



**Università
degli Studi
di Ferrara**

DOTTORATO DI RICERCA IN

Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali

CICLO XXXIII

COORDINATORE Chiar.mo Prof. Giovanni De Cristofaro

**LE STRATEGIE DIFFERENZIALI DI CONTRASTO ALLA
CRIMINALITÀ NELLA PERENNE TENSIONE
TRA ISTANZE PREVENTIVE
E RISPETTO DELLE GARANZIE.**

PROSPETTIVE NAZIONALI ED EUROPEE

Settore Scientifico Disciplinare IUS/17

Dottoranda

Dott.ssa Anna Francesca Masiero

Tutori

Chiar.mo Prof. Alessandro Bernardi

Chiar.mo Prof. Donato Castronuovo

Anni 2017/2020

INDICE

INTRODUZIONE	7
--------------------	---

PARTE PRIMA

CAPITOLO PRIMO

LA FIGURA DELL'AGENTE PROVOCATORE TRA MODELLI TRADIZIONALI DI INQUADRAMENTO CONCETTUALE E INCERTEZZE APPLICATIVE

1. <i>L'infiltrazione nel gruppo criminale quale risalente strategia preventivo-repressiva</i>	15
2. <i>Agenti provocatori, infiltrati et similia: alcune precisazioni semantico-terminologiche</i>	21
3. <i>La controversa natura dell'istituto dell'agente provocatore</i>	28
4. <i>I modelli tradizionali di collocazione giuridico-dogmatica dell'agente provocatore</i>	33
4.1. <i>La colpevolezza</i>	34
4.2. <i>La tipicità</i>	38
4.3. <i>L'antigiuridicità</i>	48
5. <i>I modelli "moderni" di qualificazione dell'agente provocatore tra fraintendimenti definitivi e semplificazioni applicative</i>	56

CAPITOLO SECONDO

L'INFILTRAZIONE NEL GRUPPO CRIMINALE QUALE ISTITUTO IN DIVENIRE AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA DOMESTICA E DELLA CORTE STRASBURGHESE

1. <i>Natura e statuto dell'agente infiltrato nella legislazione nazionale</i>	61
2. <i>L'ipertrofica evoluzione normativa in tema di "infiltrazione"</i>	63
2.1. <i>Dall'esordio in materia di traffico di stupefacenti</i>	65
2.2. <i>...alla materia del terrorismo</i>	69
2.3. <i>La l. 146/2006: una reductio ad unum</i>	71
2.4. <i>La natura dell'esimente per l'agente infiltrato e il superamento dei suoi limiti</i>	74
3. <i>La dilatazione dell'area applicativa dello strumento in oggetto e il discutibile utilizzo dello stesso quale mezzo preventivo dei reati contro la pubblica amministrazione</i>	77
4. <i>La dimensione in action dell'agente provocatore e dell'infiltrato: gli influssi della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla giurisprudenza domestica in materia</i>	84

4.1. <i>I test sostanziali e processuali elaborati dai giudici di Strasburgo</i>	88
5. <i>La non punibilità del soggetto provocato tra proposte sostanziali e processuali</i>	92

PARTE SECONDA

CAPITOLO TERZO

LA STRATEGIA PREMIALE SOTTO LALENTE DEL DIRITTO PENALE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATO

1. <i>La dimensione promozionale e premiale nello ius criminale contemporaneo</i>	101
2. <i>La premialità nella sistematica del reato e il rispettivo rapporto con la categoria della punibilità</i>	106
3. <i>L'universo premiale e le sue molteplici sfaccettature</i>	108
4. <i>Momenti premiali e offesa tipica: ravvedimento sostanziale e processuale</i>	109
4.1. <i>I caratteri della normativa premiale incentrata sulla "soluzione sostanziale"</i>	113
4.2. <i>I caratteri della normativa premiale incentrata sulla "soluzione processuale"</i>	117
5. <i>Il "mutato" volto della premialità: la normativa in materia di terrorismo</i>	118
6. <i>Il "nuovo" volto della premialità: la normativa in materia di corruzione</i>	123
6.1. <i>"Il Progetto della Statale"</i>	124
6.2. <i>La circostanza attenuante di cui all'art. 323-bis c.p.</i>	126
6.3. <i>La causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.</i>	127
7. <i>Estensione e limiti del sindacato costituzionale sulle norme premiali</i>	134
7.1. <i>I momenti premiali al vaglio del principio di uguaglianza</i>	137
7.2. <i>I momenti premiali al vaglio del principio di legalità</i>	142
7.3. <i>I momenti premiali al vaglio del principio di offensività</i>	143
7.4. <i>I momenti premiali al vaglio del principio di materialità</i>	146
8. <i>Il discorso premiale alla luce delle funzioni della pena</i>	148
8.1. <i>Premio e funzione retributiva</i>	149
8.2. <i>Premio e funzione generalpreventiva</i>	151
8.3. <i>Premio e funzione specialpreventiva</i>	154
9. <i>Premio e commisurazione della pena</i>	157
10. <i>La dimensione eurounitaria della nozione di collaborazione</i>	160

PARTE TERZA

CAPITOLO QUARTO

IL WHISTLEBLOWING QUALE TECNICA PREVENTIVA DEI REATI COMMESSI SUL LUOGO DI LAVORO

1. <i>Il “soffiatore di fischiello” e la segnalazione di illeciti e malpractices in ambito lavorativo</i>	171
2. <i>La figura del whistleblower tra esperienze di common law e impulsi sovranazionali</i>	173
3. <i>Il prolungato silenzio della normativa domestica in materia di whistleblowing</i>	177
4. <i>La l. 190/2012 ed il dipendente pubblico</i>	181
5. <i>La l. 179/2017 ed il dipendente privato</i>	184
5.1. <i>Whistleblowing e d.lgs. 231/2001</i>	186
6. <i>Tutele e limiti del whistleblowing: profili sostanziali e processuali</i>	188
6.1. <i>L'inquadramento della ‘giusta causa di rivelazione dei segreti’</i>	189
6.2. <i>(segue) Verso un nuovo obbligo di garanzia?</i>	191
6.3. <i>Tutele processuali</i>	193
7. <i>La direttiva 2019/1937/UE e le potenziali ricadute in materia penale</i>	194
8. <i>Whistleblower, collaboratore e testimone di giustizia: tutele a confronto</i>	199
9. <i>Whistleblower e strategie preventive “differenziate”: conclusioni</i>	206
NOTE CONCLUSIVE	209
BIBLIOGRAFIA	217

INTRODUZIONE

È circostanza nota che il tasso di criminalità in Italia, in linea con il *trend* di molti Stati europei, è oramai da tempo in continuo calo¹. E, sebbene gli studi statistici da cui si evince siffatta flessione si riferiscano ai soli reati “emersi”, è altresì risaputo, più in generale, che i fenomeni criminali nel nostro Paese siano diminuiti in modo notevole rispetto al secolo scorso.

Tuttavia, parallelamente alla decrescita del tasso di criminalità, si assiste intempi recenti ad un esponenziale incremento delle difficoltà connesse all'accertamento di molte tipologie di reati; le quali contribuiscono ad ampliare in misura significativa la “cifra oscura” degli stessi, rappresentando un evidente ostacolo a qualsivoglia tentativo di elaborazione delle informazioni provenienti dalla società del crimine.

Le difficoltà in parola sono senz'altro dovute a ragioni quanto mai disparate, che si proverà ad abbozzare – beninteso, senza pretesa alcuna di esaustività – in questa sede, avvalendosi in particolare dell'esempio offerto dal terrorismo internazionale, il quale sembra prestarsi bene ad esemplificare le suddette ragioni.

In primo luogo, va menzionato lo sviluppo delle nuove tecnologie: basti pensare al fenomeno del *cyber-crime*, in particolare nella veste del *cyber-terrorismo*, che testimonia come la rete sia divenuto il luogo elettivo per il compimento di numerose azioni criminose. La tendenza alla propaganda *on line* del terrorismo, per lo più effettuata nel *deep web*, obbliga le autorità inquirenti a confrontarsi con il *cyber-spazio*, che rappresenta una dimensione tanto estesa quanto inafferrabile. Non stupisce dunque come questa propaganda, la quale mira non solo all'adescamento e all'arruolamento di combattenti, bensì anche alla trasmissione di un generale senso di allarme sociale, rappresenti oggi uno dei cardini su cui si fonda la nuova politica del terrore. Una politica particolarmente difficile non solo da contrastare, ma al contempo da prevenire, in virtù della portata, potenzialmente illimitata, della sua sfuggevolezza e della rispettiva imprevedibilità.

In secondo luogo, va ricordata la *globalizzazione*, in conseguenza della quale

¹ Queste stime, che nell'ultimo anno senz'altro hanno risentito dell'emergenza sanitaria Covid-19 (cfr., a tal proposito, https://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/report_coronavirus_delittuosita_1-22_mar_2020.pdf), erano in realtà diffuse già negli anni scorsi (v. altresì <https://www.istat.it/it/files/2019/12/C06.pdf>).

molteplici fenomeni criminali acquistano il carattere della transnazionalità: come evidente, del resto, la maggiore facilità di trasferimento sul suolo europeo di persone, merci e valori agevola la commissione di azioni criminose, permettendo al delinquente di avere un vistoso vantaggio rispetto alle autorità del singolo Stato. A tal proposito, con riguardo al fenomeno del terrorismo, è sufficiente soffermarsi sulla figura del *foreign fighter*, altresì definito “il terrorista mobile”²; un soggetto arruolato, come si diceva, per mezzo del *web*, addestrato spesso in Stato straniero rispetto a quello della realizzazione dei singoli reati, con conseguente ma inevitabile “disseminazione” delle condotte terroristiche in Paesi differenti, tale da rendere nient’affatto agevole la ricostruzione delle stesse.

In terzo luogo, l’affermarsi di paradigmi inediti di criminalità, che rende sovente necessario l’adeguamento della risposta sanzionatoria, per esempio tramite l’introduzione di nuovi reati o l’estensione della portata delle fattispecie incriminatrici. Assai calzante è, ancora una volta, l’esempio del terrorismo, o meglio del *terrorista*, il quale agisce con un inedito *modus operandi*: basti pensare al “lupo solitario”, cellula unipersonale che si muove in autonomia rispetto all’ormai sgretolato gruppo terroristico, all’arruolato o all’addestratore, figure prima del tutto sconosciute nel panorama giuridico (inter)nazionale.

È allora evidente come le categorie (processual)penalistiche classiche vengano messe a dura prova dalle allarmanti sfide moderne, le quali rendendo viepiù numerose e complesse le attività demandate alle autorità. Ne deriva una sempre maggiore necessità di adattamento della risposta investigativa alla poliedrica fisionomia del crimine, sia in un’ottica meramente nazionale, sia in un’ottica di cooperazione giudiziaria europea; così come l’esigenza di fornire risposte punitive *articolate*, idonee tanto alla prevenzione quanto alla repressione dei fenomeni criminosi.

Il legislatore italiano, in particolare negli ultimi decenni, si è dimostrato attento alle suddette istanze: numerose sono infatti le strategie di contrasto alla criminalità sperimentate nel nostro ordinamento al fine di conformare la risposta punitiva alle suddette sfide. Lo stesso può peraltro dirsi in relazione al legislatore eurounitario, il cui operato, per le ragioni che si vedranno, è parso tuttavia meno incisivo. Queste strategie,

² V. MILITELLO, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive e limiti*, in *Riv. trim. Dir. pen. cont.*, 2017, 1, p. 7 ss.

che possono essere definite “*differenziate*” in quanto eterogenee rispetto ai tradizionali modelli repressivi, verranno pertanto attenzionate sia in un’ottica nazionale, sia in un’ottica europea e costituiranno l’oggetto della presente ricerca.

Anzitutto, è bene precisare che la struttura tripartita dell’elaborato è funzionale alla esigenza di distinguere le strategie *differenziate* qui in esame: tre strategie, le quali – come si tenterà di dimostrare – si connotano per una comunanza di presupposti, ma al contempo rispecchiano scelte diverse di politica criminale e si contraddistinguono per l’alterità delle rispettive discipline.

La prima parte dell’elaborato è dedicata all’approfondimento delle tecniche di *infiltrazione investigativa* conosciute nel nostro ordinamento: quella dell’agente provocatore – messa al bando dalla giurisprudenza tanto nazionale, quanto della Corte europea dei diritti dell’uomo – e quella dell’agente infiltrato – al contrario sempre più sdoganata dal legislatore italiano –, figure che si insinuano nell’organizzazione criminale coadiuvando le autorità a svelare circuiti di malaffare e prevenire la commissione di future condotte illecite.

La seconda parte dell’elaborato concerne invece i cd. “momenti premiali” di cui si avvale il legislatore per incentivare condotte positive da parte del soggetto attivo del reato, le quali si traducono in una forma di collaborazione con l’autorità idonea a riparare, più o meno direttamente, l’offesa dal reato medesimo arrecata.

La terza parte dell’elaborato riguarda infine una diversa accezione di collaborazione, del tutto originale, la quale si incontra nello studio del fenomeno del *whistleblowing*, strategia volta all’emersione di un ampio ventaglio di illeciti consumati nei luoghi di lavoro mediante “segnalazioni” ad opera dei lavoratori; questi ultimi, in tal modo, contribuiscono al disvelamento di quelle *malpractices* che, altrimenti, con buona probabilità, alimenterebbero la già nutrita cifra oscura di reati.

Come si avrà modo di sottolineare, le strategie elencate si concretizzano in strumenti investigativi, i quali, seppur diversamente modulati, sono accomunati, oltre che da una *vocazione marcatamente preventiva*, da una *natura ibrida*.

Quanto alla *vocazione preventiva* delle strategie differenziate, pare opportuno precisare che, in questa sede, con tale espressione non si intende affatto alludere allo scopo di prevenzione dei reati tradizionalmente perseguito dalla pena, bensì alla c.d. *prevenzione primaria*, realizzata mediante l’ausilio di strumenti mutuati da settori altri

rispetto al diritto penale. Illuminanti a tal proposito le parole di Luciano Eusebi, il quale sottolineava come “*purtroppo (...) si è ampiamente assistito a una delega, verso il diritto penale, dell’attività di prevenzione inerente alle offese dei beni fondamentali: il che dispensa dagli oneri di una seria progettualità politico-criminale in rapporto ai molteplici fattori (...) rilevanti nelle attività criminose, talora facendo sorgere dubbi – specie in settori dove gli interessi in gioco sono assai articolati – circa il sussistere della stessa volontà di operare in senso effettivamente preventivo e non soltanto simbolico*”³.

Di conseguenza, la riflessione sulla tematica *de qua* è stata tradizionalmente trascurata nel dibattito dottrinale penalistico, il quale ha al più direzionato la propria attenzione verso le singole risposte punitive alternative. Da qui l’opportunità di un raffronto tra le discipline domestiche degli strumenti in parola, atto a metterne in luce i punti di contatto e finalizzato a una loro lettura integrata; e, del resto, pure di una disamina della disciplina sovranazionale di detti strumenti, dalla quale sembrerebbe peraltro emergere una parziale difficoltà di inquadramento delle singole figure di collaborazione. Quanto poi alla *natura ibrida* delle strategie differenziate, essa si manifesta in relazione all’infiltrazione grazie ai legami che quest’ultima presenta con il versante processuale del diritto penale, in quanto annoverata tra le tecniche investigative speciali. Del pari, tale nesso appare particolarmente evidente con riferimento alla collaborazione processuale, in relazione alla quale, tuttavia, il rimando al suddetto versante è dovuto alla connaturale collocazione del premio nel processo penale, nonché alla tendenza, in parte errata, a ritenere i benefici premiali erogati *in executivis* connessi alla strategia in parola. Con riferimento, infine, al *whistleblowing*, il richiamo a branche del diritto diverse rispetto allo *ius criminale* è particolarmente vasto, data la trasversalità dell’istituto, il quale può essere a tutti gli effetti definito multidisciplinare; del resto, esso nasce nell’alveo del diritto amministrativo, ha una sua disciplina processuale, ma investe altresì i rami del diritto costituzionale, del diritto civile e del diritto del lavoro.

Ci si potrebbe allora interrogare sull’utilità di una ricerca volta ad esaminare i profili di diritto penale sostanziale della disciplina degli strumenti in oggetto, che possono apparire *prima facie*, a fronte di una siffatta trasversalità, del tutto secondari. Questo è, del resto, il filo conduttore della presente ricerca, il suo interrogativo di fondo, al quale si

³ L. EUSEBI, *Appunti di politica criminale in relazione alle riforme delle sanzioni penali*, in *Criminalia*, 2007, 2, p. 191.

cercherà di rispondere in modo provocatorio ma pragmatico: in ispecie, dimostrando come le summenzionate strategie non si limitino a presentare aspetti osservabili con la lente del diritto penale sostanziale, in quanto quest'ultimo – lungi dall'averne una valenza meramente secondaria – ha invero un ruolo costitutivo rispetto ad esse. Basti pensare alle operazioni sotto copertura, in merito alle quali non si può tacere come l'agente infiltrato – figura che opera per mezzo di una causa di giustificazione –, si sia affacciato nel nostro ordinamento solo in forza dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale concernente l'agente provocatore; nato a sua volta nel versante sostanziale del diritto penale, e oggetto di una riflessione ad esso votata da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Si intende inoltre precisare come, da un punto di vista cronologico, due sono le tappe che hanno principalmente segnato la vita delle strategie in parola nella legislazione penale. La prima tappa, collocabile negli ultimi due decenni del secolo scorso, coincide con l'espandersi dell'infiltrazione e degli strumenti premiali nel panorama domestico, allo scopo di far fronte ai fenomeni criminali di maggior allarme sociale del momento (terrorismo, criminalità mafiosa e traffico di sostanze stupefacenti in particolare); la seconda tappa, la quale coincide con l'ultimo triennio, è connotata invece dalla ripresa di interesse verso le medesime strategie, nonché dall'introduzione di queste e del *whistleblowing* in un settore assai differente rispetto a quello della criminalità organizzata, ossia il settore dei reati corruttivi. Come evidente, dunque, tali tappe sono accomunate da una identica radice ideologica, la quale può essere individuata nella logica emergenziale che determina tali strategie e, per certi versi, rende inevitabile – agli occhi del legislatore – il ricorso ad esse.

Occuparsi di strategie differenziate non significa, pertanto, rispolverare capitoli appartenenti alla storia del nostro diritto punitivo. Si tratta, al contrario, di indagare strumenti che, riproposti dal legislatore nazionale, spesse volte su impulso europeo e internazionale, sono oggi al centro di un rinnovato dibattito, dottrinale e giurisprudenziale ed espressivi di una tendenza politico-criminale contraddistinta da un'alta carica di "simbolismo". L'idea che l'esperimento di tali strategie restituisce, pertanto, è quella di un uso *emotivo* del diritto penale, dettato dal proposito di apprestare un intervento statale idoneo a connotarsi, in nome di un tutt'altro che celato efficientismo, per la sua incisività.

Non è pertanto casuale che i summenzionati strumenti vengano spesse volte etichettati come “inquisitori” e, pertanto, poco compatibili con le garanzie del diritto penale moderno.

Come si avrà modo di vedere nel dettaglio, infatti, tutte queste strategie possono apparire distoniche rispetto a un modello di diritto penale costituzionalmente orientato, ponendosi in tensione sia con i principi classici del diritto punitivo, sia con le differenti funzioni assegnate tradizionalmente alla pena. Senza contare peraltro la rilevanza processuale presentata dagli strumenti in parola, che rende lo iato rispetto alle garanzie ancora più vistoso.

Il presente elaborato mira dunque anzitutto a indagare l’opportunità politico-criminale delle strategie differenziate, mettendo in luce gli aspetti *sostanziali* delle discipline in parola in una duplice ottica: *da un lato*, vagliando la loro compatibilità con i principi cardine che informano la materia penale e con le funzioni della pena; *dall’altro lato*, verificando la loro concreta praticabilità nella specifica materia dei reati contro la pubblica amministrazione. Quest’ultima sembra invero rappresentare un fertile terreno d’indagine, non solo perché interessata da un recente intervento legislativo volto ad estendere le tecniche dell’infiltrazione e della premialità a tale materia, nonché ambito prediletto e originario del *whistleblowing*, ma altresì perché risaputamente connotata da una cospicua cifra oscura e ritenuta l’attuale emergenza criminale in Italia.

In secondo luogo, l’indagine si pone l’obiettivo di operare un raffronto tra queste strategie: *da una parte*, evidenziando la loro comune natura di strumenti di collaborazione con la giustizia e, *dall’altra parte*, addivenendo a dimostrare come esse siano animate da una tensione diversa rispetto alle garanzie penalistiche, le quali peraltro spesso soccombono nel bilanciamento con un efficientismo che, come si cercherà di dimostrare, appare a tratti illusorio.

In terzo e ultimo luogo, dato l’interesse che si registra, anche a livello sovranazionale, per questi strumenti, la presente ricerca mira ad esplorare le ricadute sugli ordinamenti nazionali di una politica penale europea volta alla loro armonizzazione, la quale tuttavia risente sia delle difficoltà di inquadramento concettuale degli stessi, sia della ritrosia di alcuni Paesi al loro recepimento.

PARTE PRIMA

“Accade talvolta ad alcuni temi, che pure hanno periodicamente affaticato la dottrina, acquisendo una loro storia dommatica, di rimanere ai margini del dibattito politico-criminale e quindi, in definitiva, al di fuori del diritto vivente: «temi senza pathos», che restano consegnati alle pagine della letteratura specialistica, e nella manualistica vengono liquidati con trattazioni stereotipate. Accade altresì, però, che alcuni di questi temi vengano improvvisamente tratti dal limbo del loro sonno dommatico per le urgenze della prassi, allorché il legislatore, per risolvere nuovi problemi di contingente attualità, avverte il bisogno di ripristinare, rivitalizzandoli, istituti in precedenza trascurati. Ciò è avvenuto, in parte, rispetto al tema, sino allora alquanto polveroso, del recesso dal delitto tentato, e più in generale del postfatto, sotto le urgenze del fenomeno terroristico e della ideologia del pentitismo che ne è derivata. Ci sono, ora, tutte le premesse affinché lo stesso si verifichi con riguardo al problema dell’agente provocatore: anch’esso «tema senza pathos», per di più di oscura sistematica, prima che l’urgenza droga (ultima in ordine di tempo delle urgenze di cui l’asmatologia politica italiana in campo penale sembra soltanto nutrirsi), venisse bruscamente a risvegliarlo dal suo sonno scientifico”.

(C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell’agente provocatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1, *Introduzione*, p. 214 s.)

CAPITOLO PRIMO

LA FIGURA DELL'AGENTE PROVOCATORE TRA MODELLI TRADIZIONALI DI INQUADRAMENTO CONCETTUALE E INCERTEZZE APPLICATIVE

SOMMARIO: 1. L'infiltrazione nel gruppo criminale quale risalente strategia preventivo-repressiva. – 2. Agenti provocatori, infiltrati *et similia*: alcune precisazioni semantico-terminologiche. – 3. La controversa natura dell'istituto dell'agente provocatore. – 4. I modelli tradizionali di collocazione giuridico-dogmatica dell'agente provocatore. – 4.1. La colpevolezza. – 4.2. La tipicità. – 4.3. L'antigiuridicità. – 5. I modelli “moderni” di qualificazione dell'agente provocatore tra fraintendimenti definitivi e semplificazioni applicative.

1. *L'infiltrazione nel gruppo criminale quale risalente strategia preventivo-repressiva*

L'allarmante espansione della criminalità organizzata negli ultimi decenni ha profondamente segnato la rotta intrapresa dalle legislazioni penali degli Stati, in relazione sia al versante sostanziale, sia a quello processuale.

Da una parte, il livello di complessità delle attività demandate alle autorità si è accresciuto per una serie di fattori¹, comportando dunque una sempre maggiore necessità di adattamento alle nuove sfide lanciate dalla criminalità della risposta investigativa, tanto a livello nazionale, quanto in un'ottica di cooperazione giudiziaria europea².

¹ Tra questi fattori è senz'altro annoverabile l'utilizzo delle nuove tecnologie: si pensi, ad esempio, a come i gruppi terroristici si avvalgano sempre più della rete, divenuta il luogo elettivo per il compimento di azioni criminose. Cfr., a tal proposito, S. SIGNORATO, *Le misure di contrasto in rete al terrorismo. Black list, inibizione dell'accesso ai siti, rimozione del contenuto illecito e interdizione dell'accesso al dominio Internet*, in R.E. KOSTORIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Il nuovo pacchetto 'antiterrorismo'*, Torino, 2015, p. 55 ss.; D. COHEN, *The evolution of contemporary terrorism in cyber space*, in *Riv. Gnosis*, 2016, 2, p. 118 ss.

² Sul punto, con particolare riferimento alla “straordinaria efficacia” degli strumenti basati sull'infiltrazione, anche a fronte della sempre più ampia sfera d'azione dei gruppi criminali, v. D. VICOLI, M. BIRAL, *La*

Dall'altra parte, la poliedrica fisionomia del crimine organizzato ha reso indispensabili risposte via via più *articolate*, vale a dire idonee non solo alla repressione di questi gravi fenomeni, bensì anche alla *prevenzione* degli stessi attraverso penetranti forme di coordinamento tra le autorità giudiziarie.

La disvelata inefficacia degli strumenti tradizionali di contrasto alla criminalità organizzata ha indotto pertanto il legislatore, nazionale e sovranazionale, a ricercare soluzioni di politica criminale *alternative* rispetto a quelle classiche.

Il legislatore italiano, dal canto suo, ha sperimentato svariate strategie, come quelle definite “*differenziate*”, anche molto eterogenee tra di loro, ma caratterizzate da un intento comune, ossia quello di scardinare dall'interno le associazioni criminali.

Nel quadro di queste strategie un ruolo prioritario è stato ricoperto, per esempio, dalle *operazioni sotto copertura*, le quali si allineano alle suesposte esigenze: difatti, l'infiltrazione nei gruppi criminali risulta essere di particolare funzionalità al reperimento delle prove e alla ricostruzione dei complessi organigrammi di questi ultimi, specie laddove essi operino, come oramai spesso accade, oltre le frontiere nazionali.

La tecnica in parola, conosciuta da almeno due secoli in vari ordinamenti europei, e segnatamente nel nostro, ha subito una lunga e difficile evoluzione e ad oggi non incontra ancora un consenso generalizzato tra i giuristi: vuoi per il persistente – per molti versi legittimo – scetticismo che accompagna l'impiego di alcune forme di collaborazione con la giustizia, vuoi per la confusione concettuale che ancora aleggia attorno a strumenti per loro natura assolutamente eterogenei³.

Frutto di un lungo e frastagliato percorso normativo, l'odierna disciplina domestica dell'infiltrazione pone anzitutto un problema *definitorio*, apprezzabile in una *duplice* accezione: pare dunque opportuno soffermarsi, da un lato, sull'inquadramento delle figure di cui la strategia in parola si avvale e, dall'altro lato, sull'esatta individuazione dei confini tra queste.

disciplina delle indagini sotto copertura tra esigenze di accertamento e limiti di utilizzabilità, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, p. 665 e s.

³ Cfr., diffusamente, G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, in V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, p. 163 ss.; B. PIATTOLI, *Tecniche di investigazione nel crimine organizzato transnazionale. La riscrittura delle “undercover operations” e le ricadute nel processo*, in E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007, p. 355 ss.

In primo luogo, pertanto, si deve osservare che le odierne forme di collaborazione basate sull'infiltrazione nella compagine criminale, pur trovando i natali – come si avrà modo di spiegare – in una dimensione del diritto punitivo prettamente sostanziale, siano annoverabili tra le tecniche investigative speciali⁴. Da qui la loro natura *ibrida*: se è difatti vero che esse sono qualificabili come strumento di diritto processuale, è altrettanto vero che dalla loro analisi emergono numerosi profili di natura sostanziale; solo per citarne uno, forse il più evidente, queste operano per mezzo di una causa di esclusione dell'antigiuridicità, senza la quale il loro funzionamento sarebbe senz'altro paralizzato. Ne deriva che parte della rispettiva disciplina – quella, per l'appunto, di nostro interesse – rimane ancorata al versante sostanziale, mentre altra parte – quella inerente alle garanzie che corredano il loro utilizzo nel procedimento penale – è di puro rilievo processualistico⁵.

In secondo luogo, è necessario individuare i confini tra le molteplici forme di infiltrazione che costellano il panorama nazionale: la figura dell'agente sotto copertura nasce infatti sulla scia di quella, più tradizionale, dell'agente provocatore, dalla quale, per vero, si è discostata nel tempo in modo netto, assumendo tratti senz'altro inediti.

Si noti inoltre come, anche a prescindere dalle questioni di inquadramento dogmatico – in merito alle quali, ad onor del vero, si registra oggi una perdita di interesse⁶, è proprio il secondo tra i succitati aspetti ad assumere centralità nel dibattito attuale, ove la distinzione tra agente infiltrato e provocatore, elaborata dapprima in via indiretta dalla

⁴ In merito all'inquadramento delle operazioni sotto copertura nell'alveo delle tecniche investigative speciali v., A. CAMON, *Le indagini preliminari*, in AA.VV., *Fondamenti di procedura penale*, 2^a ed., Padova, 2020, p. 421 s.

⁵ Circa la “doppia anima”, sostanziale e processuale, delle forme di infiltrazione nel nostro ordinamento si rinvia a D. VICOLI, M. BIRAL, *La disciplina delle indagini sotto copertura tra esigenze di accertamento e limiti di utilizzabilità*, cit., p. 666 e s.; in merito invece ai rapporti tra profili sostanziali e processuali v. C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e “giusto processo”*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano: nuovi scenari dopo il caso Dorigo e gli interventi della Corte Costituzionale*, Torino, 2008, p. 43.

⁶ In tempi recenti il dibattito si è invero spostato dalle questioni prettamente “dogmatiche”, di inquadramento e collocazione sistematica delle suddette figure, a quella, più pragmatica, dell'opportunità dell'estensione della tecnica dell'infiltrazione a settori nuovi della criminalità. In forza del frequente aggiornamento del catalogo di reati per cui la tecnica è esperibile, la dottrina tende oggi a soffermarsi maggiormente sul bilanciamento tra l'efficienza della strategia differenziata in parola e i costi di questa in termini di garanzie (processual)penalistiche, anche alla luce degli arresti della Corte europea dei diritti dell'uomo. Per una disamina delle posizioni della Corte di Strasburgo sull'utilizzo della strategia differenziata basata sull'infiltrazione nel gruppo criminale v. *infra sub* cap. 2, par. 4.

giurisprudenza e solo successivamente recepita dal legislatore, è attenzionata a più livelli, in un'ottica, beninteso, di promozione della prima e di messa al bando della seconda.

Tale dato induce a riflettere sulle ragioni per le quali la figura dell'agente sotto copertura è oggi ritenuta – quantomeno dal legislatore – una valida strategia *preventivo-repressiva*: ragioni che devono tuttavia essere indagate (anche) in una prospettiva storica, poiché l'infiltrazione nel gruppo criminale rappresenta un'opzione politico criminale conosciuta già da tempi remoti⁷.

Infatti – com'è stato efficacemente osservato – “*Si potrebbe affermare che da quando esiste l'ordinamento giuridico penale del mondo, si trova sempre la figura dell'agente provocatore*”⁸: del resto il primo accenno alla strategia dell'infiltrazione è rinvenibile già in epoca romana, quando i giuristi si interrogavano sull'esistenza o meno del reato nell'ipotesi in cui la provocazione allo stesso avesse perseguito un fine differente rispetto a quello di cui il reato generalmente rappresentava l'attuazione⁹.

Rimasta oggetto di mera esercitazione retorica per alcuni secoli, la figura dell'agente provocatore è ricomparsa durante l'epoca dell'assolutismo francese, epoca in cui essa ha iniziato a prendere forma in modo più netto in virtù della comparsa dei cd. “sicofanti” sulla scena socio-politica. Cittadini assoldati dal governo per infiltrarsi in presunte società segrete, individuare i dissenzienti al regime e denunciarli, i sicofanti davano vita a veri e propri corpi di delatori privati, i quali, in cambio di immunità e benemerienze, operavano con l'intento di neutralizzare ogni forma di contestazione al potere¹⁰.

⁷ Per una dettagliata ricostruzione storica della figura si veda, nella letteratura tedesca, A. DOPFFEL, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur*, Stuttgart, 1899, p. 3 ss.; e, nella letteratura italiana, A. MALINVERNI, voce *Agente provocatore*, in *Nss. Dig.*, I, Torino, 1957, p. 396; R. DELL'ANDRO, voce *Agente provocatore*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 864; M. SALAMA, *L'agente provocatore*, Milano, 1965, p. 1 ss.

⁸ Così M. SALAMA, *L'agente provocatore*, cit., p. 1 s.

⁹ Tali giuristi erano divisi in due schieramenti, capeggiati rispettivamente da Giustiniano e Gaio. Il caso esemplificativo di questa disputa era quello che segue. Tizio invita il servo altrui a sottrarre alcune cose al suo padrone e a portargliele. Il servo tuttavia, fedele al padrone, avvisa quest'ultimo. Il padrone, per verificare la veridicità del fatto, consente al servo di portare alcune cose a Tizio. Mentre Giustiniano propendeva per l'esistenza del furto, Gaio era invece convinto della sua inesistenza. In argomento cfr. C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma, 1902, p. 80; G. PAOLI, *Principi di diritto penale*, I, Padova, 1926, p. 40 ss.; L. CHEVAILLER, *La complicité en droit roman*, in *Rev. Crist. de droit*, 1953, p. 220; R. DELL'ANDRO, voce *Agente provocatore*, cit., p. 864 ss.

¹⁰ Sul punto v. A. FALCONE, *L'agente sotto copertura*, Roma, 2014, p. 1.

Durante il regno di Luigi XIV queste figure vennero poi “professionalizzate”, attraverso la costituzione di nuclei di polizia segreta, i quali tuttavia si limitavano ad osservare le attività di coloro che erano etichettati come cospiratori contro il potere assoluto, senza porre in essere forma alcuna di provocazione¹¹. L’attività di spionaggio non si traduceva dunque più in una forma di *captatio benevolentiae* rivolta all’autorità, ma figurava effettivamente come un dovere di ufficio¹²; il cui adempimento, invero, nonostante la sua indubbia funzionalità alla tenuta del regime e alla sua sicurezza, non era circondato da un’aura di onore o prestigio, ma, al contrario, era connotato da un certo disvalore, al punto che dall’istituzione in parola vennero esclusi i funzionari dello Stato, onde evitare che “l’ufficio e la dignità della carica [da questi] ricoperta ne fossero contaminati”¹³.

L’attività posta in essere dai soggetti in parola era dunque di mera sorveglianza passiva: del tutto in linea, *ante litteram*, con quella che sarebbe diventata, oltre due secoli dopo, l’impostazione del prevalente orientamento giurisprudenziale italiano in materia, sia di merito sia di legittimità; impostazione la quale, tuttavia, oggi come allora, si scontra(va) con degli evidenti limiti pratici. Nel giro di poco, difatti, si notò come un’attività di osservazione passiva fosse poco confacente alle esigenze del regime, che richiedeva invece, con sempre maggiore insistenza, prove tangibili per eliminare qualsiasi forma di opposizione.

“Il salto di qualità sarebbe stato a questo punto storicamente contingente: dallo spionaggio alla provocazione”¹⁴. I funzionari di polizia iniziarono infatti ad assumere un ruolo maggiormente proattivo, istigando dapprima i sospettati dei reati politici, al fine di coglierli in flagranza e denunciarli all’autorità, e, successivamente, anche persone su cui non gravava alcun sospetto; le quali venivano così spinte – in particolare se avversarie al regime – a commettere “passi falsi”, con l’obiettivo, nemmeno troppo celato, di preconstituire prove della loro condotta illecita. Una condotta illecita, verrebbe da dire,

¹¹ In argomento v. L. GALLI, *La responsabilità penale dell’agente provocatore*, in *La Giust. pen.*, 1939, XLV, p. 777.

¹² In questo senso v. M. SALAMA, *L’agente provocatore*, cit., p. 3.

¹³ R. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II, Berlin, 1930, p. 464, nt. 6; sul punto cfr. anche C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore. Un’indagine dommatica e politico-criminale*, Milano, 1991, p. 2.

¹⁴ Così C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit., p. 4.

creata ad arte dai funzionari di polizia, spesso di comune accordo con privati cittadini, i quali ritornavano sulla scena per ingraziarsi il potere politico e contribuire all'incriminazione di quanti fossero tacciati di *crimen laesae maiestatis*¹⁵.

Ben presto la figura dell'agente provocatore si espanse oltre i confini francesi, acquisendo rilevanza – seppur sempre con riferimento ai soli reati politici – in Russia e Germania: è in particolare nella letteratura tedesca, i cui influssi su quella italiana saranno a dir poco evidenti, che la figura in parola diviene oggetto di una prima compiuta elaborazione dottrinale. Attorno alla metà dell'Ottocento, difatti, il tedesco Julius Glaser tratteggia un'ampia nozione di agente provocatore, la quale si connota non più (o non solo) per la tipologia di reati alla cui scoperta essa è funzionale¹⁶, ma anche (e soprattutto) per lo scopo che anima l'attività della provocazione, ovverosia quello di cogliere in flagranza il cittadino nella commissione di un delitto per denunciarlo all'autorità ed assicurarlo alla giustizia.

Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo della trattazione, nasceva così una figura di provocatore che istiga al reato “*non per conseguire l'interesse (il bene materiale o il vantaggio spirituale) di cui normalmente il delitto rappresenta il soddisfacimento*”¹⁷, bensì per “*determinare altri a realizzare imprese sediziose o di altro tradimento per denunciarli all'autorità*”¹⁸.

Reciso dunque il legame con il reato politico e, al contempo, divenuto del tutto irrilevante che l'agente provocatore fosse un funzionario di polizia o un *quisque de populo*, a partire dalla teorizzazione di Glaser la figura in parola viene pacificamente inquadrata nell'ambito del concorso di persone nel reato e, nello specifico, della compartecipazione morale. Non essendo tuttavia chiaro, come segnalato da autorevole

¹⁵ Sulla coincidenza tra reato provocato e *crimen laesae maiestatis* v., ancora una volta, C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 4. Sulla nozione e sulla fenomenologia del delitto politico v. invece M. SBRICCOLI, “*Crimen laesae maiestatis*”. *Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974, *passim*.

¹⁶ È opinione diffusa (cfr., per tutti, P. HEILBORN, *Der agent provocateur. Eine strafrechtliche Studie*, Berlin, 1901, p. 4) che si debba a Julius Glaser la costruzione della figura dell'agente provocatore non limitata ai reati politici. V., sul punto, J. GLASER, *Zur Lehre vom Dolus des Anstifters*, in *Der Gerichtssaal*, 1858, p. 24 ss.

¹⁷ Così C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 5.

¹⁸ F.C.T. HEPP, *Beitrag zur Lehre von der Teilnahme an einem Verbrechen*, in *Archiv des Criminalrechts*, 1848, p. 315.

dottrina, se l'esclusione dalla nozione della compartecipazione materiale fosse frutto di una scelta ragionata o meno¹⁹.

2. *Agenti provocatori, infiltrati et similia: alcune precisazioni semantico-terminologiche*

Manca nel nostro ordinamento una definizione unitaria di “agente sotto copertura” o, come più comunemente detto, di “infiltrato”: ne è diretto precipitato la creazione, ad opera della dottrina e della giurisprudenza, di svariati sottotipi di agente provocatore, i quali presentano indubbiamente profili di parziale sovrapposizione. Invero, la – alle volte sopravvalutata – affinità tra queste, che ci si appresta ad analizzare singolarmente, non deve indurre a confonderle.

In primo luogo, va ad ogni modo rilevato come un discorso il più possibile organico sull'*undercover agent* non possa prescindere da un riepilogo dei tratti salienti della figura tradizionale dell'agente provocatore: il quale, come si dimostrerà, rappresenta il suo precursore.

Si tratta di istituti – quelli dell'agente provocatore e dell'agente sotto copertura – i quali, pur condividendo l'appartenenza al complesso macrosistema delle forme di collaborazione con la giustizia, sono assai eterogenei: sia *su di un piano ontologico*, poiché essi nascono con funzioni asseritamente diverse; sia *su di un piano normativo*, in quanto, se per il primo è totalmente assente una disciplina legislativa, per il secondo al contrario si assiste ad una vera e propria ipertrofia normativa. Nondimeno, è innegabile come la recente evoluzione legislativa in tema di agente sotto copertura sia dovuta in misura preponderante all'elaborazione – dottrinale e giurisprudenziale – della figura dell'agente provocatore, in quanto l'insidiosità di quest'ultima e la sua scarsa compatibilità con i principi punitivi (in particolare quello di colpevolezza in specie in relazione alla personalità della responsabilità penale) ha indotto a riflettere su soluzioni di infiltrazione nel gruppo criminale meno costose in termini di garanzie.

¹⁹ Come sottolinea C. De Maglie (*L'agente provocatore*, cit., p. 5 e s.), “non è chiaro se la concentrazione della problematica sulla ipotesi di sola induzione al reato, con esclusione delle ipotesi in cui il provocatore vi partecipi materialmente, sia dovuta ad una precisa opzione sistematica, o non sia piuttosto da addebitare, come un coerente corollario, ai limiti tematico-concettuali entro cui l'Autore ha concepito il suo studio, relativo (...) al 'dolo dell'istigatore'”.

In secondo luogo, è bene precisare come nel corso del tempo la nozione di agente provocatore sia andata via via ampliandosi, fino a ricomprendere – *rectius*, a generare – anche figure diverse, ossia quelle della *finta vittima*, del *finto acquirente* e dell'*infiltrato*. Questa tendenza, definita da Cristina de Maglie quale sintomo di un vero e proprio *disorientamento* – tanto della dottrina, quanto della giurisprudenza –, ha determinato quella che più volte è stata definita un'autentica *polverizzazione della materia*. Lo spostamento dell'attenzione del giurista su autonomi sottotipi di provocatore sembra difatti aver fatto perdere di vista il problema centrale, determinando “una specificazione forse eccessiva delle singole soluzioni dommatiche e sanzionatorie”²⁰; d'altro canto, tuttavia, non può tralasciarsi come una siffatta tendenza sia stata d'aiuto nel tentativo di delimitare le questioni inerenti la provocazione in singoli paradigmi criminali, consentendo “un aggiornamento dell'esemplificazione in sintonia con le metamorfosi del quadro della criminalità”²¹.

(a) Il primo sottotipo di agente provocatore è stato riconosciuto nel *fictus emptor*, ovvero il cd. “finto compratore” che opera nell'ambito dei cd. reati-contratto²², negozi giuridici bilaterali viziati per la illiceità penale dell'oggetto, quali il traffico di stupefacenti²³.

Tale figura, nata nel periodo postbellico in relazione al commercio di oggetti al tempo molto rari (quali l'oro o il platino)²⁴, si è poi sviluppata, in via pretoria, con riguardo al traffico delle sostanze stupefacenti²⁵, addivenendo infine ad una vera e propria *positivizzazione* all'art. 97 del D.P.R. 309/1990²⁶. Tuttavia – anteriormente a questo

²⁰ Così C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 252.

²¹ Così, ancora, C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 252.

²² I. LEONCINI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale II: delitti contro il patrimonio*, 7^a ed., Padova, 2019, p. 62 ss.

²³ In merito alla figura del *fictus emptor* nei reati-contratto (quali la vendita di armi, il traffico di stupefacenti, il contrabbando di merci) v. M. SCALICI, *Operazioni sotto copertura ed equo processo*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, p. 2.

²⁴ Sul punto v. L. VIGNALE, voce *Agente provocatore*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, p. 62.

²⁵ In giurisprudenza v., *ex multis*, Cass. pen., sez. I, 17.12.1970, in *CED*, 1972, p. 224, m. 198; Cass. pen., sez. I, 21 aprile 1972, n. 120842; Cass. pen., sez. VI, 28.1.1986, in *Cass. pen.*, 1987, p. 1548, m. 1262.

²⁶ In argomento v. C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, cit., p. 260, la quale elenca gli “autonomi sottotipi” di agente provocatore precisando come “in una fase di rinuncia di costruzione

intervento legislativo, il quale, come si vedrà²⁷, ritaglia un'area di esenzione della punibilità per il *fictus emptor* – la figura aveva costituito un autentico grattacapo per la dottrina, intenta a ricercare soluzioni capaci di esentare da responsabilità penale il finto compratore. Si era anzitutto rilevato come, pur provocando la realizzazione del fatto di reato, il soggetto in parola non avesse un vero e proprio *animus emptoris*: l'obiettivo perseguito dal finto acquirente, dunque, non era quello di acquisire la *res* ed instaurare su di essa la posizione giuridica del proprietario, bensì quello di far cogliere in flagranza il reo. Cionondimeno, erano stati avanzati dubbi sulla possibilità di mandare esente da responsabilità tale comportamento argomentando sul piano della colpevolezza, e segnatamente dell'assenza di dolo, poiché era evidente la natura concorsuale della condotta posta in essere dal finto acquirente; così autorevole dottrina aveva optato in modo deciso per la soluzione del reato impossibile²⁸.

Ma la figura in parola aveva sollevato ulteriori dubbi. Difatti, una parte della dottrina civilistica riteneva la validità del contratto condizione necessaria per l'applicazione della norma incriminatrice, poiché i reati-contratto sono perseguibili per il fatto stesso della loro avvenuta stipulazione. Avallando questa tesi, però, l'ipotesi di acquisto simulato di sostanze stupefacenti da parte dell'agente di polizia giudiziaria non avrebbe mai potuto realizzarsi, non essendo la simulata volontà manifestata dal finto acquirente idonea alla conclusione del contratto. Altra parte della dottrina aveva risolto la questione, invece, sostenendo che il diverso fine del *fictus emptor* sarebbe ricaduto nella c.d. riserva mentale, come noto priva di rilevanza alcuna in diritto civile; con la conseguenza che la mancanza dell'*animus emptoris* in capo all'agente di polizia sarebbe divenuta del tutto trascurabile²⁹. La fattispecie, allora, avrebbe potuto ritenersi integrata sul piano oggettivo; e, sul piano soggettivo, la riserva mentale sarebbe risultata determinante per escludere il dolo del provocatore, ma non per evitare la repressione del provocato³⁰.

unitaria della figura" (...) "sia il tipo del *fictus emptor* a fare la parte del leone".

²⁷ V. *infra* sub cap. 2, par. 2.1.

²⁸ P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, p. 412.

²⁹ T. DELOGU, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, in *Studi Sassaresi*, XV, Sassari, 1937, p. 34.

³⁰ Cfr. sul punto G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1973, p. 255.

“Una soluzione, questa, che sembrava accontentare tutti”³¹: in quanto, da una parte, non tradiva le istanze repressive della giurisprudenza, la quale, alla luce di questa impostazione, poteva sanzionare il provocato senza porsi il problema di (se e come) mandare esente da pena il provocatore; dall’altra parte, inoltre, soddisfaceva la dottrina, sia civilistica che penalistica, consentendo in particolare a quest’ultima di argomentare sul piano della colpevolezza³².

Di lì a poco, tuttavia, si sarebbe rivelata risolutiva la tendenza legislativa – su cui ci si soffermerà nel prosieguo³³ – a prevedere norme espresse che autorizzano gli appartenenti alla polizia giudiziaria a procedere all’acquisto simulato, per esempio, di droga, armi, materiale pedopornografico, *etc.*; a conferma del fatto che i dubbi circa l’opportunità e la possibilità di un’esenzione da pena della figura avrebbero potuto, seppur parzialmente, disperdersi solo attraverso una tipizzazione per via legislativa della figura.

(b) Frequentemente assimilata alla figura del *fictus emptor*, la *finta vittima* è invece individuata nel soggetto passivo di un reato tendenzialmente caratterizzato dalla cd. “cooperazione artificiosa della vittima”, il quale agisce con il precipuo obiettivo di far cogliere in flagranza il soggetto attivo.

Come intuitivo, l’inserimento di questa particolare figura nella teorizzazione dell’agente provocatore ha destato alcune perplessità proprio in virtù del fatto che la qualifica in parola viene assunta non già da un concorrente nel reato, ma dalla vittima dello stesso. Ciò non deve tuttavia stupire, in quanto – come sottolineato in dottrina – la

³¹ Così C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit., p. 255.

³² “Nel caso, quindi, che l’acquirente intervenga in qualità di agente provocatore, il contratto di compravendita così posto in essere integra sul piano oggettivo gli estremi richiesti per la completezza della fattispecie penale, ma si dimostra deficitario sul terreno dell’elemento soggettivo: tale concorrente, infatti, non avendo la volontà di attribuire al negozio gli effetti pratici che normalmente vengono ricollegati alla compravendita, anzi agendo al fine opposto di smascherare l’alienante e di consegnare l’oggetto della prestazione agli organi di polizia giudiziaria come corpo del reato, non può essere ritenuto in dolo e dovrà, per tale motivo, essere dichiarato non punibile. Resta ferma, naturalmente, la punibilità del provocato, secondo i principi generali in tema di concorso necessario di persone nel reato, posto che le varie norme disciplinanti i cd. reati-contratto non contengono alcuna controindicazione a che venga dichiarata la non punibilità, per mancanza di dolo o per altra causa, di uno solo dei partecipi necessari”; così G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 255. In tema di non punibilità dei singoli partecipi di una fattispecie plurisoggettiva, cfr. M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, p. 130.

³³ V. *infra sub* cap. 2, in particolare par. 2.

nozione di agente provocatore non presenta una sua autonomia strutturale e può ricomprendere dunque ipotesi variegata³⁴: in questa situazione, infatti, è la norma incriminatrice stessa a richiedere una qualche forma di partecipazione della vittima.

Assumendo quindi la posizione di soggetto passivo di un reato necessariamente plurisoggettivo, la finta vittima va esente da responsabilità: ciò, come afferma autorevole dottrina, anche nel caso in cui essa ponga in essere un comportamento ultroneo rispetto alla condotta tipica, quale potrebbe essere una sollecitazione rivolta verso il proprio truffatore³⁵.

Tale assunto, tuttavia, non è sempre stato pacifico: se è infatti evidente che, nell'ipotesi in cui il soggetto passivo di un reato di truffa sia un agente provocatore, viene a mancare l'induzione in errore richiesta dalla fattispecie di cui all'art. 640 c.p., è altrettanto evidente come “*non può porsi alcun problema di reato impossibile*”³⁶, difettando la conformità del fatto al modello legale. Nondimeno, più convincente sembra la tesi che qualifica l'ipotesi in parola come *tentativo punibile*, in quanto gli artifici ed i raggiri, nell'ottica *ex ante* che connota il vaglio alla base del tentativo, ben potevano dirsi idonei secondo le conoscenze dell'uomo medio. Difatti, “*il particolare atteggiamento psicologico del soggetto passivo non rientra tra le circostanze che vengono in considerazione nel giudizio di idoneità*”³⁷: con la conseguenza che, ad escludere la responsabilità dei concorrenti, potrebbe intervenire solo una scriminante, nello specifico il consenso dell'avente diritto *ex art.* 50 c.p.; qualora – beninteso – sia coinvolto un diritto disponibile e vi sia stata una valida prestazione del consenso. Per converso, solo nelle ipotesi in cui il consenso del titolare del diritto interessato dovesse ritenersi invalido, l'intervento della finta vittima nel ruolo di provocatore determinerebbe la punibilità sia di quest'ultima sia del provocato.

³⁴ In argomento cfr. L. VIGNALE, voce *Agente provocatore*, cit., p. 63.

³⁵ Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., Torino, 2016, p. 516. Cfr. anche C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 254 e s.

³⁶ Così G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 244. *Contra* cfr. C. Fiore (*Il reato impossibile*, Napoli, 1959, p. 124), il quale, con particolare riferimento all'ipotesi dell'agente provocatore che ricopre la figura del soggetto passivo del reato di truffa, parla di un'idoneità dell'azione solo apparente, ovverosia di quello che definisce un “*simulacro di consumazione*”.

³⁷ Così L. VIGNALE, voce *Agente provocatore*, cit., p. 63.

(c) Un terzo sottotipo di agente provocatore è individuabile nel soggetto attivo dei reati (necessariamente) plurisoggettivi o a concorso necessario. La mancanza di uno degli associati a delinquere, *ex art 416 c.p.*, così come di qualsiasi altro elemento costitutivo della fattispecie, fa tuttavia venir meno la tipicità, dando vita ad una “*incompletezza del modello legale*”³⁸. Ad essere deficitaria, infatti, è quell’unione di intenti di almeno tre persone che connota la fattispecie, “*impedendo, ab origine, la formazione di quel ‘fatto collettivo’ in cui si sostanzia la ratio dell’incriminazione in esame*”³⁹.

In questa determinata situazione, pertanto, il fatto perde di rilevanza al punto da escludere la possibilità di valutare la punibilità dei concorrenti persino a titolo di tentativo, se non si vuole incorrere in una violazione del principio di legalità stesso: infatti, la fattispecie non integrerebbe gli estremi di figura criminosa alcuna.

(d) *L’infiltrato*, ben distinto dall’agente provocatore, è colui, non di rado appartenente alle forze dell’ordine, che si insinua all’interno di un’organizzazione criminale per studiarne la struttura, individuarne gli associati o, in ogni caso, raccogliere elementi di prova utili alle autorità⁴⁰.

Una volta entrato a far parte dell’organizzazione, l’infiltrato può “*addirittura partecipa[re] alla commissione di qualche reato, allo scopo chiaramente di ‘accreditarsi’ presso l’associazione stessa, o comunque di non smentire il suo ruolo di affiliato al sodalizio criminoso*”⁴¹.

Se pare pacifico che egli non possa essere chiamato a rispondere di associazione per delinquere *ex art. 416 c.p.*, mancando in lui la reale volontà di aderire all’organizzazione criminale, la questione si complica in relazione ai singoli reati cui lo

³⁸ G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 249. E ciò, come sottolinea l’A., senza che sia dato distinguere diverse gradazioni di non conformità al modello legale, nel senso che l’assenza di uno dei soggettivi attivi è equiparabile alla mancanza di oggetto materiale, o del soggetto passivo, o di ogni elemento gravitante attorno al fatto.

³⁹ Così G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 261.

⁴⁰ Si badi che, al giorno d’oggi, è radicata la tendenza ad assimilare la figura dell’infiltrato a quella dell’agente sotto copertura. In particolare, ciò risulta evidente a seguito dell’emanazione della l. 146/2006, attuativa della Convenzione di Palermo sul crimine transfrontaliero, la quale si proponeva di operare una integrale riscrittura della disciplina delle operazioni sotto copertura.

⁴¹ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 517.

stesso “partecipa”. Come insegna autorevole dottrina⁴², si tratta di verificare “caso per caso” quale sia stato l’effettivo contributo dell’infiltrato, distinguendo l’ipotesi di una mera presenza passiva sul luogo del crimine da quella di un apporto rilevante.

Dunque, *su un piano meramente teorico*, la differenza fra agente provocatore ed infiltrato è evidente: il primo è un concorrente morale per definizione, che provoca la commissione del reato; il secondo è un mero osservatore, assimilabile a un connivente, che non pone in essere alcuna forma di istigazione e, il più delle volte, non fornisce neppure un contributo materiale tale da determinare una punibilità a titolo di concorso.

Tuttavia, *su un piano pratico-applicativo*, il rischio di confondere le due figure non è così remoto. Difatti, distinguere in modo netto le attività di infiltrato ed agente provocatore risulta assai complesso ogniqualvolta la condotta del primo arrivi a ricomprendere comportamenti tipici dell’attività provocatoria: “*d’altronde la gamma delle attività conosciute e peculiarizzanti la figura dell’infiltrato è così ampia e variegata da poter assorbire [tra gli altri] – anche lo schema dell’attività provocatoria*”⁴³.

È necessario comunque prestare attenzione: “fondere” agente provocatore ed infiltrato in un’unica figura non appare una soluzione condivisibile. E ciò non solo alla luce della regolamentazione *ad hoc* su cui ci si soffermerà nel prosieguo, che ha dato cittadinanza alla figura dell’infiltrato nel panorama nazionale⁴⁴; bensì anche in virtù della oramai consolidata giurisprudenza della Cassazione, la quale, risentendo degli influssi della Corte europea dei diritti dell’uomo, tende a mantenere separati i due ambiti⁴⁵.

⁴² F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 10^a ed., Padova, 2017, p. 524.

⁴³ C. DE MAGLIE, *Gli infiltrati nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 3, p. 1061.

⁴⁴ Per una diversa impostazione, che assimila agente provocatore ed infiltrato fino a “fonderli” in un’unica figura, v. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano 2003, p. 55; M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2012, II, p. 195; sul punto cfr., altresì, G. PETRAGNANI GELOSI, *Le disposizioni in materia di agente provocatore nel quadro del D.L. n. 306 del 1992 convertito nella L. n. 356/1992*, in P. CORSO, G. INSOLERA, L. STORTONI (a cura di), *Mafia e criminalità organizzata*, Torino, 1995, p. 942.

⁴⁵ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. III, 3.5.2011, n. 715 “*Il primo [l’agente infiltrato] è colui che fa parte delle Forze di Polizia o collabora formalmente con esse e pone, nell’ambito di un’attività investigativa ufficiale ed autorizzata, una condotta di mera osservazione e di contenimento dell’altrui attività illecita. L’agente c.d. infiltrato si inserisce in una o più attività penalmente illecite o rilevanti con il solo scopo di raccogliere prove su reati a carico di persone che li abbiano commessi, ovvero di far cogliere in flagranza i responsabili di uno o più delitti, ma non assumendo un ruolo attivo nella commissione degli stessi. L’agente provocatore, invece, è colui che, pur trovandosi nelle stesse condizioni dell’agente infiltrato, a differenza del primo pone in essere una condotta attiva, ossia di induzione, ideazione ed esecuzione di uno*”

Per superare questo ed altri *impasse*, da qualche decennio si registra la tendenza a “normativizzare” la figura dell’agente sotto copertura in settori della criminalità circoscritti, ritenuti di maggiore allarme sociale. Le previsioni legislative così nate – dettate da quella serrata logica emergenziale cui il nostro legislatore sembra essere schiavo da almeno quarant’anni – presentano, pertanto, tutti i vizi ed i limiti tipici della legislazione frutto “dell’onda emotiva”: esse, infatti, “*corrispondono ad altrettante emergenze che dalla cronaca si sono imposte al dibattito politico per poi essere regolate da normative complesse che si sono sovrapposte alla normazione codicistica ovvero ne hanno ampiamente derogato i limiti*”⁴⁶.

