ad unitatem* delle pregresse disposizioni settoriali vigenti in materia e produce quello che è stato battezzato come lo "statuto delle operazioni sotto copertura"².

L'unificazione della disciplina ha palesato l'intenzione del legislatore di riformare un impianto normativo frammentato e lacunoso, caratterizzato da interventi *ad hoc* volti a tipizzare e disciplinare, in appositi settori, la figura dell'agente infiltrato³. Invero, lo scenario anteriore era costellato da molteplici disposizioni. A titolo esemplificativo, la prima disposizione in materia è stata quella contenuta nella legge n. 162/1990 (integrativa della legge n. 685/1975) che ha introdotto, all'art. 25, il "Capo III - Disposizioni sull'attività di polizia giudiziaria" riconoscendo, con l'art. 84-*bis*, la non punibilità della polizia giudiziaria impegnata, nel rispetto di specifiche condizioni di legittimità, nell'acquisto simulato di sostanze stupefacenti e psicotrope. Ha fatto seguito la legge n. 82/1991 che, all'art. 7, ha previsto la disciplina in materia di pagamento simulato del riscatto nell'ipotesi di sequestro di persona a scopo di estorsione. A ruota, si è aggiunta la legge n. 356/1992 che ha legittimato l'impiego dell'agente infiltrato quale strumento di contrasto alla criminalità mafiosa. Altre disposizioni sono state poi adottate nella lotta contro lo sfruttamento sessuale di minori e la pornografia (art. 14 della legge n. 269/1998) e contro il terrorismo (art. 4 della legge n. 438/2001).

L'inventario di riforme ora enunciato, frutto di una legislazione prettamente emergenziale⁴, nell'ottica del legislatore mirava a tutelare la cosiddetta *salus rei publicae*: la sicurezza preminente dello Stato quale principio superiore all'interno dell'ordinamento giuridico⁵. Sennonché, il rischio che le attività sotto copertura possano tramutarsi in un'istigazione-induzione al reato, ha originariamente indotto lo stesso legislatore a relegare detta tecnica investigativa in una sfera di eccezionalità. Ne è risultata la previsione d'ipotesi tassative legittimanti l'azione dell'agente *under cover*, di condizioni specifiche a giustificazione del suo impiego e di precise modalità di condotta. Questa particolare premura rinviene la sua *ratio* nell'esigenza di tutelare i diritti costituzionali degli individui e, appunto, i

² A. FALCONE, *Agente sotto copertura*, Dike, Roma, 2014, 29.

³ R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2003, 8.

⁴ Cfr. ancora S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit.

⁵ G. MARRA, *Salus Rei Publicae, garanzie individuali e diritto penale antiterrorismo*, in *Studi Urbinati, A - Scienze giuridiche, politiche ed economiche*, vol. 58, 2014, 358.

principi propri del c.d. garantismo che, invero, possono subire una compressione ingiustificata a causa della condotta provocatoria altrui.

L'art. 9, co. 11, della norma di armonizzazione (legge n. 146/2006), dunque, ha abrogato i precedenti interventi legislativi compiuti in materia⁶. Tuttavia, sono rimasti fuori dal riassetto normativo alcune materie, ad esempio quella degli stupefacenti, la disciplina in materia di sequestro di persone con scopo di estorsione, la materia della pedopornografia. Questi settori, ad esclusione della disciplina in materia di pedopornografia che ha mantenuto la sua autonomia, sono stati ricondotti alla legge n. 146/2006 solo dopo l'entrata in vigore della legge n. 136/2010.

L'attuale disciplina, com'è noto, legittima lo svolgimento delle operazioni sotto copertura che, se eseguite nel rispetto delle previsioni di legge, assicura la non punibilità dell'agente *under cover*⁷. I soggetti legittimati a compiere tali attività sono gli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti alle strutture specializzate della Polizia di Stato, dell'Arma dei Carabinieri e del Corpo della Guardia di Finanza o alla Direzione Investigativa Antimafia (D.I.A.), nei limiti delle proprie competenze. La ragione di questo limite è da rintracciare nell'esigenza di garantire maggiore professionalità a fronte di attività estremamente delicate.

L'art. 9 della legge n. 146/2006, come anticipato, prevede una particolare causa di giustificazione per le attività sotto copertura compiute da tali soggetti; si tratta di una scriminante speciale rispetto all'adempimento di un dovere, come suggerisce la clausola di salvaguardia «fermo quanto di-

⁶ In realtà, si segnalano ostacoli alla realizzazione di una disciplina del tutto unitaria in materia di operazioni sotto copertura a causa di sopravvenute disposizioni legislative eterogenee se non di deroga alla disciplina generale. Tra di esse, la legge n. 124 promulgata il 3 agosto 2007 che, all'art. 17, introduce delle garanzie funzionali a favore del personale dei servizi di informazione per la sicurezza che ponga in essere condotte previste dalla legge come reato, legittimamente autorizzate poiché indispensabili per le finalità istituzionali di tali servizi. Ancora, l'art. 29 della legge n. 157/2019 che introduce una nuova figura di agente sotto copertura in materia di giochi al «fine di prevenire il gioco da parte dei minori ed impedire l'esercizio abusivo del gioco con vincita in denaro, contrastare l'evasione fiscale e l'uso di pratiche illegali in elusione del monopolio pubblico del gioco». Sul punto cfr. S. SETTI, *Le garanzie funzionali degli agenti dell'intelligence*, in *Camm. dir.*, 10, 2016, 2 ss., consultato in data 11 dicembre 2021; G. COTTI, *Agenti sotto copertura per il contrasto al gioco illecito, tra attività amministrativa e procedimento penale. Brevi note a margine del D.L. n. 124 del 2019*, in *Rass. Adv. Stato*, 2, 2019, 60.

⁷ Per quanto concerne l'ambito di applicazione della l. n. 146/2006 e riguardo ai requisiti per l'attuazione della causa di giustificazione speciale, per un commento v. M. LOMBARDO, *Agente provocatore*, in *Dig. disc. pen. (I agg.)*, Torino, 2011, 1 ss.

sposto dall'art. 51 c.p.». Al momento, dunque, si può sommariamente affermare che il sistema penale italiano tende a scriminare l'operato dell'agente sotto copertura solo in specifiche situazioni appositamente individuate dalla legge; al di fuori di queste ipotesi, la condotta dell'agente conserva il suo carattere antigiusuridico. Si va, pertanto, a delineare un «sistema a macchia di leopardo»⁸ in quanto, su un tappeto di generale punibilità, si disegnano peculiari e limitate ipotesi d'impunità.

Gli ufficiali, per giovare di questa particolare causa di giustificazione, possono agire personalmente, ma anche avvalersi di agenti di polizia giudiziaria, ausiliari e interposte persone. Tali soggetti, prima coperti dalla sola scriminante dell'adempimento di un dovere, possono ora beneficiare della nuova scriminante speciale di cui alla legge n. 136/2010. La causa di giustificazione opera solo con riferimento ai soggetti specificamente indicati e non può estendersi ad altri a causa del divieto di analogia sancito dall'art. 14 delle Preleggi⁹.

Quanto alla condotta, l'agente sotto copertura è autorizzato a compiere solo le attività espressamente descritte dal legislatore o quelle fisiologicamente connesse alle prime perché prodromiche o strumentali¹⁰. In questi casi, gli ufficiali e gli agenti possono usufruire anche d'identità,

⁸ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore, un'indagine dommatica e politico-criminale*, Giuffrè, Milano, 1991, 392.

⁹ Sebbene, infatti, secondo l'opinione prevalente il divieto di analogia debba operare solo in *malam partem*, nel caso di specie resta il fatto che pur trattandosi di una norma di favore, la stessa è comunque di natura eccezionale e, come tale, non applicabile analogicamente ex art. 14 delle preleggi. Limitandoci alla manualistica, sulla relatività del divieto di analogia in materia penale, si rinvia M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. 1, Giappichelli, Torino, 2015, 95 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Cedam, Padova, 2017, 77 ss. Circa l'impossibilità di applicazione analogica di norme eccezionali, anche se favorevole, si veda G. VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 158-172.

¹⁰ Con l'espressione "prodromiche e strumentali" s'intende quell'insieme di attività imprescindibili che l'infiltrato è costretto a compiere per la buona riuscita dell'operazione avviata. C. TAORMINA, *L'investigazione*, Giappichelli, Torino, 2021, 78, esemplifica scrivendo: «la lett. a) e la lett. b) dell'art. 9 indicano i reati rispetto ai quali le operazioni ora indicate possono essere effettuate, tra cui specialmente il traffico di stupefacenti, il terrorismo, le associazioni per delinquere, e così via. Le operazioni sotto copertura, poi, possono comportare la consumazione di reati strumentali allo stesso compimento, come avviene per l'utilizzazione di documenti di identità falsi per intuitive ragioni, l'utilizzazione temporanea di beni mobili e immobili, come nel settore della criminalità informatica, l'attivazione di siti nelle reti, la gestione e la realizzazione di aree di comunicazione o scambi su reti o sistemi informatici».

nome e documenti falsi (art. 9, co. 2, legge n. 146/2006). L'attività dell'agente *under cover*, tra l'altro, deve essere proiettata al soddisfacimento del fine probatorio, ossia deve essere indirizzata a raccogliere elementi di prova in ordine ai delitti specificamente indicati dalla legge. Sul punto, la dottrina maggioritaria – propensa a non legittimare operazioni sotto copertura quale mezzo di ricerca delle notizie di reato o come attività di prevenzione dei delitti – ha affermato che tale tecnica investigativa può essere utilizzata solo nell'ambito di un procedimento penale già avviato giacché, in questo caso, manca la provocazione essendo l'infiltrato impiegato solo dopo l'acquisizione della *notitia criminis*¹¹. Possono tuttavia sorgere difficoltà nel caso in cui l'agente si trovi a scoprire reati ulteriori di cui prima non si aveva conoscenza, mentre era impegnato a compiere attività sotto copertura per le quali era stato autorizzato¹².