Prima tuttavia di procedere all’esame del fitto sottosistema normativo in cui si innesta l’attuale disciplina delle operazioni sotto copertura, è d’uopo soffermarsi sulla figura dell’agente provocatore, la quale, come gioverà precisare, non è mai stata oggetto di un’effettiva positivizzazione.

3. *La controversa natura dell’istituto dell’agente provocatore*

Nell’ordinamento italiano, la figura dell’*agente provocatore* ha conosciuto “*sviluppi precoci ed ampiezza di soluzioni dommatico-interpretative [...] appariscenti*”⁴⁷; e, del resto, non sembra peregrino affermare che la nutrita elaborazione dottrinale in materia sia dovuta in misura preponderante alla mancata “localizzazione” normativa dell’istituto, il quale viene così a rappresentare “*sempre e solo il prodotto di un inesauribile tormento dommatico da parte della dottrina*”⁴⁸.

o più fatti penalmente illeciti che senza il suo intervento determinante non si sarebbero mai verificati nella realtà ontologica”.

⁴⁶ V. SPIGARELLI, *L’impiego della polizia giudiziaria e le attività sotto copertura*, in E. ROSI, S. SCOPELLITI (a cura di), *Terrorismo internazionale: modifiche al sistema penale e nuovi strumenti di prevenzione*, cit., p. 107. Con riferimento ai connotati della legislazione emergenziale v. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, *passim*.

⁴⁷ Così C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit., p. 199.

⁴⁸ C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit., p. 199. Sul punto v. altresì G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 164.

La questione definitoria, nella prima prospettiva indicata⁴⁹, non è tuttavia irrilevante e non va d'altronde tralasciato come nel tempo si siano registrati diversi approcci ad essa.

Un primo approccio, più datato, impostava la questione definitoria dell'agente provocatore sulla determinazione dell'irresponsabilità dello stesso: in altre parole, vi era la tendenza a ritagliare dapprima aree di non punibilità per questa figura e, successivamente, a calibrare su di esse la nozione di agente provocatore, evidenziando così *“una linea argomentativa davvero insolita, che perviene alla definizione di un concetto attraverso la soluzione dei problemi ad esso relativi”*⁵⁰.

Un secondo approccio, sicuramente più recente, si riflette invece nel tentativo di distinguere la questione definitoria dal regime della (ir)responsabilità dell'istituto.

A prescindere dell'approccio praticato per la risoluzione del problema definitorio, si deve dare atto dell'altissimo livello di dispersione della nozione, la quale, recentemente, può dirsi quasi disintegrata, o persino *“polverizzata”*⁵¹: non solo per la tendenza della dottrina ad adottarne una versione il più ampia possibile, idonea ad accogliere tutte le forme in cui la provocazione può concretamente manifestarsi, ma altresì per la propensione a realizzare un'accentuata tipizzazione di figure autonome, che certo non ha giovato in un'ottica di sistematizzazione.

Un assunto è tuttavia pacifico. Al di là della nozione di agente provocatore che si voglia accogliere, si può senz'altro affermare che l'istituto in questione sia inquadrabile nell'ambito della teoria generale del concorso di persone.

Già su di un piano logico, d'altro canto, non avrebbe senso affrontare la tematica in parola senza ricondurla allo schema del reato plurisoggettivo; non fosse altro che per la sussistenza di tutti i (o, ad ogni modo, gran parte dei) requisiti su cui tale forma di manifestazione si fonda⁵².

⁴⁹ V. *supra* sub cap. 1, par. 1.

⁵⁰ Così L. VIGNALE, voce *Agente provocatore*, cit., p. 57.

⁵¹ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 240 ss.

⁵² Per una completa ed autorevole teorizzazione del concorso di persone nel reato v., tra i tanti, G. BETTIOL, *I lineamenti dell'istituto del concorso di più persone nel reato, secondo il nuovo codice penale italiano*, Modena, 1931; C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952; S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987.

Se, *da un punto di vista oggettivo*, la riconduzione della figura dell'agente provocatore allo schema dettato dall'art. 110 c.p. non sembra comportare eccessivi problemi, *da un punto di vista soggettivo* la questione invece si complica, tanto da rendere la fattispecie plurisoggettiva anomala rispetto alle normali ipotesi di concorso eventuale⁵³.

Come si accennava, l'apporto fornito dall'agente provocatore è stato etichettato sin dalle origini come ipotesi di contributo morale, ovverosia di particolare forma di induzione (istigazione o determinazione) alla commissione di un reato, da parte di un soggetto, in genere appartenente alle forze di polizia, o più semplicemente un privato cittadino, che agisce allo scopo precipuo di assicurare alla giustizia il reo. Questa, quantomeno, la posizione della dominante dottrina, in linea con la nozione elaborata dal padre della Scuola classica, che definiva l'agente provocatore come "*colui che istiga altri a commettere il delitto, non perché egli abbia interesse nella commissione di quel delitto, o sia contro la vittima, ma perché invece ha interesse che il delitto si commetta o si tenti al fine che ne venga male allo stesso istigato*"⁵⁴.

Tra l'altro, non è mancato chi abbia osservato come l'ancoraggio della nozione di provocazione alla sola compartecipazione psichica fosse foriero di perplessità, se non un vero e proprio errore⁵⁵, sottolineando altresì che non vi sarebbe stata ragione di distinguere tra l'attività psichica e l'attività materiale, purché esse potessero definirsi atipiche rispetto alla fattispecie di reato⁵⁶. In altre parole, secondo l'impostazione in

⁵³ La tematica altro non è che "*una pagina della teoria generale del concorso di più persone nel reato*", con la sola necessità di comprendere, dal punto di vista dell'elemento soggettivo, la differenza tra agente provocatore e comune concorrente nel reato; T. DELOGU, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, cit., p. 21.

⁵⁴ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1864, p. 441; in questo senso v. anche V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II, Torino, 1961, p. 529, il quale sottolineava come "*Agente provocatore è colui che determina o istiga una persona al reato o altrimenti la fa in esso cadere per un interesse diverso da quello da cui il reato stesso rappresenta l'attuazione*".

⁵⁵ In merito a tale limitazione v. M. SALAMA, *L'agente provocatore*, cit., p. 8.

⁵⁶ V., sul punto, R. DE RUBEIS, *L'agente provocatore nella partecipazione al reato secondo il novello codice penale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Ugo Conti per il 30° anno di ordinariato*, Città di Castello, 1932, p. 383; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16^a ed., Padova, 2003, p. 422. *Contra* v. T. DELOGU, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, cit., p. 22, il quale precisa come nelle ipotesi in cui l'agente prende parte alla esecuzione del reato, dunque partecipa materialmente alla commissione dello stesso, egli sarebbe senz'altro punibile a titolo di concorso e non si porrebbe questione alcuna; pertanto "*Il problema della responsabilità penale dell'a.p. resta, dunque, indeterminato solo sul terreno della pura e semplice compartecipazione mediante attività psichica*".

disamina, la nozione di provocazione sarebbe particolarmente ampia, al punto da divenire indifferente che il soggetto si limiti a rafforzare l'altrui proposito criminoso (istigazione), lo faccia insorgere (determinazione), oppure partecipi alla commissione dello stesso fornendo dunque un ausilio materiale: infatti egli, a ben vedere, potrebbe anche partecipare alla condotta esecutiva tipica del reato⁵⁷.

Ma vi è di più: in dottrina è stato rilevato come, accogliendo l'interpretazione secondo la quale istigazione e determinazione costituiscono le forme di apporto psichico in cui si concretizza una compartecipazione morale, la nozione di provocazione potrebbe addirittura esulare da queste: *“l'agente provocatore non è, pertanto, sempre determinatore od istigatore, nel significato attribuito a questi termini dalla dottrina dominante”*⁵⁸. Difatti, *“(…) la condotta provocatrice si identificherà con la forma della partecipazione materiale tutte le volte in cui l'agente provocatore partecipa al reato, senza avere in precedenza svolto attività di determinatore o istigatore (...), ad esempio quando l'agente provocatore attua l'induzione mediante una modificazione del mondo esteriore: creando uno stato di fatto che costituisca una condizione per l'accadere dell'evento”*⁵⁹. Unica limitazione deriverebbe pertanto dalla (necessaria) efficacia causale di una siffatta compartecipazione, psichica o materiale che sia: infatti, la condotta di compartecipazione non potrebbe difettare di rilevanza eziologica rispetto alla condotta posta in essere dall'autore (o dal coautore), ossia il soggetto (o i soggetti) provocato/i al crimine.

In sostanza, l'evento dovrebbe essere riconducibile alla condotta provocatrice e, indipendentemente dalla forma assunta, quest'ultima dovrebbe apparire quantomeno

⁵⁷ Numerosi gli autori secondo cui l'apporto del provocatore possa spingersi fino alla commissione di parte dell'azione tipica; in particolare C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., p. 120 e s., scriveva a tal proposito: *“Agente provocatore è infatti sia chi semplicemente istighi altri al reato, o ne determini l'occasione, lasciando poi che l'azione si svolga in modo indipendente (pur riservandosi, eventualmente, di intervenire al momento opportuno per assicurare la punizione del reo), sia chi, preordinato con altri un delitto da commettere, partecipa poi all'esecuzione di esso, praticamente in modo da renderla del tutto fittizia. In ciò stanno i due possibili estremi dell'azione provocatoria”*. Cfr. altresì E. CALIFANO, *L'agente provocatore*, Milano, 1964, p. 23 s. e 30; cfr. G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 221.

⁵⁸ Così R. DELL'ANDRO, voce *Agente provocatore*, cit., p. 866.

⁵⁹ E. CALIFANO, *L'agente provocatore*, cit., p. 23 e s. Il caso cui l'A. si riferisce è quello, per esempio, del custode che lascia appositamente aperta la porta dell'edificio da questi custodito, inducendo così i ladri ad entrare, al fine di coglierli sul fatto e denunciarli.

idonea ad indurre il soggetto in errore⁶⁰: con la doverosa precisazione che basterebbe una mera condotta di rafforzamento del preesistente intento criminoso, sufficiente a creare un antecedente nel processo causale. Ne deriverebbe dunque la necessità di rigettare la – troppo limitativa – tesi secondo la quale l’agente può porre in essere esclusivamente un’induzione sottoforma di determinazione⁶¹.

Se dunque appare da tempo pacifico che, dal punto di vista oggettivo, agente provocatore e provocato concorrano nel medesimo reato⁶², è altrettanto pacifico che il *punctum dolens* della questione attenga all’elemento soggettivo del provocatore. La vera peculiarità di questa ipotesi concorsuale è infatti costituita dal fine, dal movente che spinge uno dei concorrenti, ossia il provocatore, ad agire: si tratta dunque di fattispecie plurisoggettiva rispetto alla quale uno dei concorrenti agisce con un dolo specifico, che non solo si distingue dall’elemento soggettivo degli altri, ma finisce per essere addirittura rispetto ad esso *antitetico*.

Questo fine, tra l’altro, può essere quanto mai variegato: a titolo esemplificativo, è bene precisare la possibilità di ricondurre il dolo dell’agente all’intenzione di interrompere la condotta del provocato allo stadio del tentativo, onde evitare dunque che il reato giunga alla fase della consumazione; così come all’obiettivo di dimostrare la pericolosità del provocato, sufficiente per l’applicazione di una misura di sicurezza, attraverso l’induzione dello stesso alla commissione di quello che può essere definito un reato impossibile; o, ancora, alla volontà di accertare, mediante la commissione di un reato, altri reati commessi da parte del provocato o di suoi concorrenti e associati; o, infine, alla mera soddisfazione o rivalsa personale derivante dal desiderio di denuncia del soggetto provocato alle autorità⁶³.

⁶⁰ Cfr., sul punto, E. CALIFANO, *L’agente provocatore*, cit., p. 24 e s.

⁶¹ A tal proposito v. S. RANIERI, *Concorso di persone nel reato*, Milano, 1942, p. 229.

⁶² Sottolineava infatti R. Dell’Andro (voce *Agente provocatore*, cit., p. 865) che “*sul piano oggettivo della compartecipazione eventuale la figura dell’agente provocatore non sarebbe degna della benché minima considerazione: l’agente provocatore contribuisce con il provocato alla realizzazione d’una stessa fattispecie plurisoggettiva; sarebbe, dunque, un puro e semplice concorrente*” e, provocatoriamente, spostava il *focus* della questione sul piano soggettivo con il seguente quesito “*Ma perché mai da secoli si discute con tanto calore della figura in esame?*”.

⁶³ Tale esemplificazione è tratta da E. Califano (*L’agente provocatore*, cit., p. 26 e s.), il quale elenca i molteplici scopi che l’agente provocatore potrebbe perseguire per addivenire alla conclusione che “*non ci sembra possibile indicare un unico fine e stimarlo il prototipo fisso per individuare la figura dell’agente provocatore*”.

Il fine cui l'agente provocatore tende è inoltre evidentemente differente rispetto a quello del provocato, in quanto non coincide con il "vantaggio" che l'attuazione del reato genera⁶⁴; in questo senso, la dissociazione tra il fine dell'agente provocatore e quello del provocato qualifica proprio l'elemento soggettivo del primo⁶⁵.

Tale assunto non appare tuttavia condiviso in modo unanime: nella dottrina tedesca si è difatti proposto di restringere la definizione di agente provocatore, ancorandola a quei casi, definiti "tipici", in cui è dubbia la sua responsabilità, rimanendo esclusi dalla nozione quelli in cui, invece, la punibilità è certa, ovverosia quando si verifica la lesione del bene protetto dalla norma⁶⁶. Tuttavia, come da altra dottrina sottolineato, "*tale inconciliabilità [tra provocazione ed istigazione] non esiste*"⁶⁷ e, anzi, un siffatto approccio è sintomatico di quella tendenza, cui poc'anzi si accennava, che ritaglia la definizione di agente provocatore sulla sua (ir)responsabilità⁶⁸.

A ben vedere, la questione avrebbe dovuto porsi in termini diversi, o per meglio dire, esattamente opposti: nel senso di ritenere agente provocatore non colui che potrebbe essere punibile, ma colui che lo è per certo in quanto istigatore.

4. I modelli tradizionali di collocazione giuridico-dogmatica dell'agente provocatore

Esaurite queste premesse, è bene riflettere sulle molteplici proposte dottrinali susseguitesi durante il secolo scorso, dirette principalmente ad assegnare all'agente

⁶⁴ Sul punto v. L. GALLI, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, cit., p. 790, che a sua volta riprende le parole di E. Brusa (*Saggio di una dottrina generale del reato*, Torino, 1884, p. 283), secondo il quale "*nota caratteristica di ogni agente provocatore sarebbe questa, che egli istiga al delitto non perché il suo interesse stia nel profitto che naturalmente suol dare il reato a colui che lo commette o lo fa commettere, ma perché quell'interesse si consegue da lui col male, che agli stessi istigati deriva dall'aver consumato o tentato il delitto*".

⁶⁵ Cfr. E. CALIFANO, *L'agente provocatore*, cit., p. 29.

⁶⁶ In argomento v. P. HEILBORN, *Der Agent provocateur*, cit., p. 9. Tra gli Autori italiani v. E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale. Parte generale del diritto penale*, Miano, 1934, p. 710. Potrebbe farsi il seguente esempio: Tizio istiga Caio alla commissione di un omicidio; nell'ipotesi in cui l'omicidio non si verifichi, si sarebbe di fronte ad un caso tipico e Tizio rivestirebbe il ruolo di agente provocatore; nell'ipotesi contraria, invece, Tizio verrebbe identificato come istigatore, dunque come concorrente vero e proprio.

⁶⁷ Cfr. L. GALLI, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, cit., p. 791.

⁶⁸ "*Essi hanno confuso la questione della punibilità dell'agente provocatore col concetto di esso*"; così L. GALLI, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, cit., p. 792.

provocatore un inquadramento tale da garantire la sua esenzione da responsabilità penale. Con la precisazione che esse, indipendentemente dal seguito riportato anche in giurisprudenza, e lungi dall'aver costituito meri esercizi di retorica, sono meritevoli di essere oggi ripercorse – seppur brevemente – in virtù della loro idoneità a mettere in luce la natura *sostanziale* della figura in oggetto.

4.1. *La colpevolezza*

Sotto il profilo politico-criminale a prima vista la più vitale⁶⁹, la soluzione incentrata sulla colpevolezza, elaborata in misura prevalente in Germania, ha fatto poi breccia sia in Spagna sia in Italia, raccogliendo numerosi consensi in virtù della sua idoneità a diversificare il trattamento sanzionatorio di provocatore e provocato. Va tuttavia preliminarmente rilevato come questa soluzione, seppur persuasiva, presenti un notevole limite, consistente nella alterità dei suoi fondamenti e dei suoi presupposti, i quali differiscono, alle volte in misura alquanto evidente, da una dottrina all'altra⁷⁰.

Al di là della, lineare ma per certi versi semplicistica, teoria secondo la quale l'agente provocatore non incorrerebbe in forma alcuna di responsabilità in quanto il suo operato non sarebbe sorretto da dolo (e, per tale motivo, non potrebbe definirsi nemmeno concorrente nel reato)⁷¹, va anzitutto ricordata la diversa teoria, ben più articolata, che fa coincidere la figura dell'agente provocatore con quella di un istigatore il quale ha di mira

⁶⁹ Cfr., sul punto, C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 356.

⁷⁰ Si noti, del resto, come tale alterità renda evidentemente difficoltosa l'adozione da parte della giurisprudenza di una siffatta impostazione, motivo per il quale la soluzione incentrata sull'assenza di colpevolezza è stata elaborata e successivamente seguita prevalentemente dalla dottrina.

⁷¹ Sul punto cfr. M. Salama (*L'agente provocatore*, cit., p. 87 ss.), secondo il quale sarebbero peraltro prospettabili – sul piano dell'elemento soggettivo – tre diverse soluzioni: la prima, più generale, secondo la quale l'agente provocatore è sempre in difetto di dolo e, come tale, non punibile; la seconda, sulla base della quale l'agente provocatore è esente da responsabilità penale nelle sole ipotesi in cui egli istighi alla commissione di un fatto che si arresta allo stadio del tentativo; la terza, infine, sulla scorta della quale il dolo verrebbe sempre meno poiché l'agente provocatore incorrerebbe in un errore scusabile sull'esistenza delle cause di giustificazione. Come si avrà modo di sottolineare, anche la dottrina più recente opta per la tesi dell'assenza di dolo. L'agente provocatore non sarebbe pertanto un concorrente nel reato e sarebbe sanzionato esclusivamente il provocato. A tal proposito v. altresì F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 534.

la realizzazione di un mero delitto tentato⁷². La teoria in parola trova conferma nella elaborazione dottrinale tedesca del cd. “doppio dolo”, secondo la quale a difettare in capo all’agente provocatore, figura speciale di istigatore, sarebbe il dolo di consumazione: egli si differenzerebbe pertanto dai comuni istigatori, il cui operato è sorretto tanto dalla volontà dell’istigazione (che coinciderebbe con il *dolo del tentativo*), quanto da quella dell’effettiva decisione criminosa provocata (che corrisponderebbe, invece, al *dolo di consumazione*)⁷³.

Come evidente, una siffatta prospettazione non è scevra da critiche, in quanto “*se è vero che i principi generali in tema di rapporto tra dolo e fatto tipico valgono anche per quanto concerne il dolo dell’istigatore*”⁷⁴, è altresì vero che non si può prescindere da una più ampia disamina dell’istigazione: difatti, la condotta dell’istigatore non solo deve essere correlata causalmente alla condotta del soggetto provocato, ma al contempo quest’ultima deve rientrare nel campo dell’ideazione dell’istigatore; e, al contempo, non si può tralasciare come l’istigatore sia un concorrente che “*non può esercitare un dominio diretto sul reato*”⁷⁵ e l’istigato ben possa discostarsi, nella realizzazione del fatto, dalle direttive impartitegli dal concorrente.

Da una parte, quindi, potrebbe ipotizzarsi il caso di un istigatore che induca un soggetto a commettere determinate condotte e quest’ultimo ponga in essere fatti in alcun modo collegabili causalmente all’istigazione; ma, dall’altra parte, non sarebbe peregrina la diversa ipotesi di un istigato che ecceda, magari di poco, rispetto al programma criminoso impartitogli dall’istigatore, ponendo in essere un’azione non coincidente appieno con l’ideazione dell’istigatore. Solo nel primo dei casi prospettati l’istigatore andrebbe esente da pena, rispondendo invece nel secondo caso pur nell’ipotesi in cui il comportamento fosse coincidente anche solo in modo essenziale con l’oggetto dell’istigazione⁷⁶.

⁷² V. in argomento C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit., pp. 355 ss.

⁷³ In argomento v. K. LOEWENHEIM, *Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Rechte*, Breslau, 1897, p. 18 s.

⁷⁴ Così C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit., p. 356; cfr. altresì L. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., p. 99.

⁷⁵ C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit., p. 356.

⁷⁶ C. DE MAGLIE, *Teoria e prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 954.

In definitiva: se l'agente provocatore fosse sanzionabile qualora il provocato superasse i "limiti" della istigazione, non sarebbe ragionevole escludere la sua responsabilità in tutte quelle ipotesi in cui la condotta dell'istigato si arrestasse allo stadio del tentativo; con la conseguenza, infine, che l'agente provocatore non apparirebbe sanzionabile unicamente in un'ipotesi, quella in cui la sua condotta non raggiungesse nemmeno la soglia del tentativo⁷⁷.

Impostando in tal modo la questione, inoltre, si tratterebbe di riflettere sul dolo che sorregge l'operato dell'agente provocatore, interrogandosi sullo "pseudo problema"⁷⁸ della sussistenza di un dolo di tentativo o di consumazione in capo all'agente provocatore. La questione, alla quale la dottrina italiana non si è dimostrata particolarmente sensibile⁷⁹, è stata tendenzialmente avversata anche da quella tedesca, e in particolare da chi sottolineava come, da un lato, il dolo del tentativo coincidesse pienamente con quello di consumazione e, dall'altro lato, come il tentativo fosse comunque una situazione punibile (e, come tale, anche l'istigazione ad esso non potesse che avere conseguenze giuridiche in termini di sanzione)⁸⁰.

Parimenti, non ha in Italia riscosso particolare successo la teoria, abbracciata dai giuristi tedeschi, che distingue tra consumazione formale e materiale del reato⁸¹. La dottrina tedesca ha infatti elaborato la nozione di "consumazione formale" del reato, in virtù della quale l'agente provocatore – anche qualora desideri che la condotta del provocato progredisca oltre lo stadio del tentativo – non intende che questa giunga alla "consumazione materiale"⁸². La consumazione formale si avrebbe, quindi, quando

⁷⁷ Cfr., sul punto, C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 358.

⁷⁸ Così G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 222.

⁷⁹ Contrario alla trattazione della tematica in parola Guido Neppi Modona (*Il reato impossibile*, cit., p. 228 ss., in particolare nt. 82), il quale sottolinea anzitutto come il dolo del delitto tentato non abbia una sua autonoma rilevanza e, successivamente, come l'impostazione in commento sia superficiale e fallace, perché trascura i veri profili rilevanti della questione, quelli che incidono sul fatto obiettivo di reato.

⁸⁰ R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, Leipzig, 1903, p. 48.

⁸¹ In Italia suo principale detrattore era l'Impallomeni, il quale sosteneva la tesi secondo cui l'agente provocatore è punibile anche quando ha voluto un mero tentativo, in quanto esso è un istigatore e la sua punibilità non deve essere raccordata all'esito della stessa. Infatti, "se egli non volle una lesione vale men che nulla se egli fece che altri la volesse ed eseguisse degli atti criminosi"; così G.B. IMPALLOMENI, *Istituzioni di diritto penale*, 1908, Whitefish, p. 382 s.

⁸² Tra i primi sostenitori v. J. KOHLER, *Studien aus dem Strafrecht*, I, Mannheim, 1898, p. 122; H. SINGEWALD, *Agent provocateur*, Breslau, 1908, p. 85.

l'agente provocatore vuole la violazione del comando o del divieto contenuto nella norma, senza tuttavia avere di mira anche la produzione di un'offesa al bene giuridico protetto dalla norma⁸³. Con la conseguenza che questi non va esente da pena solo nell'ipotesi in cui abbia perseguito anche la consumazione materiale⁸⁴.

In Italia la teoria, seguita dal solo Brusa⁸⁵, è parsa arbitraria e poco condivisibile ai più, non foss'altro che per l'impossibilità di estendere la stessa ai reati di mera condotta⁸⁶; e, anche nei reati di evento, la consumazione formale non avrebbe avuto ragione di esistere in tutti quei casi in cui *“non sia [fosse] possibile ripristinare la situazione esistente prima dell'avverarsi del reato”*⁸⁷. D'altra parte, la sua applicazione allo schema dell'agente provocatore, nell'intento di mandare questo esente da pena, sarebbe stata assai difficoltosa. Si prenda ad esempio un qualsiasi delitto di evento, provocato da un soggetto: perché si possa dire consumato lo stesso, come si sa, è necessario che sia avvenuta la lesione del bene giuridico; se l'intervento dell'agente provocatore si collocasse idealmente dopo la condotta, questi non potrebbe in alcun modo modificare la situazione prodotta, con la conseguenza che sia l'esecutore sia il provocatore sarebbero sanzionati per la realizzazione del reato.

In sostanza, anche l'*escamotage* di ammettere una nuova *species* di consumazione appariva deludente: infatti, solo accettando aprioristicamente i suesposti asserti sarebbe

⁸³ *“Nella teoria del reato [la teoria della consumazione formale] rappresenterebbe una terza figura giuridica, da sistemarsi tra il tentativo e la consumazione”*; così E. CALIFANO, *L'agente provocatore*, cit., p. 45. Questa posizione trae spunto dalla teoria del Binding, che appunto distingue tra consumazione formale e materiale (cfr. K. BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Leipzig, 1918-1920, II, p. 13 ss.). Lo stesso Singewald, riprendendo l'impostazione del Binding, sottolineava che *“L'agente provocatore vuole solo la consumazione formale e non anche materiale del reato. Cosa significhi questo risulterà chiaro al lettore se traduciamo consumazione formale con consumazione del reato (cioè secondo la terminologia del Binding violazione del comando o divieto, ma non anche del bene o diritto soggettivo protetto dalla norma che il comando o divieto intende rafforzare) e consumazione materiale con consumazione del delitto (violazione del bene o diritto come sopra protetto) (...). Si deve aver riguardo ai casi in cui l'agente provocatore può volere un progredire dell'attività delittuosa dell'istigato oltre i limiti del tentativo, senza però volere la lesione o la messa in pericolo del bene giuridico protetto dalla norma che viene in considerazione e che costituisce il secondo obiettivo del delitto qualificato. Egli cioè può volere più del tentativo di reato e non volere con ciò la consumazione del reato”*; così H. SINGEWALD, *Agent provocateur*, cit., p. 85 e s.

⁸⁴ Cfr., sul punto, anche L. GALLI, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, cit., p. 792.

⁸⁵ E. BRUSA, *Saggio di una teoria generale del reato*, cit., p. 395 ss.

⁸⁶ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 530.

⁸⁷ E. CALIFANO, *L'agente provocatore*, cit., p. 46.

stato possibile invocare la non punibilità dell'istigatore-provocatore. E ciò, a maggior ragione, alla luce del più condiviso dei dogmi in materia di tentativo, ossia la coincidenza tra il dolo che sorregge quest'ultimo e quello di consumazione⁸⁸.

Tornando invece allo scopo che anima l'agente provocatore, va infine ribadito che anche nelle ipotesi in cui possa definirsi lecito, se non addirittura "nobile" – esso non è sufficiente ad esimere questi da responsabilità penale. Del resto, come sottolineato da più voci, *"il fine non ha nulla a che vedere con il dolo. Che l'agente provocatore sia stato mosso da un fine etico e sociale (far arrestare con le mani nel sacco un pericoloso delinquente) o malvagio e antisociale (sedurre la figlia o godersi al sicuro la moglie del reo dopo averlo fatto rinchiudere in carcere) poco importa"*⁸⁹.

4.2. La tipicità

È ora opportuno indagare i rapporti tra provocazione e tipicità, riflettendo sull'incidenza della provocazione sul fatto obiettivo di reato; via intrapresa da quella parte della dottrina che ha colto la superficialità della scelta metodologica basata sull'indagine del mero elemento soggettivo del provocatore⁹⁰.

Nell'ambito delle c.d. *"soluzioni universali"*⁹¹, spiccano infatti quelle ancorate al fatto tipico, le quali, purtuttavia, appaiono talvolta insoddisfacenti sotto il profilo sia sistematico, sia politico-criminale.

Tra queste, nello specifico, si annoverano le soluzioni volte ad inquadrare l'intervento dell'agente provocatore sotto l'egida del delitto tentato e del reato impossibile (i), nonché quelle che si avvalgono degli istituti del reato putativo (ii) e del reato apparente (iii): si tratta, in altre parole, di (tentativi di) inquadramenti(o) che operano sul piano dell'offensività e, in particolare, sul parametro dell'idoneità.

⁸⁸ A tal proposito cfr. E. MORSELLI, voce *Tentativo*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 190.

⁸⁹ Così G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, Bologna, 1937, p. 481. Del tutto favorevole a questa impostazione A. DOPPFEL, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur*, cit., p. 48 ss.

⁹⁰ V. G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 228 ss.

⁹¹ Così le definisce C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 329 ss.

Come noto, tra l'altro, il tema dell'idoneità è particolarmente sintomatico dell'"impronta" di un sistema penale; e, d'altronde, l'impostazione stessa data all'idoneità in un determinato ordinamento subisce una serie di influenze, essendo "*suscettibile di impostazioni diverse a seconda dell'inquadramento dato, nei singoli sistemi, ai rapporti tra tentativo punibile, tentativo inidoneo (...) e reato impossibile*"⁹².

Non solo. Il tema stesso dell'offensività si presta a soluzioni interpretative tutt'altro che lineari, poiché risente dell'annoso dibattito che è sfociato, a partire dagli anni cinquanta del secolo scorso, nella cd. concezione realistica del reato, poi (parzialmente) superata da Franco Bricola con la teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico⁹³. Inoltre, applicare una siffatta soluzione (operante, come si diceva, sui piani dell'offensività/idoneità) alla condotta realizzata dall'agente provocatore equivale ad imbattersi in un esempio, peraltro eclatante, di *corresponsabilizzazione paritetica* tra agente provocatore e soggetto provocato⁹⁴, esito – come si vedrà nel prosieguo – tutt'altro che appagante.

(iii) "*Non più di un cenno merita la teoria del reato apparente*"⁹⁵ categoria dottrinale elaborata da alcuni giuristi nel secondo dopoguerra in relazione a fattispecie plurisoggettive contenute in leggi speciali⁹⁶, alle quali veniva ricondotta la figura dell'agente provocatore ogniqualvolta quest'ultimo assumesse il ruolo di *fictus emptor*. Situazione, questa, cui era peraltro equiparata quella in cui l'intervento del provocatore determinava l'apparenza dell'oggetto materiale o del soggetto passivo del reato⁹⁷.

⁹² Così C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 330 e s.

⁹³ Concezione, la prima, la quale – rinvenendo il fondamento del principio di offensività nell'art. 49 c.p. – è stata superata dalla tesi volta a ravvisare nella Carta costituzionale lo stesso. In merito alla concezione realistica del reato v. M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, XX, p. 127 ss.; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 199 ss.; C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., 23 ss.; A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Pompei, 1964, p. 16 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, p. 447 ss.; per le critiche mosse alla concezione realistica del reato, per tutti, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 68 ss.

⁹⁴ Così C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 331.

⁹⁵ L. VIGNALE, voce *Agente provocatore*, cit., p. 59.

⁹⁶ V. *supra sub cap.* 1, par. 2.

⁹⁷ Cfr. A. DE MARSICO, *Il reato apparente e l'apparenza del reato*, Milano, 1952, p. 330.

I sostenitori della teoria in parola – rimasta priva di fondamento normativo e non dotata, a parere di molti, di un particolare *appeal*⁹⁸ –, sottolineavano come la condotta dell'agente provocatore fosse “*una proiezione inafferrabile, l'ombra di una condotta criminosa*”⁹⁹, “*un quid che sta al di fuori dell'ambito della previsione normativa*”¹⁰⁰, e, di conseguenza, il suo intervento determinasse un reato che “*appare*”, ma in realtà *non c'è*¹⁰¹. Un reato, dunque, solo *prima facie* completo nei rispettivi elementi costitutivi, in cui tuttavia “*si nasconde una sorta di vizio segreto, un qualche cosa che toglie ogni effetto lesivo al comportamento dell'agente*”¹⁰².

La mancanza di un qualunque elemento della fattispecie – il soggetto attivo, l'oggetto materiale, il soggetto passivo, ecc. –, non poteva dunque che riflettersi nella mancata corrispondenza del fatto al tipo descrittivo; condizione da cui veniva fatta discendere la non punibilità per il fatto realizzato¹⁰³.

In verità, come acutamente sottolineato da altra dottrina¹⁰⁴, la mancanza di tipicità – se esclude la consumazione del reato, così come la configurazione di un reato impossibile, entrambe situazioni presupponenti la completezza del modello legale –, non esclude d'altro canto qualsivoglia altro effetto sanzionatorio; e ciò è dimostrato proprio

⁹⁸ Cfr. G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 232 ss.

⁹⁹ A. DE MARSICO, *Il reato apparente e l'apparenza del reato*, cit., p. 325.

¹⁰⁰ Così G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 234.

¹⁰¹ Per apparenza, dunque, si intendeva, “*la mancanza, normalmente predisposta – comunque simultanea all'inizio dell'azione esecutiva e costante nello svolgimento di questa – o del soggetto attivo proprio o dell'oggetto o del soggetto passivo del reato, o di più elementi fra questi, con la sostituzione ad essi di altri che sembrano corrispondere ma in realtà non corrispondono a quelli richiesti dalla fattispecie legale*”, A. DE MARSICO, *Il reato apparente e l'apparenza del reato*, cit., p. 335 e s.

¹⁰² Così C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., p. 125.

¹⁰³ C. FIORE (*Il reato impossibile*, cit., p. 125 s.), riprendendo una (al tempo) nota pronuncia della Corte di Cassazione, sottolineava come fosse aberrante sanzionare i soggetti provocati alla commissione di un reato, in quanto “*si trattava di una vera e propria commedia*”. Il caso cui si riferiva (Cass. pen., sez. II, 30.3.1953, n. 758, in *Arch. pen.*, 1954, X, pt. II, p. 26 ss.) era quello con cui la Suprema Corte aveva affermato la penale responsabilità per furto di alcuni soggetti, i quali, su istigazione di agenti provocatori, avevano sottratto merce appartenente all'Amministrazione Militare, sotto la sorveglianza e con l'ausilio dei provocatori, che avevano poi sequestrato la merce e avevano consegnato i provocati alla giustizia. Commentava dunque l'A.: “*Qui, come in altri casi, si è considerata realtà ciò che non era se non apparenza; si è considerato consumato un delitto solo perché appariva materialmente compiuto, e non si è visto che quell'apparenza non racchiudeva alcuna sostanza, che quell'azione non aveva mai rappresentato, né poteva rappresentare, per alcuno, il danno o il pericolo caratteristici di quel reato*”.

¹⁰⁴ Cfr. G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 235 ss.

dal trattamento giuridico del tentativo, istituito sì incompleto sotto il profilo della tipicità, ma pur sempre punibile.

In altre parole, se gli atti posti in essere in una situazione di apparenza presentano i requisiti dell'idoneità e dell'univocità, comunque questi, "*pur non integran[do] il modello legale della norma di parte speciale*", sarebbero "*conformi al tipo descrittivo risultante dall'incontro dell'art. 56 c.p. con le singole norme incriminatrici*"¹⁰⁵. Rilievo che rende la teorizzazione dell'apparenza, se rapportata all'intervento dell'agente provocatore, del tutto priva, da una parte, di logicità e, dall'altra, di opportunità politico-criminale.

(ii) Altra teoria (tenta di) inquadra(re) il fatto commesso su impulso dell'agente provocatore nell'ambito del reato putativo¹⁰⁶, nella duplice accezione di reato putativo per errore di diritto e per errore di fatto.

Pochissime le parole spese in dottrina in relazione a tale soluzione, essendo evidente come solo attraverso una totale distorsione della disciplina del reato putativo si potrebbe ritagliare uno spazio per il fatto commesso per provocazione.

Una siffatta collocazione sistematica, da cui deriva l'irrilevanza ai fini penali della condotta sia del provocato sia del provocatore, non è tuttavia giustificabile né nell'ipotesi dell'errore di diritto, né in quella dell'errore di fatto¹⁰⁷. Difatti, il soggetto provocato commette un fatto penalmente rilevante: di conseguenza sarebbe difficile immaginare che l'agente provocatore lo istigasse alla commissione di un fatto lecito e che egli lo realizzasse nella convinzione, determinata da errore di diritto, che questo non lo fosse. E, del resto, anche laddove l'agente provocatore partecipasse alla commissione di una porzione del fatto tipico, non sarebbe agevole dichiarare il suo intervento idoneo a far cadere in errore il soggetto provocato su quella frazione di fatto; e, anche qualora ciò fosse

¹⁰⁵ In questo senso v. altresì G. BATTAGLINI, *Osservazioni sul commercio di monete auree*, in *La Giust. pen.*, 1948, II, c. 274.

¹⁰⁶ E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale. Parte generale del diritto penale*, cit., p. 634.

¹⁰⁷ In argomento v. G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 231.

dimostrabile, la situazione dovrebbe essere inquadrata – in presenza dei requisiti di idoneità e univocità degli atti commessi – sotto il diverso istituto del tentativo¹⁰⁸.

Insomma, “*l’intervento del provocatore (...) non è tale da esercitare, in base a caratteristiche proprie ed esclusive, alcuna influenza sulla struttura obiettiva della fattispecie e, in particolare, non consente di inquadrare tout court il fatto nell’ambito del reato putativo: ne risulta quindi che è sempre necessario rifarsi ai principi generali relativi ai rapporti tra conformità e lesività del fatto*”¹⁰⁹.

(i) Come si accennava, il concetto di idoneità accolto da un sistema penale risulta particolarmente sintomatico dell’impronta, oggettivistica o soggettivistica, dello stesso.

Nondimeno, nel nostro ordinamento – il quale, come noto, può essere definito a base sostanzialmente oggettivistica e in cui “*i confini di punibilità del tentativo sono rigorosamente delimitati da una norma di sbarramento come quella sul reato impossibile*”¹¹⁰ – son stati prospettati nel tempo diversi modelli di idoneità. Di essi non si può non dar conto, in quanto è chiaro che le soluzioni proiettate sul piano della tipicità siano fortemente condizionate dal paradigma di idoneità che si intenda adottare; e, va da sé, che l’applicazione di un siffatto schema al problema dell’agente provocatore dia adito a soluzioni divergenti, che si riflettono sulla (ir)responsabilità penale di quest’ultimo.

(a) Un filone tradizionale della dottrina italiana qualifica il reato impossibile come un “*doppione negativo*” del delitto tentato¹¹¹. In virtù di tale equiparazione, il modello di accertamento dei due dovrebbe essere unico; l’idoneità, in quest’ottica, andrebbe infatti accertata in concreto, *ex ante*, e adottando una base parziale o, in altre parole, immedesimandosi nell’autore del reato e considerando (soltanto) le conoscenze di questo al momento della commissione della condotta.

Questa impostazione è tradizionalmente esemplificata mediante il ricorso al seguente caso di scuola: Tizio infligge un colpo ad un uomo con una corazza; se questa è

¹⁰⁸ V. sul punto G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 231, in cui l’A. spiega infatti che se anche l’intervento dell’agente provocatore determinasse la mancanza di tipicità, il fatto non andrebbe punito se non a titolo di tentativo. Cfr. altresì sul punto R. DELL’ANDRO, voce *Agente provocatore*, cit., p. 867.

¹⁰⁹ G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 232.

¹¹⁰ Così C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit., p. 331.

¹¹¹ V., per tutti, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 430.

nascosta sotto le vesti e, come tale, non visibile, Tizio risponde di tentativo (essendo probabile la consumazione del reato nella prospettiva di una base *ex ante* parziale); se invece la corazza è visibile a Tizio, si configura un reato impossibile, in quanto il fatto da questi posto in essere, pur essendo conforme al tipo descrittivo, è privo di una qualsiasi offensività.

(b) Altro filone dottrinale, pur nella convinzione che il reato impossibile coincida con un tentativo inidoneo, supera la precedente impostazione sulla base del presupposto che “nessuna limitazione del campo di osservazione è consentita, salvo quella inerente alla (...) natura di concetti con contenuto di potenzialità”¹¹²: in definitiva, l'accertamento su tentativo e reato impossibile, ancora una volta equiparati, deve avvenire mediante l'adozione di una base totale, tenendo pertanto in considerazione *tutte* le circostanze esistenti nel momento in cui il soggetto attivo si è posto contro l'ordinamento, ossia quello della condotta, anche se non conosciute dall'autore del reato¹¹³. Così, nell'ottica di una valorizzazione della prospettiva oggettivistica, “non si attribuisce (...) al requisito dell'idoneità degli atti, di cui all'art. 56 c.p., una funzione generalpreventiva che invece non gli spetta”¹¹⁴.

Volendo riprendere il succitato esempio, l'adozione della base totale determinerebbe la non punibilità di Tizio per tentativo: pur in assenza di percezione della corazza, gli atti sarebbero valutabili come inidonei alla consumazione del reato.

(c) Meritevole di nota è l'impostazione dottrinale che riconosce nell'art. 49 c.p. il fondamento codicistico del principio di offensività e, mediante esso, legittima nel nostro ordinamento la cd. *concezione realistica del reato*. Senza ripercorrere il dibattito che ha accompagnato il radicarsi di tale concezione nella dottrina italiana¹¹⁵, basti in questa sede ricordare come, secondo la teoria in parola, il significato da attribuire all'art. 49 capoverso

¹¹² Così F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994, p. 134.

¹¹³ Sul punto cfr. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, cit., p. 137. Per una critica al modello *ivi* prospettato cfr., da ultimo, M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, p. 346 ss.

¹¹⁴ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 334.

¹¹⁵ Per il quale si rinvia ai riferimenti bibliografici contenuti in nt. 93.

sarebbe proprio quello di non considerare biasimevoli i fatti che, pur esteriormente corrispondenti al modello legale, siano “*inefficienti a realizzare una seria aggressione al bene tutelato*”¹¹⁶. In altre parole, la concezione realistica del reato postula che il giudizio di conformità al tipo ricomprenda anche un giudizio di offensività, in quanto l’azione non può dirsi tipica se al contempo non è idonea a ledere¹¹⁷: difatti l’idoneità, nel senso chiarito, “*è una delle componenti essenziali della tipicità*”¹¹⁸ e “*la lesione è inscindibile dal fatto*”¹¹⁹.

Esaurita tale premessa, è evidente che l’idoneità dell’azione *ex art. 49 c.p.* e l’idoneità degli atti *ex art. 56 c.p.* si concretizzano in giudizi distinti e non sovrapponibili: il primo appare come un giudizio *statico*, il quale attiene senz’altro alla verifica dell’esistenza o meno dell’offesa; il secondo, al contrario, si presenta come un giudizio *dinamico*, mirato ad un vaglio di conformità degli atti al tipo¹²⁰.

Così, “*in primo luogo si dovrà accertare se il fatto in esame integra il tipo descrittivo della norma di parte speciale*”; in caso positivo, sarà necessario verificare altresì, adottando un giudizio *ex post* a base totale – differente, dunque, dalla consueta prognosi postuma a base parziale –, “*se realmente l’azione non ha provocato la violazione dell’interesse tutelato, se, cioè, era inidonea*”¹²¹, mentre in caso negativo la verifica ripiegherebbe sull’idoneità degli atti, al fine di cogliere la loro eventuale conformità al modello legale del delitto tentato. A quel punto, nell’ipotesi in cui l’azione si dimostrasse carente di contenuto offensivo, si realizzerebbe un’ipotesi di reato impossibile per inidoneità dell’azione; al contrario, se il fatto – oltre ad essere conforme al tipo – presentasse anche la “necessaria lesività”, darebbe luogo ad una ipotesi di reato consumato. Adottando questo approccio, si evita di confondere l’accertamento di reato impossibile e tentativo e di adottare per questi la medesima base (*ex ante*), distinguendo le due ipotesi solo sulla base del risultato, negativo o positivo che sia¹²².

¹¹⁶ Così C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., p. 41.

¹¹⁷ A sostegno di questa tesi, e per una disamina degli argomenti letterali e sistematico-sanzionatori v. C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit., p. 335.

¹¹⁸ C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., p. 43.

¹¹⁹ C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., p. 45.

¹²⁰ Cfr. sul punto G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 202 e s.

¹²¹ G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 245.

¹²² In questo senso cfr. G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 206.

(d) Di poco successiva a quella che rinviene il fondamento della concezione realistica, e così dello stesso principio del *nullum crimen sine iniuria*, nell'art. 49 c.p., la teoria della cd. "concezione realistica del tentativo punibile" "*lumeggia la reale funzione del reato impossibile, inteso come norma destinata ad integrare gli estremi del tentativo, eliminandone le ipotesi in cui è impossibile la consumazione perché l'azione non è idonea*"¹²³. Il giudizio di idoneità del reato impossibile, dunque, non sarebbe più basato sull'accertamento *ex post*, ma dovrebbe essere invece retrocesso al momento in cui l'agente mette in pericolo il bene giuridico; e, per di più, si baserebbe su di una base totale, consistente dunque in un'analisi di tutte le circostanze esistenti al momento della commissione della condotta, anche se non conosciute o conoscibili dal soggetto attivo¹²⁴. Come si anticipava, la figura dell'agente provocatore e l'incidenza dell'operato di quest'ultimo sul fatto di reato possono essere lette con tante lenti quante sono state le concezioni proposte di idoneità. Sarà sufficiente a tal proposito muovere da un esempio. Tizio istiga Caio alla cessione di una partita di sostanze stupefacenti, previa predisposizione di forza pubblica.

Applicando lo schema *sub (a)*, è evidente come avrebbe luogo un'ipotesi di tentativo, essendo la predisposizione della forza pubblica circostanza non conoscibile *ex ante* da Caio; al medesimo risultato, del resto, si perverrebbe adottando lo schema *sub (c)*. Adottando invece gli schemi *(b)* e *(d)*, si addiverrebbe ad inquadrare l'ipotesi in quella di reato impossibile poiché la predisposizione della forza pubblica era circostanza senz'altro esistente al momento della commissione del reato.

Ecco dunque in cosa si sostanzia il suddetto modello paritetico di responsabilità, dove, nei primi due casi, si addiverrebbe alla punibilità per delitto tentato sia del provocatore che del provocato, mentre nel secondo entrambi andrebbero esenti da pena.

"*Tutte le ipotesi considerate ci portano perciò a delle conseguenze quantomeno imbarazzanti*"¹²⁵, non permettendo una differenziazione, sistematica e di trattamento, dei due. Difatti, l'impunità svuoterebbe di senso il ricorso alla tecnica della provocazione

¹²³ Così C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 337.

¹²⁴ V. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8^a ed., Bologna, 2019, p. 353.

¹²⁵ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 341.

sotto un profilo politico-criminale, mentre al contrario la punibilità di entrambi apparirebbe eccessiva e disincentivante¹²⁶.

Infine, un rapido accenno merita la *vexata quaestio* della predisposizione della forza pubblica, la quale ha iniziato ad essere attenzionata frequentemente, tanto dalla dottrina penalistica¹²⁷ quanto dalla giurisprudenza¹²⁸, già a partire dai primi decenni del Novecento.

Essa era stata tradizionalmente ricondotta alla disciplina del reato impossibile in ragione dell'asserita inidoneità del reato commesso con predisposizione dell'intervento della polizia ad arrecare offesa a qualsivoglia bene giuridico tutelato da norma incriminatrice¹²⁹. Tuttavia, una siffatta impostazione non appare condivisibile laddove ci si soffermi sulla natura della predisposizione della forza pubblica, circostanza invero del tutto esterna alla condotta, e come tale non incidente, se non in via indiretta, sull'offensività del fatto.

Più esattamente, se la forza pubblica interviene durante lo svolgimento della condotta, o comunque in un momento antecedente alla verifica dell'evento, potrebbe dirsi integrato un delitto tentato: beninteso, purché gli atti posti in essere dal soggetto attivo fino al momento dell'intervento della autorità si rivelino quantomeno idonei alla commissione del reato e a quel fine diretti in modo univoco. Del resto, adottando la base conoscitiva *ex ante* tipica del delitto tentato, la predisposizione delle forze dell'ordine non incide in alcuna misura sul giudizio di idoneità; a nulla rilevando inoltre il fatto che essa,

¹²⁶ Suggestive le parole di C. De Maglie (*L'agente provocatore*, cit., p. 341), la quale precisava come i modelli di idoneità che portano a ravvisare un'ipotesi di delitto tentato avrebbero dato origine ad una "soluzione monouso", in quanto, come evidente, sarebbe stato pressoché impossibile trovare persone disposte a provocare al costo di immolarsi "sull'altare della difesa sociale".

¹²⁷ Cfr., tra le tante autorevoli voci, quelle di O. VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1943, p. 62; L. SCARANO, *Il tentativo*, Napoli, 1952, p. 212 ss.

¹²⁸ A far discutere fu in particolare un caso, riportato da C. De Maglie (*L'agente provocatore*, cit., p. 244), di "una rapina studiata e preparata per molto mesi da più persone (...), che penetrarono di notte nella casa di un ricco possidente, ed erano armate (...). Senonché la rapina non poté giungere alla sua consumazione perché i carabinieri, avvertiti per la delazione di uno dei correi, avevano occupato militarmente l'interno della casa"; trattasi della sent. Cass. pen., sez. I, 17.6.1932, in *Riv. pen.*, 1933, p. 1654 ss.

¹²⁹ Cfr. O. VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, cit., p. 62.

in un'ottica *ex post*, possa rendere nulla la verifica dell'offesa¹³⁰. D'altronde, la fattispecie di reato impossibile per inidoneità dell'azione è verificabile solo qualora la condotta dell'agente, in sé e per sé considerata, sia del tutto inidonea a cagionare l'evento e, pertanto, ad arrecare l'offesa tipica da cui dipende l'esistenza del reato¹³¹.

Se invece l'intervento della forza pubblica, appositamente predisposto, è collocabile in una fase temporale successiva al termine della condotta, o comunque in un momento susseguente alla verifica dell'evento, non può certo invocarsi la tesi del reato impossibile, essendo l'offesa realizzata e, conseguentemente, il reato consumato.

Come sottolinea Cristina de Maglie, "*la maggior parte degli Autori – con la sola eccezione, peraltro ingombrante, di Manzini – aveva trattato la questione (...) come una figura autonoma*"¹³²: e tale scelta non poteva certo dirsi casuale, data la sola apparente affinità tra le ipotesi di intervento dell'agente provocatore e della pubblica autorità¹³³.

In particolare, il principale elemento differenziale tra le due situazioni, che giustificava una loro trattazione separata, è da individuarsi nell'influenza esercitata dalle stesse sulla realizzazione del fatto di reato provocato. Nell'ipotesi meno frequente, ma non remota, in cui l'agente provocatore partecipi direttamente alla realizzazione della condotta tipica, si pone – come si accennava in precedenza¹³⁴ – un problema di conformità al modello legale, ovvero sia al tipo descritto dalla fattispecie incriminatrice monosoggettiva. Tale situazione non sembra invece presentarsi in caso di predisposizione della forza pubblica, la quale non incide in alcun modo sulla realizzazione del fatto tipico, rimanendo dunque esterna allo stesso¹³⁵.

¹³⁰ Cfr., sul punto, Cass. pen., sez. VI, 27.5.1986, n. 4325.

¹³¹ Sol per citare una delle più recenti pronunce della Cassazione sul tema, la quale conferma un'impostazione assolutamente consolidata in giurisprudenza, v. Cass. pen., sez. I, 17.10.2019, n. 870.

¹³² Così C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 244.

¹³³ A ben guardare, anche l'autore di uno dei pochissimi studi interamente dedicati al tema dell'agente provocatore aveva assimilato *in toto* le due figure, senza peraltro giustificare in qualche misura una siffatta scelta. Il riferimento è al lavoro di M. Salama, (*L'agente provocatore*, cit.), in cui – diffusamente – le due figure vengono affiancate ed utilizzate quasi come in un'endiadi. Circa l'impossibilità di una trattazione congiunta delle due figure v. G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 216.

¹³⁴ Cfr. *supra sub* cap. 1, par. 3.

¹³⁵ Sul punto v. G. Neppi Modona (*Il reato impossibile*, cit., p. 219 e s. e p. 278 ss.) il quale precisava che "*La prima si sostanzia in una particolare modalità della azione, e può quindi influire direttamente sulla conformità del fatto al tipo descrittivo; la seconda consiste in una circostanza esterna alla realizzazione*

Le suddette argomentazioni non sono però state ritenute sufficienti troppo a lungo, in quanto, contestualmente alla tipizzazione legislativa di alcune forme di agente provocatore, si è registrato un radicale mutamento di prospettiva. Il problema della forza pubblica è stato attratto infatti nell'orbita dell'agente provocatore¹³⁶, assurgendo – da sua “*ipotesi collaterale*”¹³⁷ qual era – ad elemento essenziale della provocazione.

La ragione di questo mutamento è presto detta: con il diffondersi della figura del *fictus emptor*, nella prassi è divenuto sempre più usuale che l'agente provocatore stesso fosse un agente di polizia e, come naturale, si avvalsesse dell'ausilio della forza pubblica; e, nello specifico, si registrano numerosissime pronunce in giurisprudenza, in particolare in materia di cessione di sostanze stupefacenti, in cui la realizzazione del fatto è avvenuta sotto la sorveglianza di un servizio di scorta, pronto ad intervenire a momento debito¹³⁸.

Per concludere, non ci si può esimere dal notare come tale abbinamento abbia tutt'altro che agevolato la risoluzione della questione definitoria, favorendo infatti la dispersione della nozione di agente provocatore, così “*imbarocchita da elementi spuri*”¹³⁹. E dando dunque un'ulteriore conferma all'assunto per cui quello in parola è, in fin dei conti, un istituto *senza patria*, dai confini tutt'altro che netti e dalle proposte di inquadramento tanto numerose quanto, alle volte, fumose.

4.3. L'antigiuridicità

Maggior successo ha riscosso il tentativo di risolvere la questione della responsabilità dell'agente provocatore sul piano dell'antigiuridicità. Il ricorso alla categoria delle cause di giustificazione – nello specifico quelle della legittima difesa (*i*),

della condotta, che non importa, in via generale, una anomalia del fatto nei confronti del modello legale, pur potendo talvolta sollevare problemi circa l'effettiva lesività del comportamento”, p. 279.

¹³⁶ Così, C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 244.

¹³⁷ C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., p. 132.

¹³⁸ Cfr., tra le tante, Cass. pen., sez. I, 9.3.1971, in *Arch. pen.*, 1972, p. 606 ss.; Cass. pen., sez. I, 11.10.1974, in *Giur. pen.*, 1975, II, c. 625; Cass. Pen., sez. III, 28.1.1986, in *Cass. pen.*, 1987, p. 1548 ss. Per una puntuale rassegna giurisprudenziale sull'equiparazione delle due figure, con particolare riferimento a casi di cessione di sostanze stupefacenti, si rinvia a C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 245 e s.

¹³⁹ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 246.

dello stato di necessità (*ii*), del consenso dell'avente diritto (*iii*) e dell'adempimento del dovere/ordine dell'autorità (*iv*) – per scriminare la condotta provocatoria è parsa strada percorribile tanto alla dottrina quanto alla giurisprudenza; la quale, in particolare, ha aderito alla soluzione che vede l'agente provocatore beneficiare della scriminante codificata all'art. 51 c.p.

Nondimeno, l'innesto dell'antigiuridicità nella disciplina del concorso di persone pone, sul piano pratico-applicativo, problemi non di poco conto¹⁴⁰. Difatti, il venir meno dell'antigiuridicità della condotta provocatoria figura quale circostanza oggettiva, come tale estensibile a tutti i concorrenti ai sensi dell'art. 119 secondo comma c.p.: “*con la indesiderata conseguenza che tutti i concorrenti, e non solo l'agente provocatore, andrebbero esenti da pena*”¹⁴¹, svuotando di senso la strategia fondata sulla provocazione. La comunicabilità della circostanza in parola è parso tuttavia inconveniente superabile attraverso una lettura in senso soggettivo di alcune cause di giustificazione¹⁴².

(i) Nella pretesa di fondare la non punibilità dell'agente provocatore sull'esistenza di cause di giustificazione, parte della dottrina italiana ha optato per la scriminante codificata all'art 52 c.p., ossia quella della legittima difesa¹⁴³: sulla base del presupposto che l'agente provocatore agirebbe, in particolare in relazione a fattispecie delittuose di una certa gravità, con un fine di “difesa sociale”.

Tale fine, non ricollegabile in via esclusiva all'operato delle forze di polizia, è invero perseguibile anche dal privato cittadino, come dimostrano l'art. 383 c.p.p., che fonda la facoltà di arresto da parte dei privati, nonché (seppur in misura meno univoca) l'istituto del soccorso difensivo, il quale trova il suo fondamento, per l'appunto, all'art. 52 c.p.¹⁴⁴; di conseguenza, esso è perfettamente compatibile con la nozione di agente

¹⁴⁰ Questi problemi sono stati segnalati dalla dottrina a più riprese. Sul punto cfr. G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 274; L. VIGNALE, voce *Agente provocatore*, cit., p. 64; C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, cit., p. 264.

¹⁴¹ C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, cit., p. 264.

¹⁴² A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1987, p. 585.

¹⁴³ Cfr., per tutti, G. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980, p. 61 ss.

¹⁴⁴ In merito al cd. “soccorso difensivo” v. le sempre attuali riflessioni di M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, I, p. 560 ss.

provocatore, la quale – come si è visto – può essere ricoperta sia dal soggetto appartenente alle forze dell'ordine, sia dal *quisque de populo*.

Secondo questa impostazione, l'agente provocatore, mosso da un *animus defendendi* dell'ordinamento stesso, contrasterebbe l'*aggressione ingiusta* del soggetto provocato (in altre parole, la potenziale commissione di una fattispecie di reato), con la neutralizzazione dello stesso mediante l'utilizzo della strategia fondata sulla provocazione. Si tratterebbe pertanto di un utilizzo della strategia in parola *in chiave preventiva*, il quale ben poco collima con gli elementi strutturali della scriminante e, anzi, porta ad un – seppur funzionale – capovolgimento degli stessi.