La norma statuisce poi che l'operazione deve essere disposta dagli "organi di vertice" di una delle menzionate forze di polizia, ovvero, per loro delega, dai rispettivi responsabili di livello almeno provinciale, d'intesa con la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere per i delitti di cui all' art. 12, commi 3, 3-bis, 3-ter, testo unico sull'immigrazione. Tali organi amministrativi di vertice dovranno informare preventivamente il pubblico ministero dell'operazione e fornire, nel corso delle operazioni, ogni indicazione utile circa i soggetti coinvolti, le modalità mediante cui l'attività dovrà svolgersi e i risultati raggiunti¹³.

La legge n. 146/2006 ricalca la normativa emergenziale del 2001 in materia di terrorismo. La novità, con riferimento alle comunicazioni, riguarda la sussistenza di un duplice obbligo d'informazione. Infatti, l'organo requirente dovrà comunicare le medesime informazioni ricevute al Procuratore generale presso la Corte d'Appello, e nei casi previsti dall'art. 51, co. 3-bis, al Procuratore nazionale antimafia. Inoltre, per salvaguardare l'efficacia delle operazioni e mantenere celata l'identità di chi opera sotto copertura, l'art. 9, co. 10, della legge n. 146/2006 introduce una fattispecie di reato che punisce chiunque divulghi nel corso delle opera-

¹¹ L. FILIPPI, *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 165 ss.

¹² M. LOMBARDO, *Agente provocatore*, cit., 1 ss.

¹³ Per una disamina più puntale della disciplina, si vedano, *ex plurimis*, A. CISTERNA, *Attività sotto copertura: arriva lo statuto*, in *Guida dir.*, 17, 2006, 81 ss.; F. GANDINI, *Guida alle operazioni sotto copertura. Strumenti investigativi e ruolo del Pm*, in *Dir. giust.*, 20, 2006, 101 ss.; S. BARBIERA, *Le operazioni sottocopertura: ratio e limiti dei nuovi strumenti investigativi nella lotta alla criminalità organizzata*, in *Sicurezza e giustizia*, n. II, 2013, 10-11.

zioni sotto copertura il nome degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria che svolgono tali operazioni. Con la legge n. 146/2006 è stato eliminato il riferimento al contesto temporale: «nel corso delle operazioni», permettendo la realizzazione del reato in qualsiasi momento¹⁴.

2. *Agente provocatore e agente sotto copertura: l'abbozzo di un confine*

Tratteggiato il quadro normativo e richiamate succintamente le condizioni legittimanti lo svolgimento delle operazioni sotto copertura, appare abbastanza agevole rilevare che il confine tra la figura dell'agente sotto copertura e quella dell'agente provocatore – il cui impiego appare vietato nel nostro ordinamento giuridico¹⁵ – può risultare parecchio labile¹⁶. La Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, al fine di fugare tali dubbi, è intervenuta specificando che affinché l'impiego di agenti infiltrati possa considerarsi legittimo, questo deve essere assistito da opportune garanzie. Si deve registrare, viceversa, una violazione dell'art. 6 Cedu – ossia dei principi propri del giusto processo – quando il reato è stato una conseguenza della provocazione poliziesca, ossia in circostanze tali da far ritenere che senza interventi esterni il delitto non sarebbe stato ugualmente perpetrato. Il reato, dunque, deve discendere dalla volontà del reo, non influenzata in maniera sostanziale dall'azione di agenti di polizia¹⁷. L'intervento chiarificatore del giudice di Strasburgo ha sortito un effetto propulsivo rispetto alla giurisprudenza di legittimità italiana. Gli Ermellini, infatti, hanno precisato che sebbene manchi nella legge una definizione puntuale di agente provocatore, la sua caratteristica peculiare consiste nella rilevanza causale della condotta del provocatore rispetto al comportamento illecito del provocato. Di converso, l'agente sotto copertura, per es-

¹⁴ A. FALCONE, *Agente sotto copertura*, cit., 61.

¹⁵ Il divieto non è espressamente previsto da una legge. Addirittura, la stessa definizione di agente provocatore è priva di un riscontro normativo. v., sull'argomento, V. PISANI, *Informatori, notizie confidenziali e segreto di polizia*, Giuffrè, Milano, 2007, 65. L'impiego dell'agente provocatore, del resto, appare interdetto sia in virtù della mancata previsione di una scriminante a giustificazione della sua condotta di incitamento/induzione alla commissione di un reato, sia perché la sua condotta ha un rilievo causale rispetto all'illecito penale attuato dal provocato e, dunque, spinge a un reato che altrimenti non sarebbe stato realizzato.

¹⁶ M. SCALICI, *Operazioni sotto copertura ed equo processo*, in *Arch. pen.*, 2, 2014, 3.

¹⁷ Corte eur. dir. uomo, 21 marzo 2002, ricorso n. 59895/00, Calabrò c. Italia e Germania.

sere tale e quindi garantito dalla scriminante, deve limitare la sua azione al fatto di inserirsi in un'attività penalmente rilevante già *in itinere*, con lo scopo di ricercare delle prove e consegnare il colpevole alla giustizia. In teoria, dunque, muta il tipo di contribuito che ciascuna figura appresta all'ideazione e all'esecuzione della condotta criminosa altrui¹⁸.

3. Genealogia storio-dogmatica dell'agente provocatore

La figura dell'agente provocatore è stata oggetto di copiosi studi ed elaborazioni dogmatiche volte ad approfondire un tema che, quantunque attuale, trae le sue radici in epoche assai remote. Basti pensare che espedienti analoghi, concepiti al fine di individuare e punire i responsabili di eventuali illeciti, sono stati ripetutamente utilizzati nel tempo sin dal principato di Domiziano nella Roma antica. Il Senato romano, difatti, si era avvalso di pratiche investigative occulte finalizzate alla raccolta di informazioni e dati rilevanti, mediante l'organizzazione di vere e proprie operazioni di spionaggio in cui venivano arruolati per il compimento di dette imprese i cosiddetti *speculatores*, investigatori che agivano in incognito al fine di acquisire informazioni sul campo¹⁹. In realtà, è stata la Francia assolutista del XVII e XVIII secolo a generare una figura più 'evoluta' di agente provocatore, il quale in un primo momento vestiva i panni del "delatore", ossia di un privato che, per ottenere la benevolenza del principe, si avvicinava a soggetti sospettati di praticare idee diverse da quelle della classe politicamente dominante, per carpirne informazioni e denunciarli all'autorità²⁰. Ben presto, da una prima attività di mera sorveglianza rivelatasi pressoché inutile e deludente, si passò alla provocazione. Si cominciò a istigare individui a commettere attività delittuose, dapprima unicamente nell'ambito del crimenlèse o comunque nell'ambito dei delitti politici, per poi ampliarne la portata operativa. L'agente provocatore ha poi svolto un ruolo cruciale nella storia politica francese; ha rappresentato una

¹⁸ Cass. pen., sez. III, 7 aprile 2011, n. 17199, in *Riv. pen.*, 2011, 10, 1017; Cass. pen., sez. III, 17 gennaio 2008, n. 8380, in *Cass. pen.*, 2009, 5, 2088.

¹⁹ E. SILVERIO, *Explorare Omnes Res. Raccolta, trasmissione e utilizzo delle informazioni nelle campagne di Cesare*, in *Gnosis. Riv. it. intelligence*, 4, 2017, 43 ss. Per un'ampia ricostruzione storica a partire dai riferimenti biblici e dall'antico Egitto, si veda C. ANDREW, *The Secret World. A History of Intelligence*, Yale University Press, London, 2019.

²⁰ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 3.

presenza costante sia dell'*ancien régime*, sia della Francia rivoluzionaria e postrivoluzionaria. I primi agenti provocatori furono gli *espions de police*, chiamati volgarmente "*mouches*" (mosche) o "*mouchards*" (cimici). Il più delle volte erano detenuti che fornivano collaborazione in cambio della libertà. Nella rivoluzione francese gli agenti provocatori assunsero le vesti di "*moutons de prison*" (pecore di prigione): si trattava di reclusi utilizzati dalla polizia per scoprire i complotti in carcere²¹. In seguito, l'agente provocatore, da privato, si trasformò in funzionario pubblico della polizia segreta "politica", il *Bureau de sûreté*²². Carrara ebbe modo di considerare tale figura espressione «satanica nel privato» e «infamia esecrabile» di «agenti governativi [...] per fini politici (di parte)»²³.

Benché nata in Francia, fu la dottrina tedesca ottocentesca a tracciare la prima concettualizzazione della figura dell'agente provocatore, non più limitata all'acquisizione delle sole informazioni di natura politica, ma proiettata in altri contesti. Si pensi, ad esempio, al contrabbando o all'evasione di dazi e imposte²⁴. Le riflessioni della letteratura tedesche hanno avvicinato anche i giuristi italiani all'analisi di tale fenomeno, a lungo rimasto nell'ombra. La Scuola classica, infatti, collocò l'agente provocatore nell'ambito della compartecipazione morale, qualificandolo come un tipo d'istigatore che determinava altri – il cui proposito criminoso era già esistente – a commettere un delitto non perché avesse interesse alla sua consumazione, ma al fine di assicurare il colpevole alla giustizia²⁵. La tesi a sostegno della punibilità dell'agente provocatore fu rafforzata da considerazioni eticizzanti. In particolare, il carattere amorale delle sue azioni fu sostenuto da giuristi come Pessina, che definiva la provocazione al reato come «la somma degli sforzi che fa un individuo perché altri esegua il reato da lui voluto»²⁶. Altra parte della dottrina, invece, si espresse in senso opposto, escludendo la punibilità dell'agente provocatore. Di tale avviso

²¹ *Ibidem*, 1.

²² V. FANCHIOTTI, *Agente sotto copertura (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VIII, 2015, 1.

²³ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, III ed., Lucca, 1875, 471.

²⁴ R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore*, cit., 29.

²⁵ R. DE RUBEIS, *Dei delitti contro l'ordine pubblico*, in E. PESSINA (a cura), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. VII, Milano, 1907, 935 ss.

²⁶ E. PESSINA, *Trattato di penalità generale secondo le leggi delle Due Sicilie*, Stabilimento Tipografico dei Classici Italiani, Napoli, 1858, 122

Brusa, il quale sosteneva che, a causa della carenza del dolo nell'azione del provocatore, quest'ultimo andava distinto dall'istigatore²⁷.

La dottrina del novecento, sempre con riguardo all'agente provocatore, si pose in un'ottica di tendenziale continuità rispetto alle posizioni pregresse. Pochi furono i punti di rottura. Bernardino Alimena, riecheggiando la nozione tradizionale di agente provocatore della Scuola classica, mise in luce la finalità di utilità sociale a cui tendeva, però, contrariamente a Brusa, la considerava non esclusiva, ma come uno dei molteplici scopi cui l'agente poteva tendere²⁸. In linea generale – secondo la sua impostazione – la condotta del provocatore doveva essere punita, salvo che essa fosse destinata a dar attuazione a una legge o un ordine legittimo. In tal caso, la responsabilità dell'agente era da escludere giacché il suo intervento realizzava semmai un reato putativo.

Manzini si pronunciò per la punibilità del provocatore, salvo il caso in cui lo stesso fosse "scriminato" a causa dell'esistenza di una legge o di un ordine legittimo e, altresì, nell'ipotesi in cui le cautele predisposte dall'autorità avessero reso assolutamente impossibile la perpetrazione del reato²⁹. Salvo quest'ultima ipotesi, non si configurava – per l'Autore – un reato putativo, bensì uno consumato se si trattava di un delitto di pericolo, ovvero un tentativo ove il delitto incompiuto fosse di danno³⁰. Sempre Manzini specificò che per considerare il fatto non punibile, l'inidoneità dell'azione doveva dipendere dalla natura dell'azione stessa e non già da una causa esterna quale l'intervento della polizia.

Altra posizione degna di nota, infine, fu quella di Malinverni che considerava l'agente provocatore l'unica valida arma per il contrasto alle organizzazioni criminali inclini allo svolgimento di attività lesive di inte-

²⁷ E. BRUSA, *Saggio di una teoria generale del reato*, Candeletti, Torino, 1884, 397 ss.; G. AMELLINO, *La partecipazione al reato nella storia del diritto: nella dottrina e nella legislazione comparata*, Tipografia di Filinto Cosmi, Napoli, 1896, 72.

²⁸ B. ALIMENA, *Diritto penale*, vol. II, Pierro, Napoli, 1912, 43 ss.

²⁹ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., Unione Tipografico-editrice Torinese, Torino, 1981, 618-619.

³⁰ Bisogna precisare che Manzini reputava il reato putativo un concetto di sintesi che ricomprendeva tutte quelle circostanze in cui il reato si manifestava nelle sole convinzioni dell'agente. Dunque, secondo tale assunto, in tale nozione rientrava anche il tentativo impossibile. Per un richiamo alla posizione di Manzini, v. M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività, un'indagine critica*, ESI, Napoli, 2004, 77 ss.

ressi primari dello Stato. Sulla scia di Manzini, giustificava l'attività dell'agente mediante la scriminante della legittima difesa³¹.

4. *La responsabilità del provocatore*

Il problema della responsabilità penale dell'agente provocatore costituisce la reale *vexata quaestio*, oggetto di animata discussione poiché sintetizza il consueto scontro tra esigenze confliggenti: la tutela del c.d. ordine pubblico e la salvaguardia delle garanzie costituzionali³². L'interrogativo, dunque, è se la necessità di prevenire e reprimere eventuali crimini di particolare allarme sociale, possa giustificare un intervento ove è elevato il rischio di sconfinare in una sorta di complicità dello Stato nel compimento degli stessi reati³³.

Benché la dottrina abbia prodotto molte teorie volte a escludere la punibilità del provocatore, ve ne sono alcune di particolare interesse che meritano di essere evocate anche in questa sede. Una prima soluzione è quella che – evidenziando il *discrimen* tra provocazione lecita e illecita – riconosce la responsabilità del provocatore qualora la sua condotta istigatoria rappresenti la causa dell'illecito commesso dal provocato³⁴. Di converso, quando detta condotta funga da occasione, ossia da «condizione necessaria (non sufficiente) dell'evento» che ne rende possibile l'attuazione, la punibilità dell'agente andrebbe esclusa³⁵. La critica mossa a questa teoria è di aver trascurato il fatto che anche la condotta meramente occasionale dell'agente, sebbene surrogabile, dovrebbe conservare un rilievo penale in quanto rappresenta pur sempre la cagione, *hic et nunc* necessaria, mediante cui è stato possibile giungere alla consumazione del reato. Quindi, anche se sostituibile, la condotta presenta ugualmente un valore causale rispetto all'illecito penale realizzatosi. Così ragionando, il modello fondato

³¹ A. MALINVERNI, *Agente provocatore*, voce in *Nss. D.I.*, vol. I, Torino, 1957, 399.

³² V. GREVI, *Garanzie costituzionali, ordine pubblico e repressione della delinquenza*, in *Il Politico*, 41, 2, 1976, 346 ss.

³³ A. FALCONE, *Agente sotto copertura*, cit., 6.

³⁴ Per una ricostruzione approfondita di tale filone di pensiero – propugnato prevalentemente dalla dottrina francese – si rinvia a C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 330. Nella vasta produzione dottrinale francese si vedano C. BORNET, *La provocation aux délits par des Agents de l'autorité*, in *Rev. pénit. et de droit pénal*, 1948, 27 ss.; L. LAMBERT, *Traité théorique et pratique de police judiciaire*, 3° ed., Desvigne, Lyon, 1951, 486 ss.

³⁵ C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità: prassi e orientamenti*, Giuffrè, Milano, 2012, 104.

sulla spiegazione causale si rivela infruttuoso per chi volesse giustificare la condotta del provocatore.

Altra teoria volta a legittimare l'operato dell'agente provocatore è quella che, muovendo dal concetto di "idoneità" dell'azione, esclude la punibilità sia del provocatore che del provocato in presenza di un'attività di incitamento al delitto realizzata da parte di un ufficiale di polizia o di un privato, poiché – secondo tale impostazione – il comportamento del provocato concretizzerebbe, in tal caso, un reato impossibile *ex art. 49, co. 2 c.p.*³⁶. Tuttavia, in senso diverso si è sostenuto che la valutazione dell'idoneità dell'azione deve avvenire mediante un giudizio di prognosi postuma o *ex ante* in concreto, ossia sulla base delle circostanze conoscibili *ex ante* da un osservatore avveduto, in questo caso, da parte del provocato³⁷. Ebbene, seguendo questa prospettiva, risulta fragile il richiamo al reato impossibile per escludere la punibilità dell'agente provocatore, in quanto la natura fomentante della sua condotta non è una condizione di cui il provocato ha conoscenza al momento del compimento del fatto. D'altronde, la giurisprudenza ha chiarito che «l'attività dell'agente provocatore, al pari della predisposizione della forza pubblica, costituendo una causa esterna, estrinseca ed indipendente dalla condotta del reo, non elide l'originaria capacità degli atti compiuti, i quali – valutati *ex ante* ed in concreto – possono portare a configurare la sussistenza della fattispecie tentata o consumata, prevista dalla norma incriminatrice»³⁸.

Alla tesi prima sunteggiata se n'è contrapposta altra secondo cui nel reato impossibile l'idoneità dell'azione dovrebbe valutarsi mediante un giudizio di prognosi postuma a base totale (giudizio dinamico)³⁹, ossia la valutazione non dovrebbe limitarsi alle conoscenze possedute *ex ante* dall'autore, ma bisognerebbe attribuire rilevanza a qualsiasi altra circo-

³⁶ In tal senso, O. VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Giuffrè, Milano, 1943, 62.

³⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 487.

³⁸ Cass. pen., sez. I, 27 maggio 1986, n. 14251, in *Cass. pen.*, 1988, 459. Più recentemente, cfr. Cass. pen., sez. VI, 6 giugno 2008, n. 36699, in *CED Cass. pen.*, 2008. Nella pronuncia appena menzionata, la Corte ha chiarito che «la circostanza che gli organi investigativi, attraverso indagini continue e accurate, riescano a monitorare e tenere sotto controllo la dinamica dell'azione criminosa che si protrae nel tempo, non vale di per sé a rendere la stessa inidonea ed inadeguata ai fini del secondo comma dell'art. 49 c.p.».

³⁹ A patrocinio della tesi dell'accertamento dell'idoneità dell'azione su base totale si veda G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2009, 342 ss.; I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, Giappichelli, Torino, 2000, 144, O. CECCHI, *Sulla "idoneità" dell'azione*, in *Giust. pen.*, 1949, II, 568.

stanza oggettivamente esistente al momento in cui il fatto è stato commesso, a prescindere se conosciute o conoscibili dall'agente⁴⁰.