Difatti, contro questa prospettazione sono state avanzate critiche in più direzioni, non foss'altro che per la evidente assenza dei requisiti operativi della scriminante della legittima difesa. Primo fra tutti quello dell'attualità del pericolo, in quanto “*applicare questa situazione scriminante (...) nei confronti di delitti che si teme verranno commessi costituisce (...) un'arbitraria estensione della portata e del fondamento dell'istituto, la cui struttura è invece determinata con estrema precisione dalla lettera e dallo spirito della legge*”¹⁴⁵.

Pertanto, sebbene originale e, per tale motivo, apparentemente suggestiva, tale tesi non è accoglibile in quanto si scontra con i limiti strutturali della legittima difesa, la cui applicazione alla condotta dell'agente provocatore comporterebbe un totale snaturamento dell'istituto.

(ii) Anche il ricorso alla scriminante codificata all'art. 54 c.p., invocato prevalentemente dalla dottrina tedesca¹⁴⁶, presenta profili problematici.

Difatti, rinvenire gli estremi dell'attualità e dell'inevitabilità del pericolo nell'alveo della condotta provocatoria è tutt'altro che agevole; parimenti, i requisiti dell'involontaria causazione del pericolo e dell'evitabilità dello stesso¹⁴⁷ sono

¹⁴⁵ Così G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 277.

¹⁴⁶ Cfr., in argomento, R. KELLER, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, Berlin, 1989, p. 277 s.

¹⁴⁷ In merito ai requisiti dettati dall'art. 54 c.p. si rinvia, per tutti, all'autorevole disamina di M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., p. 532 ss.

completamente antitetici rispetto alla condotta del provocato, specie se si considera la lunga preparazione delle operazioni che spesso precede la condotta provocatoria in sé.

Inoltre, come sottolineato in dottrina, tale soluzione non permetterebbe di escludere la punibilità proprio in quelle situazioni che apparirebbero meno meritevoli di sanzione¹⁴⁸. Il riferimento è al traffico di stupefacenti, come già visto terreno molto fertile per qualsivoglia forma di infiltrazione¹⁴⁹, in cui il bene giuridico tutelato dall'agente provocatore altro non sarebbe che la salute, in qualche modo – seppur non senza forzature – riconducibile alla incolumità personale. In siffatte ipotesi, si renderebbe tuttavia necessaria la valutazione della gravità del danno rispetto a quest'ultima, gravità quantomeno opinabile in relazione al traffico delle c.d. droghe leggere, la cui dannosità è tutt'altro che provata in modo incontrastato. E, anche volendo limitare il raggio d'azione alle sole “droghe pesanti”, sarebbe difficilmente riscontrabile la proporzione tra fatto e pericolo, a maggior ragione se si considera “*la labilità probabilistica del peso di una singola operazione di polizia*”¹⁵⁰ con riferimento tanto al bene salute, quanto ai rischi che questo corre in forza della condotta provocatoria.

(iii) In dottrina si sono registrati altresì alcuni tentativi, per lo più vani, volti a risolvere la questione in parola facendo ricorso alla scriminante codificata all'art. 50 c.p., ossia il consenso dell'avente diritto¹⁵¹.

Presupposto di tale prospettazione, come noto, è la validità del consenso, requisito basato a sua volta sulla disponibilità del diritto da parte di colui che acconsente, nonché sulla capacità e sulla volontà di quest'ultimo a disporre di detto diritto¹⁵².

Anche volendo prescindere dall'accertamento di tali profili, occorre tuttavia distinguere l'ipotesi in cui il titolare dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice violata sia il provocatore da quella in cui sia invece un soggetto terzo; e, in riferimento a questa seconda ipotesi, il caso in cui il terzo sia consapevole della riconducibilità

¹⁴⁸ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 346.

¹⁴⁹ Vedi *infra sub cap. 1*, par. 2.

¹⁵⁰ Così C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 347.

¹⁵¹ T. DELOGU, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, cit., p. 24 s.; E. CALIFANO, *L'agente provocatore*, cit., p. 85 ss.

¹⁵² In argomento, tra i tanti, cfr. C. PEDRAZZI, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, p. 140 ss., in particolare p. 147 ss.

dell'offesa ad una attività provocatoria da quello in cui egli non sia al corrente dell'intervento del provocatore¹⁵³.

In merito alla prima ipotesi, si può menzionare l'esempio prospettato da Enrico Califano¹⁵⁴: l'agente provocatore, proprietario di un magazzino, induce il provocato a realizzare un furto all'interno del suo immobile. Attraverso l'istigazione, l'agente provocatore presta in una qualche misura il suo consenso: non solo poiché la forma di espressione di quest'ultimo è tradizionalmente riconosciuta in dottrina come libera¹⁵⁵, ma anche perché è proprio l'applicazione dello schema dell'art. 50 c.p. alla condotta provocatoria ad imporre una siffatta interpretazione¹⁵⁶; con l'unica accortezza, beninteso, che il consenso sia manifestato in un momento precedente alla realizzazione della condotta criminosa.

Ebbene, *rebus sic stantibus*, è evidente che nessuna forma di responsabilità potrà derivare dall'istigazione, agendo l'agente provocatore in "autolesione"¹⁵⁷; piuttosto, si tratterà di capire se la prestazione del consenso sia sufficiente ad esimere il provocato dalla responsabilità per il reato di furto. A tal proposito la dottrina, invocando il summenzionato regime comunicativo delle circostanze oggettive di cui all'art. 119, co. 2 c.p., ha sottolineato come il consenso sia annoverabile tra esse e debba essere pertanto valutato anche se non conosciuto dal reo, con la conseguenza che neppure il soggetto provocato sarebbe sanzionabile per la suddetta fattispecie¹⁵⁸.

In merito alla seconda ipotesi, qualora Tizio, proprietario del suddetto magazzino, accettasse che Caio, agente provocatore, inducesse Sempronio a commettere un furto nel suo immobile, varrebbe in linea di principio quanto esposta *supra*: poiché, *mutatis mutandis*, sia Caio sia Sempronio sarebbero scriminati in forza del consenso di Tizio¹⁵⁹.

¹⁵³ Per tale esemplificazione cfr. G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 270.

¹⁵⁴ Rispettivamente v. E. CALIFANO, *L'agente provocatore*, cit., p. 86; cfr. altresì T. DELOGU, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, cit., p. 25.

¹⁵⁵ C. PEDRAZZI, voce *Consenso dell'avente diritto*, cit., p. 149 ss.

¹⁵⁶ E. CALIFANO, *L'agente provocatore*, cit., p. 86.

¹⁵⁷ L. GALLI, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, cit., p. 799; T. DELOGU, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, cit., p. 27.

¹⁵⁸ A tal proposito v. E. CALIFANO, *L'agente provocatore*, cit., p. 87.

¹⁵⁹ Sul punto, tuttavia, non si è registrata in dottrina univocità di vedute: difatti, non è mancato chi abbia osservato come il consenso in tale ipotesi sia apparente, in quanto frutto di un accordo tra offeso e agente provocatore; e "se per alcuni casi si può affermare che il consenso apparentemente dato all'azione

A questa ipotesi andrebbe peraltro assimilata anche quella di un soggetto che acconsente alla lesione del suo diritto nell'ignoranza della provocazione: *nulla quaestio*, risolvendosi questa come precedentemente indicato, ossia nel senso di una doppia impunità, risultato senz'altro poco appagante sul piano politico-criminale.

(iv) Ed ora veniamo alla soluzione, tra quelle operanti sul piano dell'antigiuridicità, risultata complessivamente più persuasiva: si tratta della soluzione, ancorata alla scriminante dell'adempimento del dovere/ordine dell'autorità di cui all'art. 51 c.p.; a ben vedere, la più ristretta nella portata applicativa, ma la più evocata tanto dalla dottrina, quanto dalla giurisprudenza.

Pur essendo infatti evidentemente limitata alle forme di provocazione dello Stato attuate per mezzo dei suoi organi, la dottrina ha sempre sottolineato come la soluzione in oggetto presentasse l'innegabile merito di fornire – verrebbe da dire, una volta per tutte – la chiave per una diversificazione netta tra le sorti del provocatore e del provocato; e ciò non solo poiché la posizione del secondo “*non è in alcun modo abbracciata da questo modello*”¹⁶⁰, ma anche in forza del fatto che la scriminante in parola è annoverata tra quelle “personali”, come tale non “comunicabile”, ai sensi dell'art. 119 co. 2 c.p., agli altri concorrenti¹⁶¹.

Ciò nondimeno, alcune precisazioni sono d'obbligo.

In primo luogo, con riferimento all'*adempimento del dovere*, è bene sottolineare come l'art. 51 c.p. rappresenti un classico esempio di norma penale in bianco, che richiama l'art. 55 del codice di rito; disposizione, quest'ultima, la quale, 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*”. La dottrina, interrogatasi a lungo sulla portata di tali poteri-doveri, è

dell'esecutore non coincide col consenso effettivo, ciò è vero soltanto relativamente all'esecutore” (L. GALLI, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, cit., p. 815). In altre parole, quest'ultimo, il provocato, non potrebbe beneficiare della forza scriminante dal consenso, a differenza dell'agente provocatore.

¹⁶⁰ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 347.

¹⁶¹ Sul punto, cfr. C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, cit., p. 265; G. DELITALA, voce *Adempimento di un dovere*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1965, p. 468; *contra* L. VIGNALE, voce *Agente provocatore*, cit., p. 64, che ribadisce la natura oggettiva della causa di giustificazione in questione.

addivenuta a sostenere che essi abbiano una natura meramente “inibitoria”: questi coinciderebbero in particolare con quelle attività che, come si vedrà nel prosieguo, la giurisprudenza ritiene compendiabili nell’espressione “osservazione, contenimento e controllo”. In altre parole, specie con riguardo all’inciso “evitare che vengano portati a conseguenze ulteriori”, il legislatore si riferisce a poteri di natura *preventiva*: ne deriva, dunque, che la provocazione in senso stretto, di per sé, non può essere in alcun modo giustificata, in quanto “*il fomentar[e] ex nihilo è [...] condotta antitetica alla prevenzione stessa*”¹⁶².

In secondo luogo, con riferimento alla scriminante dell’ordine dell’autorità, viene in considerazione la questione della portata scriminante di un ordine illegittimo che, stando alla *littera legis*, non esime da responsabilità l’esecutore; salvo, come noto, che sia provata l’insindacabilità, da parte di quest’ultimo, dello stesso ordine¹⁶³.

Come segnalato in dottrina, “*anche questa eventualità di scriminare l’operato del provocatore si rivela, su di un piano concreto, di scarsa, se non impossibile applicazione*”¹⁶⁴: è difatti opinione condivisa che al subordinato sia precluso un sindacato sull’ordine del superiore in merito alla sola “legittimità sostanziale”. In caso di provocazione al reato, nondimeno, parrebbe essere esclusa anche la legittimità formale, non essendo alcun superiore realmente competente ad impartire una siffatta direttiva. Inoltre, cessando il dovere di obbedienza del sottoposto dinanzi all’illegittimità dell’ordine, a maggior ragione sarebbe controproducente, su un piano pratico, il ricorso alla giustificazione dell’ordine dell’autorità a fronte di una provocazione, in quanto “*costituirebbe un troppo palese riconoscimento del ricorso (...) ad un mezzo decisamente immorale, che non trova giustificazione nel fine per cui viene adottato*”¹⁶⁵.

Se queste sono le premesse, quali dunque le ragioni del successo della soluzione fondata su questa scriminante? Per quanto le critiche finora esposte siano condivisibili,

¹⁶² Così C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit., p. 351. Sul punto cfr. altresì T. Delogu (*La responsabilità penale dell’agente provocatore*, cit., pp. 26 e s.), il quale precisa quanto segue: “*Il guaio è, però, che io dubito si possa qui invocare con buon fondamento la giustificazione dell’adempimento di un dovere nascente sia da una norma di legge, sia da un ordine legittimo*”. E ancora “*(...) nella sua vera figura l’a.p. si presenta come causa del reato (...); e norma di legge la quale autorizzi taluno a dar causa ad un reato, io non ne conosco*”.

¹⁶³ Sul punto cfr. G. DELITALA, voce *Adempimento di un dovere*, cit., p. 570 ss.

¹⁶⁴ G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 276.

¹⁶⁵ G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 276.

non si può negare che detto modello assume oggi un ruolo privilegiato per almeno due ragioni, che si sommano a quelle esposte in apertura.

La prima ragione coincide con il frequente ricorso alla scriminante in parola da parte della giurisprudenza, che a partire dagli anni settanta ha fatto proprio tale modello con l'unico accorgimento della perimentazione dell'operato della polizia giudiziaria.

Tra le tante, in una nota pronuncia del 1972, la Corte di Cassazione aveva circoscritto la liceità della condotta del "confidente-agente provocatore" ad una forma di indiretto e marginale intervento nella ideazione ed esecuzione del reato, che costituisse "prevalentemente e soltanto [sic!] un'attività di osservazione, di controllo e di contenimento delle azioni illecite, che d[oveva]no essere, esclusivamente, opera altrui"¹⁶⁶. Nel caso di specie, tra l'altro, la Suprema Corte aveva dichiarato la punibilità del confidente che, esorbitando dalle direttive impartitegli ed approfittando della sua posizione, aveva svolto "una concreta attività di istigazione o, comunque, avente efficacia determinante o concausale (sul piano materiale o psichico) nella progettazione e commissione dei delitti (cioè proprio quell'attività illecita che dovrebbe cooperare ad arrestare), segnalando i fatti delittuosi solo a consumazione avvenuta"¹⁶⁷.

In altri termini, il giudice di legittimità, riflettendo sulla rilevanza causale della condotta dell'agente provocatore-confidente nell'*iter criminis*, asseriva la non applicabilità della scriminante dell'adempimento del dovere laddove fossero travalicati precisi limiti; e, d'altro canto, sosteneva che, nel caso in cui l'evento delittuoso fosse da considerarsi come conseguenza diretta della sua condotta, egli non potesse andare esente da pena. Pertanto, la pronuncia in esame, seppur *a contrario*, dettava i margini operativi della scriminante e, conseguentemente, i limiti dell'applicabilità di detta soluzione al problema dell'agente provocatore: ne derivava che, secondo la Suprema Corte, in caso di mancato superamento dei suddetti la scriminante ben potesse essere invocata al fine di mandare esente da responsabilità l'agente provocatore e garantire così un trattamento sanzionatorio differenziato tra questi e il soggetto provocato.

La seconda ragione, intimamente connessa alla prima, risiede invece nell'inequivoca preferenza accordata dal nostro legislatore, tra i tanti modelli prospettati dalla dottrina, a quello basato sull'adempimento del dovere/ordine dell'autorità,

¹⁶⁶ Cass. pen., sez. II, 23.5.1972, n. 8266.

¹⁶⁷ Cass. pen., sez. II, 23.5.1972, n. 8266.

preferenza evidente già a partire dal DPR 309/1990¹⁶⁸: come si vedrà nel dettaglio, difatti, qualsiasi intervento volto alla *positivizzazione* dell'agente provocatore, il cui esordio normativo si è avuto proprio in materia di stupefacenti, contiene un espresso riferimento sotto forma di clausola di salvezza – alla scriminante di cui all'art. 51 c.p. In definitiva, ammesso e non concesso che tali ragioni siano persuasive, la soluzione in parola risultava (e, seppur sulla scorta di argomentazioni differenti, risulta tuttora) la più confacente a fondare l'irresponsabilità penale dell'agente provocatore. Beninteso, a determinate condizioni, elaborate dalla giurisprudenza, le quali sono state successivamente recepite dal legislatore e hanno funto da *input* al (parziale) superamento della figura dell'agente provocatore, tanto insidiosa e di difficile giustificazione al cospetto di un diritto penale moderno, quanto priva di una reale opportunità pratica.

5. I modelli “moderni” di qualificazione dell'agente provocatore tra fraintendimenti definitivi e semplificazioni applicative

Prima di addentarsi nella disamina dei modelli di inquadramento “moderni” dell'agente provocatore, è bene fare un'ulteriore premessa, che funge peraltro da conclusione *intermedia* dell'indagine finora svolta.

Nell'attuale dibattito mediatico, dimentico (o forse, più semplicemente, ignaro) della evoluzione che ha interessato l'istituto in oggetto, l'espressione agente provocatore continua ad essere utilizzata in luogo della più corretta locuzione di “agente infiltrato”. Per vero, queste non sono considerate sinonimiche solo qualora si intenda porre l'accento sulle differenze intercorrenti tra le due forme di infiltrazione cui esse rimandano; al fine, dunque, di dimostrare l'opportunità di mettere al bando la prima e la necessità di incentivare l'utilizzo della seconda quale strumento preventivo di politica criminale.

Cionondimeno, la figura dell'agente provocatore, così come delineata in questo primo capitolo grazie al richiamo ai principali modelli di inquadramento proposti dalla dottrina nel secolo scorso, oggi non ha più ragione di esistere; ovvero, per meglio dire, ci

¹⁶⁸ Decreto del Presidente della Repubblica del 9 ottobre 1990, n. 309, recante *Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*.

si può al più riferire all'agente provocatore nella misura in cui si ammetta che esso ha radicalmente mutato il suo volto, tramutandosi nella differente figura dell'agente infiltrato, anche noto come "agente sotto copertura". Del resto, la giurisprudenza domestica, sulla falsa riga – come si preciserà¹⁶⁹ – di quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, ancora ricorre alla figura dell'agente provocatore, ma allo scopo precipuo di indicare quelle forme di infiltrazione nel gruppo criminale che travalichino i limiti dettati dalle numerose norme in materia di operazioni sotto copertura, in parte anticipati, in parte recepiti dalle stesse corti nazionali. In altre parole, l'agente provocatore, da unica forma di infiltrazione conosciuta nel nostro ordinamento e da esso non positivizzata, è diventato l'agente infiltrato che eccede i limiti della legge stessa, il soggetto che provoca e che, pertanto, concorre nel reato del soggetto provocato.

Si è visto inoltre come, nel silenzio normativo, le corti nazionali – "*agendo come troppo spesso accade* supplendi causa"¹⁷⁰ – avessero ritagliato un'area di non punibilità per l'operato dell'agente provocatore facendo leva sulla scriminante codificata all'art. 51 c.p.¹⁷¹: tuttavia, proprio in ragione dei suesposti rilievi¹⁷², esse avevano limitato l'operatività della suddetta causa di giustificazione ai casi in cui l'agente provocatore avesse agito in modo indiretto e marginale, senza dare un apporto causale all'azione posta in essere dal soggetto provocato.

In tal modo, i giudici italiani avevano iniziato a porre dei paletti all'operato di un agente provocatore, il quale – nato indiscutibilmente come concorrente nel reato – stava pertanto divenendo un mero osservatore; un soggetto al quale, eziologicamente parlando, non potesse essere attribuita alcuna condotta criminosa; condotta, anzi, che l'agente mirava a sabotare, per impedire la consumazione del reato.

Tuttavia, una siffatta forma di intervento si prestava ad alcune critiche, in particolare dal punto di vista pratico: se difatti era vero che essa si presentava più rispettosa delle garanzie penalistiche (differenziando le ipotesi di reale partecipazione alla commissione del reato da quelle di mera osservazione dello stesso), al contempo le suddette garanzie finivano per imbrigliare lo strumento, rendendo persino vano il suo

¹⁶⁹ Vedi *infra sub* cap. 2, par. 4.

¹⁷⁰ Così G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 164.

¹⁷¹ Cass. pen., sez. I, 1.3.1969, n. 311; Cass. pen., sez. II, 23.5.1972, n. 8266.

¹⁷² V., per tali rilievi, *supra sub* cap. 1, par. 4.3.

utilizzo. Stava pertanto prendendo forma, seppur *ante litteram*, una nuova figura, la cui disciplina non poteva che essere positivizzata; per evitare, da una parte, la riproposizione dei problemi che avevano segnato la storia dell'agente provocatore e, dall'altra, che i dettami della giurisprudenza portassero, seppur nell'intento di una virata garantista dello strumento, ad una neutralizzazione dello stesso.

Riflettere dunque sui moderni modelli di inquadramento dell'agente provocatore significa soffermarsi sulla figura dell'agente infiltrato, il quale oggi (*rectius*, dall'inizio degli anni novanta) ha sostituito l'agente provocatore, e a cui è dedicato il capitolo seguente.

Ciò nondimeno, una precisazione preliminare è d'obbligo: nonostante la parziale anticipazione della figura in via pretoria, la giurisprudenza non si è ancora del tutto assestata su una posizione omogenea. Il ricorso alla figura dell'agente provocatore, seppur limitato – come si accennava – ai casi di superamento da parte dell'infiltrato dei limiti dettati dalla legge, lascia intravedere ancora incertezze applicative; e, pur essendo l'indirizzo predominante basato sulla soluzione della scriminante dell'adempimento del dovere/ordine dell'autorità, si registrano tutt'oggi pronunce, anche di legittimità, che optano per le già analizzate soluzioni operanti sul piano della tipicità¹⁷³.

¹⁷³ Tra le più recenti pronunce che ravvisano nella condotta del provocatore un difetto di tipicità v. Cass. pen., sez. VI, 8.6.2016, n. 28810, in cui la Suprema Corte, in relazione ad un caso di cessione di eroina determinata dall'intervento di un agente provocatore, ha escluso che la condotta di quest'ultimo integrasse il fatto tipico di cui all'art. 73 D.P.R. 309/1990. Assai rarefatti invece, se non del tutto scomparsi, gli arresti di legittimità che fanno ricorso alla categoria del reato impossibile per mandare esente da pena il provocatore. Cfr., sul punto, Cass. pen., sez. III, 7.4.2011, n. 17199, in cui viene enunciato come “*La giurisprudenza di questa Corte ha considerato la questione con riferimento ad ipotesi in cui veniva invocata, quale conseguenza dell'attività dell'agente provocatore, l'applicazione dell'art. 49 c.p., evidenziando come assuma rilievo la circostanza che l'azione delittuosa sia voluta e realizzata dal reo in base ad impulsi e modalità concrete a lui autonomamente riconducibili e non derivi in via assoluta ed esclusiva dall'istigazione dell'agente provocatore, la cui attività viene a rappresentare un fattore estrinseco che ha solo dato spunto all'azione del provocato*”; v. inoltre, *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 24.1.2008, n. 16163, in cui la Corte, rifacendosi ad un suo orientamento costante, sottolinea come “*Deve infatti essere confermato l'insegnamento giurisprudenziale per cui, nella ipotesi della presenza di un "agente provocatore", l'esclusione della punibilità stabilita nel capoverso dell'art. 49 c.p. presuppone necessariamente la derivazione assoluta ed esclusiva dell'azione delittuosa dalla istigazione di tale soggetto, e non può conseguentemente configurarsi quando l'azione dell'agente proviene anche, come nella specie, da soggetti diversi* (Cass. pen., sez. I, 31 maggio 1996, Fidanziati); *in simile ipotesi, l'attività dell'agente provocatore, costituendo un fattore estrinseco che ha dato spunto all'azione delittuosa, non esclude affatto che questa sia stata voluta e realizzata dal reo secondo impulsi e modalità concrete allo stesso autonomamente riconducibili* (v. tra le altre Cass. pen., sez. VI, 17 giugno 1993, Chianale; Id., 4 giugno 1990, Pappalardo)”.

Ne deriva che il succitato “tormento” della dottrina¹⁷⁴ non possa ancora definirsi cessato, poiché essa ciclicamente torna ad interrogarsi sulla figura dell’agente provocatore e sulla (ir)responsabilità della stessa, risolvendo la *vexata quaestio* prevalentemente sul piano dell’elemento soggettivo. E così 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 rischio¹⁷⁵.

Numerosi, dunque, sono i nodi ancora da sciogliere in merito a questo istituto *senza patria*, che ha occupato dottrina e giurisprudenza per oltre un secolo, le quali hanno dimostrato di addivenire a soluzioni alle volte assai divergenti. Non altrettanto numerose, ma parimenti insidiose, sono inoltre le sfide lanciate agli interpreti dalla nuova figura dell’agente infiltrato, tecnica investigativa nata in materia di stupefacenti ed estesa a sempre più numerosi ambiti criminali, al punto da far dubitare circa l’unitarietà della stessa.

¹⁷⁴ V. *supra* sub nt. 48.

¹⁷⁵ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 524. Sul punto si rinvia alle considerazioni di chiusura del lavoro di T. Delogu (*La responsabilità penale dell’agente provocatore*, cit., p. 36 e s.), il quale sottolinea che qualora l’agente provocatore istighi al reato l’agente “principale”, volendo tuttavia che quest’ultimo venga fermato durante l’esecuzione, non è responsabile perché manca l’elemento soggettivo necessario per aversi la figura del reato tentato; qualora, invece, il processo esecutivo si interrompa per colpa dell’agente provocatore (ad esempio negligenza nella predisposizione della forza pubblica), egli potrebbe essere ritenuto responsabile del reato provocato, se previsto anche in tale forma, a titolo di colpa. Cfr. altresì P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, p. 236 ss.

CAPITOLO SECONDO

L'INFILTRAZIONE NEL GRUPPO CRIMINALE QUALE ISTITUTO IN DIVENIRE AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA DOMESTICA E DELLA CORTE STRASBURGHESE

SOMMARIO: 1. Natura e statuto dell'agente infiltrato nella legislazione nazionale. – 2. L'ipertrofica evoluzione normativa in tema di "infiltrazione". – 2.1. Dall'esordio in materia di traffico di stupefacenti... – 2.2. ...alla materia del terrorismo. – 2.3. La l. 146/2006: una *reductio ad unum*. – 2.4. La natura dell'esimente per l'agente infiltrato e il superamento dei suoi limiti. – 3. La dilatazione dell'area applicativa dello strumento in oggetto e il discutibile utilizzo dello stesso quale mezzo preventivo dei reati contro la pubblica amministrazione. – 4. La dimensione *in action* dell'agente provocatore e dell'infiltrato: gli influssi della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla giurisprudenza domestica in materia. – 4.1. I test *sostanziali* e *processuali* elaborati dai giudici di Strasburgo. – 5. La non punibilità del soggetto provocato tra proposte sostanziali e processuali.

1. *Natura e statuto dell'agente infiltrato nella legislazione nazionale*

Come si anticipava nel capitolo precedente, la proliferazione legislativa della figura dell'agente sotto copertura ha preso le mosse da un giudizio di inefficacia circa il controverso istituto dell'agente provocatore: quest'ultimo – come si è visto – si presentava oltremodo insidioso, costringendo giocoforza ad un utilizzo ragionato e conseguentemente limitato dello stesso. Difatti, l'evidente difficoltà di scriminare il comportamento dell'agente provocatore frenava il ricorso a tale istituto, stimolando il legislatore a ricercare soluzioni più facilmente giustificabili alla luce dei principi classici del diritto penale.

Gli interventi legislativi volti a dare cittadinanza nel nostro ordinamento all'infiltrato presentano alcune peculiarità.

In primo luogo, questi interventi, apparsi a “macchia di leopardo”, erano determinati – giova ripeterlo – da una logica *emergenziale*, la quale, oltre a generarli, inevitabilmente li limitava: in altre parole, tali riforme, se da una parte erano rese necessarie proprio dal dilagare dei nuovi fenomeni criminali, dall'altra parte risultavano ancorate a rigidi requisiti emergenziali.

Ciò comportava, pertanto, che “*se il fine perseguito [dalle riforme in questione] si fosse potuto ottenere con altri strumenti investigativi meno invasivi, questi si sarebbero dovuti preferire, dovendosi utilizzare l'agente provocatore lato sensu inteso come extrema ratio*”¹: ossia solo in presenza di casi “emergenziali” talmente gravi da imporre il ricorso allo strumento dell'infiltrazione nell'organizzazione criminale.

In secondo luogo, i succitati interventi legislativi, non essendo il frutto di un disegno unitario, erano connotati da un'evidente disorganicità. Infatti, in un'ottica complessiva la loro formulazione appariva spesso frammentaria e lacunosa, probabilmente a causa della superficialità che ha connotato il dibattito in cui queste leggi hanno visto la luce.

In terzo luogo, non è mancato chi abbia notato come il ricorso agli strumenti investigativi in parola evidenziasse una notevole distonia non solo rispetto ai principi costituzionali di solidarietà sociale, politica ed economica², ma anche nei confronti del principio di colpevolezza e delle funzioni della pena³. Questi rilievi – in aggiunta a quello del farraginoso fondamento politico-criminale delle operazioni sotto copertura – permettono di comprendere con quanta circospezione gli interventi legislativi in esame siano stati accolti nel panorama nazionale.

Tuttavia, la figura dell'infiltrato portava altresì con sé una ventata di apprezzabili novità: prima fra tutte, la “positivizzazione” delle condotte scriminabili, contenute in specifiche disposizioni di legge atte ad escludere che il contributo dell'agente infiltrato possa ricondursi ad un apporto concorsuale. Se è del resto vero, come si vedrà, che in

¹ A. FALCONE, *L'agente provocatore*, cit., p. 24.

² Cfr., diffusamente, G. PETRAGNANI GELOSI, *Le disposizioni in materia di agente provocatore nel quadro del D.L. n. 306 del 1992 convertito nella L. n. 356/1992*, cit.

³ G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit.

relazione a queste ultime fosse ancor rilevabile un *deficit* di determinatezza⁴, è altrettanto vero che la previsione di singole condotte scriminate *ex lege* riduceva significativamente la discrezionalità dell'agente infiltrato; e, con essa, le critiche muovibili sul suo operato.

Inoltre, la presenza di un esplicito riferimento alla scriminante di cui all'art. 51 c.p. eliminava ogni dubbio in merito al modello di inquadramento prescelto dal legislatore per sancire l'irresponsabilità del soggetto infiltrato, ovverosia quello dell'*antigiuridicità* (*rectius*, della sua esclusione).

2. L'ipertrofica evoluzione normativa in tema di "infiltrazione"

Esaurite tali premesse, occorre effettuare una breve panoramica dei principali interventi normativi adottati in tema di "infiltrazione".

Le prime materie interessate da riforme *ad hoc* sono state quella degli stupefacenti (l. 162/1990⁵ e, di lì a poco, d.P.R. 309/1990⁶) e quella del sequestro di persona a scopo di estorsione (d.l. 8/1991)⁷: riforme le quali, peraltro, hanno dimostrato una particolare forza passiva, resistendo all'abrogazione ed al conseguente riassetto organizzativo operato dalla novella n. 146/2006⁸, attuativa della Convenzione di Palermo contro il crimine organizzato transazionale.

⁴ Cfr. D. VICOLI, M. BIRAL, *La disciplina delle indagini sotto copertura tra esigenze di accertamento e limiti di utilizzabilità*, cit., p. 670. Sul punto v. altresì G. MELILLO, *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a delitti con finalità di terrorismo*, in S. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, p. 66.

⁵ Legge 26 giugno 1990, n. 162, recante *Aggiornamento, modifiche ed integrazioni della legge 22 dicembre 1975, n. 685, recante disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*.

⁶ Decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, cit.

⁷ Decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, come modificata dalla legge 13 febbraio 2001 n. 45, recante *Nuove norme in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonché per la protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia*.

⁸ Legge 16 marzo 2006, n. 146, Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001.

Successivamente, la regolamentazione delle operazioni sotto copertura è intervenuta nel campo dell'estorsione, del riciclaggio e dell'usura (d.l. 419/1991)⁹, in quello dei delitti concernenti armi, munizioni ed esplosivi (d.l. 306/1992)¹⁰, nonché in tema di tratta di persone (d.lgs. 286/1998)¹¹ e di sfruttamento della prostituzione, della pornografia e del turismo sessuale a danno dei minori (l. 269/1998)¹².

Da ultimo, nei primi anni duemila, oggetto di disciplina sono stati i settori del terrorismo internazionale (d.l. 374/2001)¹³, nuovamente della tratta di persone e, infine, dell'immigrazione clandestina (l. 228/2003)¹⁴. Nel 2019, da ultimo, la tecnica dell'infiltrazione ha fatto ingresso in materia di corruzione (l. 3/2019)¹⁵.

Nel prosieguo della trattazione la lente d'ingrandimento sarà focalizzata sulla “codificazione” dell'agente infiltrato nella legislazione dedicata agli stupefacenti e al terrorismo. Nello specifico, la scelta di approfondire in questa sede tali interventi è dovuta al fatto che il primo è emblematico della creazione della figura del *fictus emptor* nell'ordinamento italiano; il secondo, invece, ha funto da modello di riferimento per la successiva regolamentazione dello “statuto delle operazioni sotto copertura”. Al termine di questa – senz'altro non esaustiva – analisi ci si soffermerà, invece, sulla più volte citata riforma del 2006, al fine di comprendere se gli obiettivi dalla stessa prefissati siano stati raggiunti o se, invece, come sembra, una lunga strada debba essere ancora percorsa verso una unificazione del dato legislativo in materia di infiltrazione. In conclusione, oggetto

⁹ Decreto-legge 31 dicembre 1991, n. 419, convertito in legge 18 febbraio 1992, n. 172, recante *Istituzione del fondo di sostegno per le vittime di richieste estorsive*.

¹⁰ Decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito in legge 7 agosto 1992, n. 356, recante *Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*.

¹¹ Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, recante *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*.

¹² Legge 3 agosto 1998, n. 269, recante *Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno dei minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*.

¹³ Decreto-legge 18 ottobre 2001, n. 374, convertito in legge 15 dicembre 2001, n. 438, recante *Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale*.

¹⁴ Legge 11 agosto 2003, n. 228, *Misure contro la tratta di persone*.

¹⁵ Legge 9 gennaio 2019, n. 3 – cd. “Spazzacorrotti” – recante *Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*.

di disamina sarà, nello specifico, l'inserimento della tecnica dell'infiltrazione nell'ambito delle fattispecie corruttive.

2.1. *Dall'esordio in materia di traffico di stupefacenti...*

Il debutto della figura dell'agente sotto copertura in Italia è rinvenibile in materia di traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope¹⁶, terreno privilegiato dal legislatore su impulso della Convenzione ONU del 1988¹⁷.

La “normativizzazione” dell'infiltrato, precedentemente riconosciuto a livello giurisprudenziale mediante il richiamo all'adempimento del dovere *ex art. 51 c.p.* (letto in combinato disposto con l'art. 55 del codice di rito), mirava a rafforzare i poteri

¹⁶ Buona parte della letteratura suole riferirsi all'intervento *in subiecta materia* come all'esordio della figura dell'*agente provocatore* nel panorama normativo italiano. Con ogni probabilità la ragione di un simile inquadramento concettuale risiede nel fatto che la figura, in questo settore criminale, assume i caratteri del *fictus emptor*, come si è visto tradizionalmente ritenuto sottotipo dell'agente provocatore (v. *supra sub cap. 1, par. 2*). In verità, l'intervento legislativo in oggetto rappresenta l'esordio nell'ordinamento domestico dell'*agente infiltrato* e denota, a sua volta, la fluidità insita nella stessa nozione di infiltrato; la quale, al pari della nozione di agente provocatore, può ricomprendere svariati sottotipi, tra cui compaiono quelli del *fictus emptor* e della finta vittima. Cionondimeno, la tendenza a ricondurre le prime ipotesi normative di agente sotto copertura alla figura dell'agente provocatore è piuttosto radicata, e trova altresì dimostrazione nel fatto che anche le riforme successive a quella in materia di stupefacenti – le quali hanno positivizzato la figura dell'infiltrato in settori diversi da quello in parola – siano state additate come interventi volti a dare cittadinanza nel nostro ordinamento a variegate figure di agenti provocatori, anche qualora l'agente non operasse come *fictus emptor*. Pertanto, è forse più persuasiva la tesi secondo la quale la ragione di tale concettualizzazione risieda, più che in un abbaglio legato al sottotipo di riferimento, in una mancata consapevolezza circa la reale natura dell'agente infiltrato: quest'ultimo di fatto discende dall'agente provocatore, ma va da esso distinto in virtù della *positivizzazione* delle condotte dal primo esperibili e della “giusta causa” da esso beneficiabile.

¹⁷ L'art. 11 della Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, conclusa a Vienna il 10 dicembre 1988, imponeva agli Stati “*laddove i principi fondamentali dei loro ordinamenti giuridici lo consentissero*”, di prendere provvedimenti per effettuare “*consegne sorvegliate a livello internazionale*”, al fine di individuare gli individui implicati nei reati connessi alle sostanze suddette (analiticamente annoverati all'art. 3 par. 1 della medesima Convenzione) e di intentare contro costoro procedimenti penali. L'art. 1 lettera g definiva inoltre le consegne sorvegliate, indicandole come tutti quei metodi atti a consentire il passaggio sul territorio di uno o più Paesi delle sostanze stupefacenti, psicotrope, o comunque figuranti nelle tabelle annesse alla Convenzione, spedite illecitamente o sospettate di esserlo, sotto il controllo dell'autorità competenti, al fine di identificare le persone implicate nella perpetrazione dei reati di cui sopra.

investigativi della polizia giudiziaria, consentendo di scriminare condotte che diversamente non sarebbero state coperte dall'art. 51 c.p.¹⁸.

Difatti, se contestualmente all'emanazione del Testo unico in materia di stupefacenti la dottrina prevalente oramai pareva orientarsi su soluzioni operanti sul piano del dolo, in giurisprudenza – e, segnatamente, in quella di legittimità – la questione veniva posta in termini diversi¹⁹.

I margini operativi per scriminare le condotte degli ufficiali di polizia giudiziaria attraverso il ricorso all'art. 51 c.p. erano infatti molto ristretti e si avvertiva dunque l'esigenza di rendere più incisivo l'intervento della polizia, attraverso la creazione di una *species* inedita, dai poteri più ampi e dalla copertura legislativa tale da rendere davvero efficace la sua attività.

L'art. 97 del D.P.R. 309/1990²⁰ (come si vedrà, in un primo momento confluito nell'art. 9 della l. 146/2006 e, in un secondo, abrogato dalla l. 136/2010²¹) codificava per la prima volta la figura dell'infiltrato-agente sotto copertura, introducendo un'autonoma causa di giustificazione²² per gli ufficiali di polizia giudiziaria, i quali, al fine di acquisire elementi di prova in relazione ai reati di cui al Testo Unico, acquistavano, ricevevano, sostituivano o occultavano sostanze stupefacenti e psicotrope, o compivano attività prodromiche o strumentali alle suddette condotte. Dunque, una causa di giustificazione, questa, oltre che autonoma, speciale; la quale, pur presentando profili di innegabile contiguità con la scriminante comune dell'adempimento del dovere, era da quest'ultima tenuta distinta in forza della significativa clausola di salvezza posta in apertura della previsione di cui all'art. 97.

¹⁸ Cfr. sul punto GV.NNI AMATO, *Le operazioni simulate. Se l'agente provocatore entra nel processo*, in *Riv. Gnosis*, 2007, 2.

¹⁹ V. *supra sub* cap. 1, par. 4.3.

²⁰ Per la verità, tale figura era stata prevista per la prima volta dall'art. 25 della l. 162/1990, sostituito poco dopo dall'art. 97 del d.P.R. 309/1990.

²¹ Legge 13 agosto 2010, n. 136, recante *Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*.

²² La natura di causa di giustificazione dell'"esimente" (in senso a tecnico intesa) prevista dall'art. 97 del d.P.R. 309/1990 non è unanimemente condivisa: consolidata giurisprudenza, nonché prevalente dottrina, milita a favore di questo inquadramento giacché, in virtù del richiamo della clausola di salvezza contemplata nella disposizione in questione, essa apparirebbe in rapporto di *genus a species* con la scriminante codificata dell'adempimento del dovere. Un orientamento dottrinale, autorevole ma minoritario, ritiene invece non dirimente, se non persino fuorviante, il richiamo all'art. 51 c.p.; v. *infra sub* cap. 2, par. 2.4.

Peraltro, l'infiltrato, così come disciplinato nel D.P.R. in parola, sembrava introdurre una figura di *fictus emptor*²³ e la fattispecie, in sé considerata, era ascrivibile alla categoria dei summenzionati reati-contratto²⁴.

Dunque, la normativa *in subiecta materia* tratteggiava una figura speciale e del tutto inedita nel panorama domestico, le cui condotte si proponevano di andare ben lungi l'osservazione ed il contenimento dell'altrui attività illecita e la cui funzione era quella di sollecitare il traffico di stupefacenti simulando un proprio interesse all'acquisto. Figura, tuttavia, il cui operato poteva essere scriminato solo in presenza di stringenti condizioni. Tra queste condizioni, vi era la qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria, successivamente estesa, non senza qualche incertezza interpretativa, dalla legge 49/2006²⁵ anche ai meri agenti²⁶: purché appartenenti, beninteso, alle unità specializzate antidroga. Era inoltre escluso che questi soggetti potessero agire *sua sponte*, dovendo essere inserita la loro condotta in un'operazione anticrimine specificamente disposta dalla Direzione centrale per i Servizi Antidroga²⁷.

²³ “Non è [da escludere] che il legislatore, tratteggiando la figura del provocatore-fictus emptor, avesse di proposito deciso di disciplinare un'ipotesi “minore” di agente provocatore per saggiare il terreno osservando le reazioni dottrinali e le applicazioni giurisprudenziali. Tanta cautela può essere cioè interpretata come una sorta di mossa diplomatica fatta allo scopo di non bruciare una figura così osteggiata, dando però un'indicazione di massima delle linee di politica criminale che in futuro potranno essere percorse”; così C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 388.

²⁴ V. *infra* sub cap. 1, par. 2.

²⁵ Legge 21 febbraio 2006, n. 49, recante *Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi*.

²⁶ La l. 49/2006 introduce per la prima volta la menzione degli agenti di polizia giudiziari all'art. 97, comma secondo, riconoscendo ad essi, al pari degli ufficiali, la facoltà di utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura anche per entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione. Tuttavia, tale richiamo agli agenti, *prima facie*, pareva circoscritto alle sole condotte del secondo comma, rimanendo pertanto quelle del primo, in particolare l'acquisto, “riservate” solo agli ufficiali. Così, 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 di quella connaturale collaborazione di quest'ultimi con gli ufficiali. Si veda sul punto 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, p. 825.

²⁷ Per le ulteriori condizioni richieste dall'art. 97, quali gli obblighi di comunicazione al C.D.S.A, si veda G. RITUCCI, *La disciplina dell'acquisto simulato ex art. 97 T.U. n. 309 del 1190*, in *Cass. pen.*, 1993, 4, in particolare p. 999 e s.

La particolare qualifica del soggetto agente comportava del resto l'esclusione dell'operatività della scriminante speciale per i soggetti privati, i quali, per qualsivoglia ragione, si fossero infiltrati nell'organizzazione al fine di effettuare un acquisto simulato. E ciò non solo laddove l'iniziativa fosse stata del privato²⁸, ma anche nella diversa ipotesi in cui il privato avesse agito su ordine della polizia. Pur in presenza della circostanza dell'ordine legittimo dell'autorità, difatti, il privato sarebbe stato giustificato solamente qualora “*saputo della commissione di un reato, si [fosse] impegnato in modo che la polizia giungesse a scoprirlo [...], [al fine di] impedire il reato, farne cessare le conseguenze e determinare l'arresto dei complici*”²⁹.

Ulteriore aspetto controverso della previsione in esame attiene al profilo oggettivo: nello specifico, ci si riferisce al dibattito sorto, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, intorno alla portata limitata dell'art. 97, che, scriminando esclusivamente l'acquisto, non appariva idoneo a coprire tutte quelle condotte ad esso prodromiche e successive e, segnatamente, quella della vendita di sostanze stupefacenti.

Proprio l'assenza – tra le condotte tassativamente scriminate dalla norma – della vendita da parte dell'ufficiale di polizia, d'altronde, da un lato “*pone[va] in una dimensione riduttiva la sua immagine di partecipante all'associazione criminale, limitandone notevolmente l'operatività ed impedendogli di ricostruire in maniera significativa la rete di distribuzione della droga [...]*”; dall'altro lato, inoltre, “*induce[va] a complicazioni giuridiche nell'ipotesi in cui alla detta vendita – per le circostanze più diverse ed imprevedibili – l'ufficiale [avesse] dov[uto] effettivamente pervenire*”³⁰.

Così, vigente il vecchio testo dell'art. 97, la Corte di Cassazione aveva esteso la portata della previsione, affermando che la causa di giustificazione, scriminando l'acquisto simulato di droga, “*ricomprende[sse] e legittima[sse] quelle condotte*

²⁸ Cass. pen., sez. VI, 16.10.1989 n. 2218. In questa pronuncia il giudice di legittimità escludeva che il privato cittadino potesse andare esente da pena laddove “*al fine di vendicarsi dei torti ricevuti, ave[sse] richiesto la fornitura di una partita di droga, informandosi circa l'itinerario che il corriere avrebbe seguito, sì da avvertire gli organi di polizia giudiziaria, [e dunque] prospettando un intervento di intercettazione*”. La Corte in questa occasione aveva inoltre precisato che non potesse essere ritenuto ammissibile il ricorso alla scriminante in tutti quei casi in cui il proposito criminoso fosse determinato dal provocatore unicamente a fine di lucro o vendetta, ovvero nella diversa prospettiva della fruizione di un premio.

²⁹ Cass. pen., sez. II, 13.2.1985, n. 6693.

³⁰ G. NANULA, *Tecniche speciali d'investigazione nella lotta alla criminalità organizzata transnazionale: le operazioni sotto copertura e le consegne controllate*, cit., p. 823.

strumentali necessariamente connesse all'acquisto medesimo, e che ne sono il presupposto o il naturale seguito", ossia quelle che "precedono (per esempio la sollecitazione a vendere o a cedere) e seguono (per esempio la detenzione, il trasporto, l'esportazione o l'importazione) l'atto di acquisto dello stupefacente, rappresentandone il naturale e fisiologico antecedente o susseguente"³¹. E, più recentemente, il medesimo giudice ha sostenuto che "è esclusa la punibilità della condotta dell'agente non soltanto in riferimento all'acquisto della droga, ma anche in relazione a tutte quelle altre attività connesse, tese comunque all'accertamento dei destinatari e dei successivi ricettori dello stupefacente"³².

Nel tentativo di rendere maggiormente efficace la disposizione in questione, la legge del 2006 ha introdotto *expressis verbis* il riferimento alle "attività prodromiche e strumentali", allargando così le maglie della fattispecie in termini di anticipazione della soglia della (non) punibilità, ma mancando di statuire esplicitamente in relazione all'ipotesi della vendita.

Pertanto, il dubbio rimane: ci si può infatti chiedere se il legislatore, proprio alla luce della succitata giurisprudenza, e peraltro nell'ambito di un progetto di riforma della materia, non abbia davvero voluto escludere *ab origine* quello della vendita dai comportamenti scriminati della polizia (in quanto, al contrario, se avesse inteso estendere la portata applicativa dell'art. 97 alla vendita, l'avrebbe senz'altro fatto in quell'occasione). O se, invece, un atteggiamento lassista del legislatore italiano, unito ad una buona dose di disattenzione, non abbiano influito sulla riforma del testo dell'art. 97, facendo sì che l'ipotesi della vendita andasse perduta nei meandri della riforma legislativa.

2.2. ...alla materia del terrorismo

Altro intervento di regolamentazione delle operazioni sotto copertura avvenuto in materia di terrorismo internazionale – posto in essere, non a caso, nell'imminenza degli

³¹ Cass. pen., sez. VI, 3.12.1998, in Rv. 213901.

³² Cass. pen., sez. IV, 29.5.2001, n. 33561.

attentati dell'11 settembre 2001 – dal d.l. 18 ottobre del 2001 n. 374, convertito in l. 15 dicembre 2001 n. 438³³.

L'art. 4 del succitato decreto ha espressamente sancito la *non punibilità* degli ufficiali di polizia giudiziaria che, nel corso di specifiche operazioni, al solo fine di acquisire elementi di prova in relazione ai delitti commessi per finalità di terrorismo, anche per interposta persona, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, armi, documenti, stupefacenti, beni, ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato, o altrimenti ostacolano l'individuazione della provenienza o ne consentono l'impiego.

Il secondo comma di questa disposizione consente, invece, anche ai meri agenti di polizia giudiziaria l'utilizzo di documenti, identità o indicazioni di copertura per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione, previa immediata informazione al pubblico ministero.

Tali disposizioni, provocando qualche perplessità in merito alla legittimazione attiva a porre in essere le condotte scriminabili, apparivano, a detta di alcuni, come una obiettiva contraddizione, acuita, del resto, dall'ulteriore tassativo riferimento ai soli ufficiali di polizia giudiziaria contenuto nel comma quattro del suddetto articolo, laddove veniva effettuato un esplicito rinvio alle "operazioni indicate nei commi 1 e 2". D'altronde, poiché le esimenti non sono suscettibili di dilatazioni interpretative, parte della dottrina ha evidenziato come, data l'intrinseca delicatezza della materia, un maggior rigore espressivo del legislatore non avrebbe senz'altro guastato³⁴.

Questa norma, invero, in sede di conversione ha suscitato dubbi di non poco conto al legislatore anche sotto altri aspetti: essa, difatti, da un lato è stata oggetto di modifiche significative in relazione al rafforzamento delle prerogative della polizia giudiziaria nell'attività di ricerca delle prove; e, dall'altro lato, in relazione all'incremento del controllo del pubblico ministero sullo svolgimento delle operazioni in esame³⁵.

³³ Cfr., diffusamente, G. MELILLO, *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a finalità di terrorismo*, cit.

³⁴ V., sul punto, G. MELILLO, *Le recenti modifiche alla disciplina dei procedimenti relativi ai delitti con finalità di terrorismo o di eversione*, cit., p. 908.

³⁵ Per una dettagliata analisi concernente le modalità di raccordo tra vertici amministrativi e pubblico ministero in relazione alle operazioni in esame si vedano, diffusamente, R. MINNA, *Terrorismo 2001*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 8, p. 1029 ss.; C. PIEMONTESE, *Sub art. 4 l. 438/2001*, in *La Legisl. pen.*, 2001, p. 791 ss.

Nondimeno, essa è stata assunta a modello di riferimento dalla successiva l. 146/2006, il cui obiettivo era quello di fornire il cd. “statuto delle *undercover operations*”.

2.3. La l. 146/2006: una *reductio ad unum*

L’anelata *reductio ad unum* della disciplina delle operazioni sotto copertura è intervenuta su impulso della Convenzione ONU di Palermo contro la criminalità organizzata transnazionale³⁶, entrata nell’ordinamento italiano per mezzo della l. 146/2006³⁷.

Questa legge, con l’intento manifesto di riorganizzare in modo organico le discipline previgenti, ha determinato l’abrogazione, *de plano*, di tutti i precedenti normativi in materia: tutti, o quasi. Difatti, per ragioni che sfuggono, sono rimasti esclusi dal perimetro della riforma in parola le succitate disposizioni concernenti gli stupefacenti, la pedopornografia ed il sequestro di persona a scopo di estorsione³⁸.

³⁶ L’art. 20 della Convenzione di Palermo, rubricato *Tecniche speciali di investigazione*, recita: “1. Se consentito dai principi fondamentali dell’ordinamento giuridico interno, ciascuno Stato Parte, nella misura delle proprie possibilità e alle condizioni stabilite dal proprio diritto interno, adotta le misure necessarie a consentire l’appropriato impiego della consegna controllata e, laddove ritenuto opportuno, l’impiego di altre tecniche speciali di investigazione, quali la sorveglianza elettronica o di altro tipo e le operazioni sotto copertura da parte delle autorità competenti sul suo territorio allo scopo di combattere efficacemente la criminalità organizzata. 2. Allo scopo di indagare i reati di cui alla presente Convenzione, si incoraggiano gli Stati Parte a stringere, laddove necessario, gli opportuni accordi o intese bilaterali o multilaterali per l’impiego di dette tecniche speciali di investigazione nel contesto della cooperazione internazionale. Tali accordi o intese vengono conclusi e attuati in piena ottemperanza del principio della sovrana eguaglianza degli Stati e vengono attuati in stretta conformità ai termini di tali accordi o intese. 3. In mancanza degli accordi o intese di cui al paragrafo 2 del presente articolo, le decisioni sull’impiego di tecniche speciali di investigazione a livello internazionale vengono prese caso per caso e, se necessario, possono tenere in considerazione le disposizioni e le intese di carattere economico riguardanti l’esercizio della giurisdizione da parte degli Stati Parte interessati. 4. La decisione di impiegare la consegna controllata a livello internazionale, su consenso degli Stati Parte interessati, può includere metodi che permettono di intercettare la merce lasciandola proseguire integra oppure asportandola o sostituendola in tutto o in parte”.

³⁷ Per una dettagliata disamina delle novità introdotte dalla legge in questione si rinvia a A. CISTERNA, *Attività sotto copertura: arriva lo statuto*, in *Guida al diritto*, 2006, 17, p. 83 ss. Cfr. altresì A. SAVARINO, *Extremis malis, extrema remedia: l’infiltrazione investigativa quale forma di esercizio autorizzato di poteri coercitivi, in funzione di contrasto della corruzione*, in *La Legisl. pen.*, 29 ottobre 2020, in particolare par. 1.1.

³⁸ Cfr., *supra sub* cap. 1, par. 1.

Come non si è mancato di osservare, la nuova disciplina ha subito disatteso le aspettative degli esperti del diritto, in particolare per una serie di scelte non propriamente felici, che hanno senz'altro tradito una incontrollata fretta di adattarsi agli obblighi internazionali³⁹.

In primo luogo, desta perplessità il catalogo tassativo di fattispecie per le quali è ammessa la tecnica di investigazione speciale in esame⁴⁰; tale elenco, contenuto nell'art. 9, se da una parte ha ampliato l'ambito di applicazione delle *undercover operations*, facendovi ricomprendere fattispecie in relazione alle quali le stesse operazioni non erano precedentemente fruibili, dall'altro ha omesso di introdurne altre di particolare rilevanza.

Accanto all'estensione della sfera di operatività delle operazioni in esame a reati quali l'art. 648-ter c.p. (*Impiego di denaro, beni ed altre utilità di provenienza illecita*), non è passata inosservata la mancata menzione, all'interno del catalogo dei reati associativi ex artt. 416 (*Associazione per delinquere*) e 416-bis c.p. (*Associazioni di tipo mafioso anche straniere*)⁴¹.

³⁹ Cfr. G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 166 ss.

⁴⁰ Questo il catalogo contenuto al comma 1 dell'art. 9: "1. Fermo quanto disposto dall'articolo 51 del codice penale, non sono punibili: a) gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia, nei limiti delle proprie competenze, i quali, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti dagli articoli 648-bis e 648-ter nonché nel libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale, ai delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi, ai delitti previsti dall'articolo 12, commi 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nonché dall'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75, anche per interposta persona, danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, armi, documenti, stupefacenti, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego; b) gli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti agli organismi investigativi della Polizia di Stato e dell'Arma dei carabinieri specializzati nell'attività di contrasto al terrorismo e all'eversione e del Corpo della guardia di finanza competenti nelle attività di contrasto al finanziamento del terrorismo, i quali, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti commessi con finalità di terrorismo, anche per interposta persona, compiono le attività di cui alla lettera a)".

⁴¹ In tal senso, B. PIATTOLI, *Tecniche di investigazione nel crimine organizzato transnazionale. La riscrittura delle "undercover operations" e le ricadute nel processo*, cit., p. 355 ss.; per una interpretazione parzialmente contraria si veda, invece, G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 180 ss.

In secondo luogo, a parere di alcuni commentatori⁴², il suddetto art. 9 non si distingue in termini di chiarezza, giacché al richiamo, contenuto nel primo comma, ai delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi e terrorismo, non si accompagna la menzione delle rispettive discipline; costringendo così il giurista ad – altrimenti evitabili – sforzi interpretativi.

A porre rimedio a queste “sviste” è in ogni modo intervenuta la l. 136/2010⁴³, contenente il Piano straordinario contro le mafie: ad essa sono ascrivibili gli innegabili meriti di aver arricchito notevolmente il catalogo dei reati che legittimano lo svolgimento di operazioni sotto copertura, nonché di aver abrogato le suddette normative rimaste aliene al precedente intervento di riassetto. Inoltre, sul piano soggettivo, il Piano antimafia, modificando l’art. 9 della l. 146/2006, ha esteso l’ambito di operatività della causa di giustificazione alle cd. “interposte persone”, ossia quei privati – diversi dai meri ausiliari – che collaborano con la polizia giudiziaria⁴⁴.

Invero, nonostante il proposito iniziale, la l. 136/2010 pare aver spianato la strada ad ulteriori interventi riformatori, dando luogo ad una vera e propria “crepa” nel progetto

⁴² G. NANULA, *Tecniche speciali d’investigazione nella lotta alla criminalità organizzata transnazionale: le operazioni sotto copertura e le consegne controllate*, cit., 819.

⁴³ Legge 136/2010, cit.

⁴⁴ Particolarmente chiare le parole di Amato in merito alla distinzione tra “persona interposta” e “ausiliario” (*Le operazioni simulate. Se l’agente provocatore entra nel processo*): “La nozione di «persona interposta» si correla [...] allo svolgimento “diretto” delle attività che costituiscono il proprium dell’attività simulata e che, se non fossero specificamente scriminate, costituirebbero reato. Ad esempio, nell’attività sotto copertura ex articolo 97 del d.p.r. n. 309/90, si tratta delle attività di acquisto simulato delle sostanze stupefacenti e delle altre attività prodromiche e strumentali (tipiche: ricezione, sostituzione od occultamento delle sostanze; o atipiche: quelle diverse da quelle tipiche, che risultino intimamente connesse con lo svolgimento dell’operazione infiltrata). «Persona interposta» può essere certamente un agente o un ufficiale di polizia giudiziaria chiamato a coadiuvare l’ufficiale di polizia giudiziaria «infiltrato»; ma può essere certamente anche un privato (in particolare, un confidente di polizia o un collaboratore inserito nell’associazione infiltrata, ecc.). La nozione di «ausiliario» si differenzia da quella di «persona interposta» principalmente (ma non solo) sotto il profilo delle attività che può essere chiamato a svolgere, tra queste vi rientrano tutte quelle di collaborazione ab externo con l’infiltrato, finalizzate al buon esito dell’operazione, diverse dal coinvolgimento «diretto» in questa, realizzato con il compimento di una delle attività tipiche scriminate dalle diverse norme autorizzative delle operazioni simulate [...]”. Circa le novità introdotte da questa novella sul versante processuale si veda S. BARBIERA, *Le operazioni sotto copertura: ratio e limiti dei nuovi strumenti investigativi nella lotta alla criminalità organizzata*, in *Sicurezza e giustizia*, 2013, 2.

di unificazione legislativa⁴⁵: le leggi 15/2012⁴⁶ e 44/2012⁴⁷ hanno difatti introdotto una specifica disciplina delle operazioni sotto copertura nelle materie, rispettivamente, della criminalità informatica⁴⁸ e del gioco d'azzardo⁴⁹, contribuendo ad accrescere ulteriormente la disorganicità del neonato – e comunque precario – equilibrio normativo.