La teoria dell'accertamento dell'idoneità dell'azione, *ex post* e su base totale, potrebbe risolvere le questioni sulla punibilità dell'agente provocatore mediante l'utilizzo dell'art. 49 cpv. c.p., tuttavia non sono mancate obiezioni. Chi contesta tale soluzione ne denuncia più che altro l'inadeguatezza a fronte dell'incapacità di scindere la figura del provocatore da quella del provocato, riconoscendo a entrambi il medesimo trattamento. Difatti, in tal guisa, utilizzando il criterio della prognosi postuma o *ex ante* in concreto, la condotta istigatoria produrrebbe un reato tentato con conseguente responsabilità e del provocato e del provocatore. Contrariamente, se si adottasse un criterio di valutazione a base totale, verrebbe a configurarsi un reato impossibile con conseguente esclusione della responsabilità sia del provocato che del provocatore. Questa assimilazione tra provocato e provocatore – si nota – può compromettere le esigenze di difesa sociale, rendendo elevato il rischio di un'eventuale punizione dell'agente sotto copertura. L'infiltrato, pertanto, potrebbe manifestare una certa ritrosia a svolgere l'incarico, compromettendo così le necessità probatorie.

Alla luce di queste considerazioni, appare necessario prendere in attenta considerazione la dottrina oggi prevalente, quella che esclude la punibilità dell'agente provocatore per la mancanza di dolo⁴¹. Difatti – secondo questa impostazione – la sua attività ha [deve avere] come unico fine quello di assicurare il supposto colpevole (il 'provocato') alla giustizia e – si aggiunge – l'agente, con la sua condotta, non accetta [deve accettare] alcun rischio in merito all'effettiva consumazione del reato, giacché si adopera per impedirlo attuando le opportune precauzioni. Secondo tale impianto, dunque, a mancare è il dolo di consumazione poiché l'agente vuole che il reato si arresti allo stadio del tentativo per ottenere le prove a carico del supposto colpevole⁴². In tale circostanza è da escludere la punibilità dell'agente provocatore poiché egli non si prospetta l'attività concorsuale come idonea alla realizzazione del reato⁴³. Nel caso in cui l'agente non riu-

⁴⁰ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 338.

⁴¹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 535.

⁴² C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 360.

⁴³ L. VIGNALE, *Agente provocatore*, in *Dig. disc. pen.*, I, 1987 62 ss., afferma la coincidenza, sotto il profilo psicologico, tra tentativo e consumazione in quanto, in entrambi i casi, è necessario che vi sia «l'intenzione di produrre l'evento caratteristico del reato». Se, dunque, con la sua condotta «il provocatore realizza solo il delitto tentato, egli non ne ri-

scisse, nonostante la volontà contraria, ad arrestare il delitto allo stadio del tentativo e questo si consumasse, ricorrendone gli altri presupposti sarebbe responsabile a titolo di colpa cosciente, sempre che si tratti di reato punibile a titolo di colpa⁴⁴.

Anche avverso questa impostazione non sono mancati dissensi, sebbene detta teoria sia quella che si fa apprezzare per due motivi: in primo luogo, perché è in grado di configurare un trattamento differente tra provocatore e provocato⁴⁵; in secondo luogo, poiché si può applicare a qualsiasi tipologia di provocazione e, perciò, a qualunque tipo di reato. Alla base del disaccordo vi è la resistenza nell'ammettere una responsabilità a titolo di colpa a carico del provocatore⁴⁶. Questa riluttanza oggi è favorita

sponde perché, mancando del dolo della consumazione, manca anche del dolo del tentativo».

⁴⁴ Per queste argomentazioni, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2017, 541; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 535.; P. SEVERINO, *Problemi di qualificazione e di responsabilità per la condotta di chi partecipi ad un reato per collaborare con la polizia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 1522-1523.

⁴⁵ R. DELL'ANDRO, *Agente provocatore*, in *Enc. dir.*, I, 1958, 864 ss.

⁴⁶ Secondo una parte della dottrina mancherebbe un fondamento in ordine all'attribuzione di una responsabilità per fatto colposo omissivo a carico dell'agente provocatore. Invero, la responsabilità per l'omesso intervento impeditivo di delitti potrebbe sorgere solo nei confronti di un soggetto, titolare di una posizione di garanzia, rimasto inerte innanzi all'altrui commissione di un reato e, dunque, inottemperante rispetto agli obblighi di protezione e di controllo dei pericoli che aveva il dovere di sventare. Pertanto, ai fini dell'ascrivibilità del reato omissivo improprio in capo al provocatore, sarebbe necessario un reato altrui causalmente ricollegabile all'omissione dell'agente, che aveva il dovere di evitarlo. In quest'ottica, la principale difficoltà risiederebbe nella configurabilità di una posizione di garanzia a carico dell'agente infiltrato. In particolare, difetterebbe il requisito di specificità in ordine alla prevedibilità di un obbligo di impedire l'evento. Sul tema cfr. G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, Milano, 1979, 196 ss.; M.G. FLICK, *Omissione di «oculata vigilanza» e obbligo giuridico di impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 1224 ss.; F. ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Jovene, Napoli, 2012, 272 ss.; più recentemente v. anche M. CATERINI, S. ROMANO, "La concussione obbligata": un'ipotesi di reato davvero "impossibile", in *Cass. pen.*, 12, 2018, 44445-4446, ove è specificato che detto obbligo esige che «i poteri ad esso collegato siano poteri giuridici dovendosi ritenere inadeguata una ricostruzione basata sul controllo meramente "naturalistico" del fatto... [inoltre tale] obbligo sussiste solo quando c'è la possibilità di interferire con la condotta altrui, perché solo l'azione impeditiva che cada su tale condotta costituirebbe "l'equivalente tipico", ai sensi dell'art. 40 cpv., della relativa fattispecie di parte speciale». Comunque, nel caso in cui si riconoscesse la condotta del provocatore come sussumibile nella categoria dei reati omissivi impropri, la responsabilità colposa potrebbe invocarsi solo a carico dell'agente provocatore pubblico ufficiale e non già a carico del privato, non potendo rintracciare in

dalla disciplina del concorso c.d. anomalo, *ex art. 116, co. 1, c.p.*⁴⁷. Se in origine, infatti, al concorrente “anomalo” veniva addebitata una responsabilità oggettiva senza considerare il contegno psicologico che lo animava, ma facendo leva unicamente sul contributo eziologico fornito al fatto illecito, successivamente la Corte costituzionale ha circoscritto la responsabilità penale del concorrente “atipico” solo ove sia sussistente un nesso psicologico tra la sua condotta e l’evento diverso rispetto a quello voluto, in quanto l’evento diverso deve poter rappresentarsi alla psiche di quest’ultimo come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello concordato o come possibile epilogo rispetto al fatto programmato⁴⁸. Ciononostante, alla luce di quanto affermato dalla stessa Corte costituzionale, il provocatore potrebbe ugualmente essere punito a titolo di concorso anomalo *ex art. 116 c.p.* qualora il reato diverso da quello voluto si fosse rappresentato nella sua psiche come una conseguenza meramente possibile o scarsamente probabile della sua condotta.

Questa il contesto normativo e interpretativo allorché è stata introdotta nel nostro ordinamento la richiamata scriminante speciale che giustifica l’attività dell’agente sotto copertura, rilevante non solo sul piano sostanziale quale rimedio posto a tutela dell’ordine pubblico e del controllo sociale, ma anche nell’ottica processuale in quanto strumento funzionale all’accertamento probatorio⁴⁹. In particolare, l’art. 9 della legge n. 146/2006 esordisce con la clausola di riserva: «fermo quanto disposto dall’art. 51 del codice penale», ossia con il richiamo alla scriminante dell’adempimento di un dovere. Questo perché – secondo un primo orientamento – siffatta causa di giustificazione è generale rispetto a quella speciale di cui al richiamato art. 9 della legge n. 146/2006⁵⁰. Differente la posizione di chi invece nega

quest’ultimo una posizione di garanzia, con conseguente ingiustificata disparità di trattamento. In tal senso, C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit., 366-367-368-369.

⁴⁷ Sul punto si rinvia a G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2015, 464.

⁴⁸ Corte cost., 13 maggio 1965, n. 42, in *www.cortecostituzionale.it.*, recentemente Corte cost., 25 febbraio 2021, n. 55, *ivi*. In dottrina v. R. MAZZON, *Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato*, Cedam, Milano, 2011, 371 ss; E. BASILE, *Condotta atipica e imputazione plurisoggettiva: alla ricerca del coefficiente di colpevolezza del concorrente “anomalo”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3, 2015, 1336 ss.

⁴⁹ G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, in V. MAIELLO (a cura di) *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, le misure di prevenzione ed armi*, Giappichelli, Torino, 2015, 179.

⁵⁰ F. CONSULICH, *Lo Statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Giappichelli, Torino, 2018, 155.

un rapporto di subordinazione tra le due scriminanti perché, qualora venissero travalicati i limiti di operatività della disposizione speciale, il comportamento dell'agente provocatore non sarebbe automaticamente giustificabile ai sensi dell'art. 51 c.p., potendosi invero configurare anche un'ipotesi di responsabilità a titolo di concorso nel reato. Superati i limiti sanciti dalla legge n. 146/2006, infatti, secondo tale impostazione l'agente *under cover* potrà beneficiare della scriminante di cui all'art. 51 c.p. solo se il suo comportamento configuri una condotta «meramente passiva [...] di osservazione e controllo dei reati»⁵¹. In questa ipotesi, mancando la provocazione in senso stretto, verrà esclusa la sua punibilità. Viceversa, in caso di condotta provocatoria non sarà applicabile l'art. 51 c.p.⁵².