In sintesi, viene a configurarsi una vera e propria “*neverending story*”, che palesa la ritrosia del nostro legislatore a compiere il passo di una regolamentazione, una volta per tutte, unitaria.

2.4. *La natura dell'esimente per l'agente infiltrato e il superamento dei suoi limiti*

Come si è accennato in precedenza, con la l. 146/2006 il legislatore aveva fugato ogni incertezza in merito alla natura della “esimente” sul quale si fondava l'esenzione da pena dell'agente infiltrato⁵⁰, prima solo implicitamente ricavabile dall'inserimento nei singoli testi normativi in materia di infiltrazione della suddetta clausola di salvezza.

Difatti, già a partire dal DPR 309/1990, il richiamo all'adempimento del dovere era reso evidente dall'inciso “*fermo quanto disposto dall'art. 51 del Codice penale*”, con il quale si apre, peraltro, lo stesso art. 9 della l. 146/2006. Questo, “*indicando l'esistenza di un rapporto di specialità fra le due norme, lascia trasparire la tendenziale coincidenza (...) dei loro rispettivi ambiti di operatività e, soprattutto, (...) della loro natura giuridica di cause di esclusione dell'antigiuridicità*”⁵¹.

Tuttavia, solo con la novella del 2010 è stata definitivamente chiarita la natura della esimente in discorso: con l'introduzione all'art. 9 del comma 1-*bis*, infatti, il

⁴⁵ In questi termini si esprime G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 171.

⁴⁶ Decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, recante *Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*.

⁴⁷ Legge 2 marzo 2012, n. 16, recante “*Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientissimo e di accertamento delle procedure di accertamento*”.

⁴⁸ Cfr. sul punto A. FALCONE, *L'agente provocatore*, cit., p. 58.

⁴⁹ G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 171 s.

⁵⁰ Cfr. A. ZAPPULLA, *Commento alla legge 13/8/2010, n. 136 – Art. 8*, in *La Legisl. pen.*, 2010, 4, p. 453.

⁵¹ Così G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 176.

legislatore ha specificamente qualificato la previsione del comma precedente come *causa di giustificazione*⁵²; beninteso, una causa di giustificazione *speciale*, poiché non ricompresa nel novero delle scriminanti codificate nella parte generale del codice penale. Si tratta di una vera e propria scelta di campo, specie se si considera la consolidata tendenza del legislatore a non prendere posizioni nette in merito alla qualificazione dogmatica delle – pur assai variegata – ipotesi di esenzione di punibilità previste all'interno sia del codice sia della legislazione speciale, dalla quale deriva l'onere dell'interprete di dipanare la matassa: attività, come attentamente segnalato, dal quale risulta in questo caso sicuramente esentato grazie all'espedito adottato nel 2010⁵³.

Di più. Nonostante tale precisa scelta normativa, la natura di scriminante della previsione in oggetto, per quanto speciale, non è condivisa in dottrina. Invero è stato per esempio segnalato, con particolare riferimento alla disciplina del *fictus emptor* in materia di stupefacenti, come il richiamo all'art. 51 c.p. sia fuorviante: in quanto, in primo luogo, non esiste nel nostro ordinamento figura alcuna di agente provocatore riconducibile direttamente all'adempimento del dovere ed, in secondo luogo, tutte le scriminanti si basano su un conflitto di interessi che, nel caso dell'acquisto simulato di sostanze stupefacenti, non sembrerebbe ravvisabile⁵⁴. Pertanto, secondo tale autorevole voce, quella in parola è una scriminante *processuale*, che trova il suo fondamento, per l'appunto, in una procedura, la quale è finalizzata a “*circoscriverne l'ambito di operatività nella maniera più chiara e selettiva possibile*”⁵⁵.

In conclusione, quali sono dunque, se esistenti, i margini di applicazione della causa di giustificazione dell'adempimento del dovere? In linea di principio, il richiamo a quest'ultima sarebbe funzionale a fornire una copertura a quelle ipotesi sprovviste dei presupposti per l'applicazione della scriminante speciale: d'altra parte, questa è tendenzialmente la *ratio essendi* delle clausole di riserva.

⁵² Difatti, il co. 1-*bis* dell'art. 9 della l. 146/2006, introdotto con l'art. 8, co. 1, lett. b della l. 136/2010, si apre così: “*La causa di giustificazione di cui al comma 1 si applica...*”.

⁵³ Sul punto, cfr. G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 177.

⁵⁴ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 542.

⁵⁵ G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 177. Sul punto cfr. altresì Giovannangelo De Francesco (*Invito al diritto penale*, Bologna, 2019, p. 79 s.), il quale fa esplicito riferimento alla predisposizione normativa di schemi procedurali che costituirebbero “elemento fondante” della causa di giustificazione in parola.

Ragionando in quest'ottica, tuttavia, è necessario effettuare alcune distinzioni: una cosa è ricorrere alla legge generale nell'ipotesi in cui la disciplina speciale non possa essere applicata a causa di inosservanza delle regole processuali che corredano l'utilizzo della scriminante⁵⁶; altra, invece, è l'elusione della disciplina speciale qualora le condotte dell'infiltrato siano esorbitanti rispetto alla *littera legis* – sconfinando, per esempio, nella bandita provocazione – oppure, ancora, nell'ipotesi in cui le stesse non siano contemplate all'interno del catalogo delle condotte scriminabili di cui all'art. 9 della legge del 2006.

Ad ogni modo, condivisibile pare la tesi che riconduce questa causa di giustificazione alle “scriminanti autoritative”⁵⁷, doveri o facoltà attribuiti a soggetti pubblici, e per ciò dette anche “*scriminanti della ragion di Stato*”⁵⁸. La collocazione della esimente in parola in questo novero sarebbe determinata proprio dal bilanciamento che essa richiama, il quale vede prevalere, per l'appunto, esigenze efficientistiche ed investigative sugli interessi dei soggetti coinvolti. Ben si comprende allora il ruolo cruciale svolto dalle norme processuali che corredano la causa di giustificazione dell'agente infiltrato⁵⁹, che avrebbe in questo senso una doppia anima, sostanziale e processuale.

Insomma, immaginare spazi di applicabilità per siffatta causa di giustificazione non richiede uno sforzo particolare: sempre, va da sé, tenendo a mente che le condotte siano, come si è visto, di tipo passivo, “*giacché è adempimento di un dovere perseguire i reati commessi, non già suscitare azioni criminose al fine di arrestarne gli autori*”⁶⁰.

⁵⁶ Cfr. D. VICOLI, M. BIRAL, *La disciplina delle indagini sotto copertura tra esigenze di accertamento e limiti di utilizzabilità*, cit., p. 671 ss.

⁵⁷ Per un inquadramento della tipologia di scriminanti in parola v. F. PALAZZO, *Scriminanti e immigrazione clandestina (a proposito dei c.d. “respingimenti in alto mare”)*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, p. 1657.

⁵⁸ M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una “nuova” dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 4, p. 1646 s.

⁵⁹ Sul punto v. A. Savarino (*Extremis malis, extrema remedia: l'infiltrazione investigativa quale forma di esercizio autorizzato di poteri coercitivi, in funzione di contrasto della corruzione*, cit., p. 15), la quale precisa che “*La necessità di una rigorosa disciplina di tali attività è funzionale non solo a fissarne le condizioni di liceità penale, ma anche all'esigenza di garantirne la legittimità costituzionale*”.

⁶⁰ Cfr. sul punto Cass. pen., sez. V, 2.3.2011, n. 14221.

3. La dilatazione dell'area applicativa dello strumento in oggetto e il discutibile utilizzo dello stesso quale mezzo preventivo dei reati contro la pubblica amministrazione

La recente legge del 3/2019⁶¹, anche nota come “Spazzacorrotti”, ha comportato una vera e propria inversione di rotta nelle tendenze legislative registrate in materia di infiltrazione, poiché essa sperimenta per la prima volta lo strumento dell'infiltrazione in un contesto tutt'altro che assimilabile, anche in un'ottica criminologica, a quello in cui hanno avuto luogo i suddetti interventi normativi, ossia quello dei reati contro la pubblica amministrazione⁶².

Segnatamente, l'art. 8 della suddetta legge, inserendo i delitti previsti dagli artt. 318, 319, 319 ter, 319-*quater*, comma 1, 320, 321, 322, 322-*bis*, 346-*bis*, 353, 353-*bis* c.p.⁶³ (ma anche dagli artt. 453, 454, 455, 460, 461 c.p.) all'interno del catalogo di cui all'art. 9 della l. 146/2006, ha consentito l'esperimento della tecnica investigativa basata sull'infiltrazione nell'ambito delle fattispecie corruttive, oggetto peraltro di recenti numerose modifiche legislative⁶⁴. All'allargamento dell'elenco è corrisposto, inoltre, un adeguamento delle condotte rispetto alle quali si realizza l'infiltrazione, tra cui compaiono

⁶¹ Legge 3/2019, cit.

⁶² Per una puntuale panoramica delle riforme introdotte dalla novella in parola v., tra i tanti e per tutti, V. MONGILLO, *La legge “Spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5, in particolare p. 252 ss. In merito alla percezione di quello corruttivo come un fenomeno emergenziale v. V. MONGILLO, *Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del “tipo d'autore” e derive emergenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 2, *passim*. In merito, infine, alla spettacolarizzazione dell'intervento punitivo in settori ritenuti di particolare allarme sociale cfr. F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, *passim*.

⁶³ In merito alla mancata inclusione nel catalogo della fattispecie di peculato ex art. 314 c.p., e alla discussa possibilità di ricomprenderle tra le condotte prodromiche all'atto di corruzione si rinvia a P. IELO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in *Dir. pen. cont.*, 5 marzo 2019.

⁶⁴ Sul tema della corruzione, in prospettiva *prevalentemente nazionale*, cfr., tra i tanti lavori monografici, G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, Napoli, 2003; R. RAMPIONI, *I delitti di corruzione*, Padova, 2008; F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, Torino, 2012; R. BORSARI (a cura di), *La corruzione a due anni dalla “Riforma Severino”*, Atti del convegno di Studi, Padova, 11 dicembre 2014, Padova, 2015. Per una più ampia ricostruzione delle *politiche europee ed internazionali* di contrasto al fenomeno corruttivo v. invece V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012; M. DEL VECCHIO, P. SEVERINO (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno ed internazionale*, Milano, 2014.

oggi anche quelle inerenti lo schema corruttivo: le quali, come si vedrà nel prosieguo, risultano solo in parte compatibili con la tecnica dell'infiltrazione.

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: essa infatti, a chiusura del titolo concernente la cooperazione internazionale, indicava queste tra le tecniche idonee ad apprestare una efficace strategia di contrasto alla corruzione⁶⁵.

Tale sollecitazione, rimasta a lungo inascoltata, è stata infine accolta da alcuni senatori le cui proposte di riforma, formulate rispettivamente nel giugno 2015⁶⁶ e nel settembre 2018⁶⁷, hanno dato adito ad un vivace dibattito, il quale ha visto scendere in campo anche numerosi accademici e magistrati.

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. 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*”⁶⁸.

⁶⁵ Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata il 31 ottobre 2003 e ratificata dall'Italia con 116/2009. 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.

⁶⁶ Il riferimento è al disegno di legge, mai approvato, presentato – su iniziativa dei senatori Buccarella, Cappelletti e Puglia – in data 8 giugno 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 c.p. Nella relazione introduttiva al d.d.l., 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.

⁶⁷ Il riferimento è al d.d.l. presentato dal Ministro Bonafede nel settembre 2018. Per un commento “a caldo” di questo v. R. CANTONE, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in *Giur. pen.*, 30 settembre 2018.

⁶⁸ T. PADOVANI, *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, 3, 2018, p. 4.

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

(*i*) 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 illeciti penali in relazione ai 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 dell'*agente sotto copertura* che costellano la normativa nazionale. Peraltro, come già visto, 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'infiltrazione⁶⁹.

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 copertura*⁷⁰. Con il rischio di far perdere di vista il vero *punctum dolens* della questione, ossia il dilemma tra la possibilità di estendere detto strumento

⁶⁹ V., *supra sub* cap. 1, par. 2.3.

⁷⁰ 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, *Operazioni sotto copertura ed equo processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 2648.

investigativo a tutte le tipologie di reato, o il più saggio ancoraggio delle stesse alle ipotesi previste in origine dal legislatore.

(ii) Quanto ai soggetti legittimati all'infiltrazione nel sodalizio criminoso, come si diceva, l'art. 9 della l. 146/2006 fa espresso riferimento, seppur in commi diversi della disposizione, tanto agli ufficiali quanto agli agenti di polizia giudiziaria, purché appartenenti alle strutture specializzate⁷¹.

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

(iii) Come anticipato, il legislatore è intervenuto sull'art. 9 della suddetta legge integrando la tipologia di condotte che l'agente sotto copertura può compiere "al solo fine di acquisire elementi di prova": pertanto, la nuova versione della norma in oggetto 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 del codice, d'altro canto non sembra essere stata ravvisata la necessità di ulteriori interventi di manipolazione sulla stessa per favorire l'ingresso nel suddetto catalogo delle condotte di cui agli artt. 452-*quaterdecies*, 453, 454, 455, 460 e 461 c.p. (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 tali fattispecie – il legislatore abbia ritenuto

⁷¹ 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.

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 annoverate nel catalogo in parola fattispecie tra loro eterogenee 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 le ipotesi delittuose che possono essere realizzate in forma non associata, con la conseguenza che lo strumento dell'infiltrazione risulta essere stato disancorato sia dalla relativa *ratio*, sia dalla corrispondente conformazione originaria.

Ciò premesso, è opportuno ragionare anche sul dato fattuale o, in altre parole, sulle concrete modalità di intervento dell'istituto dell'infiltrazione, giacché sussistono più che fondati dubbi in merito alla reale praticabilità di questo strumento investigativo-preventivo in detto settore.

In primo luogo, riesce assai difficile credere che un soggetto terzo possa efficacemente insinuarsi nel contesto 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*, il quale nella maggior parte dei casi interviene tra due soggetti⁷²; e anche laddove gli individui coinvolti fossero più numerosi, essi agirebbero pur sempre in un "circuito chiuso"⁷³. Insomma, solo con una certa dose di fantasia si può immaginare la buona riuscita di un'operazione di infiltrazione in un ambiente diverso dall'ordinario contesto dell'organizzazione criminale normalmente intesa; con la conseguenza di esporre le operazioni sotto copertura ad un elevato rischio di essere riconosciute⁷⁴.

⁷² A. GAITO, A. MANNA, *L'estate sta finendo...*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, p. 7.

⁷³ P. SCEVI, *Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione*, in *Arch. pen.*, 2019,1, p. 14.

⁷⁴ M. PELLISSERO, *Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria*, in www.ilquotidianogiuridico.it, 11 ottobre 2018.

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*"⁷⁵.

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 che l'apporto dell'*undercover* non deve avere efficacia causale alcuna rispetto al reato, onde evitare di poter etichettare questo apporto come una forma di istigazione. Nondimeno, per quanto concerne il ruolo del "corruttore", il legislatore ha indicato *expressis verbis* come la condotta di corresponsione di denaro o altre utilità debba intendersi esecutiva di un accordo illecito già concluso da altri, mettendosi così al riparo da possibili critiche circa un eventuale sconfinamento verso l'istigazione. D'altro canto, i medesimi rilievi possono essere formulati 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 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 si sarebbero dovute descrivere con maggior accuratezza⁷⁶.

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 c.p.⁷⁷, 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 della l. 146/2006. Margini per

⁷⁵ T. PADOVANI, *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., p. 5.

⁷⁶ A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. pen.*, 3, p. 6.

⁷⁷ Per una disamina della nuova causa di non punibilità, introdotta dalla novella in oggetto, v. *infra sub cap. 3*, par. 6.3.

siffatto sconfinamento, nello specifico, sembrano ancora ritagliabili qualora l'infiltrato debba rapportarsi ad un privato, insinuandosi in un contesto diverso dal tipico circuito contrattuale "chiuso" sopra evocato. Se infatti "*l'inserimento dell'agente in questo contesto sembra poter avvenire con maggiore facilità, [...] il suo ruolo [rischia di] risultare pericolante, e cioè pericolosamente inclinato sul versante dell'agente provocatore*"⁷⁸. 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, rappresentato dal *deficit* di determinatezza delle condotte prodromiche o strumentali a quelle scriminate dalla norma, 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 secondo⁷⁹.

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. 3/2019 ha veicolato, da una parte, un'istanza marcatamente rigoristica: introducendo misure di draconiana memoria per fronteggiare la piaga della corruzione, essa è stata infatti qualificata come una "forma di manifestazione" del contagioso fenomeno del "populismo penale"⁸⁰, da tempo particolarmente sviluppato. Dall'altra parte, invero, alla novella deve essere riconosciuto il merito di aver adottato nella disciplina del fenomeno un approccio integrato, idoneo a fornire una risposta valevole anche sul versante preventivo.

⁷⁸ T. PADOVANI, *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., p. 5.

⁷⁹ Cfr., diffusamente, V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. ita. dir. proc. pen.*, 3, p. 1126 ss.

⁸⁰ A. GAITO, A. MANNA, *L'estate sta finendo...*, cit., p. 7. Sul punto cfr, altresì; G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, p. XI-XIII; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 ss.; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 123 ss.; AA. VV., *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015, p. 27 ss.; AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2016, *passim*. Circa la nascita del populismo penale in Italia e distinzione tra quest'ultimo e il populismo politico cfr., M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sistema penale*, 7 settembre 2020, p. 4 ss.

Al legislatore del 2019 pare essere tuttavia sfuggito 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 induce a domandarsi se il rischio di uno sconfinamento delle condotte dell'infiltrato nella bandita provocazione possa dirsi realmente fugato grazie ai – 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 penalistiche⁸¹.

4. La dimensione in action dell'agente provocatore e dell'infiltrato: gli influssi della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla giurisprudenza domestica in materia

Muovendo da una ragionata rassegna delle più significative pronunce di legittimità sul tema, pare opportuno segnalare l'arresto del 2008 in cui la Seconda Sezione della Corte di Cassazione, fornito lo stato dell'arte giurisprudenziale e legislativo, ha colto l'occasione per ribadire alcune sue – oramai consolidate – posizioni e, segnatamente, la netta *distinzione* tra le figure dell'agente provocatore e dell'infiltrato.

Nel caso in esame⁸² – ove veniva confermata una condanna per associazione a delinquere di stampo mafioso, detenzione, cessione e commercio di materiale esplosivo

⁸¹ Per l'inquadramento della riforma in oggetto tra le cd. “riforme populiste” v. D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, in particolare par. 6.

⁸² Cass. pen., sez. II, 28.5.2008, n. 38488, in *Guida al diritto*, 2008, 45, p. 19 ss.

– la Corte fondava l’affermazione di responsabilità degli imputati, tra le varie fonti di prova, sulle dichiarazioni di un agente della Guardia di Finanza; quest’ultimo, accreditatosi presso alcuni appartenenti al sodalizio criminoso come referente della mafia locale, aveva preso parte alle trattative per la negoziazione di ingenti quantitativi di materiale esplodente, giungendo infine ad effettuare numerosi acquisti⁸³.

Anzitutto, la Corte tornava a precisare la necessità che l’intervento dell’agente, per andare esente da responsabilità, fosse indiretto e marginale e si declinasse in termini di controllo, osservazione e contenimento dell’azione illecita; azione che doveva essere, del resto, integralmente opera altrui⁸⁴. In sostanza, come in altri arresti precedenti, veniva puntualizzato che la condotta dell’agente provocatore non dovesse inserirsi con rilevanza causale rispetto al fatto commesso dal provocato, non potendo essere ascritto l’evento delittuoso a conseguenza della detta condotta⁸⁵.

Fatte tali precisazioni, il giudice di legittimità iniziava una completa carrellata degli interventi legislativi nazionali ed internazionali in materia, specificando come “*a partire dagli anni ‘90 il legislatore [avesse] iniziato a tipizzare diverse figure dell’agente provocatore, in considerazione delle accresciute esigenze investigative in relazione a fenomeni criminali particolarmente gravi ed estesi*”⁸⁶.

⁸³ Nel caso di specie, l’attività dell’agente infiltrato era stata svolta in applicazione del disposto dell’art. 12-*quater* del d.l. 306/1992, che prevedeva la non punibilità degli ufficiali di polizia giudiziaria della direzione investigativa antimafia o dei servizi centrali e interprovinciali di cui al d.l. 13 maggio 1991, n. 152, art. 12, convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 1991, n. 203, i quali, “*al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine a delitti concernenti armi, munizioni od esplosivi, acquistano o ricevono od occultano o comunque si intromettono nel fare acquisire, ricevere od occultare le armi, le munizioni o gli esplosivi medesimi*”. Tali operazioni dovevano essere disposte dal capo della polizia-direttore generale della pubblica sicurezza, dal comandante generale dell’arma dei carabinieri ovvero della guardia di finanza e di esse doveva essere data immediata notizia all’autorità giudiziaria.

⁸⁴ Cass. pen., sez. II, 23.5.1972, n. 8266.

⁸⁵ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 29.9.1987, n. 2890; Cass. pen., sez. II, 13.2.1985, n. 6693; Cass. pen., sez. VI, 6.7.1990, n. 1119.

⁸⁶ Tra le molteplici ipotesi legislative succedutesi venivano annoverate:

- (a) il d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 97, sostituito dal d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, art. 4-*terdecies*, convertito con modificazioni nella l. 21 febbraio 2006, n. 49, in materia di stupefacenti;
- (b) il d.l. 31 dicembre 1991, n. 419, art. 10, convertito nella l. 18 febbraio 1992, n. 172, in materia di reati sessuali;
- (c) il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, art. 12-*quater*, convertito nella l. 7 aprile 1992, n. 356, in materia di delitti di riciclaggio e di quelli concernenti armi, munizioni ed esplosivi;
- (d) il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 12, comma 3-*septies*, in materia di delitti contro l’immigrazione

Dunque, *ictu oculi*, due erano gli aspetti salienti che la pronuncia in esame contribuiva sapientemente ad evidenziare: da una parte, la succitata “novellazione” si connotava per la sua disorganicità, posto che il legislatore non aveva optato per una regolamentazione unitaria; dall’altra parte, questo coacervo di interventi legislativi era frutto di stimoli esterni, dato che certamente non aiutava a superare, ma a sua volta acuiva, l’insita frammentarietà della disciplina. Infine, la Corte di Cassazione poneva l’accento sulla *reductio ad unum* operata della l. 146/2006: la quale, come già detto, non raggiungeva in modo soddisfacente gli obiettivi prefissatosi.

In conclusione a questa esaustiva panoramica, la Corte traeva alcune conseguenze: *da un lato* non sono consentite tecniche investigative che si concretizzino in una vera e propria induzione o incitamento al crimine del soggetto sottoposto ad indagini sotto copertura; *dall’altro lato*, l’agente sotto copertura non può commettere azioni illecite diverse da quelle espressamente dichiarate non punibili o ad esse strettamente connesse in quanto strumentali.

Al di fuori di queste rigide condizioni, l’agente sotto copertura cambia ruolo e collocazione sistematica, divenendo un vero e proprio agente provocatore: “*Nel ricostruire il sistema normativo dei principi applicabili all’attività dell’agente infiltrato occorre, quindi, tenere presente che non si fa riferimento ad una figura generica di agente provocatore, quale delineata dalla giurisprudenza e dalla dottrina e valutata soprattutto sotto il profilo dell’applicabilità dell’art. 51 Cp, ma ad una figura che trova una speciale*

clandestina;

(e) la l. 3 agosto 1998, n. 269, art. 14, comma 4, in materia di sfruttamento della prostituzione, della pornografia e del turismo sessuale in danno di minori;

(f) il d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, art. 4, convertito nella l. 15 dicembre 2001, n. 438, per il contrasto al terrorismo internazionale;

(g) la l. 11 agosto 2003, n. 228, art. 10, contenente le misure contro la tratta di persone, in relazione ai delitti previsti dal libro secondo, titolo 12 dodicesimo, capo terzo, sezione prima del Cp, nonché dalla l. 20 febbraio 1958, n. 75, art. 3.

Questa copiosa legislazione, del resto, nasceva prevalentemente su impulso di arcinote convenzioni internazionali, quali (aa) la Convenzione ONU di Vienna del 20 dicembre 1988 contro il traffico di stupefacenti; (cc) la Convenzione di Strasburgo dell’8 novembre 1990 sul riciclaggio, la ricerca, la confisca ed il sequestro dei proventi del reato; (ee) la Convenzione ONU di New York del 20 novembre 1989 sui diritti dei fanciulli; (ff) le Convenzioni ONU di New York del 15 dicembre 1997 e del 9 dicembre 1999 contro il terrorismo.

disciplina legislativa che si inserisce in un contesto di convenzioni internazionali diretto a fronteggiare i più pericolosi ed estesi fenomeni di criminalità”⁸⁷.

Con sempre maggiore frequenza, inoltre, il giudice di legittimità tende a giustificare la distinzione tra agente provocatore ed infiltrato alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo; la quale, dal canto suo, ha spesso ritenuto il ricorso alla tecnica investigativa in questione poco rispettoso delle garanzie dell’equo processo, addivenendo a condannare in numerosi suoi arresti gli Stati per violazione dell’art. 6 CEDU⁸⁸.

In particolare, nel noto caso *Teixeira de Castro* del 1998⁸⁹, la Corte EDU ha chiarito come una vera e propria induzione al crimine sia finalità non compatibile con un ordinamento democratico in cui vige il principio di colpevolezza, in quanto le condotte travalicanti l’osservazione ed il contenimento dell’attività delittuosa integrano una violazione del giusto processo⁹⁰. Altrimenti, qualora la polizia si limiti al disvelamento di un’intenzione criminosa già esistente, essendo pertanto la commissione del reato in alcun modo influenzata da essa, *nulla quaestio*⁹¹.

In particolare, rifacendosi agli arresti strasburghesi, in un caso del 2014 inerente ancora una volta la materia degli stupefacenti⁹², la Corte di Cassazione aveva rigettato le doglianze degli imputati statuendo che la – da loro asserita – inutilizzabilità delle prove raccolte per mezzo di operazioni sotto copertura fosse inidonea a condurre ad un annullamento della condanna.

⁸⁷ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 30.3.2004, n. 23035.

⁸⁸ Per gli influssi della giurisprudenza strasburghese su quella nazionale si veda, diffusamente, A. BALSAMO, *Operazioni sotto copertura ed equo processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 2641 ss.; A. VALLINI, *Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove: spunti dalla giurisprudenza della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 31 maggio 2011.

⁸⁹ Corte EDU, 9.6. 1998, *Teixeira de Castro c. Portogallo*.

⁹⁰ Per un commento della citata pronuncia della C. eur. si veda A. VALLINI, *Il caso “Teixeira De Castro” davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi “legali” di infiltrazione poliziesca*, in *La Legisl. pen.*, 1999, p. 197 ss.

⁹¹ Cfr. Corte EDU, 21.2.2008, *Pyrgiotakis c. Grecia*; Corte EDU, 21.3.2002, *Calabrò c. Italia/Germania*; Corte EDU, 1.7.2008, *Malininas c. Lituania*; Corte EDU, 1.6.20011, *Lalas c. Lituania*; Corte EDU, 4.11.2010, *Bannikova c. Russia*.

⁹² Cass. pen., sez. III, 7.7.2014, n. 20238.

Difatti, pur dinanzi ad un'operazione effettuata in assenza degli stringenti requisiti previsti dall'art. 97 del d.P.R. 309 del 1990⁹³, la Corte ribadiva il principio secondo il quale “*non si verte in tema di inutilizzabilità della prova allorquando l'intervento degli agenti si limiti a disvelare un'intenzione criminosa già esistente, anche se allo stato latente, senza averla determinata nell'imputato in modo essenziale*”. Al contrario, a prescindere dal profilo strettamente probatorio⁹⁴, non sono lecite le operazioni sotto copertura consistenti nell'incitamento o nell'induzione alla commissione di un reato da parte dell'agente infiltrato, al quale non è consentito commettere azioni illecite diverse da quelle dichiarate non punibili o ad esse strettamente connesse, tanto che una simile condotta “*oltre a determinare la responsabilità penale dell'infiltrato, rende l'intero procedimento suscettibile di un giudizio di non equità ai sensi dell'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*”⁹⁵.

4.1. *I test sostanziali e processuali elaborati dai giudici di Strasburgo*

La Corte strasburghese ha ripetutamente messo in pratica la distinzione tra agente provocatore e agente infiltrato tale distinzione mediante veri e propri “test”⁹⁶: 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

⁹³ Nel caso di specie, ad entrambi gli imputati, in concorso tra di loro, erano state ascritte le condotte di detenzione ed occultamento di eroina. Ad uno dei due, inoltre, era stato contestato lo spaccio ex art. 56 c.p., in quanto, contattato dal “provocatore” per l'acquisto della sostanza ed insospettitosi, si era liberato della stessa, mentre sopraggiungevano gli agenti di polizia che procedevano al suo arresto.

⁹⁴ In merito al quale si rinvia a lavori votati al versante processualpenalistico della disciplina in parola, tra i quali P.P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2018, 1, 21.3.2018.

⁹⁵ Cfr. Cass. pen., sez. III, 9.5.2013, n. 37805.

⁹⁶ Cfr. S. BASILICO, *L'agente sotto copertura: il confine tra tecnica investigativa legittima e istigazione a delinquere*, in *Riv. ita. dir. proc. pen.*, 2018, 3, p. 1820 ss.

rispetto alle garanzie processuali sancite all'art. 6 della Convenzione (e, nello specifico, quelle derivanti dal suo primo paragrafo)⁹⁷.

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

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 stupefacenti⁹⁸, 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 stessa⁹⁹. 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 commessa¹⁰⁰.

⁹⁷ Muovendo da una disamina delle pronunce della Corte europea in materia di agente provocatore, emerge infatti che il parametro che essa ritiene violato sia quello del primo paragrafo della norma in oggetto, il quale recita "1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia". Considerate "il nucleo" della *matière pénale*, alle garanzie contenute nel primo paragrafo dell'articolo 6 è del resto del tutto coerente la critica mossa dalla Corte strasburghese circa la tecnica che si avvale della provocazione per svelare circuiti criminosi: una critica che sembra investire l'opportunità della strategia criminale *tout court*, la quale mina la corretta instaurazione di un processo equo, che risulta invece viziato sin dalle origini in forza di un pregnante intervento statale nella raccolta degli elementi di prova.

⁹⁸ Corte EDU, 15.5.2018, *Virgil Dan Vasile c. Romania*.

⁹⁹ Si veda anche Corte EDU, 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.

¹⁰⁰ Corte EDU, 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 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 operazioni¹⁰¹. 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*¹⁰², non di rado si combina indissolubilmente con quest'ultimo e ne acquisisce il medesimo rango: come emerge nelle recenti sentenze *Patrascu c. Romania*¹⁰³ e *Matanovic c. Croazia*¹⁰⁴, infatti, quella votata al versante processuale è un'indagine imprescindibile, 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 per assumere un rilievo processuale, poiché, come noto,

¹⁰¹ G. MELILLO, *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a finalità di terrorismo*, cit., p. 58.

¹⁰² 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).

¹⁰³ Corte EDU, 14.2.2017, *Patrascu c. Romania*.

¹⁰⁴ Corte EDU, 4.4.2017, *Matanovic c. Croazia*.

comportano la censura dell'inutilizzabilità del materiale probatorio raccolto in violazione dei suesposti limiti¹⁰⁵.

In conclusione, tali approdi sembrano essere stati definitivamente e positivamente accolti anche dalla dottrina nazionale, la quale, pur riconoscendo agli atti di indagini compiuti secondo modalità "coperte" una spiccata matrice *preventiva*¹⁰⁶, concorda con i giudici strasburghesi nel richiedere, quale presupposto indefettibile dell'operatività della tecnica investigativa in parola, la previa acquisizione di una *notitia criminis*¹⁰⁷. In altre parole, analogamente a quanto previsto dalla giurisprudenza nazionale¹⁰⁸ e contrariamente a quanto alle volte previsto dalla stessa Corte di legittimità¹⁰⁹, la dottrina ha a più riprese ribadito come una attività di infiltrazione "eccessivamente preventiva", verrebbe da dire "esplorativa", poco collimi con il divieto, sancito a chiare lettere dalla giurisprudenza europea di provocazione al reato¹¹⁰. Sebbene poi alla violazione dei limiti di operatività delle indagini sotto copertura non sia ricollegata una specifica sanzione, la giurisprudenza ritiene invero applicabile la sanzione "generale" della inutilizzabilità di cui all'art. 191 c.p.p.; e ciò non solo in caso di superamento dei limiti intrinseci di detta tecnica, ovverosia qualora la condotta dell'agente sotto copertura integri una provocazione, ma altresì nelle ipotesi di assenza di autorizzazione da parte delle autorità competenti¹¹¹ e riferibilità delle indagini all'accertamento di un delitto che non rientra nell'elenco di quelli previsti dalla legge¹¹².

¹⁰⁵ Cfr. P.P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, cit.

¹⁰⁶ In tal senso, in dottrina, v. D. VICOLI, M. BIRAL, *La disciplina delle indagini sotto copertura tra esigenze di accertamento e limiti di utilizzabilità*, cit., p. 670.

¹⁰⁷ V. sul punto G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, Napoli, 2011, p. 56 s.

¹⁰⁸ Isolati gli arresti di segno opposto, tra i quali è annoverabile la sent. Cass., sez. II, 2 maggio 2008, n. 20238, secondo la quale "in tutte le ipotesi legislative di attività sotto copertura si prescinde dall'esistenza di un procedimento penale o di indagini preliminari su uno specifico fatto di reato, trattandosi di attività investigative a carattere preventivo".

¹⁰⁹ V., *ex multis*, Cass. pen., sez. III, 10.1.2013, n. 1235.

¹¹⁰ G. MELILLO, *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a delitti con finalità di terrorismo*, cit., p. 66. V. altresì P. IELO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazione attive e passive*, cit., il quale compendia la disciplina processuale connessa all'esperimento di detta tecnica e all'ingresso del materiale probatorio acquisito tramite essa nel processo penale, reputandola complessivamente coerente con i dettami della giurisprudenza strasburghese e l'elaborazione in materia di giusto processo.

¹¹¹ Cass. pen., sez. III, 3.12.2001, in *CED*, 221336.

¹¹² Cass. pen., sez. III, 17 febbraio 2005, in *Guida al diritto*, 2005, 25, p. 62 ss.

5. La non punibilità del soggetto provocato tra proposte sostanziali e processuali

Se è vero che gli orientamenti della Corte EDU assumono, nel nostro ordinamento, un rilievo per lo più processuale – segnatamente, come si accennava poc’anzi, avallando la censura dell’inutilizzabilità delle prove acquisite per mezzo di provocazione ai sensi dell’art. 191 del codice di rito –, è altrettanto vero che *“la giurisprudenza europea avrebbe altresì implicazioni di carattere sostanziale, perché, al di là della veste processuale dell’argomentazione, [...] essa sembra in fin dei conti disegnare una vera e propria “causa di non punibilità” a favore del provocato”*¹¹³.

In sostanza, dall’accertamento dell’efficacia causale determinante della condotta dell’agente provocatore deriverebbe non solo l’inutilizzabilità del materiale probatorio acquisito a carico del provocato, bensì anche la *non punibilità* dello stesso, non potendo egli essere condannato sulla base di prove acquisite illegittimamente.

Così, l’analisi degli arresti della Corte EDU porta a spostare l’attenzione dalla *praticabilità* politico-criminale della strategia alla sua *legittimità*¹¹⁴, profilo spesso negletto nella giurisprudenza nazionale. Difatti, sul fronte domestico, si assiste oggi ad un particolare rigore, sia in dottrina sia in giurisprudenza, rispetto alla figura del provocato.

In generale, la giurisprudenza di legittimità ritaglia margini ristretti di liceità dell’attività del provocatore, ma essa appare al contempo estremamente rigoristica in relazione al trattamento del provocato: *“due aspetti solo apparentemente contraddittori, perché – dal punto di vista del diritto sostanziale – l’illiceità della condotta del provocatore non trascina come suo necessario corollario la liceità di quella del provocato”*¹¹⁵.

¹¹³ Così A. VALLINI, *Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove: spunti dalla giurisprudenza della Corte EDU*, cit. Contrario alla “valenza sostanziale” delle prospettazioni della Corte EDU M. GAMBARDILLA, *Il grande assente nella nuova “legge Spazzacorrotti”: il microsystema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, 1, p. 57 e s.

¹¹⁴ In tal senso C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit., p. 397.

¹¹⁵ Così A. DIMARTINO, *Concorso di persone*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2011, p. 237.

Più nello specifico, se tradizionalmente si era cercato – pur non senza obiezioni – di mandare il provocato esente da pena invocando la tesi del reato impossibile¹¹⁶, oggi la Suprema Corte sottolinea come l'applicazione dell'art. 49 co. 2 c.p. presupponga una derivazione *assoluta* ed *esclusiva* dell'azione delittuosa dall'istigazione del provocatore. L'istigazione, dunque, può costituire sì un *input* per il reo, ma senza escludere affatto che la sua azione delittuosa sia realizzata secondo impulsi e modalità a quest'ultimo autonomamente riconducibili¹¹⁷.

E, in altre parole, il provocato non può andare esente da pena qualora l'attività sotto copertura della polizia giudiziaria si limiti a disvelare un'intenzione già esistente, fornendo solo l'occasione per il suo concretizzarsi: in tali casi, inoltre, diventa confacente l'accertamento di alcuni indici della preesistente volontà e predisposizione degli imputati a commettere il delitto, quali possono essere la presenza di pregressi rapporti con gli ambienti criminali, o la disponibilità presso gli stessi di rilevanti quantità di droga poi consegnata agli agenti.

Questi arresti, scarsamente compatibili con l'interpretazione strasburghese in merito alla (non) punibilità del provocato, suscitano in verità non pochi dubbi anche sul fronte domestico: si può difatti osservare che se in un'ottica convenzionale la punibilità del provocato violerebbe l'art. 6 CEDU, in un'ottica nazionale sarebbe giocoforza censurabile rispetto al principio di colpevolezza. In particolare, a risultare frustrata sarebbe la funzione rieducativa della pena, alla quale come noto deve essere data lettura in combinato disposto con il suddetto principio: d'altronde, sarebbe difficile riscontrare una qualche utilità – in termini di risocializzazione e reinserimento del reo – in una pena

¹¹⁶ Nella giurisprudenza di legittimità si è alle volte registrata qualche piccola apertura, con ogni probabilità dovuta alla sempre maggiore attenzione riservata dai giudici nazionali agli arresti strasburghesi. In particolare, è stato ritagliato in via pretoria uno spazio di non punibilità per il soggetto provocato laddove l'attività provocatoria sia connotata da una inidoneità assoluta rispetto alla produzione del fatto provocato: in un siffatto caso, la giurisprudenza applica dunque lo schema del reato impossibile, mandando esente da pena anche il soggetto provocato. Cfr. Cass., pen., sez. IV, 14.3.2008, n. 16474, in *CED* 239526; Cass. pen., sez. VI, 24.1.2008, n. 16163, in *CED* 239640; Cass. pen., sez. I, 31.5.1996, n. 9370, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3432 ss.

¹¹⁷ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. III, 7.4.2011 n. 17199, in *Guida al diritto*, 2011, XXIX, p. 77. A ciò si aggiunga che le medesime pronunce danno altresì atto del fatto che sono falliti i tentativi di mitigare la sanzione del provocato tramite il ricorso all'art. 114 c.p., che fonda la circostanza attenuante della minima importanza nella preparazione o nella esecuzione del reato. Cfr., in particolare, Cass. pen., sez. IV, 14.3.2008, *Varutti*, in *CED*, 239525; Cass. pen., sez. VI, 24.1.2008, *Casaula*, in *CED*, 239640; Cass. pen., sez. III, 17.1.2008, *Furfari*, in *CED*, 239407; Cass. pen., 27.10.1995, *Manna e a.*, in *CED*, 204794.

comminata per un fatto che, senza l'intervento del provocatore, non sarebbe stato posto in essere. In altre parole, l'irrogazione di una pena ad un soggetto al quale non può essere mosso un rimprovero finirebbe coll'incrinare la funzione specialpreventiva positiva nei confronti dell'autore del fatto, in quanto egli percepirebbe la pena come ingiusta e non condivisibile; e finirebbe anche col compromettere la funzione generalpreventiva positiva nei confronti degli altri consociati, i quali sarebbero disorientati dalla punibilità di un fatto provocato dallo stesso Stato, che lungi dal far cadere in tentazione il cittadino, dovrebbe invece impedire la commissione dei reati.

Rimane da chiedersi, dunque, se continuare a sancire la responsabilità del provocato sia scelta compatibile con un sistema penale teleologicamente orientato alle funzioni della pena. O se, invece, non sia più opportuno allinearsi alle posizioni strasburghesi anche sotto questo profilo, con il rischio tuttavia di vanificare l'intrinseca efficacia dello strumento dell'infiltrazione nelle organizzazioni criminali.

Ad onor del vero, la – assai contenuta – riflessione dottrinale concernente la tematica della non punibilità del provocato si era profusa nell'individuazione di alcuni modelli, così come era stato in relazione al diverso profilo della (non) punibilità del soggetto provocatore.

Il *primo modello*, che opera sul piano *sostanziale*, si ancora alla categoria della *colpevolezza*, nella sua dimensione normativa, sottolineando l'impossibilità di riscontrare profili di *rimproverabilità* in capo al soggetto indotto da altri alla commissione del reato; reato verso il quale, per l'appunto, non si è autodeterminato liberamente e spontaneamente.

Il *secondo modello*, che ben può essere considerato una variante del precedente, sposta il *focus* – pur rimanendo nell'alveo del diritto punitivo sostanziale – sul piano della punibilità, enfatizzando il legame tra provocazione e immeritevolezza della pena.

Il *terzo modello*, infine, opera invece sul piano processuale e solleva la questione relativa all'utilizzabilità, anche alla luce dei *dicta* della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, del materiale probatorio che sia stato acquisito illegittimamente.

Per quanto attiene ai primi due, non ci si può esimere dal sottolineare che, per quanto suggestivi, essi non offrono chiavi di letture risolutive: nemmeno qualora si decida

di impostare la questione, come di frequente avvenuto, sulla dicotomia tra provocazione statale e provocazione da parte del privato cittadino¹¹⁸.

Difatti, mancano nel nostro ordinamento dati normativi che permettano di escludere la punibilità del soggetto provocato, qualunque sia la qualifica del soggetto da cui deriva la provocazione; e, d'altronde, già si è visto come non possano essere ritenute praticabili quelle soluzioni, correlate tanto all'idoneità, quanto all'antigiuridicità, che comportano un trattamento paritario tra provocatore e provocato.

Del resto, *“non corre (...) alcuna differenza giuridica fra l'atteggiamento antidoveroso di chi realizza un reato per istigazione di un comes sceleris e quello di chi lo compie per provocazione di un agente segreto”*¹¹⁹ e, più in generale, *“il mancato rispetto dei limiti di legge da parte del provocatore non esclude la responsabilità penale di chi sia stato istigato a commettere il reato”*¹²⁰, purché non sia ravvisabile una totale inidoneità dell'azione rispetto all'evento verificatosi.

Infine, il particolare rigore manifestato dalla dottrina e dalla giurisprudenza nei confronti del provocato si riflette anche nel diniego della concessione al provocato della circostanza attenuante *ex art. 62 comma 5 c.p.*: la ragione di tale esclusione, sancita a chiare lettere dalla Corte di Cassazione, è del resto facilmente intuibile. Non avrebbe infatti senso alcuno applicare al provocato l'attenuante del concorso del fatto doloso della persona offesa, giacché a mancare sarebbe proprio la compartecipazione dolosa dell'agente infiltrato¹²¹.

Alla luce di tali rilievi, non resta che soffermarsi sulle potenziali “soluzioni processuali”, con la precisazione che esse nondimeno investono esclusivamente le forme di provocazione derivanti dallo Stato e operate per mezzo dei suoi funzionari: difatti, *“dal punto di vista processuale, (...) il discorso che riguarda la provocazione da parte di un privato si chiude ancora prima di aprirsi”*¹²². E la ragione di ciò è presto detta: riflettere, nell'ottica processuale, sull'impunità del provocato significa, a monte, neutralizzare la pretesa punitiva dello Stato stesso; quasi, in altre parole, sanzionare lo Stato per una

¹¹⁸ Sul punto cfr. C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 400 ss.

¹¹⁹ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 401.

¹²⁰ M. LOMBRADO, voce *Agente provocatore*, in *Dig. Disc. pen.*, (I aggiornamento), Torino, 2011, p. 29.

¹²¹ Cfr., in tal senso, Cass. pen., sez. VI, 25.5.1993, *Jonuzi*, in *CED* 1995/169919.

¹²² C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 403 ss.

siffatta forma di investigazione tutt'altro che conforme alle garanzie penalistiche e, al contempo, poco compatibile con gli obiettivi di politica criminale che un ordinamento liberale dovrebbe porsi e perseguire.

Tale impostazione si traduce, nel nostro ordinamento, nella valutazione delle prove che sono state acquisite mediante l'intervento di un agente provocatore. Se la posizione tutt'ora dominante è quella che qualifica la prova illegittimamente acquisita tra quelle inutilizzabili ai sensi della sanzione processuale *ex art. 191 c.p.p.*, non è mancato chi abbia annoverato le prove acquisite per mezzo della provocazione “incostituzionali”, in quanto ottenute “*con modalità, metodi e comportamenti realizzati in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino garantiti dalla Costituzione*”¹²³. Tale categoria, elaborata precedentemente a quella dell'inutilizzabilità, derivava dalla violazione di diritti inviolabili della persona¹²⁴.

In conclusione, ci si limita a segnalare come, probabilmente, un'analisi comparata potrebbe fornire al nostro legislatore spunti interessanti¹²⁵: difatti, in altri ordinamenti, e segnatamente in quelli di *common law*, sono state da tempo elaborate soluzioni schiettamente processuali che sanzionano il superamento dei limiti della cd. “lealtà processuale”. Noto in particolare agli ordinamenti statunitense e anglosassone, l'istituto dell'*entrapment*¹²⁶ permette, infatti, di ritagliare spazi di non punibilità per il soggetto “incastrato” alla commissione di un reato che, *sua sponte*, non avrebbe commesso¹²⁷;

¹²³ Corte Cost., 6.4.1973, in *Giur. Cost.*, 1973, p. 316.

¹²⁴ G. ALLENA, *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 2, p. 506; A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove 'incostituzionali'*, in *Cass. pen.*, 1999, 2, p. 1192; L.P. COMOGLIO, *L'inutilizzabilità 'assoluta' delle prove 'incostituzionali'*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1, p. 30.

¹²⁵ In relazione alla opportunità di una disamina comparata, in ispecie con l'ordinamento statunitense, 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.*, 5 marzo 2019.

¹²⁶ Per una disamina dell'istituto dell'*entrapment* nei sistemi di *common law*, cfr. A. ASHWORTH, *Principles of criminal law*, New York, 2006, p. 237-239 e, più recentemente, A.P. SIMESTER, G.R. SULLIVAN (a cura di), *Simester and Sullivan's Criminal law. Theory and doctrine*, Portland, 2016, p. 775-779.

¹²⁷ Interessanti, a tal proposito, le decisioni “*Looseley*” e “*A-G's Reference*” del 2000 in cui la House of Lords – pur escludendo la configurabilità *tout court* di una causa sostanziale di non punibilità per effetto dell'*entrapment* –, ha inquadrato la provocazione posta in essere dalla polizia giudiziaria come una “fattispecie di abuso del processo”: in particolare, in un'ottica di potenziamento della tutela del soggetto provocato, essa ha statuito che il provocato va esente da pena qualora la condotta istigatrice della polizia giudiziaria offra all'imputato una “eccezionale opportunità di commettere il reato”.

laddove, per l'appunto, si accerti l'efficacia "traviante"¹²⁸ dell'intervento del provocatore, tale da aver al tempo stesso scalfito le regole del *due process*.

Più nello specifico, l'*entrapment defense* si traduce nella possibilità per il provocato di evocare una sorta di esimente, la cui concessione è legata al superamento di un test soggettivo – elaborato nella celebre pronuncia della Corte Suprema *Sorrells v. United States*¹²⁹ –, finalizzato alla dimostrazione (della mancanza di) una precedente predisposizione al delitto. In altre parole, "*la scriminante dell'induzione al reato può trovare applicazione solo ove sia stata la condotta degli infiltrati a instillare nell'indagato l'intento criminale*"¹³⁰. La provocazione, dunque, non costituisce una forma di compartecipazione nel reato; al contrario, essa rappresenta una sorta di causa di giustificazione per quei soggetti che riescano a provare di aver subito pressioni o tentazioni da parte degli agenti infiltrati¹³¹.

Così, con il duplice intento di ridurre gli abusi dell'autorità ed evitare di frustrare totalmente le funzioni della pena, l'*entrapment* presenta l'indubbio merito di aver individuato il vero *punctum dolens* della questione: traguardo che il nostro legislatore sembra ancora lontano dal raggiungere.

¹²⁸ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 180.

¹²⁹ Supreme Court, *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435, 1932.

¹³⁰ Supreme Court, *United States v. Russel*, 411 U.S. 369, 372, 1958.

¹³¹ In tal senso v. G. BARRACU, *Le indagini sotto copertura*, cit., p. 216.

PARTE SECONDA

CAPITOLO TERZO

LA STRATEGIA PREMIALE SOTTO LA LENTE DEL DIRITTO PENALE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATO

SOMMARIO: 1. La dimensione promozionale e premiale nello *ius criminale* contemporaneo. – 2. La premialità nella sistematica del reato e il rispettivo rapporto con la categoria della punibilità. – 3. L’universo premiale e le sue molteplici sfaccettature. – 4. Momenti premiali e offesa tipica: ravvedimento sostanziale e processuale. – 4.1. I caratteri della normativa premiale incentrata sulla “soluzione” sostanziale. – 4.2. I caratteri della normativa premiale incentrata sulla “soluzione” processuale. – 5. Il “mutato” volto della premialità: la normativa in materia di terrorismo. – 6. Il “nuovo” volto della premialità: la normativa in materia di corruzione. – 6.1. Il Progetto della Statale. – 6.2. La circostanza attenuante di cui all’art. 323-*bis* c.p. – 6.3. La causa di non punibilità di cui all’art. 323-*ter* c.p. – 7. Estensione e limiti del sindacato costituzionale sulle norme premiali. – 7.1. I momenti premiali al vaglio del principio di uguaglianza. – 7.2. I momenti premiali al vaglio del principio di legalità. – 7.3. I momenti premiali al vaglio del principio di offensività. – 7.4. I momenti premiali al vaglio del principio di materialità. – 8. Il discorso premiale alla luce delle funzioni della pena. – 8.1. Premio e funzione retributiva. – 8.2. Premio e funzione generalpreventiva. – 8.3. Premio e funzione specialpreventiva. – 9. Premio e commisurazione della pena. – 10. La dimensione eurounitaria della nozione di collaborazione.

1. *La dimensione promozionale e premiale nello ius criminale contemporaneo*

“Tipica di tutti i momenti di crisi è l’attribuzione al diritto penale di ruolo e compiti primari”¹: questa, secondo Franco Bricola, la *prima* ed imprescindibile funzione

¹ Queste le parole di apertura dell’intervento tenuto dal Professor Franco Bricola il 27 giugno 1981 al

del diritto; funzione la quale, seppur antitetica rispetto al principio che dovrebbe ispirare il ricorso allo strumento penale, ovverosia quello di sussidiarietà, permette in determinati momenti in maniera spesso “taumaturgica” di risolvere le conflittualità sociali mediante l’attuazione dei principi sanciti dalla Costituzione.

Seconda (ma non meno importante) funzione assegnata al diritto penale è invece quella *promozionale*², che si traduce nella previsione di sanzioni *positive*³, le quali, anziché comportare un deterioramento dello *status* o del patrimonio del soggetto cui sono rivolte, perseguono lo scopo di realizzare un incoraggiamento a tenere il comportamento che la norma giuridica predica⁴.

La comminazione di sanzioni positive, il cui terreno privilegiato è senza dubbio il diritto privato, potrebbe *ictu oculi* apparire stridente, o quantomeno poco conciliante, con il diritto penale⁵, “*per sua natura volto invece a condizionare il comportamento della collettività attraverso ‘rinforzi negativi’*”⁶: ragione per cui, negli studi di teoria generale del reato, l’incentivazione ad azioni socialmente vantaggiose realizzata mediante

simposio di (processual)penalisti dedicato alle interferenze tra diritto premiale e diritto penale: F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale, Atti del settimo simposio di diritto e procedura penale promosso dall’Associazione Avv. Angelo Luzzani 26-27 giugno 1981*, Milano, 1983, p. 121.

² Si intende anzitutto sottolineare come, mentre nella teoria generale del diritto sussiste una distinzione tra promozionalità e premialità, con riferimento alla teoria generale del reato i due termini tendono a sovrapporsi, essendo assolutamente fungibili. Le sanzioni positive, difatti, costituiscono dei premi “*e non vi è alcun posto per la distinzione tra tecnica e funzione*”; così F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 122. Per una ampia dettagliata riflessione sulla nozione di *diritto promozionale* si rinvia a N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXIII, 1969, p. 1312 ss.; ID., *Sulle sanzioni positive*, in AA.VV., *Studi dedicati ad Antonio Raselli*, Milano, 1971, vol. I, p. 229.

³ In merito alla riflessione sul concetto di sanzione, comprensivo tanto delle punizioni (sanzioni negative) quanto dei premi e delle ricompense (sanzioni positive), si veda J. BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, in *Oeuvres*, II, Bruxelles, 1829, *passim*; M. GIOIA, *Del merito e delle ricompense*, Torino, 1853, *passim*; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. (a cura di S. COTTA e G. TREVES), 2^a ed., Milano, 1954, p. 15-17; cfr. altresì M. PISANI, *Diritto premiale e sistema penale: rapporti e intersezioni*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, cit., p. 14 e s.

⁴ Esse, come le sanzioni negative, perseguono lo scopo di “*reintegrare l’euritmia perturbata*”; così G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, I, Bologna, 1939, p. 535.

⁵ Definisce le diverse espressioni della premialità penale come “*una contraddizione in termini*”, sebbene solo “*a prima vista*”, L. EUSEBI, *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in *Studium Iuris*, 2001, p. 273, il quale peraltro riflette sul *carattere bifronte* delle stesse.

⁶ Così R. PASELLA, *Diritto penale premiale e funzione della pena*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, cit., p. 237.

sanzioni penali è sempre stato tema negletto rispetto a quello delle tradizionali tecniche di controllo sociale imperniate su di un modello prevalentemente repressivo⁷.

Sul finire degli anni settanta del secolo scorso, tuttavia, è emerso anche in ambito penalistico un vivo interesse per il sistema delle sanzioni positive o, in altre parole, per il graduale accostamento di un nuovo paradigma, espressivo di un “*ordinamento prevalentemente promozionale*”⁸, al binomio classico reato-sanzione. Tale interesse, che si è ben presto tradotto in un vivace dibattito, prendeva le mosse dalle, invero non rare, ipotesi di sanzione positiva contenute all’interno del Codice Rocco, integrate successivamente dalle norme premiali previste nella legislazione speciale emergenziale.

Alla riflessione sull’efficacia dei rinforzi negativi si è affiancata dunque, anche in materia penale, quella sulla legittimità del rinforzo positivo⁹; parimenti, alla minaccia della pena si accosta l’incoraggiamento, la cui *sedes, in criminalibus*, non può che essere la dimensione della punibilità; difatti, “*i ‘premi’ non possono determinarsi se non influenzando sulle condizioni della punibilità: essi non possono che consistere in attenuazioni, qualitative o quantitative, delle pene conseguenti alla commissione di reati o identificarsi in cause di non punibilità o in cause estintive del reato o della pena o infine concretarsi in alleggerimenti, di vario genere, delle modalità esecutive della sanzione*”¹⁰.

⁷ “Il ruolo del diritto nella società viene di solito considerato dal punto di vista della sua funzione prevalente che è sempre stata quella, più passiva che attiva, di proteggere determinati interessi mediante la repressione degli atti devianti. Non c’è dubbio che per svolgere questa funzione (...) la tecnica più idonea sia quella delle sanzioni negative. Ma dal momento che per le esigenze dello stato assistenziale contemporaneo il diritto non si limita più a tutelare atti conformi alle proprie norme ma tende a stimolare atti innovativi, e pertanto la sua funzione non è più solo protettiva ma anche promozionale, all’impiego quasi esclusivo di sanzioni negative, che costituiscono la tecnica specifica della repressione, si affianca un impiego (...) di sanzioni positive, che danno vita ad una tecnica di stimolazione e di propulsione di atti considerati socialmente utili, anziché alla repressione di atti considerati socialmente nocivi”, così N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, p. 35 s.

⁸ Così G. SPAGNOLO, *Profili premiali nella più recente politica penale*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, cit., p. 259.

⁹ Sull’inattendibilità del principio di indissolubilità fra precetto e sanzione v. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, p. 199, il quale assai efficacemente precisa come “*Le sanzioni sono qualificabili come positive o negative (...) in relazione all’effetto prodotto sulle tipiche conseguenze penali. In questo senso si è riconosciuto come la proposizione secondo cui non v’è illecito penale senza sanzione rappresenta una indebita conversione di quella – anch’essa non sempre vera – secondo cui non v’è precetto senza sanzione, ed un’affrettata conseguenza dell’identificazione del concetto di sanzione con quello di sanzione negativa. Su tale base è possibile ritenere inattendibile (...) il principio di indissolubilità fra precetto e sanzione quale fondamento della inconfigurabilità di reati non puniti*”.

¹⁰ Così R. PASELLA, *Diritto penale premiale e funzione della pena*, cit., p. 237.

Tutto ciò premesso, è dunque opportuno sottolineare come diverse siano le accezioni di premialità osservabili nel nostro diritto penale.

a) *In una prima accezione*, il diritto penale può definirsi premiale nella misura in cui prevede forme di attenuazione o di diminuzione del trattamento sanzionatorio allorquando il soggetto agente tenga, durante la commissione del reato o successivamente a questo, determinati comportamenti, i quali siano ricompresi nelle circostanze attenuanti previste dal codice penale o nella legislazione penale; essi, incidendo in modo più o meno evidente sul contenuto offensivo del fatto, comportano un affievolimento delle conseguenze sanzionatorie e perseguono la cd. “*finalità di retribuzione penale*”¹¹.

Espressione di questa forma di premialità è la circostanza attenuante comune sancita dall’art. 62, comma 1 c.p., in cui i “*motivi di particolare valore morale sociale*” favoriscono una attenuazione del *quantum* di pena che necessariamente si riflette in un giudizio sulla colpevolezza stessa, la quale risulta attenuata a sua volta in forza di una sorta di “*parziale compensazione tra le ragioni del castigo e quelle del premio*”¹².

b) *Una seconda accezione* di diritto penale premiale è osservabile con riguardo a quei numerosi istituti che determinano conseguenze favorevoli in capo al reo nella fase dell’*esecuzione* della pena: ancorati ad una fase del *post factum* “estrema”, in quanto successiva rispetto alla sentenza stessa, siffatti premi assumono le vesti di benefici penitenziari e vengono dunque accordati al condannato a fronte di particolari comportamenti che siano espressivi di una risocializzazione dello stesso. Seppur considerati nella prassi (e forse, per certi versi, divenuti) soggetti ad una quasi automatica applicazione, detti benefici implicano una scelta discrezionale dell’autorità giudicante, chiamata ad effettuare un concreto vaglio circa la condotta del condannato e la meritevolezza di simili forme di ricompensa.

Il riferimento è, va da sé, agli istituti che trovano una loro compiuta disciplina all’interno dell’Ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354), quali le ricompense di cui all’art. 37 o.p., la semilibertà di cui all’art. 48 o.p, le “licenze-premio” di cui agli

¹¹ M. PISANI, *Diritto premiale e sistema penale: rapporti e intersezioni*, cit., p. 20.

¹² M. PISANI, *Diritto premiale e sistema penale: rapporti e intersezioni*, cit., p. 21.

artt. 52 e 53 o.p., la liberazione anticipata di cui all'art. 54 o.p., così come all'istituto codicistico della liberazione condizionale di cui all'art. 176 c.p.¹³.

c) *Una terza accezione* di premio penale è invece rinvenibile in tutte quelle norme che prevedono benefici e altre forme di attenuazione del trattamento sanzionatorio in presenza di comportamenti del reo che, “*a prescindere dal loro eventuale significato indiziante di una minore o maggiore colpevolezza o di una maggiore o minore pericolosità sociale*”¹⁴, sono apprezzabili dal punto di vista etico in quanto idonei a perseguire un'utilità sociale. Trattasi di quel variegato novero di ipotesi, che spaziano dalla desistenza e il recesso (codicistici) al ravvedimento operoso “qualificato” (anche extracodicistico), in merito ai quali l'indagine circa la spontaneità del comportamento tenuto dal reo appare secondaria rispetto a quella della concreta idoneità a raggiungere il risultato che tali previsioni si prefiggono¹⁵.

Ed è proprio tale utilità a determinare la loro piena iscrizione all'interno della categoria del diritto penale premiale *in senso stretto*, che rappresenta l'unica accezione di diritto premiale dotata di una consistenza autonoma nella materia *de qua*, tale dunque “*da consentire di inquadrarne le relative norme in una logica effettivamente antitetica ed alternativa a quella che presiede la formazione dei precetti penali*”¹⁶. La prospettazione di “rinforzi positivi” mira, pertanto, ad incentivare l'attuazione di condotte susseguenti al reato eticamente apprezzabili, realizzando così quell'obiettivo *preventivo* espressivo del diritto penale premiale, il quale costituisce – al pari di quelle già analizzate – una strategia differenziata nella lotta alla criminalità.

¹³ Per una puntuale disamina delle forme di premialità “esecutivo-penitenziarie” si rinvia a F. MANTOVANI, *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, cit., *passim*. Si vedano inoltre A. PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 1986, *passim*; A. BERNASCONI, *La collaborazione processuale*, Milano, 1995, in particolare pp. 79-130.

¹⁴ R. PASELLA, *Diritto penale premiale e funzione della pena*, cit., p. 238.

¹⁵ Le tre accezioni *ivi* indicate non sono certo esaustive: il concetto di “prezialità” è invero assai più ampio. Difatti, da una parte, si possono definire premiali i riti alternativi al processo penale disciplinati all'interno del libro sesto del codice di rito; dall'altra parte, invece, è possibile riconoscere una vocazione premiale, in senso lato intesa, negli istituti contemplati nel codice penale i quali hanno di mira una reintegrazione dell'offesa, tra cui le condotte riparatorie, la sospensione con messa alla prova, la sospensione condizionale della pena. Infine, volendo, è premiale anche la normativa extracodicistica, cui si accennerà nel prosieguo (v. *infra sub cap. 4 par. 8*), che sfocia in misure di protezione per i collaboratori di giustizia, apprezzabili nella fase successiva all'irrogazione stessa della pena.

¹⁶ R. PASELLA, *Diritto penale premiale e funzione della pena*, cit., p. 238.

Difatti, “*il sistema delle sanzioni punitive e premiali trova [...] una sua legittimazione [...] nell'utilitarismo della prevenzione generale [...], tanto più se si tiene presente che nella sua più moderna concezione la generalprevenzione viene vista non più e non soltanto nella sua tradizionale funzione negativa di intimidazione, ma altresì in quella positiva di rafforzamento della coscienza giuridico-morale dei consociati*”¹⁷. In altre parole, non è la sola minaccia della pena a fornire al cittadino una contropinta, ma anche la prospettiva di un vantaggio; d'altronde, proprio “*poiché le norme premiali mirano a promuovere [...] la tenuta di determinati comportamenti, esse rappresentano una risorsa normativa la quale senza dubbio condivide l'intento motivazionale tipico, almeno nelle affermazioni di principio, del diritto penale moderno*”¹⁸.

2. La premialità nella sistematica del reato e il rispettivo rapporto con la categoria della punibilità

“*Dedicare un tema a 'premio e corrispettivo nella dinamica della punibilità' reca in sé una nota problematica: l'argomento proposto presuppone infatti non soltanto che la punibilità posseda una consistenza relativamente autonoma, ma che in essa sia per giunta riconoscibile una 'dinamica', e cioè una fase di passaggio*”¹⁹.

Come si anticipava, non si può appropiare il tema della premialità, o per meglio dire dei “*momenti premiali*”²⁰ nel diritto penale, senza volgere lo sguardo al complesso sistema della punibilità²¹, ossia quel “*dover essere della pena dopo la commissione del*

¹⁷ Così F. MANTOVANI, *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, cit., p. 198.

¹⁸ L. EUSEBI, *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, cit., p. 273 ss.

¹⁹ Così T. PADOVANI, «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità, in AA.VV., *La legislazione penale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Milano, 1987, p. 39.

²⁰ Così F. BRICOLA, *Funzione promozionale*, cit., p. 126.

²¹ In argomento si vedano, G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 609 ss.; L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 397 ss.; G. RUGGIERO, *Punibilità*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, 1988, p. 1118 ss.; G. PIOLETTI, voce *Punibilità (cause di esclusione della stessa)*, in *Dig. Disc. pen.*, X, Torino, 1995, p. 524 ss.; A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., *passim*; P. VENEZIANI, *La punibilità*, in P. VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, Trattato di diritto penale, diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Parte generale, II, Milano, 2014, p. 277; G. COCCO, *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, in *Ind. pen.*, 2015, 3, p. 253 ss.; G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016, *passim*;

*reato*²²: la quale, in *subiecta materia*, viene utilizzata dal legislatore come “*un titolo di credito, idoneo a remunerare le prestazioni che di volta in volta intenda sollecitare dal reo*”²³.

Si è peraltro evidenziato in dottrina che la riscoperta della punibilità come quarto elemento costitutivo del reato²⁴ sia stata sollecitata, almeno in parte, proprio dall'emersione della normativa penale premiale²⁵, che difficilmente avrebbe potuto trovare una sua giustificazione nell'ambito delle tradizionali concezioni bipartita e tripartita.

Al di là del ruolo attribuibile alla categoria della punibilità nell'ambito della teoria generale del reato, tuttavia, è opportuno sottolineare come i momenti premiali nel nostro ordinamento si siano essenzialmente tradotti in circostanze attenuanti (ad effetto speciale) piuttosto che in cause di non punibilità, “*l'impatto [delle quali] è così quantitativamente consistente da sollecitare questioni non dissimili da quelle poste dalle ipotesi di non punibilità*”²⁶.

Si tratta, come evidente, di forme di premialità di diversa intensità, solo una delle quali coinvolge (*rectius*, travolge) la categoria della punibilità: in effetti, l'opzione premiale più moderata, quella che per l'appunto si avvale di circostanze attenuanti, si limita ad incidere sul trattamento sanzionatorio. L'opzione più radicale, quella che invece si avvale di cause di esclusione della punibilità, si traduce in una scelta “a monte”, circa la (non) opportunità stessa di punire. Ne deriva una notevole, e solo in parte giustificata, diffidenza verso la seconda, additata come foriera di criticità apparentemente insuperabili rispetto ad un paradigma di diritto penale costituzionalmente orientato; criticità delle quali, come si cercherà di dimostrare nel prosieguo, non va esente in verità neppure la prima.

MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 9^a ed., 2020, Milano, p. 469 ss.

²² A. PAGLIARO, *Profili dogmatici delle cause estintive del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 2, p. 480.

²³ T. PADOVANI, «*Premio*» e «*corrispettivo*» nella dinamica della punibilità, cit., p. 40.

²⁴ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 219 ss.

²⁵ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, p. 19.

²⁶ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 20.

3. L'universo premiale e le sue molteplici sfaccettature

Esaurite tali premesse, è d'uopo sottolineare come il nostro ordinamento conosca un variegato novero di *momenti premiali*, assai eterogenei tra loro quanto a *natura e funzioni*.

Come si è già visto, numerose sono le accezioni di diritto premiale accolte nel nostro ordinamento; nondimeno, a riprova della complessità del quadro delle misure in parola, va precisato come anche all'interno della terza tra le suelencate accezioni (c)²⁷, l'unica che costituirà oggetto di analisi in questa sede, siano prospettabili ulteriori classificazioni.

Appare dunque assai suggestiva la scelta – operata da Ruga Riga – di affrontare l'ampia ed eterogenea tematica *de qua* attribuendo alle “tipologie” di norme premiali l'etichetta di *strategie*²⁸: così, le diverse strategie premiali, alle volte definite altrettanto efficacemente *soluzioni*, evocano l'idea di autonome direttrici di politica criminale, e dunque, di scelte valoriali di un legislatore che si avvale *anche* del premio per perseguire i suoi fini.

Occorre tuttavia chiarire che l'Autore non intende affatto tracciare una corrispondenza biunivoca tra le prime (le tipologie di norme premiali) e le seconde (le strategie politico-criminali): giacché, *in primo luogo*, ricondurre *tutti* i momenti premiali ad una strategia politico-criminale si rivelerebbe incoerente per le ragioni che si avrà modo di indicare nel corso della trattazione; e poiché, *in secondo luogo*, le previsioni in esame si dimostrano talmente cangianti da essere difficilmente riconducibili ad un unico, preciso disegno, apparendo spesso più idonee ad essere ricondotte a mere *tendenze* di politica criminale²⁹.

²⁷ Vedi *supra sub.* cap. 3, par. 1.

²⁸ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., *passim*.

²⁹ “Il diritto premiale tradizionale è inerente (...) al quadro del reato e alle sue conseguenze, mentre il diritto premiale dei pentiti si inserisce in un'ottica di politica criminale, che tende a scoprire gli autori dei reati e a scoraggiarne le iniziative criminose”; così P. NUVOLONE, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, cit., p. 279, il quale precisa che nel vasto alveo delle misure premiali possono individuarsi due macrocategorie di norme: le norme premiali definite dall'A. “tradizionali” (e che in questa sede verranno definite “*ipotesi di ravvedimento/collaborazione sostanziale*”), ovvero sia contemplate nel codice Rocco e connotate da un particolare rapporto con l'offesa, e quelle invece per lo più annoverate nella legislazione d'emergenza ed espressive di una strategia politico-criminale (che definiremo “*ipotesi di collaborazione/ravvedimento processuale*”) in quanto eccentriche rispetto al piano dell'offesa.

Sebbene infatti solo alcune misure premiali possano essere pienamente ricomprese nel novero delle strategie, peraltro *differenziate*, di lotta alla criminalità, non si può omettere di sottolineare come tutte le norme premiali, pur con il loro diverso “statuto”, esibiscano un *comune denominatore*. Esse costituiscono invero espressione di una scelta legislativa volta alla promozione di comportamenti di ravvedimento: in misura più o meno evidente, esse si fanno pertanto portavoce di istanze marcatamente preventive, le quali sono poi diversamente declinate a seconda del rapporto delle singole norme con l’offesa tipica.

In definitiva, è con particolare riferimento al piano dell’*offesa* che si colgono le principali sfaccettature delle misure premiali, rispetto al quale esse appaiono diversamente proiettate.

4. *Momenti premiali e offesa tipica: ravvedimento sostanziale e processuale*

Nell’alveo della nozione di diritto penale premiale qui considerata, una prima rilevante *macrodistinzione* impone di distinguere le forme di collaborazione *sostanziale* da quelle di collaborazione *processuale*, le quali sono tuttavia accomunate dal fatto di appartenere alla categoria delle “conseguenze del reato”.

Le prime previsioni premiali, che definiremo *originarie* in quanto in buona parte già presenti nel codice del trenta, contemplan una vasta gamma di cause di attenuazione/esclusione della punibilità (circostanze attenuanti e cause di non punibilità sopravvenuta), le quali sono caratterizzate da una “*stretta connessione con l’offesa tipica (danno o pericolo) cagionata dal fatto di reato*”³⁰: si tratta per lo più di ipotesi di ravvedimento attivo, il cui fine è l’incentivazione ad una condotta positiva correlata all’offesa, in quanto diretta a riparare la stessa.

“*Il ravvedimento così inteso viene comunemente definito sostanziale poiché comporta la prevenzione, la reintegrazione, l’attenuazione o l’eliminazione*

³⁰ D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in AA.VV., *La legislazione penale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, cit., p. 76.

dell'offesa³¹: ne sono esempio la desistenza³² ed il recesso attivo nel delitto tentato (art. 56, co. 3 e 4 c.p.), la circostanza attenuante dell'attivarsi del soggetto attivo per l'elisione o l'attenuazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato disciplinata dall'art. 62, n. 6 c.p., lo scioglimento dell'associazione e il recesso dall'accordo nei reati di cospirazione politica (art. 308 c.p.) e di banda armata (art. 309 c.p.), la ritrattazione nel falso giuramento (art. 371, co. 2 c.p.) e nella falsa testimonianza, perizia o interpretazione (art. 376 c.p.), la costituzione in carcere dell'evaso (art. 385, co. 4 c.p.), la cattura di quest'ultimo da parte di colui che ha procurato l'evasione stessa (art. 386, co. 4, n. 2 e 387, co. 2 c.p.), la procurata inosservanza della pena (art. 390, co. 2 c.p.) e della misura di sicurezza (art. 391, co. 2 c.p.), l'impedimento della contraffazione, dell'alterazione, della fabbricazione e della circolazione dell'oggetto materiale del delitto di falsità di monete (art. 463 c.p.) e il ritiro della radunata sediziosa (art. 655, co. 3 c.p.)³³.

Le seconde ipotesi premiali, quelle di collaborazione processuale, si contrappongono alle prime in quanto si traducono in un comportamento sintomatico di un processo di risocializzazione del reo apprezzabile in un momento successivo a quella della

³¹ Così C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 14.

³² Come sottolinea F. Bricola, l'inquadramento della sola desistenza ex art. 56, co. 3 c.p. tra le fattispecie premiali di ravvedimento sostanziale è foriero di perplessità, specie laddove si intenda ricostruire la figura della desistenza come ipotesi di mancanza della tipicità (cfr. sul punto A.R. LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, Napoli, 1964, p. 96-97). Non si spiega infatti la *ratio* di una simile diversificazione del trattamento sanzionatorio rispetto alla ipotesi del recesso attivo di cui all'art. 56, co. 4 c.p., in relazione alla quale non è certo predicabile un *deficit* di tipicità dell'azione e, al contrario, il ravvedimento del reo – anche alla luce dello stadio criminoso raggiunto dalla sua condotta, che può dirsi per l'appunto completa – richiederebbe uno stimolo più intenso ad opera della sanzione positiva. “*La ricerca di una spiegazione razionale della diversità di trattamento nel fatto che il recesso attivo presupporrebbe il completamento dell'azione esecutiva (...) non giustifica comunque la differenza di premio tra chi impedisce l'evento (...) e chi pur eliminando il danno o il pericolo di cui si è concretata l'offesa (...) pone in essere la contro-azione successivamente alla consumazione del reato. Forse, però, assai arduo è il tentativo di razionalizzare questo settore nel quale, come già osservava Carrara, pur se relativamente al recesso, 'i riguardi politici devono assorbire ogni altra considerazione di rigida giustizia'*” (F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 126 s.); cfr. F. CARRARA, *Grado nella forza fisica del delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, 4^a ed., 1885, I, p. 421.

³³ Questo l'elenco di disposizioni premiali contemplate nella versione originaria del codice Rocco – a cui si devono aggiungere le oggi abrogate fattispecie di impedimento dell'uso di armi in duello ad opera dei portatori della sfida, dei padrini, dei secondi e degli agevolatori dei duelli (art. 398, co. 2, n. 1 c.p.), nonché la loro attività di conciliazione e contenimento degli effetti lesivi del duello (art. 398, co. 2, n. 2 c.p.) e la restituzione in libertà nei delitti di ratto (art. 525 c.p.) – riportate da T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 2, p. 529 e s.

commissione del fatto: tali ipotesi, pertanto, non condividono con le prime la logica di reintegrazione dell'offesa, sulla quale non incidono che marginalmente, e si concretizzano invece “nella collaborazione (...) con l'autorità ai fini dell'agevolazione della repressione dei reati commessi e dell'individuazione dei relativi autori e dunque in un risultato apprezzabile sotto il profilo probatorio”³⁴.

Ne sono esempio la dissociazione del concorrente nel reato di sequestro di persona a scopo di estorsione finalizzata a fornire aiuto concreto alla polizia o all'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti (art. 630, co. 5, seconda parte c.p.), il contributo di eccezionale rilevanza disciplinato dall'art. 6 del d.l. 8/1991³⁵ del concorrente dissociatosi dal gruppo criminale nel suddetto reato (art. 630, co. 5)³⁶, l'indicazione di elementi di prova nel reato nei delitti commessi con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordinamento democratico (art. 5 d.l. 625/1979)³⁷, la causa di non punibilità prevista per i concorrenti dei delitti di cui agli artt. 270, 270-bis, 304, 305, 306 c.p. (art. 1, co. 1, lett. b l. 304/1982)³⁸, l'attenuante per i medesimi (art. 3 l. 304/192), le altre condotte collaborative contemplate per i delitti in materia di stupefacenti di cui all'art. 73 del D.P.R. 309/1990³⁹ (art. 73, co. 7) e per l'associazione a delinquere finalizzata alla commissione degli stessi (art. 74, co. 7), l'attenuante prevista per i concorrenti dei delitti di cui agli artt. 416-bis c.p. e per quelli commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso (art. 8 d.l.

³⁴ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 14.

³⁵ D.l. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito dalla l. 15 marzo 1991, n. 82, recante “Nuove norme in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonché per la protezione ed il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia”.

³⁶ Va invero segnalato come l'art. 6 del decreto in parola introduca un'attenuante per il contributo di eccezionale rilevanza anche per le diverse ipotesi di collaborazione sostanziale contemplate dall'art. 630 (in specie co. 4 e prima parte del co. 5), nonché per l'analoga previsione di dissociazione del concorrente dal gruppo criminale dedito al sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione di cui all'art. 289-bis, co. 4 c.p. In argomento si veda C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 39 ss.

³⁷ D.l. 15 dicembre 1979, n. 625, convertito dalla l. 6 febbraio 1980, n. 15, recante “Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica”.

³⁸ L. 29 maggio 1982, n. 384, recante “Misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale”.

³⁹ D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, cit.

152/1991)⁴⁰, le previsioni in materia di diritto penale d'autore (art. 171-*nonies* l. 633/1941)⁴¹, in materia di associazione a delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi (art. 291-*quater*, co. 5 D.P.R. 43/1973)⁴² e, infine, l'attenuante per le fattispecie di furto semplice, furto in abitazione e con strappo e furto aggravato (art. 625-*bis* c.p.)⁴³. Tuttavia, una precisazione è d'obbligo: la distinzione tra le suddette forme di collaborazione non è sempre così evidente, così come “*la linea di demarcazione tra effetti del ravvedimento sostanziale (...) ed effetti del ravvedimento processuale (...), pur essendo chiara sulla carta, soffre (...) di alcuni sconfinamenti reciproci*”⁴⁴.

Come sottolineato da Carlo Ruga Riva, difatti, la collaborazione processuale dell'art. 74 del D.P.R. 309/1990 testimonia tale assunto nella misura in cui contempla un'attenuante per il concorrente che si adopera per assicurare le prove del reato o per sottrarre all'associazione risorse decisive per la commissione dei delitti⁴⁵: contenute in un'unica previsione di legge, le condotte collaborative idonee a determinare un alleviamento del trattamento sanzionatorio non sono teleologicamente del tutto affini, dal momento che la prima persegue un fine prettamente repressivo, mirando allo smantellamento del gruppo criminale; mentre la seconda, maggiormente proiettata verso il futuro nell'intento di evitare che vengano perpetrati altri reati, pare farsi portavoce più di un'istanza preventiva. Di conseguenza, è evidente che “*il nesso tra prevenzione e*

⁴⁰ D.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla l. 12 luglio 1991, n. 203, recante “*Provvedimenti urgenti in materia di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento della pubblica amministrazione*”.

⁴¹ Il riferimento è alla legge 22 aprile 1941, n. 633, recante “*Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*”, così come modificata dall'art. 17 della l. 18 agosto 2000, n. 248, recante “*Nuove norme di tutela del diritto d'autore*”.

⁴² Il riferimento è al D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, recante “*Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale*”, così come modificata dalle l. 19 marzo 2001, n. 92, recante “*Modifiche alla normativa concernente la repressione del contrabbando di tabacchi lavorati esteri*”. Questo ultimo intervento legislativo non si è limitato a prevedere nuove fattispecie penali volte a punire le diverse condotte connesse al contrabbando (artt. 291-*bis*, 291-*ter*, 291-*quater*), ma ha altresì equiparato la nuova fattispecie associativa di cui all'art. 291-*quater* ai reati di tipo mafioso, attraverso l'inserimento della stessa nel novero di delitti contemplati dall'art. 51, co. 3-*bis* c.p.p. e alla previsione della norma premiale di cui al co. 4 dello stesso ritagliata su quella contemplata dall'art. 8 del d.l. 152/1991.

⁴³ L'attenuante di cui all'art. 625-*bis* c.p. non era contemplata nell'impianto originario del Codice Rocco, ma era stata introdotta dall'art. 6, co. 6 della l. 26 marzo 2001, n. 128, recante “*Interventi legislativi di tutela della sicurezza dei cittadini*”.

⁴⁴ Così C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 14 e s.

⁴⁵ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 14 e s.

repressione è (...) bilaterale; è infatti astrattamente configurabile l'ipotesi in cui una condotta postdelittuosa, direttamente incidente sull'offesa, produca anche, indirettamente, effetti repressivi"⁴⁶.

Alla luce di queste considerazioni, si intende dunque sottolineare come, pur essendo solo i momenti premiali legati al ravvedimento processuale espressione, a rigor di logica, della suddetta strategia preventiva differenziata, l'assenza di una vera linea di demarcazione tra le ipotesi di ravvedimento sostanziale e processuale implichi una certa fluidità fra queste categorie, così come l'impossibilità di ravvisare in esse univoci segnali politico-criminali.

A chiosa di quanto detto, si intende ad ogni buon conto rammentare l'illuminante lezione di Gaetano Contento il quale, con riferimento proprio alle 'condotte susseguenti al reato', osservava come "ogni istituto particolare, oltre che collocarsi dommaticamente in un dato posto nel sistema, è sempre sorretto da una ratio di ordine politico"⁴⁷: cosicché, una volta individuato il fondamento dogmatico dei diversi momenti premiali, da ravvisarsi nell'ampio capitolo delle conseguenze del reato, non resta che stabilire quali siano le esatte ragioni, "senza dubbio di politica criminale"⁴⁸, da cui essi sono sorretti.

4.1. *I caratteri della normativa premiale incentrata sulla "soluzione sostanziale"*

Muovendo da una disamina delle fattispecie codicistiche di ravvedimento sostanziale, Tullio Padovani precisava come "Le varie fattispecie di ravvedimento

⁴⁶ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 14. In argomento si veda anche O. DOMINIONI, *Diritto premiale e processo penale*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, cit., p. 173 s., il quale identifica la categoria della collaborazione sostanziale con quella dei "premi collegati solo indirettamente all'oggetto di accertamento giudiziale" e porta esempi di "contributo alla prevenzione" e "collaborazione alla repressione", avvertendo che tuttavia questi possono sovrapporsi, comportando difficoltà di non poco momento in fase di accertamento processuale degli stessi. "Viene così ad aprirsi una prima questione. La quale si determina non solo e non soltanto per il fatto che si viene messi di fronte a due accertamenti che possono essere condotti separatamente nonostante fra di essi corra una sensibile interdipendenza, quanto per le diverse spinte che stanno dietro ad essi: nell'uno si punta alla repressione di un fatto di reato in relazione al quale, nell'altro, si punta al conferimento di un premio. Da qui deriva una maggiore problematicità nel rapporto tra i poteri cognitivi del giudice del primo e quelli del secondo; nonché il disarticolarsi dell'atteggiamento persecutorio del pubblico ministero".

⁴⁷ G. CONTENTO, *Le condotte susseguenti al reato*, Bari, 1965, p. 78.

⁴⁸ G. CONTENTO, *Le condotte susseguenti al reato*, cit., p. 78.

contenute nel codice Rocco sembrano presentare quattro caratteristiche strutturali comuni⁴⁹”.

In primo luogo, ogni norma premiale espressiva della cd. “soluzione sostanziale” postula un comportamento antitetico rispetto a quello che la fattispecie incriminatrice sanziona in quanto, già su di un piano “formale”, essa si presenta come una “contro-condotta”; basti pensare alla ritrattazione del falso, o alla costituzione in carcere, ipotesi che potremmo definire del tutto *speculari* rispetto alla dichiarazione di falso e all’evasione. Se ne può dunque desumere che la tipicità delle stesse è agevolmente ricavabile “a contrario” dalla tipicità del fatto commesso.

In secondo luogo, la divergenza tra la condotta penalmente rilevante e la condotta in cui si estrinseca il ravvedimento del reo dispiega i suoi effetti su di un piano sostanziale, quello dell’offesa. In altre parole, il contributo richiesto al reo dalla norma premiale determina l’eliminazione o l’attenuazione del danno o del pericolo in cui si è concretizzata l’offesa, giacché questa condotta antagonistica è orientata a reintegrare, anche solo parzialmente, l’interesse protetto. Ne deriva che l’esenzione dalla pena e l’attenuazione del trattamento sanzionatorio costituiscono un “premio” per il reo, diversamente modulato a seconda della pregnanza della condotta collaborativa⁵⁰.

Così, il concorrente nel reato di sequestro di persona a scopo di estorsione *ex art.* 630 c.p.⁵¹, il quale si adopera affinché il soggetto passivo riacquisti la libertà, beneficia di una sensibile attenuazione di pena, ma risponde pur sempre del reato “semplice” di

⁴⁹ Così Tullio Padovani (*La soave inquisizione. Osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, cit., par. 2.) apriva il secondo paragrafo del succitato lavoro, paragrafo dedicato alle ipotesi di ravvedimento sostanziale “già” presenti nel codice Rocco, in cui l’A. svolgeva una scrupolissima disamina delle caratteristiche strutturali comuni a queste, al fine di coglierne affinità e divergenze rispetto alla categoria delle (al tempo) “nuove” ipotesi di ravvedimento processuale introdotte dalla legislazione speciale emergenziale.

Non ci si può esimere inoltre dal segnalare come l’analisi di Padovani sia stata a più battute ripresa da autorevole dottrina, al duplice fine di esemplificare la disciplina comune alle forme di ravvedimento sostanziale e di introdurre la delicata questione del rapporto tra esse e le funzioni della pena. Cfr., per tutti, F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 131 ss.

⁵⁰ “*In sostanza, là dove la condotta “antagonistica” del reo è pienamente funzionale alla salvaguardia, sia pure tardiva, dell’interesse protetto, l’ordinamento le attribuisce rilevanza di causa di non punibilità. Viceversa, nelle ipotesi in cui essa può semplicemente circoscrivere il danno od il pericolo, ma non escluderlo, la rilevanza riconosciuta è quella di una circostanza attenuante.*”; così T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di capotali ravvedimento*, cit., p. 533.

⁵¹ Per una dettagliata disamina delle riforme che hanno investito la fattispecie in questione si rinvia a F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, p. 192 s.

sequestro di persona di cui all'art. 605 c.p.⁵². Il suo ravvedimento, infatti, si limita ad attenuare l'offesa, tradottasi nella privazione della libertà personale del sequestrato, che per l'appunto non può essere eliminata; tale forma di collaborazione è tuttavia premiata giacché essa pone fine ad un comportamento penalmente illecito che avrebbe senz'altro potuto protrarsi più a lungo nel tempo⁵³ e scongiura inoltre il compimento di eventuali altri reati finalisticamente connessi al sequestro o, va da sé, il raggiungimento dell'obiettivo (il pagamento del riscatto) che la condotta di sequestro si prefiggeva.

In terzo luogo, la condotta di ravvedimento deve presentare una efficacia causale o, in altre parole, una concreta idoneità ad incidere sull'offesa tipica. A prescindere dall'intensità dell'apporto premiale – il quale può essere anche minimo⁵⁴ – il risultato cui la sanzione positiva mira deve essere effettivamente raggiunto, e “*a surrogarne la mancanza non potrebbero supplire gli sforzi più tenaci e l'impegno più costante del reo, se rimasti infruttuosi*”⁵⁵.

In quarto e ultimo luogo, il ravvedimento deve essere frutto di una decisione volontaria del soggetto agente, non necessariamente espressiva, tuttavia, di una vera e propria “scelta di campo”⁵⁶: del tutto irrilevante è infatti “*il processo motivazionale che*

⁵² Come si anticipava, il comma 4 dell'art. 630 c.p., rubricato *Sequestro di persona a scopo di estorsione*, premia la dissociazione del concorrente che si adopera affinché il soggetto passivo torni in libertà, senza che tuttavia “*tale risultato sia conseguenza del prezzo della liberazione*”. Questa peculiare ipotesi di ravvedimento sostanziale comporta una consistente attenuazione del trattamento sanzionatorio per il concorrente, trattamento che viene rimodulato attraverso il rinvio *quoad poenam* alla fattispecie di sequestro di persona di cui all'art. 605 c.p.: così, la pena comminata dal primo comma dell'art. 630 c.p., da calcolarsi all'interno della severa cornice edittale “*da venticinque a trenta anni*”, viene sostituita da quella prevista dal primo comma dell'art. 605 c.p., che invece sanziona chiunque privi taluno della libertà personale con la reclusione da sei mesi ad otto anni. Cfr., sul punto, A. PANETTA, *Sub art. 630 c.p.*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2019, p. 4556 ss.

⁵³ Trattasi infatti di reato di durata, appartenente alla categoria del reato permanente, in quanto la condotta sanzionata dalla norma si protrae per un tempo apprezzabile per effetto di un persistente atteggiamento volontario dell'agente, il quale – d'altro canto – è padrone della situazione poiché può porre fine in qualsiasi momento alla privazione della libertà personale, bene per antonomasia suscettibile di compressione e successiva reintegrazione.

⁵⁴ Il riferimento è all'apporto richiesto dalla circostanza attenuante comune di cui all'art. 62, n. 6, seconda parte c.p., che postula che il soggetto attivo si adoperi spontaneamente prima del giudizio per elidere o meramente attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato; tale ultima ipotesi premiale si contrappone a quella della prima parte della disposizione in esame, la quale comporta un'attenuazione di pena a fronte di una integrale riparazione del danno, mediante il risarcimento e, se possibile, le restituzioni.

⁵⁵ T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, cit., p. 534.

⁵⁶ G. CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., p. 95.

ha deciso l'atteggiamento del colpevole"⁵⁷, così come la spontaneità della sua condotta collaborativa, essendo sufficiente l'attribuibilità di quest'ultima alla sfera soggettiva personale di costui.

L'individuazione dei succitati requisiti strutturali comuni alle forme di ravvedimento sostanziale – i quali, giova puntualizzarlo, sono da intendersi come *cumulativi* – permette di riflettere sulla funzione di queste norme. È stato del resto osservato che *“Le caratteristiche così individuate si inquadrano perfettamente in un diritto penale fondato sul primato dell'offesa e sulla dimensione realistica dell'illecito”*, ed esse *“denotano una precisa destinazione finalistica delle fattispecie ‘premiali’ alla salvaguardia dello stesso interesse protetto dalla norma incriminatrice violata”*⁵⁸.

Tale assunto è ricavabile anzitutto dall'ultimo dei requisiti strutturali sopra illustrati, il quale, come si diceva, prescinde da qualsivoglia forma di valutazione etico-sociale del ravvedimento e indica invece come la norma premiale fosse intesa dal legislatore del Trenta quale mero strumento di *tutela del bene giuridico*. Lungi dal dover essere sintomatica di un ravvedimento interiore, la norma di collaborazione sostanziale richiede invero la mera imputazione soggettiva della condotta collaborativa al reo: in tal modo essa rivela un intento di protezione del bene giuridico leso dal fatto penalmente rilevante, e conferma l'indefettibile connessione rispetto al piano della lesione criminale di detta categoria premiale.

L'indifferenza rispetto alle motivazioni interiori del reo non fa altro che avvalorare tale tesi⁵⁹ e *“accentua, anzi, la dimensione sostanzialmente obiettivo-utilitaristica delle varie ipotesi considerate”*⁶⁰. Si tratta, del resto, *“non di una funzione autonoma, (...) ma strettamente connessa alla logica della dissuasione originaria”*, con l'unica precisazione che l'idea di prevenzione generale che queste forme di ravvedimento

⁵⁷ F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 132.

⁵⁸ T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, cit., p. 534 e s.

⁵⁹ Sul punto compare una velata critica nelle parole di Franco Bricola (*Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 132), il quale sottolinea come la legislazione premiale di ravvedimento sostanziale non sia a suo parere, diversamente da quanto asserito da Padovani, *“il segno di una scelta per una linea oggettiva, posto che gli spazi per un diritto penale dell'atteggiamento interiore sono altrimenti ampi nel codice”*.

⁶⁰ T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, cit., p. 535.

esprimono non è quella della “*deterrenza cieca, (...) ma [quella di] una dissuasione funzionale alla salvaguardia (...) di beni giuridici la cui lesione costituisce il danno sociale intorno a cui deve gravitare il reato*”⁶¹.

Non vi è dunque dubbio, per concludere, che tali tecniche di incoraggiamento, le quali si muovono parallelamente a quelle afflittive⁶², si ispirino e si uniformino allo spirito del diritto penale di matrice illuministica, in quanto “*sul piano dell’esemplarità (...) l’applicazione della disposizione ‘premiale’, non che dimostrare “debolezza” della legge, ne ribadisce l’efficacia*” e “*sul piano dell’orientamento culturale è forse più significativa la non punibilità o la minore punizione seguita alla ritrattazione di una falsa testimonianza o alla costituzione in carcere dell’evaso (...) che non la condanna per i corrispondenti reati*”⁶³.

4.2. *I caratteri della normativa premiale incentrata sulla “soluzione processuale”*

La divergenza tra la condotta penalmente rilevante e la condotta in cui si estrinseca il ravvedimento del reo – la quale, come si è visto, appare più simile ad una “convergenza speculare” – non è immediatamente ravvisabile nelle diverse ipotesi di ravvedimento processuale. Con riferimento a queste, infatti, l’adesione del legislatore allo schema della contro-condotta appare meno netta: infatti queste ipotesi, come si anticipava, assumono una posizione eccentrica rispetto al piano dell’offesa⁶⁴. D’altronde, è innegabile che la formulazione della previsione premiale in termini di contro-condotta fosse particolarmente funzionale ad evidenziarne il rapporto con l’offesa; rapporto meno rilevante, ma non del tutto assente, nelle diverse ipotesi di collaborazione processuale introdotte, dentro e fuori il codice, dalla legislazione dell’emergenza a partire dagli anni settanta.

Se invero talune delle ipotesi in parola presentano caratteri di sostanziale omogeneità con quelle di ravvedimento sostanziale (basti pensare alla liberazione

⁶¹ G. COCCO, *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2014, p. 13.

⁶² Sul punto F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., p. 191.

⁶³ T. PADOVANI, «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità, cit., p. 41.

⁶⁴ Così T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, cit., p. 537.

dell'ostaggio nei delitti di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di sequestro di persona a scopo di estorsione, ai sensi – rispettivamente – degli artt. 289-*bis*, co. 4 e 630, co. 5 seconda parte c.p.,) giacché è innegabile un'ontologica contrarietà della condotta criminosa rispetto al piano dell'offesa, va tuttavia rilevato come queste disposizioni postulino un *quid pluris*, del tutto sconosciuto all'universo della collaborazione sostanziale. In entrambe le suddette previsioni si può invero notare come la dissociazione del concorrente miri a veicolare un messaggio, diverso e ulteriore, il quale nulla ha a che vedere con la dimensione dell'*iniuria*. Detta condotta, da intendersi in termini di “*revoca dell'adesione al vincolo associativo che costituisce la base ideologica della societas sceleris*”⁶⁵, “*può difficilmente sottrarsi ad una interpretazione a sfondo soggettivo*”⁶⁶: in altre parole, essa rappresenta una vera e propria scelta di campo, che passa per il “*ripudio dell'impresa criminosa*”⁶⁷.

Assume tratti differenti, di conseguenza, anche il profilo della volontarietà della condotta del soggetto attivo, la quale deve essere valutata non tanto (e non più) in relazione al risultato della reintegrazione dell'offesa, ma avendo invece in considerazione un obiettivo ulteriore, ossia quello della collaborazione con l'autorità. Un nuovo risultato positivo, dunque, il quale tuttavia non condivide lo spirito dei momenti premiali codicistici, ed impone altresì una diversa riflessione con riferimento alla stessa categoria della punibilità.

5. Il “mutato” volto della premialità: la normativa in materia di terrorismo

La previsione di una normativa premiale in materia di terrorismo figura come “*la concretizzazione di una scelta di politica criminale (...) che presenta[va] caratteri di rilevante novità nel nostro ordinamento*”⁶⁸. Frutto dell'emergenza terroristica dei cd.

⁶⁵ F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., p. 208.

⁶⁶ T. PADOVANI, «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità, cit., p. 44.

⁶⁷ T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, cit., p. 537.

⁶⁸ Così G. CHELAZZI, *La dissociazione dal terrorismo*, Milano, 1981, p. 5.

“anni di piombo”⁶⁹, tale normativa ha ricoperto un ruolo indiscutibilmente centrale nella repressione degli odiosi crimini perpetrati in Italia a cavaliere tra gli anni settanta ed ottanta; ciò nonostante, essa è stata senz’altro trascurata dalla recente dottrina, al punto che oggi si è affermato che *“il ruolo svolto dalle norme premiali risulta relativamente in ombra nell’attuale dibattito sulla lotta al terrorismo”*⁷⁰.

Al di là della questione della praticabilità di una siffatta strategia differenziata con riferimento all’attuale fenomeno del terrorismo internazionale, assai differente, sotto molteplici profili, da quello che ha interessato il nostro Paese nel suddetto periodo⁷¹, è necessario precisare come la normativa premiale in oggetto non abbia ancora esaurito la sua portata precettiva, essendo ancora pienamente in vigore⁷².

Espressione di questa sono per esempio le disposizioni di cui agli artt. 4 e 5 della cd. legge Cossiga (legge n. 15 del 1980)⁷³, che contemplan – rispettivamente – una circostanza attenuante e una causa di non punibilità per il terrorista pentito che *“dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero aiuta concretamente l’autorità di polizia e l’autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l’individuazione o la cattura dei concorrenti”* e che *“volontariamente impedisce l’evento e fornisce elementi di prova determinanti per l’esatta ricostruzione del fatto e per l’individuazione degli eventuali concorrenti”*.

⁶⁹ Per un’analisi in chiave storico-comparata della legislazione emergenziale in materia di terrorismo v. D. CASTRINUOVO, *Quale lezione dagli “anni di piombo”? La legislazione dell’emergenza e sui pentiti in prospettiva storica e comparata*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2019, 1, p. 143 ss.

⁷⁰ E. COTTU, *Altre “soavi inquisizioni”: le tecniche premiali di rinuncia alla pena nella lotta al terrorismo contemporaneo*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 1, p. 192.

⁷¹ Cfr, tra i tanti, R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, pp. 233 ss. Per le diverse risposte sanzionatorie alle diverse stagioni di terrorismo in Italia cfr. altresì F. DIAMANTI, *Misure premiali e terrorismi. Dall’esperienza italiana all’ultima evoluzione del terrorismo islamista*, in *La legisl. pen.*, 5 dicembre 2019, *passim*.

⁷² Tali disposizioni sono state solo temporaneamente derogate dalla l. 304/1982, la cui portata era tuttavia limitata: essa prevedeva il limite di applicabilità ai reati iniziati o la cui permanenza fosse anteriore al 31 gennaio 1982, alla condizione che gli imputati si “dissociassero” entro 120 giorni dalla data di entrata in vigore;

⁷³ Legge di conversione del decreto-legge 15 dicembre 1979, n. 625, concernente *misure urgenti per la tutela dell’ordine democratico e della sicurezza pubblica*.

Tali interventi si collocano in un quadro assai noto alla legislazione emergenziale, replicato anche in svariate altre stagioni, il quale si riflette in due diverse tendenze: da una parte, quella all'irrigidimento della risposta penale nei confronti del fenomeno del terrorismo⁷⁴ e, dall'altra parte, quella alla previsione di un trattamento mite a favore dei soggetti che decidano di collaborare con le autorità (i c.d. "pentiti")⁷⁵.

Così il decreto in parola ha, da un lato, introdotto nuove fattispecie incriminatrici e circostanze aggravanti (artt. 1-2-3)⁷⁶, nonché ampliato la portata dei poteri dell'autorità di pubblica sicurezza (artt. 7-8-9-10)⁷⁷ nell'esecuzione delle misure precautelari, e dall'altro lato ha introdotto una circostanza attenuante e una esimente di collaborazione processuale, estranee al mondo dell'offesa ma comunque idonee ad una riparazione della stessa *in extremis*⁷⁸.

Numerose le questioni affrontate dalla dottrina in merito a tali previsioni, le quali, pur condividendo l'intenzione di insidiare dall'interno i gruppi terroristici, presentano difformità alle volte foriere di aporie e contraddizioni.

Anzitutto, viene in considerazione l'ambito di applicazione delle stesse. L'attenuante di cui all'art. 4, di cui – stando alla *littera legis* – possono beneficiare solo gli autori di *delitti* commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine

⁷⁴ Circa la tendenza, tipica della legislazione emergenziale, all'irrigidimento dell'apparato repressivo si veda S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., in particolare p. 8 ss.

⁷⁵ Tale espressione, che nasce proprio in questo contesto, viene spesso usata anche con riferimento ai mafiosi collaboranti e, più in generale, seppur con minore frequenza, a tutti quei soggetti dissociati da un'organizzazione criminale. L'espressione "pentito" è inoltre spesso messa a confronto con quella di "irriducibile", solita indicare il criminale che non si lascia tentare dai premi e non si ravvede.

⁷⁶ In particolare, il decreto in parola ha introdotto le fattispecie di cui agli artt. 270-bis c.p. (*Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico*) e 280 c.p. (*Attentato per finalità terroristiche o di eversione*) e la circostanza aggravante comune della "*finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico*".

⁷⁷ Il riferimento è all'ampliamento dei termini della custodia preventiva, l'estensione dei casi di obbligatorietà del mandato di cattura e l'introduzione di nuove condizioni ostative alla concessione della libertà provvisoria.

⁷⁸ Osservava Chelazzi (*La dissociazione dal terrorismo*, cit., p. 6) che "*mentre l'indirizzo legislativo 'di rigore' ha suggerito norme di portata sostanziale e processuale, quello improntato a favore del terrorista ravveduto ha trovato espressione solo negli artt. 4 e 5 del d.l., e quindi solo in disposizioni di rilievo sostanziale, senza adeguati e specifici riscontri di natura processuale, segnatamente in tema di libertà personale*".

democratico⁷⁹, sarebbe ontologicamente incompatibile con fattispecie monosoggettive. Dalla norma si evince infatti la natura concorsuale, necessaria o eventuale, delle fattispecie in cui l'attenuante in oggetto può trovare applicazione⁸⁰. Diversamente, dal combinato disposto degli artt. 4 e 5 del decreto, emergerebbe la possibilità, per gli autori dei delitti monosoggettivi, di beneficiare della sola causa di non punibilità: l'art. 5, difatti, facendo riferimento alla presenza solo eventuale di concorrenti⁸¹, è applicabile tanto ai delitti con finalità di terrorismo e di eversione realizzabili in forma monosoggettiva, quanto a quelli realizzabili in forma plurisoggettiva. La ragione di una simile diversificazione è rinvenibile nella *ratio* stessa delle due previsioni⁸²: la prima ha di mira la "dissociazione", mentre la seconda persegue l'impedimento dell'evento, "*come fatto dimostrativo dell'efficace abbandono da parte del colpevole (o di uno dei colpevoli) dell'iniziativa delittuosa intrapresa*"⁸³.

Un accenno, inoltre, alla questione dell'individuazione della sfera di operatività dell'art. 4 del decreto rispetto ad altre norme. L'attenuante premiale contiene infatti una clausola di riserva ("*salvo quanto disposto nell'art. 289-bis c.p.*"), dall'ambiguo significato e dalla quale, *prima facie*, potrebbe ricavarsi una preclusione dell'attenuante

⁷⁹ A differenza, peraltro, dell'aggravante di cui al comma secondo del medesimo articolo, applicabile indistintamente ai *reati* commessi a tal fine ("*Per i reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, punibili con pena diversa dall'ergastolo, la pena è sempre aumentata della metà, salvo che la circostanza sia elemento costitutivo del reato*"). L'esclusione delle contravvenzioni dall'ambito di applicazione della attenuante in esame è tuttavia facilmente giustificabile, non solo alla luce del panorama legislativo in materia, che non contempla contravvenzioni connotate da un siffatto dolo specifico, ma anche – in linea di principio – in ragione della lieve entità delle pene previste per queste, la quale poco si concilierebbe con l'effettivo dissuasivo che tale norma premiale persegue. Una simile differenziazione appare pertanto una svista del legislatore, che testimonia la spesso non elevata qualità della tecnica legislativa emergenziale.

Per una puntale disamina della locuzione "*commessi con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico*" si rinvia a G. CHELAZZI, *La dissociazione dal terrorismo*, cit., p. 10 ss.

⁸⁰ Il riferimento è alle espressioni "*nei confronti del concorrente*" e "*individuazione o cattura del concorrente*", le quali non danno adito a dubbio alcuno circa la possibilità di applicare la circostanza premiale in parola a fattispecie realizzabili unicamente in forma plurisoggettiva.

⁸¹ La causa di non punibilità è applicabile, difatti, sia a chi volontariamente impedisce l'evento, sia a chi fornisce elementi di prova determinanti per l'esatta ricostruzione del fatto e per l'individuazione degli "eventuali" concorrenti.

⁸² Sarebbe pleonastico, ma al contempo non del tutto pertinente argomentare tale diversificazione facendo richiamo alla struttura dell'attenuante: difatti, l'art 4 contempla le due suddette ipotesi ed è evidente come la prima, di per sé, potrebbe invero attagliarsi anche ai delitti commessi in forma monosoggettiva.

⁸³ G. CHELAZZI, *La dissociazione dal terrorismo*, cit., p. 10.

in questione al delitto di cui all'art. 289-bis c.p. La fattispecie di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione contempla tuttavia al quarto comma una circostanza attenuante premiale dal tenore analogo alla previsione contenuta nella prima parte dell'art. 4 del decreto in esame⁸⁴: viene dunque da interrogarsi sull'effettiva portata della clausola di riserva, anche in considerazione del fatto che il delitto di cui all'art. 289-bis c.p. non contempla entrambe le ipotesi premiali di cui all'art. 4, ma solo la prima, vale a dire quella della dissociazione. Se da un lato, in prima battuta, la clausola di riserva potrebbe essere considerata sintomatica dell'intento legislativo di escludere l'operatività della previsione con riferimento al delitto di cui all'art. 289-bis c.p., dall'altro lato va evidenziato come tale preclusione avrebbe ben potuto estendersi ad altre fattispecie, quali quella di attentato per finalità terroristiche o di eversione dell'art. 280 c.p.

Sembrerebbe dunque ragionevole optare per un'altra interpretazione, ovverosia quella secondo cui la clausola di riserva non preclude affatto, nei limiti che si vedranno, l'operatività della previsione premiale con riferimento al delitto di sequestro di persona con tale dolo specifico, *“ma piuttosto indica che il legislatore (...) ha voluto fare salvo quanto previsto nel quarto comma dell'art. 289-bis c.p., dirimendo in senso negativo ogni possibile dubbio circa un effetto abrogativo da parte della disposizione successivamente emanata”*⁸⁵.

Appare tuttavia chiaro come non possano tralasciarsi i connotati propri delle due fattispecie su cui si innestano le rispettive (ed analoghe) attenuanti premiali: d'altronde, essendo il delitto di sequestro di persona un reato permanente, l'adoperarsi affinché vengano evitate conseguenze ulteriori potrebbe coincidere *in toto* con la liberazione dell'ostaggio, così come coincidere, secondo parte della dottrina, con un mero comportamento idoneo a tale scopo e diretto ad esso, senza che la liberazione dell'ostaggio venga effettivamente raggiunta⁸⁶. Per tale motivo, specie se si opta per la seconda tra le opinioni or ora menzionate, vi sarebbe una piena coincidenza tra le due

⁸⁴ “L'art. 289-bis, co. 4, recita infatti: *“Il concorrente che dissociandosi dagli altri si adopera affinché il soggetto passivo riacquisti la libertà è punito con la reclusione da due a otto anni; se il soggetto passivo muore, in conseguenza del sequestro, dopo la liberazione, la pena è della reclusione da otto a diciotto anni”*”.

⁸⁵ G. CHELAZZI, *La dissociazione dal terrorismo*, cit., p. 50.

⁸⁶ A. DALIA, *I sequestri di persona a scopo di estorsione, terrorismo ed eversione*, Milano, 1980, p. 63 s.

previsioni e opererebbe per tale ragione il criterio di specialità di cui all'art. 15 c.p.: precludendo, così, ogni margine di operatività della attenuante contenuta nel decreto.

Nessuna preclusione parrebbe invece sussistere con riferimento alla attenuante legata alla collaborazione di cui alla seconda parte dell'art. 4 del decreto, applicabile, anche retroattivamente⁸⁷, ai sequestri di persona e altri reati commessi con le suddette finalità.

Soffermandoci, per concludere, sulla esimente premiale contemplata all'art. 5 del decreto in parola, giova sottolineare come la legge di conversione 6 febbraio 1980 n. 15 presenti notevoli differenze rispetto al testo originario del d.l. 15 dicembre 1979 n. 625, a riprova delle difficoltà registrate nell'approvazione di una misura premiale inedita e di larga apertura nei confronti del "pentito", che si connota addirittura per la rinuncia alla pretesa punitiva. Finalizzata, come si è più volte detto, alla collaborazione del dissociato con l'autorità, è l'ampiezza dell'apporto ad apparire significativa. La norma subordina infatti una tanto generosa (assenza di) risposta sanzionatoria ad "elementi di prova determinanti", requisito senz'altro più pregnante rispetto a quello richiesto dall'articolo precedente e che postula una effettiva realizzazione del risultato che la norma ha di mira⁸⁸.

6. Il "nuovo" volto della premialità: la normativa in materia di corruzione

Venendo ora alla materia dei reati contro la pubblica amministrazione, occorre premettere che l'estensione ad essa della strategia basata sulla collaborazione del soggetto attivo abbia destato in dottrina non poche perplessità: al centro del dibattito vi è la più volte menzionata legge "Spazza-corrotti", la quale ha inserito una nuova causa di non punibilità all'interno del titolo secondo della parte speciale del codice penale⁸⁹. Tale esimente, disciplinata all'art. 323-ter c.p., costituisce espressione di una strategia premiale del tutto rinnovata, a cavaliere tra il ravvedimento sostanziale e quello processuale; la quale, da una parte, si traduce in una "promozione" della condotta

⁸⁷ G. CHELAZZI, *La dissociazione dal terrorismo*, cit., p. 53.

⁸⁸ Così G. CHELAZZI, *La dissociazione dal terrorismo*, cit., p. 65.

⁸⁹ Per una più ampia riflessione in merito alla legge cd. "Spazza-corrotti" e alle novità dalla stessa introdotte si veda *supra sub cap. 2*, par. 3.

collaborativa (che, da mera circostanza attenuante, diviene causa sopravvenuta di non punibilità)⁹⁰ e, dall'altra parte, si espande ad un settore assai peculiare, criminologicamente molto diverso rispetto a quelli avvezzi ad ospitare misure premiali (in ispecie di collaborazione processuale).

6.1. “Il Progetto della Statale”

L'idea di introdurre un istituto di natura premiale nel contesto dei reati contro la pubblica amministrazione non rappresenta comunque una novità: tale proposta era infatti già stata avanzata alcuni decenni prima dell'introduzione dell'ipotesi di cui 323-ter c.p. da alcuni autorevoli studiosi, i quali si erano a lungo dedicati – con approcci peraltro assai diversi – all'analisi delle vicende note alle cronache come ‘scandalo di Tangentopoli’⁹¹. Le indagini effettuate in quegli anni, che avevano messo in luce un radicato sistema di corruzione pubblica idoneo a mettere in forte crisi il rapporto tra istituzioni e cittadini⁹², erano confluite nel cd. “Progetto Cernobbio”⁹³, conosciuto anche come “Proposta della Statale”⁹⁴, presentato il 14 settembre 1994 presso l'Università milanese.

Tale progetto, recependo le indicazioni contenute in alcune proposte di legge presentate negli anni precedenti⁹⁵, prevedeva all'art. 10 (recante “Cause di non punibilità

⁹⁰ In argomento L. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, in particolare p. 6 ss.

⁹¹ Il *pool* di studiosi in questione riuniva alcune personalità di spicco che negli anni delle vicende di Tangentopoli a vario titolo si erano occupate delle questioni connesse ai fenomeni corruttivi (per l'esattezza i professori universitari di diritto e procedura penale Oreste Dominioni, Domenico Pulitanò, Federico Stella, i magistrati Gherardo Colombo, Piercamillo Davigo e Antonio Di Pietro, nonché l'avvocato Massimo Dinoia).

⁹² Così R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 6, 3 giugno 2019, p. 5.

⁹³ Il cui testo è consultabile in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 3, p. 1025 ss.

⁹⁴ In argomento, tra i tanti, si vedano F. SGUBBI, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1994, 4, p. 941 ss.; G. INSOLERA, *Le proposte per uscire da Tangentopoli*, in *Critica al diritto*, 1995, p. 17 ss.; T. PADOVANI, *Il problema di Tangentopoli tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 2-3, p. 453 ss.; D. PULITANÒ, *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1997, 1, p. 3 ss.

⁹⁵ Il riferimento è alla proposta di legge *Azzaro ed altri*, n. 1789, presentata alla Camera dei Deputati il 31 maggio 1984 (e la successiva proposta di legge *Fumagalli Carulli*, n. 2556, presentata alla Camera dei Deputati il 16 febbraio 1993, analoga alla prima), le quali caldeggiavano l'introduzione di uno strumento

per la corruzione”) una *esimente*, per corrotto e corruttore, la cui configurazione è assai simile a quella presentata dall’attuale art. 323-ter c.p.⁹⁶.

Il primo comma dell’articolo in parola stabiliva infatti la non punibilità degli autori dei delitti di cui agli artt. 317 e 318 c.p.⁹⁷ che, prima dell’iscrizione della notizia di reato a loro carico, e comunque entro tre mesi dalla commissione del fatto, spontaneamente si fossero autodenunciati all’autorità. La denuncia in parola doveva essere tuttavia corredata da una condotta collaborativa dai confini molto ampi: *in primo luogo*, l’esenzione da punibilità dei soggetti denunciati era subordinata alla comunicazione all’autorità di indicazioni utili all’individuazione di altri soggetti responsabili del reato; *in secondo luogo*, la norma aggiungeva, tanto per il corrotto (co. 2) quanto per il corruttore (co. 3), la messa a disposizione della somma rispettivamente ricevuta o versata.

Ad ogni buon conto, la causa di non punibilità in parola, strutturata in modo da riflettere il carattere di bilateralità del rapporto corruttivo⁹⁸, non era stata accolta con favore dalla dottrina⁹⁹; la quale, indirizzando prevalentemente le rispettive critiche sulle

premiata all’interno della materia dei reati contro la pubblica amministrazione al fine di facilitare l’accertamento processuale di questi. In particolare, la prima delle suddette proposte partiva dal presupposto che “l’accertamento dei reati di corruzione, che si presumono al momento molto numerosi, è impedito o comunque notevolmente ostacolato dalla solidarietà che il sistema vigente finisce per creare tra corruttore e corrotto; si che si pone il problema di una revisione legislativa diretta a spezzare questa solidarietà, per indurre il corruttore a denunciare i fatti (quasi sempre conosciuti solo da lui e dal corruttore), liberandolo dal timore che anche nei suoi confronti venga iniziato un procedimento penale”. Cfr. https://www.camera.it/_dati/leg09/lavori/stampati/pdf/17800001.pdf.