Per come chiarito dalla giurisprudenza, la scriminante speciale dovrebbe peraltro operare solo ove l'attività di infiltrazione si inserisca in modo indiretto o strumentale all'interno di un'attività criminosa altrui già esistente, «fornendo solo l'occasione per concretizzare la stessa, e, quindi, senza determinarla in modo essenziale»⁵³. In dottrina, nondimeno, è maturata l'idea secondo cui l'infiltrato «non sarà punibile nei casi in cui assuma una condotta passiva e irrilevante sotto il profilo causale, ma anche quando assuma una condotta attiva, e cioè rilevante sotto il profilo del contributo causale alla integrazione della fattispecie incriminatrice ma, tuttavia, si accerti che lo stesso non abbia, né voluto la realizzazione, né accettato il rischio di verifica del reato»⁵⁴. Secondo questo indirizzo, pur essendo inapplicabile la scriminante di cui all'art. 51 c.p., potrebbe ugualmente escludersi la responsabilità dell'infiltrato perché in questi mancherebbe la volontà, o almeno l'accettazione, della perpetrazione del reato. Tale precisazione può risultare significativa se si considera la complessa attività svolta da colui che opera in veste di infiltrato nelle organizzazioni criminali. Infatti, talvolta, il mero atteggiamento di osservazione e controllo risulta insufficiente o, addirittura, impraticabile per cui l'agente *under cover* per la buona riuscita dell'operazione potrebbe trovarsi costretto a tenere una condotta attiva⁵⁵. La tendenza emersa sia in dottrina, sia in giurisprudenza, perciò, è sì quella di legittimare le operazioni sotto copertura, ma con

⁵¹ Cass. pen., sez. III, 7 aprile 2011, n. 17199, in *Riv. pen.*, 2011, 10, 1017.

⁵² Cass. pen., sez. III, 18 ottobre 2012, n. 45922, in *DeJure.it*.

⁵³ Cass. pen., sez. VI, 8 giugno 2016, n. 28810, in *Guida dir.*, 2016, 42, 78.

⁵⁴ A. FALCONE, *Agente sotto copertura*, cit., 18-19.

⁵⁵ R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore*, cit., 88.

le opportune cautele, proprio per scongiurare il rischio di uno Stato che induce al compimento di condotte criminose.

5. *L'agente sotto copertura come strumento di contrasto al fenomeno corruttivo*

La Convenzione delle Nazioni unite contro la corruzione, la c.d. Convenzione di Merida, ratificata in Italia con la legge 3 agosto 2009, n. 116, all'art. 50, co. 1, al fine di un più efficace contrasto appunto alla corruzione, prevede la possibilità di adottare tecniche speciali d'investigazione, tra le quali, se ritenute opportune, le operazioni sotto copertura, con la conseguente ammissibilità innanzi al giudice della prova così ottenuta. Sin al 2019, però, in Italia è mancata una normativa di attuazione in relazione ai reati contro la pubblica amministrazione, anche perché ciò era rimesso ad una valutazione di adeguatezza e opportunità da parte del legislatore interno⁵⁶. L'estensione delle operazioni sotto copertura ai reati contro la p.a. è avvenuta con la legge n. 3/2019, detta "spazzacorrotti", che ha modificato la lettera a) dell'art. 9, co. 1, della mentovata legge n. 146/2006 e ha introdotto molti dei reati contro la p.a. nel novero di quelli per cui oggi è legittimo l'utilizzo dell'agente *under cover*⁵⁷.

Anche per questi reati recentemente inclusi nell'art. 9 della legge n. 146/2006, il *modus operandi* dell'agente sotto copertura deve rispettare le

⁵⁶ P. DAVIGO, *Un cenno alle operazioni sotto copertura non previste in materia di reati contro la pubblica Amministrazione*, in *Giur. pen. web*, 3, 2019, 5, a tal proposito parla, invece, di un'«Italia inadempiente rispetto all'obbligo nascente dalla Convenzione di Merida».

⁵⁷ Nel catalogo dei reati per cui è stata esclusa la punibilità dell'agente sotto copertura, è stata inserita buona parte delle fattispecie che il nostro codice penale pone a presidio del buon funzionamento e imparzialità della pubblica amministrazione. In particolare: gli artt. 317 (concussione), 318 (corruzione per l'esercizio della funzione pubblica), 319 (corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio), 319-bis (corruzione propria), 319-ter (corruzione in atti giudiziari), 319-quater, primo comma (induzione indebita a dare o promettere utilità), 320 (corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio), 321 (corruzione attiva per l'esercizio della funzione o per atto contrario), 322-bis (peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri delle Corti internazionali o degli organi delle Comunità europee o di assemblee parlamentari internazionali o di organizzazioni internazionali e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri), 346-bis (traffico di influenze illecite), 353 (frode nelle pubbliche forniture), 353-bis (turbata libertà del procedimento di scelta del contraente).

stesse condizioni di legittimazione previste per i reati in materia di stupefacenti, terrorismo, criminalità organizzata, ecc. Nello specifico, sempre fermo quanto disposto dall'art. 51 c.p., l'agente incaricato a svolgere attività sotto copertura potrà beneficiare della scriminante speciale se la sua condotta, diretta a fini probatori, sia stata autorizzata dell'organo di vertice a cui appartiene e si sia svolta sotto il controllo dell'autorità giudiziaria competente a cui senza ritardo deve darsi comunicazione dell'operazione. Ciononostante, una volta assolti tali adempimenti, l'attività dell'agente non è del tutto svincolata. Ne è prova il fatto che le condotte autorizzabili sono distintamente esplicitate dal legislatore⁵⁸. Si tratta di attività di accettazione o promessa di denaro o altra utilità; corresponsione di denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri; dazione di denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio sollecitati come prezzo della mediazione illecita o per remunerarlo; infine, attività «prodromiche e strumentali».

Dall'enunciazione legislativa delle condotte scriminate emerge l'esigenza di ribadire la distinzione – in precedenza delineata dalla giurisprudenza – tra l'agente provocatore e quello sotto copertura e dunque, per esempio, la necessità che ha avvertito il legislatore di precisare che l'agente *under cover* deve limitarsi a partecipare solo per dare esecuzione ad un accordo già concluso da altri o per assecondare richieste altrui. Da ciò discende quella che dovrebbe essere un'inclinazione meramente passiva dell'agente sotto copertura e l'assoluta assenza di un suo contegno istigatorio⁵⁹. Detto questo, bisogna però ricordare che l'ambito di operatività delle operazioni sotto copertura lascia spazio a numerose critiche. Innanzitutto, si teme che il loro impiego possa comunque sfociare in una forma di provocazione al delitto⁶⁰. Questa preoccupazione nasce dalla scarsa chiarezza della base normativa. Infatti, com'è stato osservato, se da un lato possono apparire adeguatamente descritte le condotte che l'agente infiltrato può compiere quando finge d'essere un privato corruttore perché si tratta di attività senza sbocco nella provocazione come, ad esempio, la corresponsione di utilità "in esecuzione di un accordo illecito già concluso da

⁵⁸ B. BALLINI, *Prime riflessioni sulle operazioni sotto copertura nei reati contro la pubblica amministrazione*, in *Giust. pen.*, 3, 2019, 697 ss.

⁵⁹ T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, 3, 2018, 4 ss.

⁶⁰ A. DE VITA, *La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, in *Proc. pen. e giust.*, 4, 2019, 962 ss.

altri” e la promessa o dazione di utilità “richiesti” o “sollecitati” da terzi. Dall’altro lato, fuori da tali delimitati casi, le attività che l’agente infiltrato può compiere quando simula d’essere un funzionario corrotto sono tratteggiate «con mano meno ferma». Si pensi all’acquisto o ricezione di denaro o altre utilità, attività, queste, compatibili con un’iniziativa autonoma dell’agente sotto copertura. Dunque, per evitare che l’intervento dell’infiltrato sfoci in una forma di provocazione al delitto, il legislatore dovrebbe intervenire per chiarire la necessità di un *input* della controparte che anticipi la condotta dell’agente. Peraltro, dovrebbe pure definire in maniera cristallina la nozione di “attività prodromiche e strumentali” poiché, trattandosi di attività che, in aggiunta a quelle espressamente enumerate, l’agente sotto copertura può compiere, mal si tollera una vaghezza di significato⁶¹.

Esistono poi altrettanti dubbi circa l’adeguatezza di tale tecnica investigativa quale mezzo di contrasto alla corruzione pubblica⁶². Difatti, contrariamente alla realtà delle organizzazioni criminali, il fenomeno corruttivo si sviluppa principalmente in un ambiente “chiuso” caratterizzato da rapporti di stretta conoscenza⁶³. Da ciò discende la difficoltà dell’infiltrato di inserirsi in un contesto così coeso contraddistinto dall’attitudine a cooperare solo con persone fidate⁶⁴. Nel campo del fenomeno corruttivo, invece, potrebbe fare ingresso più facilmente il soggetto (privato o pubblico) che, dietro ravvedimento, opera in qualità di “interposta persona”⁶⁵. In tal caso, si andrebbe a configurare una sorta di “collaborazione attiva” che potrebbe portare benefici sul piano investigativo in quanto la commistione tra la figura dell’agente *under cover* e il collaboratore di giustizia permetterebbe a quest’ultimo di adoperarsi attivamente (mediante l’infiltrazione) al fine di provare l’attendibilità delle dichiarazioni rese⁶⁶.

⁶¹ A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. pen.*, 3, 2018, 6.