⁹⁶ L’art. 10 del progetto recitava: “1. Non è punibile chi abbia commesso il fatto previsto dall’art. 317 o dall’art. 318 qualora, prima che la notizia di reato sia stata iscritta a suo carico nel registro generale, e comunque entro tre mesi dalla commissione del fatto, spontaneamente lo denunci, fornendo indicazioni utili per individuare altri responsabili. 2. La non punibilità del corrotto è altresì subordinata alla condizione che egli, entro tre mesi dalla commissione del fatto, versi o renda comunque irrevocabilmente disponibile all’autorità giudiziaria una somma pari a quanto ricevuto, ovvero, per la parte in cui la somma che sia stata utilizzata nell’interesse altrui o versata ad altri, dia indicazioni che consentano di individuare l’effettivo beneficiario. 3. La non punibilità del corruttore è altresì subordinata alla condizione che egli, entro tre mesi dalla comunicazione del fatto, versi o renda comunque irrevocabilmente disponibile all’autorità giudiziaria una somma pari a quanto versato”.

⁹⁷ I quali al tempo disciplinavano le ipotesi di concussione e di corruzione per un atto di ufficio.

⁹⁸ Sul punto R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all’art. 323-ter c.p.*, cit., p. 7.

⁹⁹ Circa le reazioni della dottrina sulla causa in parola v. AA.VV., *Un itinerario comparatistico sulla collaborazione premiata riferita ai fenomeni corruttivi: da Tangentopoli a Lava Jato*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, 9 maggio 2020, par. 5.1.

problematiche connesse ai profili pratico-operativi della forma di resipiscenza in parola, aveva finito per contestare l'opportunità dell'estensione della tecnica premiale alla materia dei reati contro la pubblica amministrazione¹⁰⁰.

6.2. La circostanza attenuante di cui all'art. 323-bis c.p.

La proposta contenuta nel Progetto Cernobbio era dunque rimasta a lungo inascoltata, fino a quando il legislatore italiano – con legge 69/2015¹⁰¹ – aveva introdotto una diversa ipotesi di premialità per il “pentito di corruzione”, la circostanza attenuante di collaborazione processuale di cui all'art. 323-bis.

Il secondo comma di questa disposizione, rubricata “*Circostanze attenuanti*”¹⁰², prevedeva una consistente riduzione di pena (da un terzo a due terzi) a favore degli autori di alcuni delitti contro la pubblica amministrazione che si fossero adoperati “*per evitare che l'attività delittuosa sia [fosse] portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme e delle altre utilità trasferite*”¹⁰³.

Appariva dunque evidente che la riforma del 2015 avesse inaugurato un istituto premiale meno robusto rispetto a quello contemplato dal progetto Cernobbio, ma altresì più accessibile; dando così voce alle istanze di quanti ritenessero necessario l'esperimento di una siffatta strategia politico-criminale anche all'interno dell'area corruttiva, senza tuttavia “scomodare” la categoria della punibilità¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Cfr., tra i molti, F. CINGARI, *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, 1, p. 94. Più favorevole all'introduzione di un meccanismo premiale per corrotto e corruttore in quanto male minore rispetto “*all'attuale situazione di sostanziale arbitrio delle procure*” F. VIGANÒ, *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, p. 22.

¹⁰¹ Legge 27 maggio 2015, n. 69, recante “*Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*”.

¹⁰² La norma in parola menziona espressamente i delitti previsti dagli artt. 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis c.p.

¹⁰³ Così recita, per l'appunto, l'art. 323-bis co. 2 c.p.

¹⁰⁴ Sul punto si veda, ancora, F. VIGANÒ, *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quello che resta da fare*, cit., p. 22 ss.

D'altro canto, l'opzione per una mera attenuazione di pena, anziché per una vera e propria causa di non punibilità, presentava molteplici pregi sul piano tecnico-giuridico¹⁰⁵. L'alternatività delle condotte collaborative richieste dalla norma, la mancata previsione di un termine entro cui prestare il proprio contributo e l'assenza di un vaglio circa la spontaneità del ravvedimento erano chiari indizi dell'intento del legislatore di “*offrire al pentito la più vasta gamma possibile di comportamenti di ravvedimento legati da un unico filo conduttore*”¹⁰⁶ e, in generale, di incentivare al massimo una siffatta forma di collaborazione. Tali pregi erano nondimeno bilanciati, da un lato, dalla natura della previsione – che, qualificandosi come circostanza, è suscettibile di soccombere nell'eventuale concorso con altre circostanze – e, dall'altro lato, dalla qualifica soggettiva della stessa, la quale rendeva l'elemento circostanziale in oggetto non comunicabile ai compartecipi.

A dispetto di tutto ciò, il ricorso a questa forma *moderata* di premialità è parso in ogni modo limitato nel tempo¹⁰⁷ e il relativo dibattito è rimasto sopito per un paio d'anni.

6.3. *La causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*

Il dibattito in parola è stato invero riaperto solo di recente, in particolar modo dalle fazioni politiche inclini a riconoscere nel fenomeno corruttivo carattere emergenziale¹⁰⁸, ed è sfociato nell'emanazione della suddetta legge del 2019.

¹⁰⁵ Cfr., in argomento, A. SPENA, *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazione e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (l. 69/2015)*, in *Studium iuris*, 2015, 10; V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla l. 69/2015*, in *Dir. pen. cont.*, 15 dicembre 2015; G. DOMENICONI, *Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla l. n. 69/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2016.

¹⁰⁶ C. BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 26 giugno 2015.

¹⁰⁷ Sul punto si veda R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*, cit., p. 8 e s. e, in particolare, nt. 11.

¹⁰⁸ A tal proposito si rinvia alle considerazioni svolte in Introduzione, nonché a E. DOLCINI, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2019, *passim*; V. MONGILLO, *La legge “Spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere dell'anticorruzione*, cit., *passim*.

Quest'ultima legge, entrata in vigore “*con grande frastuono di zuffoli e tamburi*”¹⁰⁹, presenta un ambito di applicazione particolarmente ampio, in quanto raggruppa “*riforme compulsive (...) ispirate all'irrigidimento del sistema repressivo*”¹¹⁰, le quali – spaziando dal versante sostanziale a quello processuale, passando financo per quello penitenziario – incidono sull'istituto della prescrizione, sulle norme concernenti la trasparenza dei partiti politici e, *dulcis in fundo*, sulla materia della corruzione.

Va dunque sin da ora sottolineato come la novella in parola, in ispecie in relazione all'ambito qui considerato, presenti i tratti tipici della legislazione emergenziale, condividendone sia l'ampiezza sia la rigidità delle soluzioni¹¹¹; ciò è del resto agevolmente desumibile dai suoi lavori preparatori i quali, inneggiando alla “*fight against impunity*”¹¹², dimostrano di perseguire il “potenziamento a tutto tondo” delle tecniche di accertamento, prevenzione e repressione in materia di corruzione.

Per quanto concerne poi il profilo *ivi* analizzato, va inoltre preliminarmente segnalato come l'introduzione di una vera e propria causa di non punibilità, disciplinata all'art. 323-*ter* c.p., sia espressione del medesimo spirito che, due anni prima, aveva indotto il legislatore nazionale a dare piena regolamentazione alla figura del *whistleblower* all'interno del nostro ordinamento¹¹³. Essa, come si avrà modo di precisare nel prosieguo della trattazione, condivide con quest'ultimo intervento non solo lo scopo di inserire un elemento di insicurezza all'interno del sodalizio corruttivo, bensì al contempo quello di preordinare una condotta collaborativa asseritamente idonea alla rottura del muro dell'omertà, disincentivando così il compimento di condotte illecite¹¹⁴.

¹⁰⁹ M. GRIFFO, *Il trojan e le derive del terzo binario*, in *Sistema penale*, 2020, 2, p. 62.

¹¹⁰ Così V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la PA: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 14 febbraio 2019, p. 105.

¹¹¹ Con particolare riferimento alla (inutile) rigidità delle soluzioni apprestate dalla riforma in parola si rinvia a M. GAMBARDELLA, *Il grande assente della nuova “legge Spazzacorrotti”: il microsistema delle fattispecie di corruzione*, cit., in particolare p. 61 ss.

¹¹² Così V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la PA: profili di illegittimità costituzionale*, cit., p. 106.

¹¹³ Per una disamina del fenomeno del *whistleblowing* v. *infra* sub cap. 4.

¹¹⁴ M. GAMBARDELLA, *Il grande assente della nuova “legge Spazzacorrotti”: il microsistema delle fattispecie di corruzione*, cit., in particolare p. 55.

Esaurite tali premesse, è bene concentrarsi sull'esame della causa di non punibilità prevista all'art. 323-ter c.p., partendo dalla sua formulazione letterale.

Tale disposizione al primo comma esclude la punibilità degli autori dei fatti previsti dagli artt. 318 (*Corruzione per l'esercizio della funzione*), 319 (*Corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio*), 319-ter (*Corruzione in atti giudiziari*), 319-quater (*Induzione indebita a dare o promettere utilità*), 320 (*Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio*), 321 (*Pene per il corruttore*), 322-bis (con riferimento alle sole ipotesi di corruzione e induzione indebita a dare o promettere utilità *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*), 353 (*Turbata libertà degli incanti*), 353-bis (*Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente*) e 354 (*Astensione dagli incanti*) se, entro un determinato lasso di tempo, denuncia il fatto all'autorità, fornendo a quest'ultima indicazioni utili per assicurare la prova e per individuare gli altri responsabili¹¹⁵.

Il secondo comma della disposizione puntualizza poi che l'esenzione della punibilità del denunciante, che si tratti del corrotto o del corruttore, è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità percepita (o una somma equivalente), ovvero l'indicazione di elementi utili e concreti per individuare il beneficiario della stessa.

Ora, alla luce delle considerazioni svolte, si tratta di comprendere quale sia l'effettiva natura della forma di ravvedimento in parola.

A leggere la relazione ministeriale che ha accompagnato il disegno di legge, la logica sottesa a questa disposizione sarebbe quella della “*regressione dell'offesa*”; regressione la quale deve essere tuttavia subordinata “*a condizioni (soglie temporali, fattività della collaborazione) volte ad assicurare una reintegrazione utile e tempestiva*”.

¹¹⁵ Cfr. sul punto F. Fasani (*La nuova causa di non punibilità per il “pentito di corruzione”*, in R. ORLANDI, S. SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 134), il quale osserva che la nuova esimente si applichi a un ventaglio di fattispecie più vasto rispetto a quello contemplato nel Progetto Cernobbio, ma come al contempo non possano beneficiare di questa, diversamente dalla precedente proposta, gli autori dei reati in astratto suscettibili di connessione con quelli contro la pubblicazione amministrazione, quali quelli di falso o quelli tributari. In merito alle critiche in merito alla mancata inclusione nel “catalogo” dei reati della fattispecie di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-bis c.p. cfr. L. NOTARO, *La causa di non punibilità del denunciante in materia di delitti contro la P.A.: vecchi e nuovi problemi in tema di legislazione premiale e la collaborazione processuale di fronte all'espansione del paradigma emergenziale*, in *La Legisl. pen.*, 24 novembre 2020, p. 4 s.

dell'interesse offeso dal reato” per poter “riconnettersi alla minaccia iniziale, e apparire quindi come osservanza, sia pure tardiva, di quello stesso precetto che è stato violato”¹¹⁶. Insomma, l'art. 323-ter c.p. tratterebbe un'ipotesi di ravvedimento sostanziale, del tutto in linea con le altre ipotesi originariamente previste all'interno del codice penale.

Tuttavia, tale prospettazione non appare del tutto condivisibile. Difatti, non ci si può esimere dal segnalare come non sembri ravvisabile nel caso di specie quella “divergenza speculare” tra la condotta imposta dalla norma che si assume violata e quella richiesta dalla norma premiale¹¹⁷. Malgrado i numerosi elementi “spuri”, che accomunano la forma in parola a quelle di ravvedimento sostanziale – quali, ad esempio, i caratteri “modali” che essa deve rispettare –¹¹⁸, la non punibilità è ancorata alla proficuità della dichiarazione piuttosto che alla ritrattazione. La neutralizzazione (o attenuazione) della portata offensiva del fatto non passa infatti per una contro-condotta, come nelle forme tipiche di ravvedimento sostanziale, ma al contrario abbisogna dell'intervento dell'autorità giudiziaria. In altre parole, “la collaborazione del denunciante rappresenta l'irrinunciabile momento di proazione nella repressione ma non, propriamente, fattore di regressione dell'offesa”¹¹⁹.

Inoltre, le condizioni applicative della causa di non punibilità sono assai peculiari¹²⁰.

¹¹⁶ Cfr. Disegno di legge “Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici”, presentano dall'On. Bonafede in data 24 settembre 2018, disponibile <http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.1189.18PDL0029490.pdf>, p. 21.

¹¹⁷ Si veda *supra sub cap. 3*, par. 4.1.

¹¹⁸ Il proposito collaborativo deve infatti manifestarsi volontariamente e tradursi in una fattiva collaborazione, la quale non può tuttavia manifestarsi oltre uno specifico limite temporale. “L'esimente in parola sembra quindi partecipare di alcuni degli elementi tipici delle cause di non punibilità realmente regressive dell'offesa, pur collocandosi in una prospettiva ordinamentale profondamente diversa da esse”, così F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione*, in www.magistraturaindipendente.it, 5 marzo 2019, p. 4.

¹¹⁹ Così, F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 2.

¹²⁰ Circa la peculiarità delle condizioni applicative dell'art. 323-ter c.p. v. S. Fiore (*Tracce di distopia legislativa nella “Spazzacorrotti”. Funzioni simboliche e deterrenza “latente” nell'uso della non punibilità*, in *La Legisl. pen.*, 18 giugno 2020, p. 8), il quale osserva, in modo assai condivisibile, come il riconoscimento nel caso concreto della sussistenza di tutti i requisiti previsti per poter beneficiare della causa di non punibilità “non dipende solo dalla loro numerosità, ma anche dalla loro natura. Alcuni di essi, infatti, non possono invero dirsi obiettivi o almeno non del tutto, richiedendo invece una valutazione giudiziale che ne verifichi la ricorrenza: si pensi alla natura «utile e concreta» delle indicazioni fornite e persino al calcolo del tempo trascorso dalla commissione del fatto, che notoriamente, proprio per la corruzione, può presentare in concreto aspetti controversi. Il soggetto potrebbe cioè autodenunciarsi,

Anzitutto occorre osservare che lo spazio temporale entro cui è consentito all'autore di autodenunciarsi risulta particolarmente ristretto, seppur dilatato rispetto a quello del progetto milanese: infatti, il primo comma prevede che della causa di esenzione della punibilità possa beneficiare solo il soggetto attivo che si autodenunci "*prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto*".

Del resto, se da una parte tale stringente limite temporale, decorrente dal momento della commissione del fatto (o, in caso di mero tentativo, dal compimento dell'ultima porzione dell'azione tipica), funge da indispensabile contrappeso all'ipotesi di esenzione di punibilità del reo, è dall'altra parte connesso ad esigenze di specialprevenzione, attesa la minore riprovevolezza della condotta di chi collabora con l'autorità in un arco temporale ristretto. Tuttavia, nonostante il pregevole intento del legislatore di evitare strumentalizzazioni della misura premiale mediante l'esclusione delle autodenunce "opportunistiche" e sollecitate dalla conoscenza di indagini a proprio carico, non si può sottacere che, da una parte, il dato testuale non consente di cogliere l'effettivo significato della nozione di "notizia"¹²¹; e, dall'altra parte, che il termine previsto dalla novella sia poco compatibile, sul piano prasseologico, con i tempi, piuttosto dilatati, che tendenzialmente l'emersione del fatto corruttivo richiede.

Inoltre, l'operatività della esimente *de qua* è subordinata, come si anticipava, alla "*messa a disposizione dell'utilità percepita*" ovvero – qualora il reo sia impossibilitato a tale adempimento – alla dazione di una somma equivalente. La norma, inoltre, sembra parificare a detta restituzione "*l'indicazione di elementi utili all'individuazione del*

confessare, persino restituire il maltolto e vedersi tuttavia negata l'applicazione della causa di non punibilità, per la ritenuta insussistenza, da lui non preventivabile, per così dire, di qualcuna delle molteplici condizioni, potendo al massimo sperare nell'applicazione della circostanza attenuante prevista dall'art 323 bis c.p.".

¹²¹ La nozione dà adito a dubbi interpretativi poiché non è chiaro se essa debba essere intesa in senso tecnico o meno; favorevole alla seconda soluzione, pur in assenza di appigli forniti dal diritto vivente, V. Mongillo (*La legge "Spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere dell'anticorruzione*, cit., p. 269 e s.), il quale precisa che, a garanzia della spontaneità della denuncia, è sufficiente che il soggetto attivo non sia a conoscenza dell'esistenza di indagini a proprio carico, ma non necessariamente anche della propria iscrizione nel registro degli indagati. Di questa opinione anche L. Notaro (*La causa di non punibilità del denunciante in materia di delitti contro la P.A.: vecchi e nuovi problemi in tema di legislazione premiale e la collaborazione processuale di fronte all'espansione del paradigma emergenziale*, cit., p. 6), la quale esclude l'operatività della esimente in caso di conoscenza "casuale" dell'*intraeus* o dell'*extraneus* interessato da una indagine.

beneficiario attivo”, imponendo così all’interprete di “stimare”, quasi soppesare, le diverse prestazioni, calibrando il valore economico di una alla pignanza dell’altra. La previsione lascia peraltro irrisolta la questione della operatività dell’esimente nella non peregrina ipotesi del mancato recupero dell’*utilitas* indicata dalla norma, corredato però dalla comunicazione di utili indicazioni per individuarne il beneficiario: in merito alla quale, nell’attesa di un chiarimento proveniente dal diritto vivente, non si può che esprimere una ragionevole propensione per la soluzione negativa, non foss’altro che per la irrazionale equiparazione tra le due suddette prestazioni.

Di più. Della causa di non punibilità in oggetto è stata sin da subito notata l’intrinseca irragionevolezza pratica, anche alla luce degli stringenti requisiti richiesti dalla norma per l’operatività della stessa. In dottrina infatti alcuni autori si sono opportunamente interrogati sulla convenienza di una siffatta autodenuncia: ad esempio Tullio Padovani ha efficacemente rilevato “*chi mai potrà essere lo sprovveduto che, nei (...) mesi stabiliti (...), si azzarderà a farsi avanti, non sapendo se nel frattempo è avvenuta l’iscrizione?*”¹²².

In definitiva, l’effetto incentivante della norma premiale ruota attorno all’inserimento del suddetto elemento di insicurezza, che dovrebbe valere come contropinta dissuasiva all’entrare in accordi illeciti; ma, per come strutturato, forse esso rischia al contrario di indurre i soggetti appartenenti al sodalizio criminoso a rinforzare il loro legame, per il timore di poter subire la denuncia di illeciti pregressi in caso di rottura dell’alleanza.

Infine, in forza della natura *necessariamente plurisoggettiva* della fattispecie, sarebbe stato forse più opportuno garantire l’esonero della punibilità al mero privato, così da mettere l’agente pubblico in balia del corruttore. È del resto innegabile che il disvalore della fattispecie ruoti oggi più attorno al pubblico ufficiale che al privato¹²³.

Ad ogni modo, il terreno delle fattispecie corruttive non pare particolarmente fertile nemmeno per l’inserimento della strategia premiale, mutuata da settori della criminalità con i quali i reati contro la pubblica amministrazione non hanno alcuna affinità empirico-criminologica.

¹²² T. PADOVANI, *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., p. 7.

¹²³ T. PADOVANI, *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., p. 8.

Il filo conduttore che segna l'ingresso dell'opzione premiale in parola in questo settore criminale è dunque solo quello dell'emergenza, o meglio della percezione della stessa. Del resto, la riforma in parola si inquadra nell'alveo di altri interventi, realizzati tutti con la medesima novella, quali l'inasprimento delle pene per i delitti previsti dal titolo dedicato ai reati contro la pubblica amministrazione, la preclusione di benefici penitenziari e l'estensione dell'ambito di applicazione delle misure accessorie, i quali finiscono per accostare il fenomeno corruttivo ad altri fenomeni criminosi di gran lunga più gravi. Tutto ciò in virtù della ricerca di un efficientismo che tradisce una passione punitiva sempre più cieca e vigorosa¹²⁴.

In una prospettiva *de iure condendo*, allora, molteplici sarebbero gli accorgimenti adottabili – beninteso, in via legislativa – al fine di favorire il ricorso alla previsione di nuovo conio. *Sul piano oggettivo*, innanzitutto, potrebbe rivelarsi opportuna una rivisitazione dell'ambito di applicazione della causa di non punibilità: da una parte, infatti, si auspicherebbe l'esclusione da questo delle ipotesi che non si traducono in un accordo corruttivo o paracorruttivo e, dall'altra, l'estensione dell'impunità ai reati potenzialmente connessi a quelli corruttivi. *Sul piano soggettivo*, inoltre, sarebbe senz'altro significativa la limitazione della esenzione della punibilità al mero privato, che avrebbe l'effetto di mettere l'agente pubblico – colui che ha più da temere in casi di mancata collaborazione e di condanna – in balia del corruttore¹²⁵. Infine, per quanto attiene alle condizioni cui la norma subordina l'operatività dell'esimente, una dilatazione del lasso temporale entro cui il soggetto attivo può ravvedersi ragionevolmente contribuirebbe a rendere più attrattiva la forma di resipiscenza in esame.

Tuttavia, residua il dubbio che il *restyling* della causa di non punibilità non rappresenti una soluzione davvero conveniente. Piuttosto, l'evidente fallimento della riforma dovrebbe forse costituire l'occasione per un mutamento di prospettiva: la “suggerione premiale” potrebbe infatti cedere il passo ad un rinvigorimento di altre strategie, sì *differenziate*, ma maggiormente congeniali al *genotipo* delle fattispecie corruttive.

¹²⁴ D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, 26 marzo 2019, p. 235 e 246 ss.

¹²⁵ In argomento cfr. T. PADOVANI, *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., p. 8.

7. Estensione e limiti del sindacato costituzionale sulle norme premiali

Al termine della disamina delle fattispecie premiali conosciute nel nostro ordinamento, occorre dar conto dei delicati rapporti intercorrenti tra queste e i principi costituzionali che informano il diritto punitivo moderno. Difatti, “[i]l premio per la collaborazione processuale pone problemi di legittimità in parte comuni a tutte le scelte di politica criminale che comportano una rinuncia, totale o parziale, della punibilità”¹²⁶. Un primo *focus* della questione attiene alla compatibilità tra le scelte di politica criminale basate sull’esclusione o l’attenuazione della punibilità e gli obblighi di incriminazione ricavabili dal dettato costituzionale¹²⁷. È pertanto necessario verificare se gravino sul legislatore penale vincoli nella fase di previsione del premio: in altre parole, se quest’ultimo debba essere assoggettato allo stesso interesse della norma incriminatrice, ovvero se esso possa eventualmente essere ancorato a interessi diversi, senza tuttavia che ciò dia adito a “ingiustificate sacche di odiosi privilegi”¹²⁸.

¹²⁶ Così C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 419 introduce la delicatissima questione del rapporto tra premio e principi costituzionali in materia penale, richiamando le riflessioni degli ultimi decenni del secolo scorso in merito alla compatibilità delle scelte di politica criminale volte all’esenzione o all’attenuazione della punibilità con gli obblighi di incriminazione e i principi costituzionali. In argomento, tra le numerose autorevolissime voci, si vedano F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni ’70*, in *Questione criminale*, 1980, p. 229 ss.; D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 2, p. 484 ss.; G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, Padova, 1984, p. 163 ss.; L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 2, p. 626 ss.

¹²⁷ Per una suggestiva riflessione circa la configurabilità di obblighi costituzionali di criminalizzazione nell’ordinamento italiano v. D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, cit., *passim*; nonché, per una disamina più recente e di più ampio respiro, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Firenze, 2009, in particolare p. 65 ss.

¹²⁸ “La possibilità di un sindacato di costituzionalità delle norme di favore da recente ammessa dalla Corte tende, come è noto, ad evitare che si formino nel sistema penale delle ingiustificate sacche di odiosi privilegi e si muove, dunque, nel segno del riconoscimento della necessità di porre un vincolo di qualità di interesse alla concessione di un premio”: così E. MUSCO, *La premialità nel diritto premiale*, in AA.VV., *La legislazione penale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, cit., p. 126.

A tale questione, affrontata con toni vivaci dalla dottrina a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, non si poteva (ed invero non si può tuttora) dare una soluzione univoca, come del resto dimostrano i diversi orientamenti consolidatisi in merito.

Secondo un primo orientamento, in particolare, i principi costituzionali afferenti alla materia penale varrebbero anche per la particolare categoria di norme in cui si inscrivono i momenti premiali, ossia le *norme di favore*; per tale motivo, si è ritenuto che la scelta politico-criminale di prevedere una attenuazione, o financo una esclusione, della punibilità non possa che definirsi distonica, almeno in parte, rispetto all'apparato costituzionale applicabile alla materia penale¹²⁹. Come si vedrà, infatti, le forme di ravvedimento conosciute nel nostro ordinamento minano senz'altro il rapporto di proporzionalità che deve sussistere tra reato e pena: e, del resto, a giustificazione di tale nocumento non può invocarsi la peculiarità della norma premiale, la quale deve inserirsi armonicamente – dunque al pari di tutte le altre norme – nel quadro delle garanzie penalistiche.

Secondo un secondo (e meno rigoroso) orientamento, invece, non avrebbe senso sottoporre il premio agli stessi limiti costituzionali cui è assoggettata la norma penale: ne deriverebbe che, sebbene non del tutto libero, il legislatore potrebbe porre a fondamento della norma premiale anche interessi costituzionalmente diversi da quelli presidiati dalle norme incriminatrici¹³⁰. In definitiva, il premio non necessariamente dovrebbe essere espressione dell'interesse costituzionale presidiato dalla norma incriminatrice (*“il che avviene nelle fattispecie premiali fondate su di una controazione diretta ad elidere od attenuare l'offesa di un interesse costituzionalmente rilevante”*¹³¹), in quanto potrebbe proteggere interessi *altri*, purché meritevoli di tutela costituzionale, quali la repressione del crimine¹³² o la rieducazione del reo¹³³. Poco importerebbe allora se detti beni “diversi” avessero alle volte un rango inferiore rispetto a quello del bene presidiato dalla norma

¹²⁹ In argomento cfr. G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 163 ss.

¹³⁰ V. a tal proposito C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 421.

¹³¹ Così F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 135.

¹³² L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., p. 665. In tal senso v. altresì E. MUSCO, *La premialità ne diritto premiale*, cit., p. 126.

¹³³ F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 135.

incriminatrice, in quanto l'asimmetria nel bilanciamento tra beni troverebbe una sua giustificazione nella *ratio* di *favor* delle norme premiali¹³⁴.

Secondo un terzo e ultimo orientamento, infine, non vi sarebbe limite costituzionale alcuno alla conformazione delle fattispecie premiali, fatta eccezione per il principio di uguaglianza, in ispecie sotto il profilo della ragionevolezza. L'opzione per un momento premiale si collocherebbe dunque pacificamente nell'ambito della discrezionalità del legislatore penale, il quale potrebbe farne una valevole strategia politico-criminale senza la necessità di rinvenire tra i beni costituzionali quello atto a giustificare la rinuncia alla punibilità di determinati fatti¹³⁵.

Tale prospettazione, apparentemente radicale, è stata caldeggiata in particolare da quella parte della dottrina che ha sottolineato – peraltro assai condivisibilmente – la rigidità delle opposte soluzioni¹³⁶, le quali finirebbero per “*surroga[re] per via giudiziaria scelte legislative ritenute eccessivamente generose*”¹³⁷.

Del resto, la soluzione in parola presenta l'innegabile pregio di garantire un più snello sindacato sulla norma premiale, il quale sarebbe per l'appunto sottoposto a un mero vaglio di “*coerenza con le scelte complessive dell'ordinamento*”¹³⁸, articolato in due fasi: *in primis* la verifica della coerenza dei singoli momenti premiali con la disciplina in cui sono inseriti e, *in secundis*, la sussistenza delle peculiarità fattuali che giustifichino la previsione di siffatte norme di favore.

Alla luce di queste considerazioni, si può affermare che la norma premiale non potrà essere sottoposta ad un giudizio di legittimità costituzionale se non con riferimento al parametro sancito all'art. 3 della Carta costituzionale e che l'interprete dovrà (e potrà)

¹³⁴ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 421.

¹³⁵ D. PULITANÒ, *Rigore e premio nella risposta alla criminalità organizzata*, in AA.VV., *I reati associativi*, Milano, 1998, p. 151 ss.

¹³⁶ Estremamente chiare le parole di D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, cit., p.100) sul punto: “*Non posso che ribadire grosse riserve su un'interpretazione della Costituzione che sottopone ai medesimi principi formali e sostanziali la punibilità e la attenuazione (fino alla rinuncia) della punibilità. Quali che siano i principi invocati (di legalità, del bene giuridico, ecc.) il rischio ricorrente è di capovolgere la funzione liberale-delimitativa dei principi, in fattore di irrigidimento obbligato del sistema penale; dove irrigidimento significa, a un tempo, stabilizzazione di dati livelli punitivi, e riduzione delle opzioni di politica criminale (finali e strumentali) a disposizione del legislatore ordinario*”.

¹³⁷ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 424.

¹³⁸ Così D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, cit., 2, p. 528; sul punto v. altresì C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 422.

limitarsi a vagliare la compatibilità della stessa con le scelte complessive dell'ordinamento, e – nello specifico – del settore in cui essa è inserita, al solo fine di giustificarne “*la differenziazione normativa*”, in quanto “*ad avere bisogno di legittimazione costituzionale è la punibilità – l'intervento penale – piuttosto che la sua mancanza*”¹³⁹. In altre parole, “*si può (...) concludere che attenuanti (o esimenti) premiali (...) rientrano tra le opzioni normative consentite al legislatore ordinario, a condizione (necessaria e sufficiente) che venga rispettato il principio di uguaglianza formale*”¹⁴⁰.

7.1. I momenti premiali al vaglio del principio di uguaglianza

Come si accennava, secondo l'ultimo dei succitati orientamenti, l'unico parametro adottabile ai fini di un sindacato di legittimità costituzionale delle norme premiali è quello offerto dal principio di uguaglianza; il quale, come evidente, viene in considerazione sotto il profilo della *ragionevolezza* delle disparità di trattamento connaturate alle scelte politico-criminali volte all'esclusione o all'attenuazione della responsabilità penale del soggetto attivo che si ravvede.

A tal proposito, giova senz'altro ricordare le parole di Paolo Tonini, il quale si accingeva ad approcciare la tematica *de qua* domandandosi “*se veramente si possa configurare un diritto penale premiale, o non si debba parlare piuttosto di un diritto incidentalmente premiale, nel senso che per reprimere alcuni, premia altri, venendo così ad incidere sul principio di eguaglianza di fronte alla legge*”¹⁴¹.

Cionondimeno, prima di verificare come il *vulnus* al principio di uguaglianza sia stato affrontato dalla dottrina penalistica domestica, occorre fare alcune premesse.

Il riferimento alla disparità di trattamento è da intendersi in una duplice accezione, giacché la violazione del principio di uguaglianza è ravvisabile *in ottica* sia *esterna* sia *interna*.

In ottica esterna, la diseguaglianza in questione è anzitutto osservabile in relazione ai soggetti attivi di altri reati, ascrivibili a simile titolo: si pensi infatti

¹³⁹ D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, cit., p. 528.

¹⁴⁰ D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, cit., p. 102.

¹⁴¹ Così P. TONINI, *Collaborazione con la giustizia penale*, cit., p. 266.

all'apparentemente ingiustificata disparità di trattamento tra l'autore di un sequestro di persona *ex art. 605 c.p.* e l'autore di un sequestro di persona a scopo di estorsione *ex art. 630 c.p.* che decida di collaborare con l'autorità, il quale può beneficiare delle diverse attenuanti speciali contemplate in quest'ultima disposizione.

In ottica interna, invece, la suddetta diseguaglianza è osservabile rispetto agli eventuali concorrenti del reo non cooperanti con l'autorità, in quanto i complici del sequestratore che non optino per la collaborazione sono sanzionati con pene di gran lunga più severe di quelle comminabili al primo.

Sempre *in quest'ottica*, infine, la dottrina ha rilevato una terza forma di diseguaglianza, *interna* per l'appunto all'organizzazione criminale, osservabile tra concorrenti collaboranti: il premio, nonostante l'assenza di un'esplicita previsione a riguardo, sarebbe verosimilmente rivolto a quei soggetti che, in forza della loro posizione o del loro ruolo all'interno del sodalizio, possono fornire un apporto più consistente alle autorità¹⁴².

In merito al *vulnus* dell'uguaglianza nella prima accezione, quella *esterna*, assai numerose sono le giustificazioni addotte¹⁴³.

In primo luogo, da un punto di vista strettamente sostanziale, la peculiarità di beni giuridici che la collaborazione mira a presidiare; *in secondo luogo*, da un punto di vista criminologico, la natura dei reati in cui meglio si insediano le forme di ravvedimento, in particolare i delitti associativi¹⁴⁴; *in terzo luogo*, da un punto di vista politico-criminale,

¹⁴² Sul punto cfr. G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., 170 ss.; T. PADOVANI, «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità, cit., p. 58, il quale sottolinea come “sul piano sostanziale, il valore dei benefici è posto (...) in rapporto di proporzione diretta con l'entità della collaborazione prestata (...). Ma poiché la possibilità di fornire contributi eccezionali dipende dal ruolo svolto nella banda terroristica, e dal correlativo livello delle responsabilità assunte nella pianificazione, nell'organizzazione e nell'esecuzione dei crimini perpetrati dagli accoliti, ne deriva che i gregari minori, avendo poco o nulla di importante da rivelare, saranno puniti in misura straordinariamente maggiore ai loro capi”; v. altresì S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 115.

¹⁴³ La tripartizione qui riportata è proposta da C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 430, al quale si rinvia per ulteriori considerazioni sul punto.

¹⁴⁴ Come del resto già sottolineato in plurime occasioni, la natura associativa o necessariamente plurisoggettiva delle fattispecie gioca un ruolo assai importante nella scelta di previsione di misure premiali. Difatti, è all'interno del sodalizio criminoso che più si può apprezzare l'utilità pratica della collaborazione, che persegue per l'appunto lo scopo di spezzare dall'interno il vincolo tra compartecipi e favorire così la raccolta di prove che difficilmente sarebbe possibile raccogliere “dall'esterno”.

l'inefficacia degli strumenti tradizionali di investigazione e di repressione dei reati, o, in altre parole, l'incapacità di soddisfare le esigenze preventive mediante gli stessi.

Il sacrificio del principio di uguaglianza è perciò ammissibile “*soltanto di fronte ad esigenze prevalenti*” e, in estrema sintesi “*quando le esigenze di prevenzione dei reati non possono essere soddisfatte altrimenti*”¹⁴⁵.

In merito al *vulnus* dell'uguaglianza nella seconda accezione, quella *interna*, solo abbandonando la prospettiva retribuzionista si può individuare una valida giustificazione alla disparità di trattamento. Difatti, “*nel diritto penale dello scopo, ovvero preventivo, il post-factum può rilevare*”¹⁴⁶, in ispecie come indice sintomatico del grado di pericolosità del reo.

Infine, la disparità di trattamento tra concorrenti risulta assolutamente coerente con la funzione della misura premiale, che mira per l'appunto a fornire all'autorità il più ampio contributo possibile.

In definitiva, è l'esigenza efficientistica a giustificare una siffatta violazione del principio di uguaglianza: accettabile solo nella misura in cui l'applicazione del premio risulti effettivamente funzionale a ragioni di giustizia, uguali o superiori a quelle perseguite dalla norma incriminatrice.

Ancora. Il parametro fornito dal principio di uguaglianza può essere analizzato anche in un'ultima e assai diversa prospettiva, *complementare* rispetto a quelle finora esposte. Se invero si è fatto riferimento alla legittimità delle disposizioni che prevedono un premio, censurabili sotto il profilo dell'uguaglianza proprio perché la comminazione del premio può apparire discriminatoria nella duplice accezione esaminata, non ci si può esimere dall'interrogarsi sulla legittimità delle misure “non premiali”: con riferimento, dunque, alla potenziale lesione del principio di legalità derivante dalla mancata concessione di un premio in fattispecie del tutto assimilabili per struttura a quelle che invece lo prevedono. In altre parole, il principio di uguaglianza può essere (ed è stato finora) trattato come “*criterio delimitativo di scelte di non (o minore) punibilità*”, ma vale anche la pena “*accennare all'ipotesi contraria, ovvero a casi nei quali il principio di uguaglianza potrebbe essere posto a fondamento di interpretazioni analogiche espansive*”

¹⁴⁵ P. TONINI, *Collaborazione con la giustizia penale*, cit., p. 266.

¹⁴⁶ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 431.

(...), di questioni di illegittimità costituzionale volte a censurare talune disposizioni penali nella parte in cui non contemplan premii previsti per casi simili¹⁴⁷.

È evidente dunque come tale interrogativo presupponga la ripresa di un dibattito risalente, ossia quello circa l'applicabilità estensiva, ovvero in via analogica, di una norma di favore.

Alla luce del dettato dell'art. 14 delle Preleggi¹⁴⁸, la dottrina ha (quasi) sempre escluso la possibilità di applicare "oltre ai casi in esse considerati" dette previsioni¹⁴⁹, poiché, rappresentando un'eccezione, sono coperte da un divieto di analogia; queste, inoltre, sono espressione di una precisa scelta di politica criminale, come efficacemente ricordato dalla Suprema Corte¹⁵⁰ e ribadito, seppur con riferimento alle sole cause di estinzione del reato, da parte della Corte costituzionale¹⁵¹; per tale motivo esse rispondono ad una logica di mera opportunità, che non permette loro di essere analogicamente estensibili.

Ciò nondimeno, se il divieto di analogia è principio che si rivolge al giudice ordinario, il quale, ad esempio, non potrà applicare al soggetto collaborante ritenuto colpevole di associazione per delinquere ex art. 416 c.p. le attenuanti previste invece dal succitato d.l. 152 del 1991¹⁵², del pari tale limite non esclude affatto che il giudice delle leggi possa prendere posizione sul punto in virtù del parametro fornito dall'art. 3 Cost. Si tratta infatti di ciò che si è verificato con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 384, co. 2 c.p., censurata dalla Consulta nella parte in cui non estendeva la causa di non punibilità

¹⁴⁷ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 433.

¹⁴⁸ Come noto, l'art. 14 delle Disposizioni preliminari al codice civile recita: "Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre ai casi e ai tempi in esse considerati".

¹⁴⁹ A favore della non applicabilità estensiva delle norme di favore si veda, per tutti, M. BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva*, Palermo, 1955, p. 113; una piccola apertura sembrava ravvisarsi nelle parole di Francesco Antolisei, il quale – con riferimento peraltro alle sole cause di estinzione della pena e del reato – suggeriva di risolvere la questione adottando un approccio casistico e mantenendo comunque "grande cautela" (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1997, p. 100), nonché in quelle di Salvatore Prosdocimi con riferimento alle sole norme concernenti il recesso dal reato consumato (S. PROSDOCIMI, *Il recesso dal reato consumato: profili di diritto penale comparato*, in AA.VV., *La legislazione premiale*, cit., p. 161).

¹⁵⁰ Cfr. Cass. pen., 28 novembre 1995, n. 4140.

¹⁵¹ Corte Cost., 16 maggio 1989, n. 247, in *Giur. cost.*, 1989, p. 1133 ss.; Corte cost., 3 ottobre 1989, n. 487, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1562 ss.

¹⁵² Sul punto cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 433.

prevista per i soggetti attivi dei delitti di false informazioni al pubblico ministero e falsa testimonianza (ai sensi, rispettivamente, degli artt. 371-*bis* c.p. e 372 c.p.) al soggetto che avesse reso false o reticenti informazioni alla polizia giudiziaria¹⁵³. Rilevava infatti la Corte che, mentre il secondo comma dell'art. 384 c.p. escludeva la punibilità di chi avesse reso false informazioni al pubblico ministero e falsa testimonianza nell'ipotesi in cui il soggetto attivo avrebbe dovuto essere avvertito della sua facoltà di astenersi dal rendere le stesse, mancava una espressa esenzione da punibilità (così come del resto una espressa figura di reato), per colui che avesse reso omesse (o non veritiere) informazioni alla polizia giudiziaria.

Essendo tale omissione censurabile “*sotto il profilo del canone della razionalità delle scelte legislative*”¹⁵⁴ ed escluso che la ricerca di ragioni giustificative potesse avere esito positivo¹⁵⁵, la Corte segnalava come alla declaratoria di incostituzionalità della norma in parola mediante “*una decisione che aggiunge altri casi di non punibilità a quelli già previsti, non osta il carattere della norma censurata, carattere derogatorio rispetto al normale regime della punibilità*”; e che il legislatore, d'altronde, “*una volta riconosciuta l'esigenza di un'eccezione rispetto a una normativa più generale, non potrebbe, in mancanza di un giustificato motivo, esimersi dal realizzarne integralmente la ratio, senza per ciò stesso peccare di irrazionalità*”¹⁵⁶.

A ciò si aggiunga che, secondo parte della dottrina, non sarebbe così peregrina l'ipotesi di una dichiarazione di illegittimità costituzionale di una fattispecie associativa (come si diceva, l'art. 416 c.p.) nella parte in cui essa non preveda un'attenuante ad effetto speciale invece contemplata per analoghe fattispecie: difatti, “*simile appar[irebbe] l'esigenza di incentivare la disgregazione del patto criminoso per consentire (o agevolare) l'accertamento del reato associativo e degli eventuali reati-fine, e per individuarne relativi autori*”¹⁵⁷.

¹⁵³ Corte Cost., 27 dicembre 1996, n. 416, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, p. 81 ss.

¹⁵⁴ Corte Cost., 27 dicembre 1996, n. 416, cit., par. 1 *Considerato in diritto*.

¹⁵⁵ Corte Cost., 27 dicembre 1996, n. 416, cit., par. 4.2 *Considerato in diritto*.

¹⁵⁶ Corte Cost., 27 dicembre 1996, n. 416, cit., par. 4.2 *Considerato in diritto*.

¹⁵⁷ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 435.

7.2. I momenti premiali al vaglio del principio di legalità

Proseguendo nell'indagine sui rapporti tra premio e principi costituzionali afferenti la materia penale, è necessario verificare la tenuta delle forme di collaborazione, per lo più processuale, rispetto al principio di legalità, con particolare riguardo al suo sottocorollario della tassatività.

Come assolutamente evidente, alcune fattispecie premiali – ma ci si potrebbe financo spingere a muovere un giudizio più generalizzato – presentano una formulazione lessicale tutt'altro che chiara, ambigua. Ne deriva che i confini delle condotte di collaborazione spesso appaiano “quanto mai incerti”¹⁵⁸, e sia dunque richiesto al giudice uno sforzo interpretativo di non poco conto.

L'esempio forse più eclatante di siffatta incertezza è offerto dalle previsioni contenute nelle leggi 15/1980¹⁵⁹ e 304/1982¹⁶⁰, dove il legislatore, utilizzando espressioni vaghe quali “prove rilevanti”, “prove decisive”, “contributo di eccezionale rilevanza”, ha subordinato l'applicabilità dell'esimente ad un vaglio giudiziale quantomai pregante, e al contempo basato su dati indeterminati, passibili di un'interpretazione più “emotiva” che rigorosa¹⁶¹.

Ma non è solo la formulazione lessicale delle tipologie di apporto del collaborante a destare perplessità sul piano del rispetto del principio costituzionale di legalità: difatti, stupisce anche l'incapacità delle formule legislative adoperate (la “dissociazione”, la “collaborazione”) ad indicare una classe di fatti dotati di disvalore omogeneo¹⁶².

Tale carenza di determinatezza rischia dunque di pregiudicare la concreta efficacia della norma premiale stessa. Difatti, non è revocabile in dubbio il fatto che il *deficit* di tassatività di una norma penale, ancorché di favore, sia censurabile non solo nella misura

¹⁵⁸ G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 174.

¹⁵⁹ Legge 6 febbraio 1980, n. 15, di conversione del decreto-legge 15 dicembre 1979, n. 625, cit.

¹⁶⁰ Legge 29 maggio 1982, n. 384, cit.

¹⁶¹ Sul punto si rinvia a G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 177, il quale osserva come “non è da escludere il fatto che, di fronte a tali e tante difficoltà interpretative, in sede pratico-applicativa le soluzioni finiscano per essere adottate più sotto la spinta dei condizionamenti emotivi dei fatti da giudicare e della situazione caporale ambientale caporale in cui dev'essere effettuato il giudizio che sulla base di razionali criteri interpretativi”.

¹⁶² In merito al necessario rispetto del principio di determinatezza, anche con riferimento alle norme di favore, v. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, cap. 5.

in cui rispecchi una mala pratica legislativa, ma anche, e soprattutto, in quanto rischi di tradursi in una “*chiara difficoltà nel concretizzare giudizialmente*”¹⁶³ i propri requisiti operativi.

7.3. I momenti premiali al vaglio del principio di offensività

Tra i principi costituzionali rispetto ai quali è quantomeno dubbia la compatibilità della tecnica premiale viene in considerazione anche quello di offensività: o meglio, come osservato da attenta dottrina, quello di “contro-offensività”¹⁶⁴.

Costruito “*in modo rigorosamente simmetrico*”¹⁶⁵ a quello di offensività, il principio in parola postula la necessaria aderenza delle condotte di ravvedimento al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice violata. Pertanto, del premio può beneficiare solo il soggetto che pone in essere una contro-condotta, la quale, per l'appunto, sia connotata da una “contro-lesività” e, in una qualche misura, sia idonea a sanare o attenuare il nocimento subito dal bene giuridico. Esso si traduce dunque in un fondamentale criterio cui dovrebbe ispirarsi il legislatore in fase di previsione di *tutte* le norme premiali, sia di collaborazione sostanziale che di collaborazione processuale.

A bene vedere, tuttavia, se la verifica circa la tenuta rispetto a detto principio delle forme di ravvedimento sostanziale è pressoché superflua, operando esse a pieno titolo sul piano dell'*iniuria*, decisamente più delicata è la questione relativa alle ipotesi di collaborazione processuale; come si diceva, infatti, queste si concretizzano in “*condotte eccentriche rispetto all'offesa*”¹⁶⁶ e non svolgono alcuna funzione strettamente reintegratoria del bene giuridico offeso.

Trattasi perciò di comprendere se possano tracciarsi limiti all'operatività di questo parametro (di valenza indiscutibilmente costituzionale), o se al contrario esso possa essere

¹⁶³ E. MUSCO, *La premialità nel diritto premiale*, cit., p. 126.

¹⁶⁴ G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 101 e 152 s.; S. PIGNATELLI, *Criminalità organizzata, diritto premiale e uscita dall'emergenza*, in *Quest. Giust.*, 1985, 4, p. 754.

¹⁶⁵ Così C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 441.

¹⁶⁶ T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, cit., p. 534.

interpretato in maniera più ampia, in modo tale da coprire anche le ipotesi di ravvedimento processuale.

Per un primo orientamento, solo le forme di ravvedimento sostanziale, in virtù delle loro intrinseche caratteristiche strutturali e il loro rapporto privilegiato con l'offesa, sarebbero conformi al principio di contro-offensività. Esse mirerebbero infatti a mitigare e financo elidere l'offesa arrecata in un'ottica di ripristino/reintegrazione della stessa. Di conseguenza non sarebbero premiate conformemente a detto principio le forme di ravvedimento processuale, idonee al più ad evitare la progressione futura dell'offesa e a prevenire la commissione di altri reati.

Per un secondo orientamento, invece, sarebbe possibile dare una lettura estensiva al parametro della contro-offensività, ampliando la sua portata oltre i confini tracciati dal bene giuridico di riferimento, ovverosia quello tutelato dalla norma incriminatrice. Infatti, *“se il disvalore represso dal legislatore è (o dovrebbe essere) sempre incarnato dalla lesione o dalla esposizione a pericolo di uno o più beni giuridici, il valore (...) incoraggiato dal legislatore dovrebbe sempre, simmetricamente, incarnarsi nella effettiva o potenziale tutela di uno o più beni giuridici di rango non inferiore a quello o a quelli già aggrediti”*¹⁶⁷. Pertanto, poco conterebbe che il rapporto tra misura premiale e offesa avesse ad oggetto quello specifico bene giuridico, essendo sufficiente una connessione con un qualsivoglia altro bene giuridico cui l'ordinamento appresta tutela, purché connesso al primo.

Ora, benché – come si anticipava – unico vero principio cui è vincolato il legislatore (a pena di un sindacato di costituzionalità della norma premiale) è il principio di uguaglianza, non si può negare che il principio di contro-offensività debba quantomeno indirizzare l'operato del legislatore. Resta da capire, pertanto, quale tra i due orientamenti esaminati appaia maggiormente persuasivo.

A parere di chi scrive, una più rigida accezione della contro-offensività limita di gran lunga l'intento promozionale delle previsioni in oggetto. Ammesso e non concesso che possa instaurarsi un sindacato di costituzionalità su di esse avente come parametro il principio del *nullum crimine sine iniuria*, l'opzione per la seconda accezione sembra preferibile in quanto consente di dare giustificazione alle ipotesi di collaborazione

¹⁶⁷ Così C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 442.

processuale; le quali, seppur non dirette a integrare lo specifico bene leso dalla norma, assolvono ad una imprescindibile funzione preventiva. L'ancoraggio ad un bene giuridico, purché di rango non inferiore a quello della norma violata, sembrerebbe allora sufficiente a legittimare siffatte previsioni, anche definite in dottrina “*fattispecie di tutela potenziale del bene giuridico*”¹⁶⁸.

Esaurite tali considerazioni, è bene muovere un passo indietro, mettendo in luce un'ulteriore classificazione operabile in materia di misure premiali, la quale consentirà di comprendere più agevolmente i rapporti tra questi ultimi e il principio di offensività. Secondo parte della dottrina, la distinzione tra fattispecie di danno e di pericolo è senz'altro osservabile anche in relazione alle fattispecie premiali¹⁶⁹: così, le previsioni premiali di collaborazione sostanziale ricalcherebbero il modello dei reati di danno, mentre quelle di collaborazione processuale sarebbero invece assimilabili alla categoria dei reati di pericolo.

Siffatta opinione, assolutamente condivisibile, poggia su dati indiscussi: le ipotesi di ravvedimento sostanziale vengono premiate in quanto esse, come più volte ribadito, eliminano o attenuano l'offesa tradottasi in un danno; quelle di ravvedimento processuale, al più, eliminano o attenuano il pericolo scaturente dalla violazione della norma incriminatrice.

Alcuni esempi. La condotta collaborativa del sequestratore che, ai sensi dell'art. 630, co. 4 c.p., si adopera affinché il soggetto passivo riacquisti la libertà, incide direttamente sull'offesa tipica, tradottasi nella compressione della libertà personale del soggetto passivo del reato. La fattispecie premiale in esame, pertanto, garantisce una tutela *diretta* del suddetto bene, grazie ad una formulazione che non lascia adito a diverse interpretazioni. Il premio è infatti subordinato all'efficacia, all'effettività di tale condotta, o in altre parole, alla reintegrazione dell'offesa. Diversamente, nelle ipotesi, variamente articolate, di dissociazione dalla banda armata *ex artt.* 308 e 309 c.p., co. 1 n. 1 e n. 2, lo scioglimento dell'associazione, il ritiro dalla stessa o la resa, non è ravvisabile un rapporto diretto con l'offesa al bene giuridico che la norma presidia, per l'appunto la personalità dello stato: la tutela di questo è dunque solo *potenziale* e, come tale, meno effettiva.

¹⁶⁸ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 391 ss.

¹⁶⁹ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 391 ss.

Se in relazione a queste ultime ipotesi il legame con l'*iniuria* è meno intenso, non si può negare comunque che un contatto con la dimensione dell'offesa, seppur "a distanza", vi sia. Siamo di fronte quindi ad una funzione residuale di tutela del bene giuridico, apprezzabile solo in una "proiezione futura"; proprio per tale motivo, presumibilmente, il legislatore tende ad ancorare l'operatività di siffatte ipotesi premiali a requisiti ben più stringenti rispetto a quelli richiesti dalla norma incriminatrice¹⁷⁰.

Ciò nondimeno, va osservato che i suddetti requisiti non devono essere verificati con riferimento all'offesa, bensì al risultato "pratico" che la condotta processuale realizza sull'offesa: "*l'uso di formule linguistiche (...) non implica invero che il giudice debba accertare la concreta idoneità della condotta collaborativa ad incidere sul bene giuridico tutelato*"¹⁷¹, essendo sufficiente invece che quest'ultima sia idonea ai fini che si prefigge il ravvedimento processuale in sé, vuoi l'accertamento del reato, vuoi l'individuazione degli altri concorrenti.

Per concludere, la prospettazione qui in esame appare del tutto in linea con i connotati delle fattispecie di pericolo, astratto o presunto¹⁷². Tramite la presunzione dell'idoneità preventiva di cui sopra, il legislatore tipizza fattispecie premiali che mirano proprio a neutralizzare l'attività criminale, in particolare laddove la misura sia rivolta a premiare la collaborazione di soggetti che si dissociano da un gruppo criminale. Lo scompaginamento del sodalizio criminoso, unito all'attesa interruzione dei suoi propositi e piani, è l'obiettivo ultimo della scelta legislativa sottesa a tale strumento premiale: una scelta, come già si è detto, di politica criminale, alternativa rispetto a quella classica ma non del tutto in frizione con i principi costituzionali.

7.4. *I momenti premiali al vaglio del principio di materialità*

Il parametro costituzionale che, nell'indagine concernente il premio, ha suscitato un maggior dibattito in dottrina, divenendo alle volte persino divisivo, è quello offerto dal

¹⁷⁰ Si pensi all'ampio uso di formule linguistiche, per lo più avverbi e aggettivi (quali "*concretamente*", "*decisive/decisivi*", "*rilevanti*"), con i quali il legislatore sembra irrigidire il vaglio di idoneità cui sottoporre le previsioni premiali di collaborazione sostanziale.

¹⁷¹ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 397.

¹⁷² Cfr., diffusamente, M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit.

principio di materialità. I rapporti tra normativa premiale e principio di materialità hanno evidenziato le loro principali criticità, come intuibile, in relazione alle fattispecie di collaborazione processuale, tacciate di una pericolosa accentuazione dei profili soggettivistici e di una scarsa conformità al canone di proporzionalità della sanzione rispetto al fatto di reato.

Ora, è senz'altro vero che le ipotesi di ravvedimento processuale appaiono indicative di quello che è stato definito “*un pentimento civile*”¹⁷³ del reo, espressione che evoca un mutamento ideologico in capo a colui che si dissocia dal gruppo criminale per passare “dall'altra parte”, quella della giustizia. Del resto, “*la struttura delle 'nuove' [al tempo] fattispecie premiali richiama (...) un ben diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo*”¹⁷⁴; e, sebbene il beneficio premiale accordato al soggetto collaborante sia ancorato a dei dati obiettivi, questi ultimi “*finiscono con l'implicare la disponibilità del soggetto e con l'esprimere sintomaticamente la sua 'scelta di campo'*”¹⁷⁵.

Tuttavia, come segnalato in dottrina, le critiche che mirano ad evidenziare l'incompatibilità tra detto principio e le fattispecie premiali appaiono eccessive¹⁷⁶, in quanto non sembrano tenere in cale il fatto che la collaborazione con l'autorità non sia necessariamente espressiva di una sorta di “*abiura laica*”¹⁷⁷. Il vero scopo che il legislatore si prefigge è quello di facilitare il ruolo dell'attività giudiziaria sia nella prevenzione sia nella repressione dei fenomeni criminosi, senza avere di mira, né tantomeno richiedere al soggetto attivo un vero e proprio intimo pentimento.

La *soggettivizzazione* della fattispecie premiale, ossia lo spostamento dall'asse oggettivo verso quello soggettivo¹⁷⁸, non è dunque altro che “*la conseguenza indiretta ed*

¹⁷³ T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, cit., p. 537.

¹⁷⁴ E, ancora, “*mentre al lato che sta eseguendo un furto si prospetta semplicemente l'opportunità di non sottrarre la cosa, o di non impossessarsene, al terrorista si chiede di rinunciare ad essere tale*”, T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, cit., p. 537.

¹⁷⁵ Così D. PULITANÒ, *Misure antiterrorismo – Un primo bilancio*, in *Dem. Dir.*, 1981, p. 86.

¹⁷⁶ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 458 ss.

¹⁷⁷ Così G. MOSCONI, *Lo stereotipo del terrorista pentito: natura e funzione in relazione al discorso legislativo*, in *Crit. Dir.*, 1982, 25-26, p. 73 ss.

¹⁷⁸ T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, cit., p. 537.

*ineliminabile che deriva da comportamenti collaborativi i quali, posti in essere da membri di associazioni criminose basate sulla logica 'amico-nemico' e sul vincolo dell'omertà, vengono vissuti all'interno delle stesse come una intollerabile scelta di campo*¹⁷⁹.

8. Il discorso premiale alla luce delle funzioni della pena

Esaurita la disamina dei rapporti tra fattispecie premiali e principi costituzionali, è opportuno indagare le relazioni tra queste e le funzioni della pena, ossia le sue “*categorie giustificatrici*”¹⁸⁰: nello specifico la retribuzione, la prevenzione generale e la prevenzione speciale.

Delresto, “*proprio perché radicato su idee-cardine della vita sociale, come anche l'esperienza giuridica insegna*”¹⁸¹, il sistema delle sanzioni penali positive (i premi), parimenti a quello delle sanzioni penali negative (le pene), trova un suo fondamento nelle concezioni della sanzione personalistico-retributiva (*i*), utilitaristico-generalpreventiva (*ii*), solidaristico-specialpreventiva (*iii*): difatti, la condotta collaborativa rientra tra gli elementi che orientano il giudice nella fase di commisurazione della pena e, come tale, non può che essere coerente con le funzioni che legittimano la pena stessa¹⁸².

Ciò nondimeno, le peculiarità delle fattispecie di collaborazione (segnatamente processuale)¹⁸³ ispirano da alcuni decenni le riflessioni della dottrina penalistica in forza

¹⁷⁹ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 460.

¹⁸⁰ Così E. MUSCO, *La premialità nel diritto premiale*, cit., p. 121.

¹⁸¹ Così F. MANTOVANI, *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, cit., p. 197.

¹⁸² Così C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 465.

¹⁸³ Si noti, difatti, che le ipotesi di collaborazione processuale, quantomeno *prima facie*, appaiono maggiormente in tensione con le funzioni della pena rispetto a quelle di collaborazione sostanziale; e la ragione di una simile frizione risiede proprio nel loro controverso rapporto con l'offesa. È infatti evidente che un'ipotesi premiale volta alla neutralizzazione dell'offesa sia più facilmente giustificabile, ad esempio rispetto alla funzione retributiva, giacché la rinuncia alla punibilità o lo sconto di pena per il collaborante appare in una qualche misura conforme al principio di proporzionalità, anche se per vero viene considerato un comportamento successivo al reato, di cui in linea di principio una visione rigidamente retributiva si disinteressa. Diversamente, a fronte di un apporto idoneo ad una mera prevenzione dell'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, la compatibilità del premio con le funzioni della pena risulta inevitabilmente più debole. Ad ogni modo, si tratta di mere esemplificazioni: è d'uopo rammentare come, in concreto, da un lato le ipotesi di ravvedimento processuale presentino un innegabile legame, seppur in

dei cospicui benefici sanzionatori che derivano dalla concessione del premio¹⁸⁴. Come giustificare, infatti, simili sconti di pena a fronte di fatti particolarmente gravi e astrattamente sanzionati con pene assai severe? Quale reazione suscita nei consociati una pena *mite*, o financo una sua esclusione, quale effetto produce in loro la consapevolezza di un trattamento sanzionatorio di favore? E, infine, una siffatta pena è sufficiente a distogliere il pentito dal commettere in futuro, magari una volta riacquisita la libertà, nuovi reati?

Questi sono i principali interrogativi cui si proverà a dar risposta nelle pagine che seguono, tenendo sempre a mente che “*proprio le condotte susseguenti di maggior pregnanza (reintegratorie, di collaborazione, espressive di pentimento) pongono con particolare acutezza la questione della rilevanza di qualcosa che, lungi dall’essere un indizio congruente con la colpevolezza per il fatto, si staglia come una sua (oggettiva/soggettiva) antitesi*”¹⁸⁵.

8.1. Premio e funzione retributiva

La funzione retributiva della pena “*ha costituito il punto di partenza preferenziale per gli attacchi alla legislazione d’emergenza*”¹⁸⁶, giacché le previsioni premiali, in specie di ravvedimento processuale, sembrano connotate da “*una insopportabile*

via indiretta, mediata, con l’offesa; e, dall’altro lato, le stesse ipotesi di collaborazione sostanziale non siano del tutto in linea con le funzioni della pena, in particolare sotto il profilo della special-prevenzione. L’analisi che segue, pur con diversità di accenti, farà pertanto riferimento ad entrambe le categorie di previsioni premiali.

¹⁸⁴ Carlo Ruga Riva (*Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 466) sul punto, osserva: “*Si tratta, invero, di un problema più quantitativo che qualitativo: nessuno, infatti, contesta la compatibilità, rispetto alle funzioni attribuite alla pena, delle attenuanti previste dagli artt. 62, n. 6 e 62-bis c.p., le quali consentono di premiare (anche) condotte susseguenti che si concretano in confessioni e atteggiamenti processuali collaborativi; tuttavia, in questi casi, la condotta collaborativa è premiata con riduzioni non superiori ad un terzo della pena prevista per il reato commesso; mentre, nelle ipotesi di collaborazione processuale, il legislatore italiano prevede di regola diminuzioni fino a due terzi rispetto alla pena prevista per il reato commesso dal collaboratore, oltre, in talune ipotesi, ad un regime più favorevole in tema di comparazione di circostanze. Tale particolare favor è motivato dal fatto che un premio standard non sarebbe sufficientemente appetibile, e dunque non soddisferebbe gli scopi di politica criminale perseguito dal legislatore attraverso la legislazione premiale*”.

¹⁸⁵ Così S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, p. 209.

¹⁸⁶ E. MUSCO, *La premialità nel diritto premiale*, cit., p. 121.

violazione del principio di proporzionalità della pena alla gravità del reato e al grado di colpevolezza e di responsabilità¹⁸⁷ del soggetto collaborante.

Difatti, qualora si consideri quella retributiva una teoria della pena *assoluta*¹⁸⁸, scevra dunque da condizionamenti e finalità politico-criminali, è innegabile che la condotta collaborativa sia “*qualitativamente estranea all’orizzonte retributivo*”¹⁸⁹. Tale condotta, d’altronde, non incide né sulla gravità del fatto, né sul grado della colpevolezza del soggetto attivo, spesso invero assai elevati: il ravvedimento di quest’ultimo, che non riduce il disvalore del fatto di reato, è al più indice di un ripensamento che investe la capacità a delinquere del reo e la sua personalità.

Tuttavia, anche in tempi non recenti, in dottrina si sono registrati numerosi tentativi di ripensamento del canone retributivo, dei quali ha senz’altro giovato anche la riflessione in merito ai momenti premiali. Se infatti si interpreta la funzione in parola in un’ottica “socio-psicologica”, ritenendola dunque “*destinata a interagire con l’idea della prevenzione generale*”¹⁹⁰, sembrano potersi individuare dei margini di compatibilità tra premio e funzione retributiva.

Avendo anche riguardo allo stretto legame intercorrente tra prevenzione generale positiva e proporzionalità-retribuzione, si può del resto notare come alla base del premio vi sia una *ratio* di opportunità, la quale fa sì che quest’ultimo non debba risultare necessariamente conforme ai parametri della gravità del fatto e della colpevolezza del soggetto attivo.

In altre parole, se è evidente che nella lettura tradizionale della retribuzione il premio spezza *in toto* il rapporto di proporzione tra fatto e pena, creando altresì ricadute sul principio di uguaglianza¹⁹¹, va segnalato che nella meno rigorosa concezione “socio-

¹⁸⁷ L. FERRAJOLI, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in *Quest. giust.*, 1982, 2, p. 217.

¹⁸⁸ Come noto, diversi sono i modi di intendere la teoria retributiva. Nell’ottica *ivi* indicata, essa viene spesso definita “metafisica”, o morale. Per una puntuale disamina del concetto di retribuzione “metafisica” si rinvia, per tutti, a L. EUSEBI, *La nuova retribuzione*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 93 e 111.

¹⁸⁹ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 467.

¹⁹⁰ In merito all’interpretazione “socio-psicologica” della funzione retributiva e alla difficile giustificazione dei momenti premiali anche alla luce di tale concezione si rinvia a C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 467 e ss.

¹⁹¹ Si pensi, ad esempio, all’ingiustificata diversità di trattamento sanzionatorio tra il concorrente collaborante, il quale, ricoprendo il ruolo di capo all’interno dell’associazione criminale, gode di uno sconto

psicologica” esso sembri adeguarsi maggiormente alla funzione retributiva. Come sottolineato provocatoriamente in dottrina, infatti, la pena “è retributiva solo nel suo fondamento logico, non nella sua funzione: sicché non vi è necessità di un costante adeguamento della pena concretamente inflitta al fatto e alla colpevolezza, ma solo che non si applichi una pena più grave, per specie o durata, di quella corrispondente al valore del fatto”¹⁹².

Chiaro è, allora, che la condotta di ravvedimento, in particolare processuale, non diminuisce in misura considerevole il disvalore del fatto; per converso, però, il richiamo alla retribuzione non può fungere da elemento di de-legittimazione del premio, a maggior ragione “rilevato che nella problematica dei pentiti l’idea retributiva si contrappone alla previsione di un trattamento non già sproporzionato per eccesso, bensì più favorevole”¹⁹³.

Ad ogni buon conto, non sembra infine condivisibile la tesi secondo cui il premio risulti uno strumento di “*inderogabile giustizia retributiva nei confronti dei chiamati in correità*”¹⁹⁴, sul presupposto che la condotta collaborativa, la quale si traduce in una delazione, consenta la repressione dei fatti commessi dagli eventuali concorrenti nel reato. Del resto, la scarsa efficacia del tentativo di valorizzare le ricadute del premio rispetto ai compartecipi alla luce del principio retributivo è testimoniata dal fatto che la pena appare nei confronti di questi ultimi ancor più sproporzionata (per eccesso), in quanto – in assenza di collaborazione – essi rischiano di subire una sanzione di gran lunga superiore rispetto a quella del “chiamante”.

8.2. Premio e funzione generalpreventiva

“Se il ricorso alla teorica della retribuzione non consente di ancorare saldamente

di pena proporzionale al bagaglio conoscitivo messo a disposizione degli inquirenti, e il concorrente non collaborante che ricopriva ruolo inferiore, il quale non fruisce di alcun beneficio di pena.

¹⁹² P. NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato, Atti del convegno di diritto penale di Bressanone, 1963-1964*, Padova, 1964, p. 352.

¹⁹³ E. MUSCO, *La premialità nel diritto premiale*, cit., p. 122.

¹⁹⁴ Così D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, cit., p. 86.

*la legislazione premiale per la collaborazione processuale, il richiamo della prevenzione generale presenta viceversa aspetti di ambiguità, che è opportuno mettere in rilievo*¹⁹⁵. Come da più voci sottolineato, infatti, in merito al rapporto tra premio e funzione generalpreventiva può predicarsi *tanto* una piena corrispondenza, *quanto* una totale incompatibilità, passando invero anche per variegate posizioni intermedie: tale valutazione dipende evidentemente dalla prospettiva che si intende adottare e dalla conseguente valorizzazione di alcuni profili in luogo di altri¹⁹⁶.

Volendo in questa sede illustrare sinteticamente alcuni degli argomenti più di frequente adottati sulla *vexata quaestio*, pare opportuno prendere le mosse da quelli “a sfavore”, ossia atti a dimostrare come il premio altro non faccia che indebolire, e financo frustrare, la funzione generalpreventiva della pena.

In primo luogo, è necessario rilevare come l’effetto intimidatorio della sanzione penale possa essere fortemente ridimensionato dalla consapevolezza dell’esistenza stessa del premio: infatti, “*il soggetto, al momento di commettere il reato sa che, qualora ven[isse] scoperto, p[otrebbe] evitare di essere sottoposto a sanzione o quantomeno ottenere forti sconti facendo apparire, con atti più o meno sinceri, il proprio ravvedimento (...)*”¹⁹⁷. Pare inoltre opportuno tenere a mente che il presupposto della generalprevenzione è l’*adeguatezza* della sanzione: la quale, se avvertita come sproporzionata per difetto per alcuni e per eccesso per altri, appare ai consociati meno dissuasiva e perde dunque in termini di efficacia¹⁹⁸.

In secondo luogo, vale la pena ricordare che “*la prevenzione generale è tanto più efficace quanto più certi sono i presupposti cui la norma subordina la concessione del*

¹⁹⁵ Così E. MUSCO, *La premialità nel diritto premiale*, cit., p. 122.

¹⁹⁶ In argomento, per tutti, si veda la puntuale disamina di C. Ruga Riva (*Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 471 ss.), il quale – nel sottolineare come la compatibilità del premio per la collaborazione processuale con la funzione generalpreventiva della pena sia quantomeno controversa, riassume le relative posizioni dottrinali classificandole in tre diversi orientamenti: quello dell’incompatibilità tra i due, quello della funzionalità della prima rispetto al secondo e, infine, quello della neutralità dell’una rispetto all’altro.

¹⁹⁷ R. PASELLA, *Diritto penale premiale e funzione della pena*, cit., p. 242. In argomento cfr. altresì F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 134.

¹⁹⁸ Sul punto cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 473 e s.

*premio*¹⁹⁹. Pertanto, in ragione del *deficit* di tassatività delle disposizioni premiali, in specie di collaborazione processuale²⁰⁰, nonché della tendenza di queste ultime ad uno sconfinamento sul piano soggettivo²⁰¹, è verosimile che la pena “scontata” non espliciti in pieno la sua funzione deterrente: del resto, come provocatoriamente affermato da autorevole dottrina, “*delle ‘certezze’ su cui fu costruito il ponte d’oro non è rimasto assolutamente nulla*”²⁰².

In terzo luogo, come già affermato con particolare riferimento all’estensione della dimensione premiale alla materia dei reati contro la pubblica amministrazione²⁰³, il premio introduce all’interno del circuito criminoso elementi di insicurezza, financo di diffidenza: ne potrebbe pertanto derivare che la normativa premiale, specie in determinati settori, produca il paradossale (e certo non auspicato) effetto di rinsaldare ancor di più il legame con i compagni, rendendo maggiormente difficoltoso lo scompaginamento del sodalizio e la prevenzione dei reati.

Cionondimeno, numerosi sono altresì gli argomenti a favore di una compatibilità tra premio e funzione generalpreventiva: non si può del resto sottacere come la previsione di un premio, o meglio – verrebbe da dire – la sua promessa, sia astrattamente idonea a favorire ripensamenti dei rei e a dare vita, così, ad una vera e propria ondata di delazioni²⁰⁴: “*ecco perché risponde ad una saggia politica criminale la scelta compiuta dal legislatore di promettere una diminuzione di pena, o addirittura l’impunità, al cd. terrorista pentito*”²⁰⁵. Inoltre, quantomeno in via di principio, il premio introduce un coefficiente di insicurezza all’interno del sodalizio criminoso il quale, se non idoneo a rinforzare il legame tra i complici²⁰⁶, è invece per certi versi efficace alla distruzione dall’interno dell’organizzazione criminale.

¹⁹⁹ E. MUSCO, *La premialità nel diritto premiale*, cit., p. 123. Cfr. sul punto v. altresì F. Bricola (*Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, p. 134), il quale sottolinea che “*in tanto il «ponte d’oro» può operare in funzione di incoraggiamento (e di prevenzione) in quanto i presupposti del caporali premio caporali siano stagliati esattamente dalla norma*”.

²⁰⁰ V. *supra* sub cap. 3, par. 7.2.

²⁰¹ V. *supra* sub cap. 3, par. 7.4.

²⁰² Così L. MONACO, *Sul recesso dal delitto tentato*, in *Studi urbinati*, 1978-1979, p. 23.

²⁰³ V. *supra* sub cap. 3, par. 6.

²⁰⁴ In argomento si veda D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, cit., p. 86.

²⁰⁵ F. STELLA, *La tutela penale della società*, in *Iustitia*, 1981, p. 320.

²⁰⁶ Tale considerazione, del tutto speculare e antitetica rispetto a quella suesposta, è indice dell’ambivalenza

Tanto più se osservato con riferimento alla dimensione positiva della generalprevenzione, il premio acquisisce una valenza di fondamentale rilievo²⁰⁷: come si è rilevato, l'efficacia generalpreventiva di una politica criminale incentrata sull'uso congiunto di strumenti complementari quali premio e pena sembra infatti complessivamente maggiore, rispetto a taluni reati associativi o comunque espressivi di particolari circuiti criminali, di quella conseguibile con lo strumento esclusivo della pena²⁰⁸.

Alla luce di queste considerazioni, si deve pertanto concludere che, sebbene il fondamento del premio per la collaborazione processuale non possa coincidere con la funzione generalpreventiva della pena, specie se isolatamente considerata, non si possa viceversa predicare la sua totale estraneità alla dimensione della deterrenza, a maggior ragione avuto riguardo alla dimensione positiva della funzione in oggetto.

8.3. Premio e funzione specialpreventiva

*“La collaborazione processuale (ed il correlativo premio) sembrano trovare il naturale luogo di riferimento nell'area della prevenzione speciale”*²⁰⁹. Numerosi i sostenitori in dottrina della tesi *de qua*, ovvero sia quella di una piena compatibilità tra funzione specialpreventiva e premio per la collaborazione²¹⁰: tesi che, tuttavia, richiede alcune preliminari precisazioni.

delle riflessioni in merito ai rapporti tra funzione generalpreventiva e premio per la collaborazione.

²⁰⁷ F. MANTOVANI, *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, cit., p. 198.

²⁰⁸ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 478.

²⁰⁹ E. MUSCO, *La premialità nel diritto premiale*, cit., p. 124. Si intende tuttavia sottolineare che, a dispetto delle apparenze e al di là della affermazione riportata, l'Autore individua svariati profili di criticità nei rapporti tra prevenzione speciale e premio per la collaborazione, in particolare processuale; difatti, dopo una apparente adesione incondizionata alla tesi della piena compatibilità tra i due, egli continua precisando: *“che le condotte di post-fatto vadano di solito osservate nell'ottica della prevenzione speciale non può automaticamente significare che una determinata condotta sia necessariamente, sic et simpliciter, da collocarsi e da interpretarsi in quella chiave. Insomma, bisogna stare bene attenti nel tenere separate le prospettive teoriche dalla realtà delle singole situazioni di condotta successiva al reato”*.

²¹⁰ Tra i tanti, v. T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»* cit., p. 542 e s., il quale osserva che *“il trattamento delineato in favore dei terroristi pentiti, mediante la loro riqualificazione comune, accentua in maniera pressoché esclusiva i profili di prevenzione speciale della pena inflitta; il peso reale delle conseguenze ricollegate al comportamento criminoso finisce*

In primo luogo, è necessario distinguere le componenti della specialprevenzione: si rileva infatti che le considerazioni in merito ai rapporti tra la funzione della pena in parola e i momenti premiali possano sensibilmente variare a seconda della componente specialpreventiva, *positiva* o *negativa*, osservata.

Muovendo proprio da quest'ultima, va sottolineato che, secondo autorevole dottrina, la strategia premiale in esame favorisca una piena esplicazione della componente negativa, nella misura in cui consente l'individuazione e la condanna di eventuali concorrenti del collaborante²¹¹. Il premio cui beneficia un soggetto, in altre parole, mira alla neutralizzazione della pericolosità di altri soggetti e, almeno in linea di principio, alla loro "incapacitazione"²¹².

Tale assunto, tuttavia, non è condizione sufficiente per ritenere provata la corrispondenza di cui sopra: d'altra parte, l'efficacia specialpreventiva connessa alla componente negativa è evidentemente solo *indiretta*, giacché il premio "*attenua considerevolmente, o elimina, l'effetto di neutralizzazione legato all'esecuzione della pena*"²¹³ inflitta al soggetto ravveduto, che dunque ne beneficia.

Per quanto concerne, invece, la componente *positiva*, è innegabile che "*la deflessione penale appare problematica, perlomeno nella misura in cui determina un allontanamento dall'obiettivo, costituzionalmente imposto, della rieducazione*"²¹⁴. Difatti, la concessione del beneficio al collaborante prescinde totalmente da una prognosi

col dipendere essenzialmente dalla condotta del reo successiva alla commissione del delitto che, nelle forme di ravvedimento contemplate, finisce per assumere il valore di elemento presuntivo di non pericolosità"; F. MANTOVANI, *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, cit., p. 199, il quale sostiene con altrettanta enfasi che "*Il sistema delle sanzioni punitive o premiali trova, infine, giustificazione anche nell'utilitarismo o nel solidarismo della specialprevenzione, dato che (...) la ricaduta nel reato può essere ostacolata ed il processo di adeguamento o riadeguamento del soggetto alle regole sociali può essere agevolato sia attraverso la pena sia attraverso il premio effettivamente meritato. Anzi (...) il dritto premiale costituisce un autentico potenziamento della specialprevenzione poiché la concessione dei benefici specialpreventivi solo se fondata sul constatato presupposto di un comportamento realmente meritorio del soggetto può difenderci contro gli indulgenzialismi criminogeni e garantire una seria azione specialpreventiva*".

²¹¹ A. PAGLIARO, *Sulla tutela penale dell'ordine pubblico nella legislazione dell'emergenza*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, II, Milano, 1984, p. 1041.

²¹² Sul punto si veda G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 157, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

²¹³ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 480.

²¹⁴ Così E. COTTU, *Altre "soavi inquisizioni": le tecniche premiali di rinuncia alla pena nella lotta al terrorismo contemporaneo*, cit., p. 196.

circa il suo reale ravvedimento e, pertanto, la sua minore pericolosità sociale; la propensione al crimine dello stesso (*rectius*, la probabilità che egli ponga in essere nuovi reati) non entra nella lente del giudice, il quale si limita a verificare la consistenza dell'apporto fornito. Ciò risulta particolarmente evidente in relazione alle ipotesi di collaborazione prettamente processuale, in cui il pentito può godere del beneficio a prescindere dal fatto che la sua dissociazione sia determinata da reali motivazioni ideologiche ovvero da mera convenienza²¹⁵.

Ne deriva che la concessione di un premio, lungi dal valorizzare la specialprevenzione positiva, la depotenzia, negandone i presupposti: in sostanza, *“il fatto che nelle attuali figure il vantaggio segue automaticamente alla volontaria prestazione della collaborazione finisce per spezzare il naturale collegamento con (gli scopi della) prevenzione speciale”*²¹⁶. Del resto, se così non fosse, si attribuirebbe al diritto penale un compito che non gli compete, cioè quello di interrogarsi sui *motivi* della collaborazione e sulla loro idoneità a giustificare la rottura del vincolo associativo.

Alla luce di quanto esposto, si può allora affermare che le previsioni premiali contemplate nel nostro ordinamento assolvano ad una funzione specialpreventiva solo in via secondaria²¹⁷, a meno che non ci si intenda diversamente sul significato da attribuire alla funzione della pena in discorso.

In una diversa prospettiva si muove, ad esempio Domenico Pulitanò, il quale propone un concetto di risocializzazione – rispondente, come noto, alla funzione specialpreventiva nella sua componente positiva – nuovo, “depurato” da istanze etico-morali e decisamente più confacente alle logiche della collaborazione: l'illustre Autore identifica così la risocializzazione del pentito non con un vero ravvedimento interiore del soggetto attivo, da verificarsi caso per caso attraverso strumenti inaccessibili al giudice penale, bensì con un mero (e utilitaristico) distacco di questi dal gruppo criminale²¹⁸.

²¹⁵ In argomento v. S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., p. 191 ss.

²¹⁶ E. MUSCO, *La premialità nel diritto premiale*, cit., p. 124.

²¹⁷ Sul punto cfr. G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 157.

²¹⁸ *“Non è una logica specialpreventiva ad aver ispirato la legislazione dell'emergenza: né la struttura delle fattispecie (...), né la misura del premio (...). (...) La questione è ben nota al dibattito sulla 'risocializzazione' del condannato, fra chi vi accentua componenti etiche di adesione a valori, e chi invece – giustamente negando allo Stato il diritto di sindacare la morale individuale – mette in rilievo l'obiettivo essenziale per il diritto penale 'specialpreventivo': il distacco del singolo dall'attività criminosa passata,*

In questo senso, e solo in questo senso, la specialprevenzione può apparire compatibile con il premio: nella misura in cui, per l'appunto, il vaglio giudiziale sia limitato al dato oggettivo della collaborazione/dissociazione, elemento da cui desumere il ravvedimento del reo. In altre parole, la specialprevenzione può, assieme alle altre funzioni, fungere da *argine* alla norma premiale, ma è invece impossibile scorgere in essa un fondamento di queste. È infatti da escludere che la *ratio* del premio stia nella “*constatazione che la collaborazione processuale è frutto di una presa di coscienza dei valori offesi e quindi di una trasformazione in senso socialmente adeguato della sua personalità*”²¹⁹. Tale effetto, secondario e quasi casuale, non è perseguito dalla norma premiale, la quale invece sottende una logica utilitaristica, “*accontentandosi (...) anche di una decisione presa sulla base di un mero calcolo di comodo*”²²⁰.

9. Premio e commisurazione della pena

In ultima istanza rimane da comprendere l'incidenza degli istituti di natura premiale sulla commisurazione giudiziale della pena.

È anzitutto opportuno ricercare, all'interno della parte generale del codice penale, la norma capace di legittimare uno sconto di pena a favore del collaborante nel momento della commisurazione della sanzione: sconto il quale, nell'ottica binaria che connota la legislazione premiale, in ispecie d'emergenza, va a contrapporsi all'irrigidimento della sanzione dettata dal legislatore per l'“irriducibile”, ovvero sia il concorrente che non si ravvede.

Tale fondamento normativo può agevolmente rintracciarsi all'interno dell'art. 133, co. 2 c.p. che attiene, come si sa, alla capacità a delinquere del reo e, segnatamente, nell'indice fattuale di cui al n. 3. La collaborazione, rientrando nella macrocategoria delle “condotte susseguenti al reato”, può ritenersi sintomatica di una capacità a delinquere

comunque motivato, purché tale da fondare una prognosi di non (o difficile) reversibilità”; così D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, cit., p. 86 s.

²¹⁹ Così G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 157.

²²⁰ G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 157.

attenuata, desumibile in concreto dall'apporto fornito, a seguito della commissione del fatto, all'autorità stessa²²¹.

L'art. 133, comma 2 c.p. n. 3 costituisce dunque il criterio fattuale che consente di valutare le condotte collaborative in sede di commisurazione in senso stretto della pena e il premio per la collaborazione processuale va inteso come strumento di individualizzazione della pena, idoneo ad un adeguamento della sanzione alla condotta collaborativa del soggetto²²².

La valorizzazione delle previsioni in esame in suddetta accezione si scontra tuttavia con un dato: il premio è espressione di una strategia politico-criminale che può tradursi anche in una rinuncia al perseguimento di una vera risocializzazione del soggetto, come si evince dal fatto che il giudice è tenuto ad applicare le attenuanti a prescindere dalla spontaneità della collaborazione²²³. Pertanto, se è vero che la sanzione viene adeguata alla collaborazione del soggetto attivo e questi ottiene uno sconto significativo di pena indipendentemente da un reale ravvedimento interiore, si coglie come quella in parola rischi di rivelarsi un'individualizzazione *sterile*, in cui il premio finisce per assumere i connotati di una vera e propria merce di scambio.

A ciò si aggiunga, altresì, che quando il premio per la collaborazione assume le forme di un'esimente, la condotta collaborativa evidentemente non opera come un indice per la commisurazione della pena. L'attenzione si sposta dunque dall'individualizzazione della pena ad una scelta sull'opportunità di punire, che rispecchia una valutazione politico-criminale del tutto avulsa dal finalismo rieducativo.

²²¹ Sul punto cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 489 e s.

Si noti peraltro che la scelta di riferirsi ai criteri di commisurazione generali della pena *ex art. 133*, comma 2 c.p. incontra solo alcune eccezioni. L'art. 6 della l. 82/1991 prevede infatti, nei casi di cui al quarto e quinto dell'art. 630 c.p., una diminuzione di pena ultronea rispetto a quella *ivi* contemplata, in misura non eccedente un terzo, a fronte di un contributo di eccezionale rilevanza, da valutarsi "*anche con riguardo alla durata del sequestro e all'incolumità della persona sequestrata*". Tali indici, individuati dalla norma premiale stessa, senz'altro non rientrano nella categoria della condotta contemporanea o susseguente al reato di cui all'art. 133 comma 2, n. 3: essi sembrano maggiormente assimilabili agli indici contemplati all'art. 133, comma 1, n. 1 (ovverosia a quelli della natura, della specie, dei mezzi, dell'oggetto, del tempo, del luogo e di ogni altra modalità dell'azione) e all'art. 133, comma 1, n. 2 (ovverosia a quelli della gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa).

²²² In argomento v., per tutti, M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020, p. 119 ss.

²²³ Cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 491.

Alla luce di questi rilievi, allora, non stupisce troppo la scelta dell'attuale legislatore di introdurre all'interno della materia dei reati contro la pubblica amministrazione un momento premiale inedito – l'esimente di cui all'art. 323-*ter* c.p. –, preferendo “scomodare” la categoria della (non) punibilità, anziché fruire della tecnica premiale più moderata, ovverosia quella incentrata sulle circostanze attenuanti ad effetto speciale²²⁴.

La previsione di una causa di non punibilità, la quale ha affiancato la circostanza attenuante premiale dell'art. 323-*bis* c.p., è stata definita un vero e proprio *revirement* legislativo, idoneo a comportare un capovolgimento del tradizionale rapporto tra diritto e processo penale, in virtù dell'asservimento della causa di non punibilità alle logiche dell'accertamento processuale in materia di corruzione²²⁵. Questo rilievo è invero assolutamente condivisibile, quantomeno nella misura in cui non si riconosca alla nuova causa di non punibilità una finalità prettamente reintegratoria del bene giuridico leso dalle condotte di reato, ma di mera prevenzione generale rispetto alla commissione di crimini futuri.

Tuttavia, non ci si può esimere dall'evidenziare come l'opzione per una causa di non punibilità in detto ambito, anziché di una mera attenuante, sia per certi versi parzialmente apprezzabile.

In primo luogo, difatti, la scelta premiale “a tutto tondo” riflette a pieno la logica dell'*extrema ratio* che connota, *rectius* dovrebbe connotare, tanto le sanzioni penali negative, quanto, a maggior ragione, quelle positive. Il ricorso allo strumento premiale, difatti, è nell'intento del legislatore sussidiario e, nell'ambito toccato dalla riforma in parola, appare quanto mai determinato da un'*impasse* dell'autorità giudiziaria nell'accertamento di quei reati le cui peculiarità impediscono un valevole utilizzo degli strumenti investigativi classici. La materia dei reati contro la pubblica amministrazione, connotata da una congenita difficoltà nell'emersione degli stessi, abbisogna dunque di strumenti *davvero* alternativi, anche rispetto a quello basato sulla circostanza attenuante premiale.

²²⁴ Si veda *supra sub* cap. 3, par. 6.3.

²²⁵ In argomento L. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, cit., p. 13.

In secondo luogo, l'opzione per una siffatta norma premiale è pienamente in linea con le susposte esigenze di potenziamento degli strumenti preventivi del fenomeno corruttivo. In altre parole, la causa di non punibilità, lungi dal necessitare di una (vana) giustificazione sul piano dell'individualizzazione della pena, permette di saltare a piè pari la ricerca della stessa: e, per tal motivo, appare strumento più coerente con l'obiettivo ultimo della riforma, quello di arginare l'emergenza corruttiva "ad ogni costo".

Per concludere, ad ogni buon conto, va ribadito come i dubbi concernenti la compatibilità delle misure premiali con un paradigma di diritto punitivo costituzionalmente orientato valgano *tanto* per le attenuanti, *quanto* per la causa di non punibilità. L'immagine che l'esperimento della tecnica premiale, per quanto diversamente modulata, restituisce è quella di una spasmodica ricerca di efficientismo, che rischia di minare l'impianto tradizionale del diritto penale. I suddetti dubbi, evidentemente non superabili, sono invece (quasi) del tutto eludibili laddove ci si avvalga di forme di collaborazione da parte di soggetti i quali *non* hanno preso parte alla commissione del reato: è il caso della strategia preventiva che risponde al nome di *whistleblowing*, basata sulla collaborazione di dipendenti di organizzazioni, pubbliche o private, i quali segnalano i fatti illeciti commessi sui luoghi di lavoro oggetto della loro osservazione.

Il capitolo seguente sarà pertanto dedicato all'emersione nell'ordinamento nazionale della strategia del *whistleblowing*, oggi caldeggiata anche dalle istituzioni europee quale utile fonte di prevenzione dei fenomeni di criminalità, in ispecie economica.

10. *La dimensione eurounitaria della nozione di collaborazione*

Prima di addentrarsi nei meandri di questa disciplina, tuttavia, sia consentito una breve accenno al (tentativo di) valorizzazione delle strategie preventive di collaborazione nella dimensione eurounitaria, la quale appare ancora carente.

Il *topos* della collaborazione con la giustizia si è imposto nel panorama eurounitario a partire dai primi anni novanta del secolo scorso.

Se già a livello nazionale, come si è visto, si registra una discreta confusione – in particolare definitoria – in relazione alle variegata figure che costellano l’universo della collaborazione, a livello europeo i confini di queste tendono a sfumare in modo persino più marcato, complicando non poco la questione.

Come difatti insegna autorevole dottrina, “*specie in una prospettiva svincolata dalla disciplina di un particolare ordinamento positivo, la collaborazione con la giustizia penale appare un ampio bacino che raccoglie figure dai caratteri anche molto differenziati, le quali a loro volta richiedono adeguate strategie di intervento*”²²⁶: dagli agenti provocatori ai collaboratori di giustizia, il *trade d’union* tra queste figure è rinvenibile del fatto che esse rappresentano mezzi asseritamente idonei a scardinare l’organizzazione criminale dal suo interno.

E, del resto, a prescindere da un generale problema di inquadramento, viene inconsiderazione pure l’aspetto, tanto delicato quanto deprecato, della legittimazione di tali forme di “premieria” latamente intesa: le quali, dipendendo dalla diversa percezione che si ha di esse nei singoli ordinamenti, richiedono un’incessante opera di armonizzazione volta al superamento delle disomogeneità nazionali²²⁷ e a “*sintonizzare sulla stessa lunghezza d’onda*”²²⁸ la politica criminale europea ed il crimine transnazionale.

Volendo dunque commentare in breve le tappe percorse dal legislatore eurounitario in tema di collaborazione, è bene ribadire come questi si sia avvalso prevalentemente di fonti di *soft law*²²⁹. Tali fonti, in linea con gli strumenti tipici del

²²⁶ V. MILITELLO, *Collaborazione alla giustizia e prospettiva premiale in ambito europeo*, in T. RAFARACI (a cura di), *L’area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive e esigenze di garanzia*, Milano, 2007, p. 291.

²²⁷ Cfr., diffusamente, B. HUBER, *Informants, undercover agents and police informants*, in V. MILITELLO-B. HUBER (eds.), *Towards a European criminal law against organized crime*, Freiburg, 2001, p. 109 e ss.

²²⁸ V. MILITELLO, *Collaborazione alla giustizia e prospettiva premiale in ambito europeo*, cit., p. 294.

²²⁹ Non può dirsi lo stesso in relazione alle operazioni sotto copertura, delle quali senz’altro manca una definizione a livello eurounitario, ma che sono annoverate all’interno di un testo di *hard law*, la Direttiva 2014/41/UE (Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 *relativa all’ordine europeo di indagine penale*), tra gli strumenti probatori che possono essere posti in essere mediante l’ordine di indagine europeo. Tale direttiva è stata trasposta nel nostro ordinamento con d.lgs. 108/2017 (d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, *Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all’ordine europeo di indagine penale*), che all’art. 21, specificamente dedicato alle operazioni sotto copertura, si limita ad indicare che “*l’ordine di indagine per il compimento di operazioni sotto copertura è riconosciuto ed eseguito nel rispetto delle disposizioni di cui*

neonato spazio di libertà, sicurezza e giustizia – che, come noto, fondava una competenza penale indiretta in determinati settori di criminalità grave – avevano una finalità dichiaratamente armonizzante, ma mancavano della cogenza peculiare degli atti pienamente vincolanti²³⁰.

Il primo documento concernente la collaborazione con la giustizia risale al 1995: trattasi di una risoluzione del Consiglio dell'Unione europea²³¹, la quale, delineando un'accezione particolarmente ampia di "testimone"²³², era *ictu oculi* rivolta alla protezione dello stesso piuttosto che alla regolamentazione di presupposti applicativi comuni vevoli per tutti gli Stati membri. La risoluzione in parola, d'altronde, si limitava, "ad invitare gli Stati membri ad agevolare l'assistenza giudiziaria in questo settore"²³³, a meno che l'esecuzione della richiesta di assistenza non fosse contraria ai loro principi generali del diritto.

Di poco successiva era altra risoluzione²³⁴, in cui la medesima istituzione, in un'ottica maggiormente premiale, operava una distinzione tra meri testimoni e collaboratori di giustizia, invitando gli Stati membri ad adottare le misure più appropriate

all'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146" e a illustrarne la disciplina processuale (con particolare riferimento ai profili della richiesta e della esecuzione della stessa). Tale norma, che deve essere letta in combinato disposto con l'art. 41 (in ordine alla *Procedura passiva*) e agli artt. 22 e 42 (in ordine invece alla *Procedura Attiva*), contiene dunque un rinvio espresso ed integrale all'art. 9 della l. 146/2006 (beninteso, come riformato dal Piano straordinario antimafia), che a sua volta prescrive che le attività di infiltrazione risultano conformi al diritto e alle procedure nazionali. Sul punto cfr. P.P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2018, 1, p. 34.

²³⁰ Per una disamina delle fonti penali tipiche di terzo pilastro, si vedano, *ex multis*, A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro Ue nella europeizzazione del diritto penale: un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei trattati*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2007, in particolare part. 4 e 5; L. SALAZAR, *Le fonti tipiche dell'Unione europea*, in G. LA GRECA, M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, a cura di, Torino, 2003, p. 57 e ss.; H. SATZGER, *Politica criminale europea: pericoli o prospettive per gli ordinamenti penali nazionali all'interno dell'Unione europea*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2003, in particolare p. 292 e ss.

²³¹ Risoluzione del Consiglio del 23 novembre 1995 relativa alla protezione dei testimoni nella lotta contro la criminalità organizzata internazionale, in G.U.C.E. C327 del 7 dicembre 1995, p. 5.

²³² Come anticipato, la presente risoluzione adottava una nozione di "testimone" particolarmente ampia, definendolo come "qualsiasi persona, a prescindere dalla sua situazione giuridica, in possesso di informazioni che l'autorità competente ritiene importanti in un processo penale e tali da mettere in pericolo la persona se questa le rende note" (*sub lett. A, n.1*, Risoluzione del Consiglio del 23 novembre 1995, cit.).

²³³ *Sub lett. B*, Risoluzione del Consiglio del 23 novembre 1995, cit.

²³⁴ Risoluzione del Consiglio del 20 dicembre 1996 relativa ai collaboratori di giustizia nella lotta contro la criminalità organizzata internazionale, in G.U.C.E. C-10 del 1 gennaio 1997, p. 1.

per incoraggiare i singoli a cooperare con la giustizia. Inoltre, dopo aver fornito una vera e propria definizione di collaboratore di giustizia²³⁵, il Consiglio chiamava gli Stati membri a “*valutare la possibilità di concedere, in conformità con i principi generali dei rispettivi ordinamenti nazionali, benefici a coloro che, dissociandosi dall'organizzazione criminale, si adoper[assero] per evitare che l'attività delittuosa [venisse] portata a conseguenze ulteriori o aiut[assero] concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati*”²³⁶.

Di lì a poco, seppur piuttosto timidamente²³⁷, tali orientamenti venivano ripresi in seno al Consiglio di Dublino del 1997, il cui Programma, però, non faceva altro che rimandare alle precedenti risoluzioni, in bilico dunque tra esigenze investigative e di protezione dei collaboratori.

In modo più incisivo, invece, a breve distanza dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, la Raccomandazione n. 25 del Memorandum del 2000 inerente la prevenzione ed il controllo della criminalità organizzata, esortava gli Stati a fornire “*una proposta di strumento sulla posizione e sulla protezione dei testimoni e delle persone che sono o sono state membri di un'organizzazione criminale e che sono disposte a collaborare con la giustizia fornendo informazioni utili ai fini investigativi, probatori o informazioni volte a privare le organizzazioni criminali delle loro risorse o dei proventi del reato*”²³⁸.

Veniva *ivi* suggerita, inoltre, e per la prima volta nel contesto eurounitario, l'introduzione di un'attenuante speciale che operasse sul piano del diritto sostanziale, ossia comportando una diminuzione di pena per quegli imputati che fornissero la loro

²³⁵ “*Ai fini della presente risoluzione sono considerati collaboratori di giustizia: a) coloro che forniscono informazioni utili alle competenti autorità a fini investigativi e per acquisire prove pertinenti concernenti i) la composizione, la struttura o le attività delle organizzazioni criminali; ii) i collegamenti anche internazionali con altri gruppi criminali; iii) i reati che tali organizzazioni o gruppi hanno commesso o potrebbero commettere; b) coloro che forniscono un fattivo e concreto aiuto alle autorità competenti per contribuire eventualmente a sottrarre alle organizzazioni criminali risorse illecite o proventi di delitti*”, sub lett. A, Risoluzione del Consiglio del 20 dicembre 1996, cit.

²³⁶ Sub lett. B, Risoluzione del Consiglio del 20 dicembre 1996, cit.

²³⁷ V. MILITELLO, *Collaborazione alla giustizia e prospettiva premiale in ambito europeo*, cit., p. 310.

²³⁸ Raccomandazione n. 25 del Memorandum “*Prevenzione e controllo della criminalità organizzata. Strategia dell'Unione europea per l'inizio del nuovo millennio*”, doc. 2000/C124/01, in G.U.C.E. C-124 del 3 maggio 2000, pp. 1 e ss.

collaborazione: a patto che quest'ultima venisse reputata determinante, requisito a cui sono subordinate, anche a livello nazionale, gran parte delle forme di premialità ad oggi conosciute. L'indicazione non era tuttavia corredata da trattamenti di favore anche sul versante processuale e penitenziario: evidentemente poiché, “*di fronte alla delicatezza delle valutazioni implicate in materia, si è[ra] preferito suggerire una soluzione comune minimale che potesse rappresentare un pur limitato terreno d'incontro tra le differenziate scelte nazionali*”²³⁹.

Questi propositi – i quali, giova ricordarlo, avevano un valore comunque solo orientativo – mancarono tuttavia di essere accolti nel breve periodo. Lo dimostrano le conclusioni a cui giunge il Consiglio di Tampere del 1999, le quali non facevano nemmeno menzione dell'esigenza di dotarsi di una disciplina comune agli Stati membri in tema di collaborazione con la giustizia; né, del resto, questi spunti vennero colti in occasione di “Tampere II”²⁴⁰, i cui approdi in tema di lotta alla criminalità organizzata furono alquanto deludenti²⁴¹.

Le indicazioni di *soft law* vennero accolte in un atto UE giuridicamente vincolante²⁴² solo a partire dalla Decisione quadro del 2002 finalizzata alla lotta contro il terrorismo²⁴³.

In quest'ultima, che rappresenta la prima delle tre decisioni quadro adottate in *subiecta materia*²⁴⁴, la questione veniva prospettata in termini spiccatamente utilitaristici:

²³⁹ V. MILITELLO, *Collaborazione alla giustizia e prospettiva premiale in ambito europeo*, cit., p. 311.

²⁴⁰ Si fa ivi riferimento al Programma del Consiglio europeo di Bruxelles del 5 novembre 2004, noto anche come Programma dell'Aia, o di “Tampere II”.

²⁴¹ Cfr. L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aia*, in *Cassazione penale*, 2004, 11, p. 3533.

²⁴² Circa la vincolatività delle decisioni quadro si veda G. GRASSO, *Il trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, p. 2315.

²⁴³ Decisione quadro del Consiglio del 22 giugno 2002 *sulla lotta contro il terrorismo*, in G.U.C.E. L-164 del 22 giugno 2002, p. 3.

²⁴⁴ Alla decisione quadro del 13 giugno 2002 sulla lotta contro il terrorismo 2002/475/GAI si sono poi susseguite la 2005/671/GAI del 20 dicembre 2005 e la 2008/919/GAI del 28 novembre 2008. Ad oggi, esse sono state sostituite dalla Direttiva 541/2017 del 15 marzo 2017, il cui termine di trasposizione è previsto per il settembre 2018.

sembrava difatti sfumare quell'istanza di protezione dell'"informatore" di cui si erano fatte portavoce le precedenti e succitate risoluzioni del Consiglio.

L'obiettivo cui si allineava il nuovo testo era senz'altro quello di garantire una risposta anzitutto *efficace* dinanzi alla forma di criminalità definita – nei suoi stessi considerando – “*la più grave violazione dei principi comuni degli Stati*”: e, segnatamente, mediante la previsione di “*circostanze particolari*” (*sic!*) idonee a ridurre la pena dell'imputato a fronte di comportamenti collaborativi utili alle autorità.

Questi comportamenti, tassativamente indicati all'art. 6 della fonte in parola, venivano del resto distinti in due macrocategorie: la prima si qualificava in termini di rinuncia all'attività terroristica, ossia di mera dissociazione dall'organizzazione criminale; la seconda, invece, richiedeva un *quid pluris*, cioè una vera e propria cooperazione attiva, attraverso il reperimento delle informazioni utili per le autorità amministrative o giudiziarie che queste non avrebbero potuto ottenere con altri mezzi. Tale seconda tipologia di condotte era dunque asseritamente mirata a; *i*) prevenire o attenuare gli effetti del reato; *ii*) individuare o consegnare alla giustizia i complici nel reato; *iii*) acquisire elementi di prova; *iv*) prevenire la commissione delle fattispecie di reato previste dalla medesima decisione.

Pertanto, la decisione quadro in oggetto suggeriva ai legislatori nazionali l'introduzione, a beneficio del terrorista, di specifiche attenuanti speciali le quali, in linea con quelle previste dalla Risoluzione del 1996, sembravano aprire la strada ad una vera e propria stagione di premialità; assunto confermato in un primo momento dalla successiva Decisione quadro in materia di traffico illecito di stupefacenti²⁴⁵, il cui art. 5 riproduceva fedelmente le circostanze previste in tema di terrorismo dalla decisione quadro del 2002²⁴⁶.

²⁴⁵ Decisione quadro del 25 ottobre 2004 *riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti*, in G.U.C.E. L-335 del 11 novembre 2004, p. 8.

²⁴⁶ In verità, ad un'attenta analisi delle numerose decisioni quadro pre-Lisbona emerge come il legislatore europeo solamente in un'altra occasione (oltre alle succitate decisioni quadro in materia di terrorismo e traffico illecito di stupefacenti) abbia fatto uso della tecnica premiale in esame, ed in particolare nella Decisione quadro 841/2008 relativa alla lotta contro la criminalità organizzata. L'art. 4 di questa decisione sembra del resto superare le critiche mosse in dottrina alla precedente fonte in materia di terrorismo, per le quali si alle pagine che seguono. Difatti, adottando ancora una volta un'ottica di confronto con la Risoluzione del 1996 relativa ai collaboratori di giustizia nella lotta contro la criminalità organizzata internazionale, è evidente come la più recente disposizione fosse maggiormente comprensiva, prevedendo

Ciò nonostante, in dottrina non si è mancato di notare come “*nel passaggio (...) da un documento di soft law, come la risoluzione del 1996, ad uno invece [di hard law], come la decisione quadro sul terrorismo del 2002 (...), si [sia] fortemente ridotta la portata dell’intervento di armonizzazione, probabilmente ancora una volta per la presa d’atto che un programma più impegnativo [avrebbe rischi]ato di incontrare l’opposizione dei singoli Stati membri alla sua stessa adozione, prima ancora che alla relativa implementazione negli ordinamenti nazionali*”²⁴⁷.

D’altronde, operando un confronto tra i due atti, si nota facilmente come il primo fosse più completo con riferimento ad almeno due aspetti: anzitutto, in quanto la risoluzione abbracciava una nozione di collaborazione ancor più ampia (ed in particolare comprensiva del “*fattivo e concreto aiuto alle autorità competenti per contribuire a sottrarre alle organizzazioni criminali risorse illecite o proventi di delitti*”²⁴⁸); ed, inoltre, per il riferimento in essa contenuta alle susesposte istanze di protezione che, al contrario, la decisione quadro ignorava *in toto*.

Del resto, non stupisce nemmeno più di tanto il fatto che, su questo fronte, anche a distanza di quindici anni, la situazione sia rimasta del tutto invariata. Infatti, accanto a notevoli elementi di novità²⁴⁹, la recente direttiva sul terrorismo²⁵⁰ ha ripreso pedissequamente le disposizioni premiali della precedente decisione quadro, lasciando del tutto immutate le attenuanti per la collaborazione. Trasposte nel nuovo art. 16, queste attenuanti ancora una volta vanno intese in termini di mera facoltà per gli Stati, i quali pertanto non sono di fatto ancora tenuti a mitigare il trattamento sanzionatorio a fronte di comportamenti collaborativi, disattendendo, pertanto, le aspettative legate alla natura

per lo Stato la facoltà di comminare uno sconto di pena a fronte di una fattiva collaborazione volta a provare l’organizzazione criminale di risorse illecite o dei profitti ricavati dalle sue attività criminali.

²⁴⁷ V. MILITELLO, *Collaborazione alla giustizia e prospettiva premiale in ambito europeo*, cit., p. 314

²⁴⁸ *Sub* lett. A, Risoluzione del Consiglio del 20 dicembre 1996, cit.

²⁴⁹ Per un’analisi dettagliata delle novità introdotte dalla direttiva 541 del 2017 si rinvia a S. SANTINI, *L’Unione europea compie un nuovo passo nel cammino della lotta al terrorismo: una prima lettura della direttiva 541/2017*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 luglio 2017.

²⁵⁰ Direttiva 541/2017 del 15 marzo 2017 *sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio*.

dello strumento adottato, che nel quadro post-Lisbona, rappresenta senz'altro il più cogente strumento normativo penale a disposizione del legislatore europeo²⁵¹.

In conclusione, l'opzione a favore di un'armonizzazione “debole” rappresenta – a maggior ragione poiché inerente una tanto delicata questione – *“una salvaguardia per l'autonomia del singolo Stato membro, ma non certo per il singolo reo (né tantomeno per gli eventuali correi)”*²⁵². Un esempio di tale opzione può essere riscontrato anche in relazione al fenomeno del *whistleblowing*, non prima tuttavia di aver analizzato la sua disciplina domestica.

²⁵¹ Il riferimento è al mero art. 83 TFUE, in quanto, come noto, l'art. 86 del TFUE annovera tra le “fonti penali europee” anche i regolamenti, la cui prima (ed ad oggi unica) applicazione è avvenuta per l'istituzione della Procura europea.

²⁵² E. COTTU, *Altre “soavi inquisizioni”. Le tecniche premiali di rinuncia alla pena nella lotta al terrorismo contemporaneo*, cit., p. 205.

PARTE TERZA

CAPITOLO QUARTO

IL *WHISTLEBLOWING* QUALE TECNICA PREVENTIVA DEI REATI COMMESSI SUL LUOGO DI LAVORO

SOMMARIO: 1. Il “soffiatore di fischiello” e la segnalazione di illeciti e *malpractices* in ambito lavorativo. – 2. La figura del *whistleblower* tra esperienze di *common law* e impulsi sovranazionali. – 3. Il prolungato silenzio della normativa domestica in materia di *whistleblowing*. – 4. La l. 190/2012 ed il dipendente pubblico. – 5. La l. 179/2017 ed il dipendente privato. – 5.1. *Whistleblowing* e d.lgs. 231/2001. – 6. Tutele e limiti del *whistleblowing*: profili sostanziali e processuali. – 6.1. L’inquadramento della ‘giusta causa di rivelazione dei segreti’. – 6.2. (segue) verso un nuovo obbligo di garanzia? – 6.3. Tutele processuali. – 7. La direttiva 2019/1937/UE e le potenziali ricadute in materia penale. – 8. *Whistleblower*, collaboratore e testimone di giustizia: tutele a confronto. – 9. *Whistleblower* e strategie preventive “differenziate”: conclusioni.

1. Il “soffiatore di fischiello” e la segnalazione di illeciti e *malpractices* in ambito lavorativo

Nata sul finire del Novecento nell’alveo degli strumenti giuridici di *common law* volti al contrasto dei fenomeni corruttivi, la pratica del *whistleblowing* ha fatto ingresso negli ultimi anni anche nel nostro ordinamento, radicandosi dapprima nel settore pubblico e successivamente in quello privato.

Espressione di una politica criminale spiccatamente *preventiva*, la pratica in parola mira a far emergere, per mezzo della segnalazione di un dipendente pubblico o

privato, determinate tipologie di rischio rilevabili sui luoghi di lavoro: “*pericoli (...), frodi (...), danni ambientali, false comunicazioni sociali, negligenze mediche, illecite operazioni finanziarie, minacce alla salute, casi di corruzione o concussione e molti altri ancora*”¹.

Malgrado la, in parte fuorviante, definizione proposta da Transparency International, le suddette tipologie di rischio non devono necessariamente essere scaturigine di un illecito penale, né tantomeno di un illecito civile: è sufficiente che esse integrino illeciti disciplinari o financo pratiche solo eticamente scorrette, purché comportino un apprezzabile pericolo per la vita dell’organizzazione in cui si insinuano, sia essa un’amministrazione pubblica o un’impresa privata.

Il *whistleblower*, letteralmente “*soffiatore del/nel fischiotto*”², è dunque il dipendente il quale, mediante la trasmissione di informazioni ad un’autorità (interna o esterna), segnala illeciti e/o irregolarità di cui è venuto a conoscenza nel contesto lavorativo, in quanto o commessi a suo danno, o oggetto della sua osservazione³; tramite la segnalazione, che proviene appunto “dall’interno”, emerge pertanto un dato suscettibile di divenire notizia di reato, il quale altrimenti sarebbe verosimilmente rimasto celato.

¹ Così descrive i rischi realizzabili sul luogo di lavoro e rilevabili dal *whistleblower* Transparency International, la nota organizzazione internazionale che monitora i fenomeni corruttivi su scala globale ed elabora i relativi dati statistici; v. <https://www.transparency.it/whistleblowing>.

² Come dai più evidenziato, l’etimologia del termine è suggestiva, in quanto evoca il gesto del “*soffiare nel fischiotto*” del poliziotto da strada inglese (il c.d. *bobby*), allorquando noti una irregolarità. L’attività del “*blowing the whistle*” assume dunque una duplice valenza, in quanto idonea ad allertare del pericolo derivante dalla suddetta irregolarità non solo i cittadini astanti, ma anche gli altri tutori della legge. Cfr., sul punto, R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l’art. 54-bis de d.lgs. n. 156/2001 (art. 1, comma 51)*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 244.

³ In dottrina è assai diffusa la critica circa l’eccessiva genericità di tale definizione, dettata per la prima volta dal *Feasibility Study on the drawing up of a Convention on civil remedies for compensation for damage resulting from acts of corruption* (Multidisciplinary Group on Corruption – Working Group on Civil Law, Strasbourg, 15 gennaio 1997, CM(97)19), il quale al punto 4.4 statuiva che “*whistleblowing could be defined as alerting the authorities or the employer to facts which reasonably suggest that there is serious malpractice taking place within the company, where the facts are not otherwise readily known or visible and where a persona owes a duty of confidence (...) to the organisation or the institution*”. A tal proposito, si veda, *ex multis*, R. Lattanzi, il quale sottolinea come in dottrina e nella prassi internazionale, “*il termine whistleblowing è da tempo utilizzato (ellitticamente) per identificare misure normative preordinate a far emergere “serious malpractices” o “wrongdoings”, di regola posti in essere da soggetti che rivestono posizioni apicali all’interno di organismi pubblici e privati*”, (*Riflessioni sul whistleblowing: un modello da replicare ad occhi chiusi?*, in G. FRASCHINI, N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Catania-Roma, 2011, p. 135).

È allora del tutto evidente la delicatezza di tale posizione, la cui tutela risulta composta da una trama di disposizioni, che spaziano dall'ambito giuslavoristico a quello penale, oggi arricchita di un nuovo tassello: la recentissima direttiva UE/2019/1937 “*riguardo la protezione delle persone che segnalano la violazione del diritto dell'Unione*”.

Altrettanto evidente è il fatto che l'istituto del *whistleblowing* sia per sua natura votato a una dimensione giuridica interdisciplinare, ove i profili penalistici emergono solo qualora la “soffiata” sia accolta ed inneschi le indagini dell'autorità giudiziaria penale. Proprio con precipuo riferimento a tali profili, gli unici indagati in questa sede, va inoltre anticipato come essi riguardino sia questioni marcatamente sostanziali (come l'esonero da responsabilità penale per il *whistleblower* autore di rivelazioni di segreti penalmente tipiche), sia questioni connesse al rito (come l'annosa questione dell'ammissibilità e della conseguente utilizzabilità delle segnalazioni anonime).

Prima di addentrarsi nei meandri della legislazione nazionale in materia di *whistleblowing*, è opportuno prendere le mosse dalle fonti sovranazionali e dall'esperienza di *common law*, culla di tale figura.

2. La figura del whistleblower tra esperienze di common law e impulsi sovranazionali

Come si accennava, la figura del *whistleblower* risulta già collaudata nell'esperienza di *common law* da almeno due decenni. Una prima disciplina normativa era stata varata nell'ordinamento statunitense⁴ a seguito dei *financial scandals* degli anni

⁴ L'antesignano del *whistleblower* è per vero rinvenibile nel *False Claim Act* del 1863, emendato poi nel 1943 e nel 1986, la cui sezione 3730 legittimava il privato cittadino ad esperire un'azione legale nei confronti dei soggetti sospettati di frode contro il Governo federale; di poco successivo era invece il *Lloyd-La Follette Act*, che nel 1912 apprestava per la prima volta una forma di tutela a quei funzionari che denunciavano casi di corruzione all'interno dell'ambiente lavorativo. Seguivano il *Civil Service Reform Act* del 1978, finalizzato ad incrementare la protezione già accordata ai suddetti funzionari dal *La Follette Act* e il *Whistleblower Protection Act* del 1989, il quale prevedeva l'apertura di un Office of Special Counsel, canale di ricezione di segnalazioni inerenti i cd. *wrondoings* in organizzazioni lavorative, ancora una volta connessi ad episodi corruttivi e di *mala gestio*. Il primo sistema di garanzie *anti-retaliation* veniva tuttavia inaugurato (in ambito finanziario) solo dal *Sarbanes Oxley Act* del 2002: il quale, alla sezione 301, prevedeva un vero e proprio catalogo di illeciti (penali e non) segnalabili e, alla sezione 806, definiva esente da responsabilità il dipendente che avesse violato i doveri di fedeltà al datore e di segretezza. Per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione normativa dello strumento nell'ordinamento statunitense si vedano

duemila, per arginare i quali le grandi aziende avevano introdotto sistemi interni di gestione e controllo volti a prevenire la corruzione e altri *white collar crimes* (*Compliance Company Programs*)⁵. La figura in esame si era poi diffusa anche nel sistema inglese⁶ che, abbandonata la tradizionale ritrosia, aveva timidamente recepito il modello d'oltreoceano, inaugurando peraltro la distinzione tra *external* e *internal whistleblowing*⁷; e, in seguito, sempre sulla falsariga dell'esperienza statunitense, anche al di fuori del mondo anglosassone⁸, conservando, seppur in misura variabile, i tratti genetici del modello originario.

Sulla scia dei primi riscontri, nel complesso confortanti, le principali organizzazioni internazionali impegnate nella lotta alla corruzione hanno via via promosso il ricorso al *whistleblowing*, non solo mediante fonti di “*soft law*”, ma anche attraverso strumenti vincolanti, come le numerose convenzioni internazionali approvate fino al 2009.