⁶² Per una più esauriente critica si veda F.R. DINACCI, *L’agente sotto copertura e reati contro la pubblica amministrazione: nuovi difetti e vecchi vizi*, in *Arch. pen.*, 2020, 1 ss.

⁶³ T. PADOVANI, *La spazzacorrotti.*, cit., 5.

⁶⁴ A.F. MASIERO, *L’agente sotto copertura in materia di delitti contro la pubblica amministrazione: una (in)attesa riforma. Note a margine della legge «spazza-corrotti»*, in *Legisl. pen.*, 4, 2019, 16.

⁶⁵ M. GAMBARDILLA, *Il grande assente nella nuova “legge spazzacorrotti”*, cit., 17.

⁶⁶ J.E. ROSS, *Indagini sotto copertura negli Usa e in Italia: esperienze a confronto*, in *Criminalia*, 2019, 13-14.

Malgrado ciò, il rischio d'istigazione è consistente. Per tentare di scongiurare tale pericolo, la legge "spazzacorrotti" ha escluso l'applicabilità della nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p., all'agente sotto copertura che abbia agito in violazione delle disposizioni sancite dall'art. 9 della legge n. 146/2006⁶⁷. La recente disposizione premiale – figlia della nuova normativa anticorruzione – vuole spezzare quel «vincolo di omertà che lega i protagonisti di ogni vicenda corruttiva, [...] grazie alla prospettiva di una contropartita realmente allettante, che renda davvero conveniente la scelta antagonista rispetto all'accordo»⁶⁸. Tuttavia, sul punto, sono ravvisabili criticità sia a causa delle molteplici condizioni che si frappongono alla sua applicabilità (si pensi, ad esempio, alle stringenti scadenze temporali), sia per via dalla sua infrequente fruibilità sul piano pratico, considerato il carattere subdolo del fenomeno corruttivo che si traduce in un «patto tra corruttore e corrotto che nessuno dei due ha normalmente interesse a far emergere»⁶⁹.

La riforma, comunque, incarna quella volontà del legislatore volta a fronteggiare – come sovente definita – la nuova "emergenza corruzione". La previsione delle operazioni sotto copertura, di fatto, segue a ruota l'apparato preventivo e repressivo preordinato negli anni '90 per contrastare la criminalità organizzata e le altre forme più gravi di criminalità. Proprio la discussa commistione tra le due realtà – la criminalità organizzata e il fenomeno *lato sensu* corruttivo – rappresenta uno degli argomenti più spinosi con riguardo alla nuova normativa⁷⁰. Benché tra i due fenomeni si è progressivamente instaurando un rapporto osmotico⁷¹ – non a caso si fa spesso riferimento a una «mafia imprenditrice»⁷² – questa constatazione non è sufficiente a rappresentarne una compiuta omogeneità: resta-

⁶⁷ Tra tutti si veda A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale*, cit., 7; I. PUSINI, *La natura della causa di non punibilità ex art. 323 ter c.p. e la sua applicabilità al traffico di influenze illecite e al fatto commesso dall'agente provocatore*, in *Cammino Diritto*, 17, 39 ss.

⁶⁸ S. FIORE, *Tracce di distopia legislativa nella "spazzacorrotti". Funzioni simboliche e deterrenza "latente" nell'uso della non punibilità*, in *Legisl. pen.*, 4, 2020, 9-10.

⁶⁹ A. PERTICI, A. VANNUCCI, *La prevenzione alla corruzione*, Giappichelli, Torino, 2019, 4.

⁷⁰ V. MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 1, 158 ss.

⁷¹ V. MONGILLO, *La Legge "Spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2019, 247.

⁷² P. ARLACCHI, *Mafia imprenditrice. Dalla Calabria al centro dell'inferno*, Il Saggiatore, Milano, 2007, 12.

no comunque fenomeni criminali «autonomi e diversi»⁷³. Peraltro, l'entità del fenomeno corruttivo può assumere differenti portate: si suole distinguere la *grand corruption* dalla *petty corruption*⁷⁴. La macro-corruzione coinvolge soggetti appartenenti alle categorie elitarie di un Paese e ha ad oggetto capitali ingenti; la micro-corruzione, invece, concerne scambi più modesti. A riguardo, l'obiezione mossa alla nuova riforma è quella di aver trascurato tale distinzione e, conseguentemente, aver prodotto una disciplina inadeguata che non tiene conto dei «differenti effetti lesivi dei comportamenti illeciti sull'economia, nonché sul buon andamento e sulla imparzialità della Pubblica Amministrazione»⁷⁵.

Tra le voci critiche rivolte all'attuale impianto legislativo anticorruzione vi è anche quella che, facendo leva sull'inadeguatezza dei parametri utilizzati, contesta l'attendibilità del giudizio circa l'incidenza del fenomeno corruttivo e, di conseguenza, circa la sua dimensione reale⁷⁶. Il divario tra il livello di corruzione percepita e la corruzione autentica potrebbe – secondo questa impostazione – indurre l'adozione di provvedimenti inappropriati⁷⁷. Il principale rimprovero mosso al legislatore è quello di aver agito, unicamente, per assecondare le tensioni sociali forgiando i propri interventi in base al 'sentimento' del momento⁷⁸. Il problema del populismo penale, vieppiù del "populismo digitale"⁷⁹, è che per incalzare le istanze dei cittadini, pregne di influenzate connotazioni emotive e false percezioni, rischia di provocare un abuso dello strumentario penale tale da «"marketizzare" il "prodotto" politico-criminale» e, dunque, «mercificare, "vendere" la persona nelle sue implicazioni più vitali»⁸⁰. Tutto ciò, naturalmente, tende a provocare un declino delle garanzie costituzionali prestando il fianco ad una verosimile compromissione di taluni principi propri di uno Stato sociale di diritto.

⁷³ R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2021, 65.

⁷⁴ V. ZARONE, *Il fronteggiamento del rischio di corruzione nella prospettiva economico-aziendale. Problemi attuali e implicazioni per il management pubblico*, Giappichelli, Torino, 2017, 5-6.

⁷⁵ G. COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Resp. civ. prev.*, 2, 2018, 374 ss.

⁷⁶ V. MONGILLO, *Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del "tipo d'autore" e derive emergenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, 674.

⁷⁷ F. COSTANTINO, *Prevenire la corruzione in Italia. Modelli di risk management*, Franco Angeli, Milano, 2018, 78 ss.

⁷⁸ D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale, spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2019, 244 ss.

⁷⁹ G. INSOLERA, *Per la giustizia penale non andrà tutto bene*, in *Dir. dif.*, 2, 2020, 268.

⁸⁰ M. CATERINI, *Criminalità, politica e mass media*, in *Pol. dir.*, 4, 2013, 609.

6. *Uno sguardo oltre oceano: l'esperienza statunitense nell'uso delle operazioni under cover*

L'avvento nel panorama italiano della legge n. 3/2019, che ha esteso l'operatività delle indagini sotto copertura ai reati contro la pubblica amministrazione, costituisce un'importante novità che ha suscitato, come già visto, delle reazioni contrastanti. L'uso di tale tecnica investigativa speciale nel settore dei reati corruttivi, del resto, da tempo è stato collaudato negli Stati Uniti, per cui può risultare stimolante una comparazione⁸¹.

In primo luogo, emerge una differenza. Mentre nell'ordinamento italiano le operazioni sotto copertura possono essere autorizzate solo per accertare una determinata classe di reati individuata dal legislatore, negli Stati Uniti non vi sono limiti in ordine al tipo di reato accertabile mediante l'impiego dell'agente sotto copertura. Proprio per questo, in U.S.A., detta tecnica investigativa ha trovato il suo impiego anche nel contesto "anticorruzione" sin dal XIX secolo. Inizialmente tale attività era svolta da privati assoldati dalle autorità pubbliche al fine di vagliare la serietà e l'onestà dei dipendenti nello svolgimento della loro attività lavorativa. I soggetti impiegati erano comunemente noti come "common informers" o "thief takers" ("acchiappaladri")⁸².

Successivamente, a causa dell'intensificarsi delle condotte criminose, vennero a costituirsi delle apposite organizzazioni private. La più antica agenzia investigativa è stata la *Pinkerton National Detective Agency*, fondata dal primo investigatore privato della storia, di origini scozzesi, Allan Pinkerton⁸³. Gli agenti erano uomini e donne di differente estrazione sociale che svolgevano, prevalentemente, attività *under cover* per conto e di pubblici ministeri e di imprese (ad esempio minerarie) localizzate lontano dalle sedi principali e, quindi, difficilmente controllabili. A cavallo tra l'800 e il '900, nella *Progressive Era*, l'influenza di tali organizzazioni crebbe note-

⁸¹ J.E. ROSS, *Induzione al reato e garanzie processuali negli Stati Uniti e in Italia*, in *Giur. mer.*, 2, 2006, 0496B.

⁸² V. FANCHIOTTI, *Agente sotto copertura*, cit., 1 ss.

⁸³ L.D. BALL, *Review of "The Eye That Never Sleeps": A History of the Pinkerton National Detective Agency*, by F. Morn., in *The Western Historical Quarterly*, 14, 1983, 471-472.

volmente⁸⁴. La loro attività si rivelò incisiva nella lotta alla criminalità, alla corruzione e all'immoralità, al punto da essere adoperate anche dal potere governativo. Addirittura, durante la prima guerra mondiale, il governo assegnò a talune di queste agenzie uno *status* di semi-ufficialità che permetteva di lavorare apertamente per lo Stato⁸⁵. Questo processo volto a rendere pubblica la pratica investigativa delle operazioni sotto copertura è culminato, agli inizi del XX secolo, nella sua totale annessione alle competenze statali. In proposito, si può ricordare l'istituzione nel 1908 del *Federal Bureau of Investigation* (FBI), posto alle dipendenze dell'*U.S. Department of Justice*⁸⁶.

È bene precisare che nel sistema statunitense manca un insieme di regole procedurali legittimanti l'attività *under cover* che, viceversa, il legislatore italiano recentemente ha dettato. In altre parole, non è necessario che vi sia un mandato e, per di più, è possibile avviare tali operazioni anche in assenza di ragionevoli sospetti circa l'esistenza di una condotta criminosa⁸⁷. Si può dire, a riguardo, che l'unica regola pregnante è il divieto per l'agente *under cover* di provocare il reato, ossia di indurre un soggetto a commettere un crimine che non avrebbe mai commesso senza l'istigazione. Quindi, per essere prosciolto, l'imputato dovrà provare l'assenza della predisposizione a commettere il reato sollevando l'*entrapment defense*. L'eccezione in questione è nata come meccanismo di difesa a favore del provocato, considerato che a partire dagli anni '90 negli Stati Uniti il ricorso alla provocazione si era fatto sempre più frequente. La Corte Suprema Federale ha definito l'*entrapment* come «la commissione, da parte di un soggetto, di un reato che non avrebbe mai perpetrato senza l'inganno, la persuasione o la frode del pubblico ufficiale che ha ideato e pianificato il delitto provocato»⁸⁸. Affinché operi tale difesa a favore dell'istigato è necessario che l'atteggiamento provocatorio sia predisposto da un ufficiale di polizia o da un privato cittadino che agisca sotto la dire-

⁸⁴ Tra le più note: *Committee of Fifteen*, *Committee of Fourteen*, *Colored Auxiliary of the Committee of Fourteen*, *People's Institute* e *National Civic Federation*.

⁸⁵ J. FRONC, *New York Undercover: Private Surveillance in the Progressive Era. (Historical Studies of Urban America)*, Chicago, 2009, 1 ss.

⁸⁶ V. FANCHIOTTI, *Agente sotto copertura*, cit., 8.

⁸⁷ J.E. ROSS, *Undercover Policing and the Varieties of Regulatory Approaches in the United States*, in *The American Journal of Comparative Law*, 62, 2014, 675.

⁸⁸ Supreme Court of the United States, *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435, 1932.

zione governativa. È esclusa, perciò, l'efficacia dell'eccezione nel caso di provocazione autonoma del privato⁸⁹.

Per escludere la responsabilità del provocato, l'*entrapment defense* adopera due tipi di modelli, ciascuno caratterizzato dalla presenza di un test. Un primo modello, di tipo soggettivo, conosciuto anche come "approccio federale" poiché più utilizzato dalla Corte Suprema, si serve di un test che si articola in due fasi: il primo passaggio consiste nel valutare se il reato commesso è stato indotto dall'agente governativo; con il secondo *step*, invece, si esamina la propensione dell'imputato a commettere l'illecito per cui è accusato⁹⁰. Il secondo modello, di tipo oggettivo, noto come "approccio della persona ipotetica", benché poco utilizzato dalla giurisprudenza ha trovato un riferimento nel *Model Penal Code* dell'*American Law Institute*⁹¹. Il modello in esame si serve di un test indirizzato ad analizzare il tipo di incentivo offerto; in particolare, si valuta se gli espedienti attrattivi impiegati abbiano indotto un soggetto non predisposto a commettere il crimine per cui è accusato⁹².

I fautori dell'approccio oggettivo muovono delle critiche al primo modello. In particolare, lo ritengono una «pura finzione»⁹³ poiché non dà pregio alla provenienza della provocazione, ossia se l'incitamento a delinquere sia derivato da un privato o da un pubblico ufficiale, né tanto meno stabilisce una regola generale che definisca i limiti della condotta degli agenti di polizia⁹⁴. Inoltre, se si utilizzasse il primo approccio, il giudizio di colpevolezza nei confronti dell'imputato recidivo potrebbe essere influenzato dalle condanne pregresse, le quali, potrebbero essere considerate, spesso erroneamente, come indicative di una maggiore propensione a delinquere. Questo risulterebbe ingiusto e sperequativo⁹⁵. Per di più, nell'accertare se l'imputato fosse propenso alla commissione dell'illecito, ci potrebbe essere un'ingerenza eccessiva nella vita di quest'ultimo giustificata dalla necessità di acquisire prove rivelatrici del suo stile di vita⁹⁶, propendendo sempre più verso un diritto penale d'autore e non del fatto.

⁸⁹ Supreme Court of the United States, *Maddox v. United States*, 492 F. 2d 104, 1974.

⁹⁰ W.R. LAFAVE, *Criminal Law*, II ed., Saint Paul, 1986, 200.

⁹¹ *Ibidem.*, 456.

⁹² C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 173-174.

⁹³ Supreme Court of the United States, *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369, 1958.

⁹⁴ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 190.

⁹⁵ W.R. LAFAVE, *Criminal law*, cit., 459.

⁹⁶ *Ibidem.*, cit., 460.

Di converso, i sostenitori dell'approccio soggettivo muovono delle critiche al modello oggettivo opposto, lamentando un'irrimediabile compromissione del giudizio di colpevolezza qualora si valutasse, come prova, la sola liceità della condotta degli agenti governativi, senza considerazione alcuna riguardo le inclinazioni personali dell'accusato⁹⁷. Tale approccio potrebbe portare, secondo la critica, all'assoluzione di persone colpevoli e alla condanna di soggetti non propensi a delinquere che, di fatto, hanno agito delittuosamente solo in funzione dei benefici offerti dal provocatore.

Queste obiezioni hanno indotto una parte della dottrina a formulare un nuovo metodo di delibazione dell'*entrapment defense*. L'approccio in questione tende a far coesistere i due momenti: soggettivo e oggettivo. In particolare, si valuta dapprima la sussistenza dell'*entrapment* mediante i parametri oggettivi. Nel caso di esito negativo, il giudizio riprende i parametri soggettivi⁹⁸. In aggiunta, la Corte Suprema ha riconosciuto una nuova eccezione, la *quasi-entrapment defense*⁹⁹. In particolare, si esclude la punizione a carico del soggetto sì propenso alla commissione dell'illecito, ma che ha compiuto il delitto a causa di incentivi impropri e abnormi, giacché «la condotta degli agenti delle forze dell'ordine è così oltraggiosa da offendere i principi del giusto processo e, quindi, impedisce assolutamente al governo di condannare gli imputati»¹⁰⁰.

Sempre negli Stati Uniti, sul versante normativo, almeno come autorevole fonte d'ispirazione delle legislazioni statali, dell'*entrapment* se ne occupa la sez. 2.13 del *Model Penal Code*¹⁰¹ prevedendo – salvo si provochino lesioni fisiche o minacce delle stesse a una persona diversa da quella che perpetra l'*entrapment* – l'assoluzione del soggetto perseguito per un reato quando dimostra, con una preponderanza di prove, che il suo comportamento è avvenuto in risposta appunto a un *entrapment*. Il *Model Penal*

⁹⁷ R.C. PARK, *The Entrapment Controversy*, in 60 *Minn. L. Rev.*, 163, 1976, 176-184.

⁹⁸ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 182.

⁹⁹ P. MARCUS, *The Due Process Defense in Entrapment Cases, The journey Back*, in *Am. crim. Law Rev.*, vol. 27, 1990, 458-459.

¹⁰⁰ Supreme Court of the United States, *Russell v. United States*, 411 U.S. 423, 1973.

¹⁰¹ Il *Model Penal Code* è un modello di legge ideato dall'*American Law Institute*, commissione di giuristi interessati all'unificazione del diritto dei singoli Stati d'America. Si tratta, in via generale, di un atto non vincolante. Tuttavia, laddove è stato recepito, ovverosia in gran parte degli Stati uniti d'America, il suo contenuto ha assunto valore di fonte di diritto sostanziale. Per un più ampio approfondimento v. M.D. DUBBER, *Criminal Law: Model Penal Code*, Foundation Press, New York, 2002.

Code definisce l'*entrapment* come la condotta tenuta da un funzionario pubblico delle forze dell'ordine o da un suo collaboratore che, allo scopo di ottenere prove della commissione di un reato, induca o incoraggia altri a commettere un reato.

L'idea di "intrappolamento" in Italia ha assunto una connotazione diversa. Il timore che l'attività sotto copertura possa tradursi in una forma di partecipazione governativa al crimine, ha implicato una responsabilità dell'infiltrato che, con la sua condotta, abbia fornito un contributo causale al compimento dell'illecito. Dunque, in questa prospettiva, gli agenti sotto copertura hanno l'obbligo di rispettare non solo le regole applicabili al personale di polizia, ma anche le regole comuni a tutti i consociati e in caso di violazioni, l'azione delittuosa potrà essere giustificata solo in presenza di apposite esenzioni definite dalla legge. Diversamente avviene negli Stati Uniti ove gli agenti devono operare unicamente sulla base di regole applicabili al personale di polizia e per l'individuazione di eventuali abusi da parte dell'agente *under cover* non si fa riferimento al normale diritto penale e, quindi, alle regole riferibili a tutti i cittadini, ma alle cosiddette "norme di polizia"¹⁰².

La propensione italiana di pretendere dall'infiltrato il rispetto della totalità dei precetti penali dipende, principalmente, da due ragioni di fondo. Anzitutto, dall'esigenza di garantire il principio della separazione dei poteri attribuendo al legislatore l'incarico di valutare e scegliere se riconoscere o meno esoneri di responsabilità a favore dell'agente sotto copertura e cercando di condizionare l'azione delle autorità di polizia alla pedissequa applicazione di quanto precedentemente legiferato. La seconda ragione, invece, muove dalla distinzione, propria anche del sistema americano, tra *mala in se* e *mala quia prohibita*, i primi, com'è noto, a differenza dei secondi, sono fatti intrinsecamente vietati in quanto per natura immorali. Nell'ordinamento nordamericano neppure l'agente *under cover* è autorizzato a realizzare azioni *mala in se* poiché, salva la ricorrenza delle comuni scriminanti come la legittima difesa, «la finta partecipazione a un crimine avrebbe una tale somiglianza con il crimine stesso che la società non potrebbe tollerarne la condotta». Quanto ai fatti cosiddetti *mala quia prohibita*, essendo vietati sol per legge, negli USA l'agente sotto copertura gode di un'ampia giustificazione che gli permette di compierli con libertà, senza

¹⁰² G.R. BLAKEY, J.J. HOGAN, *Techniques in the Investigation and Prosecution of Organized Crime: Manual of Law and Procedure*, Cornell Institute on Organized Crime, New York, 1980, 41 ss.

autorizzazioni o adempimenti particolari¹⁰³; al contrario, la legge italiana espressamente individua le condizioni legittimanti l'impiego dell'agente sotto copertura, le condotte autorizzabili altrimenti criminose, nonché le procedure da eseguire. Benché tale 'premura' manchi nel sistema penale statunitense, anche oltreoceano l'attività che l'agente *under cover* può compiere, sebbene possa risultare più ampia di quella dall'agente infiltrato italiano, si mostra comunque limitata¹⁰⁴. Non a caso esiste in capo all'*under cover* un divieto di compiere illeciti per finalità di natura privata. Qualora tale proibizione fosse disattesa, lo stesso agente potrebbe subire una sanzione disciplinare e, nella peggiore delle ipotesi, anche penale¹⁰⁵.

Ultimo aspetto degno di nota con riguardo alla distinzione tra sistema americano e italiano, riguarda la responsabilità del provocato. Come già scritto, nell'ordinamento statunitense il soggetto che dimostra di essere stato indotto a commettere un reato che non avrebbe mai realizzato in assenza di provocazione, potrebbe essere prosciolto avvalendosi dell'*entrapment defense*. In Italia, invece, il provocato è comunque responsabile a titolo di concorso di persone nel reato, a meno che la condotta del provocatore non risulti lesiva dei principi del giusto processo¹⁰⁶.

Il succinto confronto ora svolto tra il sistema italiano e quello statunitense permette di affrontare gli aspetti più salienti e le principali questioni che li accomunano o differenziano e, per di più, potrebbe rappresentare l'occasione per l'individuazione di linee guida idonee ad avvicinare la disciplina di ordinamenti giuridici assai eterogenei¹⁰⁷. Su quest'ultimo punto, infatti, si auspica una maggiore omogeneità, atteso che l'agente sotto copertura opera in una «zona dove diritto penale internazionale e diritto

¹⁰³ G.M. GREANEY, *Crossing the Constitutional Line: Due Process and Law Enforcement Justification*, in *Notre Dame L. Rev.*, 1992, n. 67, 745 ss.

¹⁰⁴ Per approfondimenti circa la distinzione tra l'ordinamento italiano e quello statunitense in materia di operazioni *under cover*, v. B. FRAGASSO, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte Edu, e delle Corti Americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 1 ss.

¹⁰⁵ G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, Jovene, Napoli, 2011, 132 ss.

¹⁰⁶ *Ibidem*

¹⁰⁷ In questa materia, l'adozione di linee guida idonee a costruire una disciplina internazionale uniforme faciliterebbe l'impiego della tecnica *under cover* nelle prassi investigativo-collaborative tra organi di polizia di Stati diversi. Sul punto v. N. VENTURA, *Le investigazioni under cover della polizia giudiziaria*, Cacucci, Bari, 2008, 134 ss.

internazionale penale si intrecciano dentro e a causa della globalizzazione di un crimine, che ormai oltrepassa i confini degli Stati»¹⁰⁸.

7. Qualche considerazione conclusiva: scongiurare che le operazioni sotto copertura si prestino a punire mere prave intenzioni latenti

Volendo trarre qualche rapida conclusione, lo svolgimento delle operazioni sotto copertura, com'è noto, può sovente incidere sulla sfera dei diritti individuali comportando un pregiudizio per le garanzie costituzionali dei singoli. In particolare, bisogna rilevare che nel nostro ordinamento il rischio di abusi nella predisposizione di tale strumento investigativo è reso più intenso dalla carenza di chiarezza dei relativi presupposti legittimanti. Nel tentativo di inquadrare più adeguatamente il fenomeno, si sono spese più volte sia la giurisprudenza che la dottrina¹⁰⁹. La Corte di cassazione ha precisato che l'attività di infiltrazione deve inserirsi in modo indiretto o strumentale all'interno di una condotta criminosa altrui già esistente, «fornendo solo l'occasione per concretizzare la stessa, e, quindi, senza determinarla in modo essenziale»¹¹⁰. Invero, ciò ha generato delle perplessità anche dal punto di vista procedurale¹¹¹. In particolare, si discute se detta tecnica d'indagine possa essere utilizzata prima dell'acquisizione della notizia di reato o se l'impiego di tale strumento debba avvenire solo all'interno di un procedimento penale già avviato¹¹². Mentre in passato il fine probatorio delle operazioni sotto copertura rendeva pressoché generalmente accettata la propensione esclusivamente 'repressiva' dello strumento investigativo cui ci si riferisce, oggi la questione è più controversa. Le ragioni di questa odierna maggiore ambiguità operativa dell'*under cover* si rinviene, molto verosimilmente, nel mutamento storico, politico e sociale del contesto di riferimento in cui lavora l'agente. Cambiamento che si riflette, inevitabilmente, sulle scelte di politica crimi-

¹⁰⁸ R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore*, cit., 5.

¹⁰⁹ Dal punto di vista dottrinale, v. § 1. in cui viene sinteticamente ricostruita la posizione della dottrina maggioritaria sull'argomento.

¹¹⁰ Cass. pen., sez. VI, 30 ottobre 2014, n. 51678, in *CED Cass. pen.*, 2015.

¹¹¹ Per una sintesi delle questioni e delle implicazioni procedurali derivanti dall'impiego della speciale tecnica delle operazioni sotto copertura, si veda C. VITIELLO, *Gli aspetti processuali dell'attività sotto copertura*, in *Il Penalista*, 2015; N. VENTURA, *Le investigazioni under cover della polizia giudiziaria*, cit., 73 ss.

¹¹² A. FALCONE, *Operazioni sotto copertura*, cit., 74-76.

nale proprio per adeguare la risposta statale alle nuove supposte emergenze. In questa cornice è risultato quasi naturale attribuire allo strumento penale un'inclinazione non solo repressiva, ma anche di prevenzione dei reati che va oltre la naturale capacità dissuasiva della pena 'minacciata'. Il sistema di contrasto al crimine organizzato, ad esempio, ha sviluppato la possibilità di un intervento nella fase pre-procedimentale proprio per impedire che il reato venga portato a consumazione. Sulla stessa scia, è stato sostenuto che «pensare ad un procedimento penale che si instaura con l'acquisizione della *notitia criminis* è immagine alquanto anacronistica e sicuramente poco aderente alla realtà»¹¹³. La fase pre-procedimentale viene definita come fase di «prevenzione 2.0»¹¹⁴ antecedente al momento di acquisizione della notizia di reato, caratterizzata dallo svolgimento di attività di investigazione proattive.

Il rischio è che, per soddisfare supposte gravi esigenze di sicurezza collettiva, si assecondino dissimulate lesioni dei principi costituzionali ad opera di un diritto penale con tendenze eticizzanti e propenso a incriminare la mera intenzione e non il fatto. L'agente sotto copertura potrebbe essere utilizzato, in questo caso, per svelare i cattivi propositi, ma com'è noto la mera intenzione, per quanto prava possa essere, non dovrebbe avere rilievo penale. La presenza di una seria notizia di reato e, quindi, un procedimento penale già avviato, serve a evitare tale scenario e dovrebbe impedire all'infiltrato di cadere nella 'tentazione' di provocare il delitto altrui. Appare opportuno, allora, l'intervento del legislatore volto a dettare disposizioni più puntuali per regolamentare ogni aspetto delle operazioni sotto copertura, onde evitare che queste possano prestarsi alla punizione – contrariamente a quanto sembra affermare la giurisprudenza¹¹⁵ – di quelle prave intenzioni latenti e palesate mediante l'opera dell'agente *under cover*¹¹⁶.

¹¹³ F. GIUNCHEDI, *Le attività di prevenzione e di ricerca di intelligence*, in A. GAITO (a cura), *La prova penale*, Utet, Torino, 2008, 1.

¹¹⁴ W. NOCERINO, *Le intercettazioni e i controlli preventivi sulle comunicazioni. Strumenti d'indagine a rischio di "infiltrazioni processuali"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2019, 886-887.

¹¹⁵ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 3 marzo 2011, n. 26674, secondo cui «l'attività sotto copertura di polizia giudiziaria per il contrasto dei reati [...] si limita a disvelare un'intenzione criminale già esistente, ma allo stato latente, fornendo solo l'occasione per il suo concretizzarsi».

¹¹⁶ «In un sistema processuale (tendenzialmente) accusatorio, il metodo conta quanto il risultato e non è, quindi, accettabile il sacrificio del principio di legalità in nome delle esigenze dell'accertamento e della repressione», cfr. N. TRIGGIANI, *Legalità opaca: raccolta atipica e pre-investigazioni*, in *Arch. pen.*, 2021, 20.