Va anzitutto menzionata la *ILO Convention concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer*, n. 158, adottata il 22 giugno 1982 (e mai ratificata dall'Italia), il cui art. 5, nella sua versione inglese, stabiliva che “*the filling of a compliant or the participation in proceedings against an employer involving alleged*

M.P. MICELI, J.P. NEAR, T.M. DWORKING, *Whistle-blowing in organizations*, New York, 2008, p. 38 ss.; R. LATTANZI, *Riflessioni sul Whistleblowing. Un modello da replicare a “occhi chiusi”?*, cit., p. 137 ss.; A. PARROTTA, R. RAZZANTE, *Il sistema di segnalazione interna. Il whistleblowing nell'assetto anticorruzione, antiriciclaggio e nella prevenzione della responsabilità degli Enti*, Pisa, 2019, p. 15 ss.

⁵ Così A. PARROTTA, R. RAZZANTE, *Il sistema di segnalazione interna. Il whistleblowing nell'assetto anticorruzione, antiriciclaggio e nella prevenzione della responsabilità degli Enti*, cit., p. 16.

⁶ Primo (e a lungo unico) Paese europeo a prevedere una normativa a tutela del *whistleblower*, il Regno Unito ha adottato nel 1998 il *Public Interest Disclosure Act*, il quale dettava regole a protezione dei lavoratori che fornissero informazioni all'autorità al fine di individuare i responsabili di fenomeni di corruzione. Per una dettagliata disamina del funzionamento dei canali di segnalazione nell'ordinamento anglosassone si rinvia a J. GOBERT, M. PUNCH, *Whistleblowers, the Public Interest Act 1998*, in *Modern Law Review*, 2000, vol. 63, issue 1, p. 25 ss.

⁷ La dottrina anglosassone aveva suggerito tale distinzione sul finire degli anni novanta del secolo scorso, separando dunque le condotte di segnalazione di illeciti ed irregolarità all'esterno, vuoi ad organismi appositamente preposti, regolatori di un dato settore, vuoi all'autorità giudiziaria, vuoi ai media, da quelle invece effettuate all'interno dell'organizzazione lavorativa; cfr., sul punto, P.B. JUBB, *Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation*, in *Journal of Business Ethics*, vol. 21, issue 1, 1999, p. 78.

⁸ Il Canada, Il Giappone e la Nuova Zelanda, sol per citarne alcuni. Per una approfondita indagine circa la diffusione della pratica del *whistleblowing* si veda *G20, Anti-corruption Action Plan Protection of Whistleblowers. Study on Whistleblower Protection Frameworks, Compendium of best Practices and Guiding Principles for Legislation*, in <https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>, p. 4 ss.

violation of laws or regulations or recourse to competent administrative authorities” non potesse costituire una valida ragione per un licenziamento. Tale disposizione, la cui portata è stata a lungo indagata in dottrina, sembrerebbe “*richiedere anche l’adozione di una disciplina nazionale di portata generale indirizzata all’impresa, capace di imporre ad essa l’obbligo di un modello organizzativo interno idoneo a tutelare per altre vie (non solo dal licenziamento) il lavoratore dipendente che si trovi nella situazione da esso descritta*”⁹.

Seguivano la Convenzione OCSE del 1997 e numerose fonti di *soft law* della stessa organizzazione – rapporti, linee guida, raccomandazioni – le quali veicolavano, seppur con strumenti meramente promozionali, l’idea della necessità di introdurre misure a tutela della categoria degli “informatori” in esame. Tra gli strumenti di *hard law*, nell’ambito del Consiglio d’Europa occorre segnalare la *Criminal Law Convention* e la *Civil law Convention* del 1999, le quali – rispettivamente agli artt. 22 e 9 – imponevano alle parti contraenti di dotarsi di una legislazione a protezione del *whistleblower*. La ratifica della seconda di queste (che per l’Italia è avvenuta con l. 112/2012) comporta un obbligo di monitoraggio sui livelli di corruzione da parte del G.R.E.C.O (*Group d’Etats contre la Corruption*), le cui raccomandazioni – pur mancando della vincolatività delle disposizioni contenute nella suddetta convenzione – ribadiscono i medesimi inviti a introdurre siffatte forme di protezione.

Infine, non ci si può esimere dal citare la Convenzione ONU di Merida, aperta alla firma il 9-11 dicembre 2003, ma ratificata dall’Italia solo il 3 agosto 2009, la quale all’art. 33 si limita a disporre che gli Stati possono valutare di inserire (“*shall consider incorporating*”) strumenti di protezione per colui il quale denunci reati rientranti nell’ambito di applicazione della Convenzione.

Meritevole di nota e di gran lunga più recente è, infine, la Raccomandazione CM/REC (2014)7, la quale – in 29 dettagliatissimi punti – disciplina i modelli di segnalazione interna che i 47 Paesi del Consiglio d’Europa sono tenuti ad attuare, con particolare riferimento ad enti ed imprese di grandi dimensioni¹⁰.

⁹ Così N. PARISI, *Il whistleblowing: vincoli internazionali, adattamento interno, attitudine culturale*, in G. FRASCHINI, N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, cit., p. 99.

¹⁰ Sul punto cfr. F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, Torino, 2012, p. 70 ss.; A. PARROTTA, R. RAZZANTE, *Il sistema di segnalazione interna. Il whistleblowing nell’assetto*

Ciò premesso, va sottolineato come il recepimento di dette convenzioni negli ordinamenti giuridici nazionali, tuttavia, si è fatto attendere mediamente piuttosto a lungo, specie con riferimento all'area geografica della "piccola Europa"¹¹.

Sul fronte domestico, difatti, il primo intervento volto a dare cittadinanza alla *whistleblower* coincide con la legge Severino del 2012¹², l'adozione della quale consentiva all'Italia di adempiere, per vero assai in ritardo, ad un obbligo di fonte internazionale¹³. La rudimentale disciplina *ivi* dettata è stata successivamente oggetto di profonde integrazioni e revisioni da parte della legge n. 179/2017¹⁴, che ha esteso al settore privato la disciplina sulla segnalazione di illeciti inizialmente prevista, appunto, nel solo ambito della pubblica amministrazione.

È assai più recente, invece, l'intervento in materia del legislatore eurounitario, il quale con la direttiva UE/1937/2019 ha dettato norme minime di tutela per il *whistleblower* al fine di promuovere l'armonizzazione delle legislazioni nazionali in

anticorruzione, antiriciclaggio e nella prevenzione della responsabilità degli Enti, cit., p. 28 e s. (e, in particolare, nt. 31). Per una più ampia ricostruzione delle politiche europee ed internazionali di contrasto al fenomeno corruttivo si rinvia invece a V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., p. 463 ss.; A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno ed internazionale*, cit., *passim*, nonché agli ulteriori riferimenti bibliografici contenuti *sub* cap. 2, nt. 64.

¹¹ Reticenti all'introduzione di un siffatto strumento di infiltrazione/monitoraggio "dall'interno", solo alcuni degli Stati europei si sono dotati una disciplina in materia di *whistleblowing* e, ad ogni modo, assai tardivamente. In argomento si veda *supra sub* nt. 8.

¹² Legge 6 novembre 2012, n. 190, recante "*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*".

¹³ Trattasi per l'appunto della succitata Convenzione del Consiglio d'Europa siglata a Strasburgo il 4 novembre 1999, ratificata in Italia – dopo quasi tredici anni – con l. 112/2012 (Legge 28 giugno 2012, n. 112, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione civile sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 4 novembre 1999*). Tale ratifica, effettuata senza prevedere alcuna norma attuativa, è stata definita da plurime voci "secca", al pari di quella della più recente Convenzione ONU di Merida del 2003 (entrata nel nostro ordinamento, come già detto, con legge 116/2009). Ad ogni buon conto, la ratifica delle convenzioni in parola, pur non seguite dall'immediato varo di alcuna disposizione di diritto positivo atta ad introdurre la figura del *whistleblower* nell'ordinamento italiano, ha senz'altro veicolato il principio della necessaria protezione della stessa. La figura è poi è stata introdotta poco dopo, per l'appunto, dalla legge Severino del 2012. Cfr., sul punto, G. ARMONE, *Whistleblowing e ordinamento italiano: possibili percorsi normativi*, in G. FRASCHINI, N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, cit., p. 123; R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis de d.lgs. n. 156/2001 (art. 1, comma 51)*, cit., p. 246 e s.

¹⁴ Legge 30 novembre 2017, n. 179, recante "*Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*".

materia e di garantire, così, uno standard comune nell'intero spazio giuridico europeo¹⁵. A tale *standard* l'ordinamento interno verosimilmente non faticerà ad allinearsi – quantomeno con riferimento al settore pubblico – ammesso e non concesso che l'assetto domestico vigente necessiti davvero di un intervento adeguatore¹⁶.

3. *Il prolungato silenzio della normativa domestica in materia di whistleblowing*

Malgrado le numerose ed incalzanti sollecitazioni internazionali, il nostro legislatore ha dunque tardato ad intervenire in materia di *whistleblowing*. Tre ordini di ragioni giustificano almeno in parte tale inerzia prolungata.

(i) La prima ragione è, se vogliamo, di natura culturale, ed affonda le radici nelle specificità della tradizione giuslavoristica nostrana, assai distante da quella dei Paesi di *common law*, in particolare per quanto concerne il rapporto tra datore di lavoro e dipendente. Se difatti gli ordinamenti continentali limitano il potere di recesso del primo attraverso una (spesso fitta) serie di guarentigie a favore del secondo contro licenziamenti e demansionamenti *ad nutum*, improvvisi o ingiustificati, il sistema americano resta invece ancorato al principio del “*termination at will*”, offrendo al dipendente una protezione meno solida¹⁷. In tale sistema l'eventuale denuncia di soprusi ed irregolarità da parte del lavoratore innescava dunque un'esigenza di protezione dai rischi di comportamenti ritorsivi dei vertici dell'organizzazione ben più impellente rispetto a quella percepibile nel quadro continentale, maggiormente garantista.

¹⁵ Il termine per il recepimento della direttiva, tramite l'adozione di misure legislative, regolamentari e amministrative, è fissato all'art. 26 della stessa e coincide con il 17 dicembre 2021.

¹⁶ Sembra dubitarne anche A. Della Bella, la quale in un commento “a caldo” sottolinea come il recepimento della direttiva, che lascia aperta agli Stati l'opzione di *standard* di tutela più elevati rispetto a quelli minimi imposti dalla normativa eurolunitaria, offre al legislatore nazionale l'occasione per “*riflettere sulla fisionomia che dovrebbe assumere il whistleblowing nel nostro ordinamento per poter divenire uno strumento di promozione dell'etica pubblica e di prevenzione dei fenomeni corruttivi*” (*La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, in *Sistema penale*, 6 dicembre 2019).

¹⁷ Sul punto si veda, per tutti, H. G. WOOD, *A Treatise on the Law of Master and Servant*, Albany, 1877, p. 272 ss.

(ii) La seconda ragione risiede nella (asserita) sufficienza del sistema giuslavoristico domestico rispetto alla protezione del dipendente denunciante; difatti, come non ha mancato di osservare la dottrina, forme di tutela – ancorché indiretta – erano già previste nel nostro ordinamento, in quanto il comportamento del *whistleblowing* avrebbe potuto essere sanzionato, con un eventuale demansionamento e/o licenziamento, solo se egli avesse violato l’obbligo di fedeltà sancito dall’art. 2105 c.c.¹⁸. In altre parole, il dipendente che avesse deciso di denunciare “all’esterno” i comportamenti illeciti tenuti, per esempio, da un superiore gerarchico, o dallo stesso datore di lavoro, non avrebbe violato il suddetto obbligo, e non avrebbe potuto subire ripercussioni di sorta, sol che si fosse attenuto ai limiti della verità e della continenza¹⁹.

(iii) La terza ragione, invece, risiede nella convinzione per cui la prerogativa di segnalare gli illeciti compete in via esclusiva ad alcune specifiche categorie di soggetti qualificati, tra le quali il lavoratore dipendente, pubblico o privato, non figura. Si allude alle disposizioni del codice Rocco che attribuiscono alle figure del pubblico ufficiale e dell’incaricato di pubblico servizio il potere/dovere di segnalare illeciti, l’omissione del quale è sanzionato penalmente ai sensi degli artt. 361 e 362 c.p. Questi – e *solo questi* – sarebbero dunque i soggetti investiti dall’ordinamento stesso di un “*ruolo istituzionale di denuncia*”²⁰, essendo configurabile a loro carico – in caso di disobbedienza a detto obbligo – il reato omissivo proprio di omessa denuncia.

Non tutte queste ragioni paiono invero convincenti.

Al di là della ragione culturale (i), peraltro incontestabile, non sembrava anzitutto cogliere pienamente nel segno chi ritenesse sufficiente la mera tutela giuslavoristica (ii): ammessa e non concessa l’idoneità di quest’ultima a mettere al riparo da ripercussioni i

¹⁸ M. N. BETTINI, *Il diritto di critica del lavoratore nella giurisprudenza*, in AA.VV., *Diritto e libertà. Studi in onore di Matteo Dell’Olio*, Torino, 2008, p. 241 ss.

¹⁹ Sul punto cfr. R. LATTANZI, *Prime riflessioni sul whistleblowing: un modello da replicare ad occhi chiusi?*, cit., p. 146 e ss. Per un’esaustiva disamina dei profili lavoristici connessi ad una denuncia da parte di un dipendente nel rispetto dei suddetti limiti si rinvia a V. FERRANTE, *Rapporti di lavoro e whistleblowing. Diritto a “spifferare” e tutela del posto di lavoro nell’ordinamento italiano*, in G. FRASCHINI, N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, cit., p. 127 ss.

²⁰ Così, da ultimo, A. RUGANI, *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, in *La Legisl. pen.*, 3 giugno 2018, p. 5.

segnalanti che si fossero avvalsi dei canali del cd. *external whistleblowing*, rimaneva invece irrisolto il versante delle segnalazioni all'interno.

Inoltre, l'assenza nel nostro ordinamento di un vero e proprio obbligo di *denuncia dei reati* in capo al *quisque de populo*²¹ (iii) non ha certo precluso l'introduzione di numerosi istituti precursori di quello in commento. In particolare, obblighi di informazione gravanti sul dipendente nei confronti dell'organismo di vigilanza erano previsti nello stesso d.lgs. 231 del 2001, il quale, all'art. 6, co. 2, lett. e, già nella versione originaria, comminava una sanzione, ancorché disciplinare, gravante su quei dipendenti di enti giuridici che, dotati di un "modello 231" e del relativo organismo di vigilanza, avessero omesso di comunicare a quest'ultimo eventuali violazioni di cui erano venuti a conoscenza. Tali oneri informativi assolvevano proprio ad una funzione preventiva rispetto agli illeciti rientranti nel catalogo dei reati presupposto, la cui commissione il modello intendeva scongiurare. Inoltre, l'assunto per cui i destinatari di obblighi di informazione sarebbero preselezionati dal solo legislatore penale è sconfessato anche nel settore del diritto bancario, il cui Testo unico, all'art. 52-*bis*, impone agli istituti di credito di adottare procedure specifiche per la segnalazione di "*atti o fatti che possono costituire una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria*"; con l'ulteriore precisazione per cui, di per sé, "*la segnalazione non costituisce violazione [...] degli obblighi derivanti da rapporto di lavoro*". Pur essendo senz'altro le banche soggetti qualificati, va dunque sottolineato come su di esse incomba solo l'obbligo di prevedere forme di tutela per il segnalante, mentre la soffiata resta una mera *facoltà* del dipendente. Parimenti in materia di intermediazione finanziaria ed assicurativa, in relazione alla quale l'art. 4-*undecies* del Testo Unico della Finanza stabilisce a sua volta l'obbligo di attivazione di canali di segnalazione di irregolarità nella *subiecta materia*. Infine, anche il testo unico sulla salute e sicurezza sul lavoro, d.lgs. 81/2000, pone all'art. 20 una serie di obblighi di informazione in capo al lavoratore, il quale – tramite il responsabile dei lavoratori per la sicurezza – è chiamato a segnalare al datore di lavoro le anomalie in attrezzature, sostanze, materiali e dispositivi.

In definitiva, a prescindere dalla doverosità di tali segnalazioni, questi oneri informativi si estrinsecano in una tipologia di "delazione" che non si differenzia

²¹ Fatti salvi, beninteso, i casi di denuncia obbligatoria da parte del privato cittadino sanciti dall'art. 333 c.p.p.

significativamente da quella del *whistleblower*, se non per la specificità del contesto in cui essa viene realizzata e, di conseguenza, per l'organo cui la stessa è indirizzata.

Pertanto, è verosimile che la ragione del mancato recepimento in via generale del modello di *whistleblowing* anglo-americano sia rinvenibile altrove, e probabilmente nella diffidenza verso “*strumenti alieni al nostro sistema giuridico*”²², i quali avrebbero implicato un complessivo ripensamento delle garanzie, anche penalistiche, di colui che segnala una *mala gestio* all'interno del proprio settore lavorativo.

In conclusione, non resta che sottolineare come, al di là dei suddetti settori “preselezionati” (come quello bancario ove l'onere di informazione nasceva già corredato da un sistema di misure protettive per l'autore dell'allerta), il dipendente che avesse deciso di denunciare irregolarità sul luogo di lavoro avrebbe potuto godere, a fronte di atti ritorsivi, della sola tutela ordinaria offerta del diritto del lavoro, corroborata da una scarsa elaborazione giurisprudenziale in materia di diritto di critica esercitabile dal lavoratore²³. Di fronte alla necessità di contemperare l'obbligo di fedeltà del dipendente con la sua libertà di espressione, i giudici avevano difatti fissato svariati criteri di continenza sostanziale e formale, con esiti non di rado pericolosamente sbilanciati a vantaggio del datore di lavoro²⁴.

²² A. PARROTTA, R. RAZZANTE, *Il sistema di segnalazione interna. Il whistleblowing nell'assetto anticorruzione, antiriciclaggio e nella prevenzione della responsabilità degli Enti*, cit., p. 38.

²³ In argomento si veda G. VARRASO, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, p. 1744.

²⁴ “La giurisprudenza ha elaborato diversi criteri per contemperare questi diritti, senza però offrire appigli sempre solidi agli interpreti. Il lavoratore deve riferire fatti veri o quantomeno ritenuti tali, e perseguire la realizzazione di interessi meritevoli di tutela (continenza sostanziale); la forma espressiva deve essere rispettosa e, qualora le informazioni vengano provalate a terzi o varchino i confini dell'azienda, deve altresì sussistere un interesse particolarmente qualificato alla loro conoscenza all'esterno, tale da giustificare la circostanza che il lavoratore abbia ‘saltato’ la line interna aziendale”; così G. VARRASO, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, cit., p. 1745.

4. La l. 190/2012 ed il dipendente pubblico

Come già anticipato, l'esordio sul fronte domestico della disciplina in parola è segnato dalla legge c.d. Severino del 2012, cui va riconosciuto il merito di aver realizzato, forse per la prima volta in materia di corruzione, un equilibrato connubio tra tecniche di prevenzione e di repressione²⁵. Proprio il superamento del tradizionale approccio al fenomeno corruttivo – rivelatosi non particolarmente efficace nell'abbattimento del *Corruption Perception Index*²⁶ – ed il varo di una strategia alternativa, in quanto *differenziata*, rappresentano l'oggetto delle riflessioni che seguono, le quali non possono che muovere dalle innovazioni della riforma.

La legge 190/2012 aveva anzitutto operato sul cd. "*Testo unico del pubblico impiego*" (d.lgs. 165/2001)²⁷, il cui nuovo art. 54-*bis* precludeva qualsivoglia ripercussione nei confronti del dipendente che avesse denunciato al superiore gerarchico (*internal whistleblowing*), all'autorità giudiziaria ordinaria o contabile (*external whistleblowing*)²⁸ condotte illecite di cui fosse venuto a conoscenza "*in ragione del rapporto di lavoro*".

Più precisamente, ai sensi del primo comma dell'art. 54-*bis*, il dipendente pubblico non poteva essere sanzionato, licenziato, sottoposto a misure discriminatorie ricadenti sulle condizioni di lavoro per motivi connessi, anche solo indirettamente, alla

²⁵ Circa la necessità di tale approccio integrato cfr. G. FORTI, *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica*, in *Ciclo di conferenze e seminari "L'uomo e il denaro"*, Milano, 6.11.2006, in http://www.assbb.it/contenuti/news/files/6-11-2006-quaderno_etica15.pdf; M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in B.G. MATTARELLA., M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., p. 59; F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, cit., p. 155 ss.

²⁶ Tale indice, stilato a partire dal 1995 da Transparency International, rivela annualmente il livello di corruzione in 176 Paesi nel mondo. Nel 2019 l'Italia è salita al 54esimo posto di questa classifica (guadagnando dunque solo un voto in più rispetto alla precedente edizione), con uno *score* (53/100, dove 0 indica un altissimo livello di corruzione percepita) ancora di gran lunga superiore rispetto a quello della media europea.

²⁷ Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, recante *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*.

²⁸ Si noti che la legge in parola non prevedeva alcuna gerarchia tra i destinatari della segnalazione, né forniva indicazioni e criteri cui informarsi, lasciando al *whistleblower* "*un ampio margine di libertà, che si presta al rischio di un indesiderato effetto boomerang: cosa accade infatti nell'ipotesi in cui l'illecito segnalato al superiore gerarchico sia stato commesso da quest'ultimo?*"; così, provocatoriamente, F. COPPOLA, *Il whistleblowing: la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 4, p. 479.

denuncia stessa: beninteso, purché sussistessero alcuni indefettibili presupposti – delineati in parte dalle linee guide in materia, in parte dalla dottrina – finalizzati a scongiurare l'utilizzo pretestuoso della tutela in esame²⁹.

Sotto questo profilo, proprio la clausola di apertura della norma – “*fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia e di diffamazione*” – subordinava l'operatività della tutela stessa al rispetto dell'obbligo di buona fede gravante sul dipendente pubblico, da ritenersi violato anche qualora la segnalazione integrasse un illecito civile ai sensi dell'art. 2043 c.c. Al limite della buona fede si aggiungeva poi quello del “fondato sospetto” che, seppur non menzionato dalla norma in esame, faceva capolino dalle numerose linee guida in materia; le quali, tra l'altro, subordinavano la concessione delle “misure di protezione” alla verifica della correttezza e della attendibilità della soffiata, non ritenuta meritevole di tutela se fondata su meri sospetti o voci³⁰.

Il secondo comma della norma in parola garantiva inoltre al soffiatore di fischiello l'anonimato nell'ambito dell'eventuale procedimento disciplinare scaturente dalla sua segnalazione; garanzia, questa, che sarebbe tuttavia venuta meno qualora il segnalante avesse prestato il suo consenso, ovvero laddove “*la conoscenza [dell'identità del segnalante] [fosse] assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato*”³¹.

Il terzo comma della norma apriva altresì un primo canale di segnalazione, permettendo la denuncia di eventuali misure “discriminatorie” – concetto ragionevolmente inclusivo di ogni misura di *retaliation* – dinanzi al Dipartimento della Funzione Pubblica. Il quarto e ultimo comma, infine, realizzando “*un'importante componente della garanzia di riservatezza*”³², sottraeva la denuncia del segnalante al

²⁹ In argomento, v. G. VARRASO, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, cit., p. 1732 ss.

³⁰ Cfr., *ex multis* e da ultimo, *Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54-bis, del d.lgs 165/2001 (c.d. whistleblowing)*, p. 12, disponibile in https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitaadocumentazione/ConsultazioniOnline/_consultazioni?id=24ae67df0a77804218f2f9d137ca4406.

³¹ Sulla eccessiva genericità di detta eccezione, che pare attribuire all'amministrazione un ampio potere nel decidere cosa sia o non sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato, v. S.M. CORSO, *Segnalazione di illeciti da dipendente pubblico: tutela debole*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2013, 11, p. 717.

³² Così A. RUGANI, *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, cit., p. 6.

diritto di accesso previsto dalla legge 241 del 1990, nell'intento di ridurre il più possibile la rivelazione di identità di quest'ultimo.

Dal complesso delle nuove previsioni emergeva l'intento di istituzionalizzare nel settore pubblico una inedita figura di garante dell'operato dell'organizzazione e dei suoi stessi membri³³, nonché la promozione di una "nuova etica", non solo di mercato, idonea a consentire anche l'"*esternazione della critica al biasimevole agire del leader*"³⁴.

Attraverso la denuncia di *wrongdoings*, peraltro, la pratica del *whistleblowing* esplicava in pieno la sua funzione preventiva, coincidente con "*la profilassi del rischio di verifica di reati e non, meramente, dei fatti effettivamente compiuti*"³⁵. Tuttavia, nel contemperamento tra esigenze squisitamente funzionali ed esigenze di tutela del dipendente (e loro limiti), la novella del 2012 sembrava accordare prevalenza alle seconde; come del resto comprova la mancata introduzione di meccanismi premiali volti ad incentivare "ad ogni costo" la segnalazione di illeciti sul luogo di lavoro.

Per concludere, va osservato come nella sua versione originaria la normativa sul *whistleblower* finisse per tratteggiare una esimente, destinata ad operare sul piano disciplinare, che poteva operare a sostegno dell'impugnazione di provvedimenti, per l'appunto, disciplinari, e/o altre misure discriminatorie³⁶. Essa presentava tuttavia il limite dell'applicabilità al solo dipendente pubblico, così come definito al comma 2 dell'art. 54-*bis*, con plateale violazione³⁷ delle prescrizioni della Convenzione di Strasburgo³⁸, la quale, lungi dal discriminare tra settore pubblico e privato, richiedeva una piena tutela di entrambe le categorie di lavoratori.

Intuibili le ragioni di una siffatta scelta, rinvenibili con buona probabilità nella natura e negli intenti della novella del 2012, dimostratasi ben poco incisiva nel settore

³³ Sul punto GV.NNA AMATO, *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2014, 3-4, *passim*.

³⁴ Così G. FORTI, *Percorsi di legalità in campo economico*, cit., p. 15.

³⁵ V. GV.NNA AMATO, *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, cit., p. 565.

³⁶ Così R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis de d.lgs. n. 156/2001 (art. 1, comma 51)*, cit., p. 258.

³⁷ Cfr. sul punto R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis de d.lgs. n. 156/2001 (art. 1, comma 51)*, cit., p. 254.

³⁸ Sul punto v. L. SALAZAR, *Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione; l'Italia davanti ai suoi giudici*, in *Cass. pen.*, 2012, 12, p. 4290.

privato. A tal proposito, tuttavia, non pare condivisibile la tesi dottrinale secondo cui la legge anticorruzione avesse inteso attribuire una maggior tutela al dipendente pubblico in virtù della particolare importanza e utilità delle sue informazioni³⁹. Del resto, tale assunto sarebbe sconfessato dal fatto che su una larga cerchia di dipendenti pubblici (si allude, ovviamente, a coloro che ricoprono il ruolo di incaricati di pubblico servizio o pubblici ufficiali), già incombe un vero e proprio dovere di *report*⁴⁰.

5. La l. 179/2017 ed il dipendente privato

L'aporia appena segnalata è stata di recente superata con la legge 179/2017, la quale, nel quadro del primo intervento domestico interamente dedicato alla figura del *whistleblower*, ha introdotto significative novità anche in relazione al dipendente pubblico.

La novella in parola ha infatti esteso l'ambito di applicazione del succitato art. 54-*bis*, che oggi abbraccia non solo i lavoratori del pubblico impiego assoggettabili ad un regime interamente pubblicistico, ma anche coloro ai quali si applica il cd. "regime privatizzato"; ad essi sono stati affiancati i dipendenti di enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico, così come i lavoratori ed i collaboratori di imprese private appaltatrici della pubblica amministrazione⁴¹.

L'intervento legislativo *de quo*, successivo a quello che aveva inserito tra i destinatari della segnalazione l'Autorità Nazionale Anticorruzione⁴², ha inoltre stralciato

³⁹ In argomento v. S. SPADARO, A. PASTORE, *Legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n. 190)*, Milano, 2012, p. 76.

⁴⁰ Cfr. R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis de d.lgs. n. 156/2001 (art. 1, comma 51)*, cit., p. 254; nonché A. PARROTTA, R. RAZZANTE, *Il sistema di segnalazione interna. Il whistleblowing nell'assetto anticorruzione, antiriciclaggio e nella prevenzione della responsabilità degli Enti*, cit., p. 46.

⁴¹ Per una approfondita riflessione circa l'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina in parola e le relative incoerenze sistematiche si rinvia a G. VARRASO, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, cit., p. 1734.

⁴² Il riferimento è al d.l. 90/2014 (decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, recante *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*), il cui art. 31 co. 1 aveva modificato l'art. 54-*bis* introducendo l'ANAC tra i destinatari della segnalazione.

la facoltà di segnalare l'illecito al datore di lavoro, sostituito dal “più affidabile”⁴³ Responsabile della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza: si tratta di un'innovazione destinata a catalizzare l'emersione degli illeciti penali, ove si consideri che quest'ultimo, a differenza del datore di lavoro, è un pubblico ufficiale, dunque soggetto gravato dal dovere istituzionale di denuncia dei reati previsto dal codice Rocco.

Ancora, la legge in commento ha incrementato i canali di segnalazione degli illeciti sui luoghi di lavoro, incaricando l'ANAC di predisporre le relative linee guida e, in parallelo, ha rafforzato la garanzia di anonimato del segnalante, estendendola al procedimento penale ove l'identità di quest'ultimo “è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'art. 329 c.p.p.”⁴⁴.

Infine, la novella ha previsto un'inversione probatoria nell'eventuale procedimento disciplinare scaturente dalla segnalazione, assegnando al datore di lavoro l'onere di dimostrare la natura non discriminatoria delle misure asseritamente ritorsive.

È rimasto invece immutato l'oggetto della segnalazione, il quale coincide con “le condotte illecite conosciute dal dipendente in ragione del rapporto di lavoro”, già individuate dalla legge anticorruzione del 2012. Si tratta di un'espressione dall'incerto valore semantico, il quale da un lato si giustifica con l'intento di garantire al lavoratore la più ampia tutela possibile; dall'altro lato, tuttavia, non può che destare perplessità sotto il profilo della scarsa determinatezza, specie in ragione delle sanzioni patrimoniali irrogabili in caso di mancata segnalazione, la cui etichetta formalmente non penale non ne esclude certo l'enorme portata afflittiva⁴⁵.

⁴³ Così G. VARRASO, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, cit., p. 1734; v. inoltre E. FIATA (*La tutela del whistleblower nel pubblico impiego dopo la legge n. 179 del 2017*, in www.lavoropubblicheamministrazioni.it, 2018), il quale definisce quella in parola una “scelta [...] coerente con il sistema di prevenzione della corruzione disciplinato nella legge Severino che affida al Responsabile della prevenzione della corruzione il delicato compito di proporre strumenti e misure per contrastare fenomeni corruttivi”.

⁴⁴ In argomento cfr. F. COPPOLA, *Il whistleblowing: la “scommessa etica” dell'anticorruzione*, cit., p. 483.

⁴⁵ Il riferimento è alle severe sanzioni amministrative pecuniarie irrogabili dall'ANAC qualora accerti che il Responsabile della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza non ha svolto l'attività di verifica e analisi delle segnalazioni o non sia stato attivato alcun canale di segnalazione (situazione, quest'ultima, a cui viene equiparata quella dell'attivazione di un canale non conforme alle linee guida); a tal proposito V.V. FERRANTE, *Novità per il settore pubblico e privato in tema di whistleblowing*, in *Labor*, 2018, 2, p. 158; G. VARRASO, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, cit.,

Le principali novità, tuttavia, risiedono nelle modifiche apportate dalla modifica legislativa alla disciplina della responsabilità da reato degli enti, di cui ora conviene occuparsi.

5.1. Whistleblowing e d.lgs. 231/2001

L'art. 2 della legge 179/2017, rubricato “*Tutela del dipendente o del collaboratore che segnala illeciti nel settore privato*”, ha anzitutto innovato la disciplina dei modelli di organizzazione e gestione, la cui comprovata efficace attuazione – come noto – è astrattamente idonea a esentare l'ente da responsabilità⁴⁶.

Nella rinnovata formulazione dell'art. 6 d.lgs. 231/2001, mentre l'immutato comma 2 indica le esigenze cui deve rispondere il modello, il successivo comma 2-*bis* ne elenca i nuovi contenuti, e in particolare:

(a) l'attivazione di uno o più canali di segnalazione che consentano sia ai soggetti in posizione apicale, sia ai soggetti dipendenti di denunciare le condotte illecite di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte⁴⁷;

(b) la predisposizione di almeno un canale di segnalazione per via informatica, idoneo a rafforzare la garanzia di anonimato del segnalante, ed incentivare in tal modo anche i dipendenti più riluttanti;

(c) la previsione del divieto di atti ritorsivi nei confronti del segnalante, per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione;

(d) la previsione di sanzioni disciplinari – ai sensi dell'art. 6, co. 2, lett. e – nei confronti di chi viola “*le misure di tutela del segnalante*” o di chi effettui, con dolo o colpa grave, segnalazioni che si rivelino successivamente infondate⁴⁸.

p. 1734 e 1738.

⁴⁶ Circa la natura di detta responsabilità e la disciplina dei modelli in questione si rinvia, per tutti e da ultimo, a M. SCOLETTA, *Sub art. 6*, in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 132 ss.

⁴⁷ La norma menziona espressamente entrambe le categorie, in quanto rinvia all'art. 5, co. 1, lettere a) e b).

⁴⁸ Si segnala inoltre che il comma 2-*ter* prevede la possibilità, sia per il *whistleblower* che per l'organizzazione sindacale da lui indicata, di denunciare all'Ispettorato del lavoro l'eventuale adozione di misure discriminatorie nei confronti del segnalante. Il comma 2-*quater*, infine, sancisce espressamente la nullità di ogni misura ritorsiva o discriminante operata nei confronti del segnalante.

Nonostante tali innovazioni, la protezione accordata al dipendente privato appare tuttora più fragile rispetto a quella garantita al dipendente pubblico dalla legge anticorruzione, sotto svariati profili: e ciò “*a riprova [del fatto] che l’interesse dell’ordinamento per la legalità negli enti privati permane meno accentuato rispetto a quanto avvenga per la p.a.*”⁴⁹.

Se infatti da un lato l’attivazione di canali di segnalazione interna rappresenta un indiscutibile progresso, dall’altro lato la novella non impone alcun obbligo di includere nei modelli indicazioni relative ai canali di segnalazione esterna: laddove la segnalazione non sia diretta all’organismo di vigilanza e controllo – e raccolta dunque all’interno del “sistema 231”⁵⁰ – la tutela in esame parrebbe dunque non applicabile.

Ma vi è di più. Mentre infatti l’oggetto della segnalazione da parte del dipendente pubblico sembra non avere confini definiti – spaziando, come si è detto, dal settore disciplinare a quelli civile e penale, fino a ricomprendere anche pratiche scorrette dal punto di vista meramente etico –, è verosimile ritenere che il dipendente privato possa denunciare solo condotte penalmente rilevanti. E, a ben vedere, solo quelle suscettibili all’interno del “catalogo dei reati presupposto” (artt. 24 ss.⁵¹) il quale, seppur incontinua

⁴⁹ G. VARRASO, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell’ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 1746.

⁵⁰ Per l’individuazione del destinatario della segnalazione v. A. RUGANI, *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, cit., p. 19.

⁵¹ I reati denunciabili mediante i canali di segnalazione interna sono, pertanto, quelli indicati all’interno della settima sezione del d.lgs. 231/2001, agli artt. 24 e ss., ovverosia: indebita percezione di erogazioni, truffa a danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica a danno dello Stato o di un ente pubblico, delitti informatici e trattamento illecito di dati, delitti di criminalità organizzata, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione, falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento, delitti contro l’industria e il commercio, reati societari, delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico, pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, delitti contro l’incolumità individuale, abusi di mercato, omicidio colposo, lesioni gravi o gravissime commesse con la violazione delle norme sulla tutela della salute o della sicurezza sul lavoro, ricettazione, riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, autoriciclaggio, delitti in materia di violazione del diritto d’autore, induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all’autorità giudiziaria, reati ambientali, impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, razzismo e xenofobia. Ad essi sono stati di recente aggiunti dal d.l. 124/2019 (decreto-legge 28 ottobre 2019, n. 124, *Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili* - c.d. decreto fiscale) e la relativa legge di conversione 157/2019 (l. 19 dicembre 2019, n. 157, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 124, recante disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili*) alcuni reati tributari: nello specifico, il nuovo art. 25-*quinquiesdecies* d.lgs. 231/2001 annovera oggi, tra i reati presupposto della

espansione, non esaurisce certo il novero di illeciti (penali e non) potenzialmente perpetrabili nell'attività privata di impresa.

Emerge dunque il primo profilo critico della disciplina in analisi, in quanto essa non si rivela pienamente funzionale all'opera di prevenzione *complessiva* dei reati.

Inoltre, ancorando la tutela del soffiatore di fischietto ai modelli 231, il legislatore pare aver dimenticato che l'adozione degli stessi non rappresenta un *obbligo* per l'ente⁵². In mancanza del modello stesso, si materializza così il rischio di escludere l'applicabilità dei nuovi strumenti di tutela ai dipendenti denunciatori, lasciando a questi ultimi solamente l'ordinaria – e insufficiente – protezione giuslavoristica.

Nonostante i tentativi della dottrina di aggirare l'ostacolo estendendo in via interpretativa la tutela del *whistleblower* anche agli enti privi di modello⁵³, l'opzione ermeneutica più convincente pare quella strettamente in linea con il dettato normativo: a suffragio di tale opzione militano svariati argomenti, non ultimo l'involontario, ma comunque benefico, effetto di incentivare l'adozione dei modelli di prevenzione.

6. Tutele e limiti del whistleblowing: profili sostanziali e processuali

Terminata l'esposizione delle novità introdotte dalla riforma nel "sistema 231", è giunto il momento di approfondire le implicazioni specificamente penalistiche del *whistleblowing*, le quali, se non di immediata evidenza, sono tuttavia connaturate sia alla *ratio* dell'istituto stesso, sia alle conseguenze pratiche potenzialmente scaturenti dalla soffiata (qualora essa risulti, beninteso, fondata e precisa).

responsabilità degli enti, le fattispecie contemplate nel d.lgs. 74/2000 (decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, *Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205*) agli artt. 3 (dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici); 8 (emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti); 10 (occultamento o distruzione di documenti contabili); 11 (sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte). Circa il recente ampliamento del catalogo dei reati presupposti v. M. TEBALDI, *Le disposizioni penali del decreto fiscale: problematiche applicative*, in *www.dirittopenaleeconomieimpresa*, 5 marzo 2020.

⁵² Cfr. sul punto A. RUGANI, *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, cit., p. 17, il quale efficacemente sostiene che "la facoltatività di adozione del modello si tradurrà (...) nella facoltatività delle misure a tutela dei whistleblower".

⁵³ Cfr., sul punto, S.M. CORSO, *La via italiana al whistleblowing tra obbligo di fedeltà e "diritto alla legalità"*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2016, 1, p. 175.

Il *Leitmotiv* della disciplina in parola, tanto nel settore pubblico quanto in quello privato, è rappresentato infatti dalle tutele (processual)penalistiche a favore del *whistleblower*.

6.1. *L'inquadramento della 'giusta causa di rivelazione dei segreti'*

Tra queste ultime, la più rilevante è apprestata dall'art. 3 della legge 179/2017, ove viene ritagliata un'area di esclusione della responsabilità penale per il denunciante che mediante la segnalazione realizzi una delle fattispecie di "rivelazione di segreti" sanzionate dal codice penale.

Il riferimento è ai reati di cui agli artt. 326 c.p. (*rivelazione e utilizzazione del segreto d'ufficio*), 622 c.p. (*rivelazione del segreto professionale*) e 623 c.p. (*rivelazione dei segreti scientifici e industriali*), i quali non ricorrono ogniqualvolta sussistano gli estremi di una "giusta causa" di rivelazione, che la *littera legis* fa coincidere proprio con "*il perseguimento dell'interesse all'integrità delle amministrazioni, pubbliche e private, nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni*"⁵⁴: in sostanza, ogniqualvolta la soffiata del *whistleblower* possa definirsi fondata.

Il perseguimento di detto interesse rende dunque lecita anche la segnalazione che comporti astrattamente una violazione del dovere di fedeltà, purché essa avvenga nelle forme e nei limiti sanciti dal combinato disposto degli artt. 54-*bis* del testo unico del pubblico impiego e 6 del d.lgs. 231/2001⁵⁵. Pertanto, non stupisce il fatto che l'esclusione della rilevanza penale sancita dall'art. 3, co. 3 della legge del 2017 non operi in caso di

⁵⁴ L'art. 3 co. 1 della l. 179/2017 recita, per l'appunto: "*Nelle ipotesi di segnalazione o denuncia effettuate nelle forme e nei limiti di cui all'art. 54-bis del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, e all'art. 6 del d.lgs. 8 giugno del 2001, n. 231, come modificati dalla presente legge, il perseguimento dell'interesse all'integrità delle amministrazioni, pubbliche e private, nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni, costituisce giusta causa di rivelazione di notizie coperte dall'obbligo di segreto di cui agli artt. 326, 622 e 623 del codice penale e dell'art. 2105 del codice civile*".

⁵⁵ In merito alle condizioni per l'applicazione della "esimente" in parola, si veda G. VARRASO, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, cit., p. 1748.

superamento dei limiti appena ricordati, quando cioè sussista una qualche difformità “rispetto alle finalità dell’eliminazione dell’illecito”⁵⁶.

Chiariti dunque i requisiti operativi della “esimente” in oggetto, è d’uopo riflettere sulla sua natura giuridica.

Nel silenzio del dettato normativo, l’unico indizio testuale è fornito da un *dossier* della Camera dei Deputati, in cui essa viene equiparata, non senza qualche esitazione, ad una causa di giustificazione⁵⁷. D’altronde, siffatta qualificazione affonda le radici nel conflitto intrinseco dell’istituto del *whistleblowing*, ossia quello tra il vincolo di fedeltà e l’obbligo di rivelazione dell’illecito, legato a sua volta all’interesse all’integrità delle amministrazioni⁵⁸.

Il necessario confronto tra interessi compresenti e divergenti, del resto, caratterizza proprio la disciplina delle clausole di esclusione dell’antigiuridicità, la quale, come noto, positivizza il risultato del relativo bilanciamento operato dal legislatore.

Nel caso di specie, tuttavia, è lecito domandarsi se – al di là delle assonanze testuali – la “giusta causa” operi davvero sul piano dell’antigiuridicità⁵⁹, quantomeno con riferimento alle fattispecie degli artt. 326 e 623 c.p., tra i cui elementi non compare l’assenza di una giusta causa⁶⁰.

Con riferimento alla fattispecie di cui all’art. 326 c.p., che punisce le offese al buon andamento della pubblica amministrazione realizzate mediante la divulgazione di notizie di ufficio destinate a rimanere segrete, la presenza di una giusta causa sembrerebbe

⁵⁶ Non sarà dunque “immune” una soffiata che non rispetti il requisito della precisione, o che riporti una voce appresa *de relato* o, più semplicemente, che sia tale da configurare essa stessa una fattispecie di reato (è il caso della segnalazione calunniosa o diffamante).

⁵⁷ Camera dei Deputati, Dossier n° 305/3 – *Elementi per l’esame in assemblea*, in www.camera.it, ove si evidenzia che “la giusta causa della rivelazione sembra sostanzialmente operare come una causa di giustificazione”.

⁵⁸ Circa tale conflitto si vedano A. RUGANI, *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*; cit., in particolare p. 1 e p. 13; R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l’art. 54-bis de d.lgs. n. 156/2001 (art. 1, comma 51)*, cit., p. 247.

⁵⁹ In argomento si veda G. VARRASO, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell’ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, cit., p. 1748.

⁶⁰ Con riferimento alla fattispecie di cui all’art. 622 c.p., che sanziona le violazioni della disciplina sul segreto professionale realizzate mediante la rivelazione o l’impiego delle notizie relative al proprio stato, ufficio, alla propria professione o arte, l’assenza di giusta causa nella rivelazione del segreto è invece espressamente menzionata tra gli elementi strutturali della fattispecie.

invero operare sul piano della tipicità; ad orientare in tal senso è, d'altra parte, la natura della fattispecie in questione quale reato di pericolo (peraltro concreto)⁶¹. Occorre infatti ricordare come la “giusta causa” consenta al *whistleblower* di rivelare un dato coperto da segreto, escludendo che la segnalazione di irregolarità e reati possa integrare una violazione del dovere di fedeltà.

In definitiva, lungi dall'arrecare un'offesa, la rivelazione si traduce in una tecnica di prevenzione delle potenziali offese al buon andamento della pubblica amministrazione, sì che l'“esimente” sembra assumere le vesti – più che di una causa di esclusione dell'antigiuridicità – di una causa di esclusione del fatto tipico⁶².

Con riferimento invece alla fattispecie di cui all'art. 623 c.p., che sanziona le violazioni della disciplina sul segreto scientifico o commerciale, l'inquadramento della giusta causa presuppone la risoluzione di un nodo interpretativo. L'ambigua formulazione della condotta tipica – la rivelazione o l'impiego “*a proprio o altrui profitto*” dei segreti in parola – aveva indotto ad inquadrare il delitto in esame tra quelli a dolo specifico. Da tempo, tuttavia, si ritiene sufficiente il dolo *generico*, consistente nella coscienza e volontà del soggetto attivo di rivelare un segreto scientifico-commerciale. La ricerca del “*proprio o altrui profitto*” si traduce quindi in un “*contrassegno di tipo oggettivo*”⁶³, con la conseguenza che la condotta di rivelazione deve apparire finalizzata *ex ante* ad arrecare un vantaggio al *whistleblower* o ad altri e, al contempo, idonea a determinare un siffatto nocumento. E proprio in forza dell'ontologica incompatibilità tra la giusta causa della rivelazione di un segreto e la realizzazione di un profitto, il fatto finirebbe dunque per smarrire i caratteri di tipicità.

6.2. (segue) Verso un nuovo obbligo di garanzia?

A tali profili di indubbia rilevanza penalistica se ne deve aggiungere almeno un altro, ovverosia quello che si iscrive nella recente tendenza, nel diritto penale

⁶¹ In argomento si veda GV.NNI AMATO, *Sub art. 623*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2019, p. 4428.

⁶² Alla medesima conclusione giunge, seppur con argomentazioni parzialmente differenti, A. RUGANI, *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, cit., p. 14.

⁶³ GV.NNI AMATO, *Sub art. 623*, cit., p. 4428.

dell'economia⁶⁴, alla proliferazione – per via legislativa e pretoria – dei centri di vigilanza “interni” all'organizzazione e, di conseguenza, dei soggetti garanti⁶⁵.

In questo scenario si potrebbe iscrivere anche l'istituto in esame, come segnalato dalla dottrina già in tempi non sospetti⁶⁶, ancor prima dell'adozione della l. 179/2017.

In altre parole, sebbene la disciplina sul *whistleblower* non imponga in capo al lavoratore dipendente un vero e proprio obbligo di denuncia penalmente sanzionato, si è paventata l'ipotesi di una sua progressiva responsabilizzazione per l'omessa segnalazione dell'illecito commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Del resto, pur in assenza di un effettivo potere impeditivo *ex art. 40, co. 2 c.p.* in capo al dipendente, quest'ultimo dispone della facoltà (con le annesse e già analizzate tutele) di segnalare eventuali reati proprio a quei soggetti cui invece compete il *dovere* di intervento⁶⁷.

Potrebbe tale facoltà, con eterogenesi dei fini, divenire fonte di responsabilità penale, per reato omissivo improprio? La risposta dovrebbe essere negativa, per almeno due ordini di motivi.

Il *primo*: la disciplina del *whistleblower* mira sì a responsabilizzare il dipendente, ma in una prospettiva che potremmo definire essenzialmente *etica*. Ne deriva che lo spirito della riforma sarebbe frustrato se, per converso, si optasse per una responsabilizzazione *giuridica* del dipendente stesso, imponendogli la delazione e sanzionandone penalmente l'omissione.

Il *secondo*: se anche si ammettesse l'esistenza di un obbligo di garanzia in capo al dipendente, rimarrebbe un – pressoché insuperabile – problema di accertamento del nesso di causalità tra la mancata segnalazione e la commissione del reato. Parrebbe infatti

⁶⁴ Tendenza in merito alla quale non ci si può dilungare in questa sede e per una disamina della quale dunque si rinvia dunque, per tutti, a F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, p. 45 ss.

⁶⁵ Sulla nozione di garante sul luogo di lavoro, anche alla luce delle riforme in materia di whistleblowing, v., per tutti, S. TORDINI CAGLI, *Sfere di competenza e nuovi garanti: quale ruolo per il lavoratore?*, in *La Legisl. pen.*, 3 gennaio 2020, *passim*.

⁶⁶ GV.NNA AMATO, *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, cit., p. 600 ss.

⁶⁷ Circa i poteri impeditivi dell'organismo di vigilanza dell'ente, con riferimento ad una segnalazione per mezzo di canale interno, si rinvia nuovamente alle lucide considerazioni di A. RUGANI, *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, cit., p. 22 e s., in particolare nt. 48.

piuttosto arduo dimostrare che la segnalazione del *whistleblower* avrebbe potuto impedire l'evento, con il rischio di dover ricorrere all'insidiosa scorciatoia delle presunzioni.

In conclusione, la l. 179/2017 si è limitata ad apprestare strumenti per favorire l'accertamento di reati, in particolari quelli corruttivi, connotati da una genetica difficoltà di emersione. E, lungi dall'aver istituito una nuova figura di garante, ha introdotto nell'ordinamento nuove forme di *tutela* per il *whistleblower*, sulle quali non è dato fondare alcuna forma di responsabilità penale di quest'ultimo per omessa segnalazione dell'illecito.

6.3. Tutele processuali

Il legislatore non ha mancato di apprestare tutele anche sul piano processuale, tra le quali è annoverabile quella dell'anonimato del dipendente segnalante.

Come sancito a chiare lettere dall'art. 54-*bis* co. 3 del testo unico del pubblico impiego, nell'ambito del procedimento penale “*l'identità del segnalante è coperta da segreto nei modi nei limiti previsti dall'art. 329 c.p.p.*”, ossia fino alla *discovery* in favore dell'indagato. Il richiamo alla disciplina dettata dall'art. 329 c.p.p. sta dunque ad indicare che la garanzia in esame non è perpetua, in quanto la secretazione del nome del segnalante cade in un dato momento del procedimento penale, a partire dal quale eventuali ritorsioni perpetrate dall'ente sul piano lavorativo sono per l'appunto sanzionate.

Quanto a quelle esulanti dall'ambito lavorativo, “personali” dunque – idonee ad incidere financo sulla sfera di incolumità del denunciante –, la normativa sul *whistleblower* svela invece la sua totale inefficacia; nel nostro ordinamento, infatti, le uniche guarentigie atte a fugare (e/o sanzionare) ripercussioni personali scaturenti da una “delazione” sembrerebbero essere quelle contenute nella legge 82/1991⁶⁸, pensata tuttavia per favorire altra forma di collaborazione con la giustizia⁶⁹.

⁶⁸ Decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito con modificazioni dalla l. 15 marzo 1991, n. 82, come modificata dalla l. 13 febbraio 2001, n. 45, recante “*Nuove norme in materia di sequestro di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonché per la protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia*”.

⁶⁹ Cfr. A. RUGANI, *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, cit., p. 13.

Si noti infine che il richiamo all'art. 329 c.p.p. presuppone che la segnalazione non sia anonima e, anzi, *“che pur usando canali confidenziali, [il segnalante] renda nota a monte la propria identità”*⁷⁰.

Ben più controverso è invero il caso della segnalazione anonima, in merito alla quale tanto la legge del 2012, quanto quella del 2017 non hanno fornito indicazione alcuna. Se alle cosiddette denunce anonime il nostro codice di rito non ha mai guardato con particolare favore⁷¹, non si può tralasciare il fatto che esso, d'altra parte, è sprovvisto di sanzioni volte alla loro espunzione dal processo penale⁷². Ad ogni buon conto, l'ANAC ha dimostrato a tal proposito un atteggiamento alquanto cauto, non precludendo in assoluto l'utilizzabilità delle segnalazioni anonime, purché circostanziate.

Per concludere, altri limiti alle tutele del *whistleblower* sono previsti dalla stessa legge del 2017, che le esclude nei casi di accertamento a carico del denunciante, anche con sentenza non definitiva, dei reati di calunnia, diffamazione *“o comunque di reati commessi con la denuncia di cui al comma 1”*. Residua inoltre, al di là della sfera penale, l'eventuale responsabilità civile *“per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave”*⁷³.

7. La direttiva 2019/1937/UE e le potenziali ricadute in materia penale

Nella consapevolezza che *“l'importanza di garantire una protezione adeguata ed efficace degli ‘informatori’ è sempre più riconosciuta a livello sia unionale che internazionale”*⁷⁴, la già evocata direttiva (UE) 2019/1937 si pone l'obiettivo di dettare

⁷⁰ Così A. PARROTTA, R. RAZZANTE, *Il sistema di segnalazione interna. Il whistleblowing nell'assetto anticorruzione, antiriciclaggio e nella prevenzione della responsabilità degli Enti*, cit., p. 54.

⁷¹ Cfr. artt. 240 e 333 c.p.p.; in dottrina, *ex multis*, si veda L. BRESCIANI, voce *“Denuncia e rapporto”*, in *Dig. Disc. pen.*, III, Torino, 1989, p. 397.

⁷² Cfr. A. PARROTTA, R. RAZZANTE, *Il sistema di segnalazione interna. Il whistleblowing nell'assetto anticorruzione, antiriciclaggio e nella prevenzione della responsabilità degli Enti*, cit., p. 55.

⁷³ Art. 1, co. 9 l. 179/2017.

⁷⁴ Così si apre la direttiva (UE) 2019/1937, che al primo considerando richiama la necessità di garantire una protezione agli “informatori” (i *whistleblowers*, per l'appunto), ossia quei lavoratori, inseriti in un'organizzazione pubblica o privata, o in contatto con essa, che per primi vengono a conoscenza di *“minacce o pregiudizi al pubblico interesse sorti in tale ambito”*. In argomento cfr. A. DELLA BELLA, *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, cit.

norme minime comuni in merito alla figura del *whistleblower*, chiamata a svolgere un ruolo fondamentale nella prevenzione delle “violazioni del diritto dell’UE”.

Difatti, una protezione effettiva dell’“informatore” è, a detta di Parlamento e Consiglio⁷⁵, condizione necessaria per incentivare l’utilizzo dello strumento in parola e, pertanto, “per rafforzare l’applicazione del diritto dell’Unione”⁷⁶ in svariati settori “a rischio”: sol per citarne alcuni⁷⁷, quello degli appalti pubblici, in cui il *whistleblower* assume il precipuo compito di “prevenire e accertare le frodi e la corruzione”⁷⁸, quello della salute pubblica e quello dei servizi finanziari⁷⁹.

La direttiva del 2019 rappresenta dunque il primo strumento europeo vincolante *a vocazione generale*, ossia diretto a svincolare la tutela del *whistleblower* da ambiti specifici; come invece era avvenuto, ad esempio, per i reati ambientali, rispetto ai quali la

⁷⁵ Sul punto non sono invero mancati contrasti in seno alle istituzioni eurounitarie, iniziati a seguito della raccomandazione del Consiglio d’Europa del 18 aprile 2014. Sollecitata ad intervenire in materia, e dopo aver inizialmente eccepito la propria incompetenza, solo dopo cinque anni la Commissione ha fatto propria la raccomandazione in parola, formulando proposta di direttiva il 23 aprile 2018.

⁷⁶ L’espressione compare per la prima volta al considerando n. 6, ma ritorna spesso all’interno del testo della direttiva.

⁷⁷ L’art. 2 della direttiva detta l’ambito di applicazione materiale della stessa, distinguendo tra a) le violazioni che rientrano nell’ambito di applicazione degli atti dell’Unione relativamente a una lunga serie di settori tassativamente indicati (appalti pubblici, servizi, prodotti e mercati finanziari, prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, sicurezza e conformità dei prodotti, sicurezza dei trasporti, tutela dell’ambiente, radioprotezione e sicurezza nucleare, sicurezza degli alimenti e dei mangimi e salute e benessere degli animali, salute pubblica, protezione dei consumatori, tutela della vita provata e protezione dei dati personali e sicurezza delle reti e dei sistemi informativi); b) le violazioni che ledono gli interessi finanziari dell’Unione; c) le violazioni riguardanti il mercato interno. L’art. 2, par. 2 della direttiva non manca ad ogni modo di segnalare come gli Stati possano estendere la tutela del *whistleblower* anche a settori non espressamente contemplati nell’articolo in questione.

⁷⁸ V., a tal proposito, il considerando n. 6 della direttiva in esame.

⁷⁹ Settore peraltro già dal legislatore eurounitario con direttiva (UE) 2013/36 (Direttiva 2013/36/UE del parlamento europeo e del consiglio del 26 giugno 2013 *sull’accesso all’attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE*), il cui articolo 71 dispone che “gli Stati membri assicurano che le autorità competenti mettano in atto meccanismi efficaci e affidabili per incoraggiare la segnalazione alle autorità competenti di violazioni potenziali o effettive delle disposizioni nazionali di recepimento della presente direttiva e del regolamento (UE) n. 575/2013” (par. 1) e che vengano attuati da parte di essi meccanismi per “la protezione adeguata dei dipendenti degli enti che segnalano violazioni commesse all’interno dell’ente almeno riguardo a ritorsioni, discriminazioni o altri tipi di trattamento iniquo” (par. 2, lett. b), senza tuttavia comminare sanzione penale alcuna per coloro che si avvalgono di misure ritorsive nei confronti dei segnalanti.

direttiva (UE) 2013/30⁸⁰ aveva introdotto la tutela del soffiatore al solo fine di garantire “*un’efficace applicazione dell’acquis ambientale dell’Unione*”⁸¹.

Tuttavia, l’ambito di applicazione della direttiva in commento risulta residuale rispetto alle discipline contenute negli atti definiti, per l’appunto, settoriali, così come sancito dal suo stesso art. 3. Tale disposizione fissa invero anche altri limiti operativi, specificando che la direttiva stessa non può pregiudicare l’applicazione del diritto eurounitario o nazionale in relazione alla protezione delle informazioni raccolte mediante il *whistleblower*, del segreto professionale (in ispecie medico e forense), della segretezza delle deliberazioni degli organi giudiziari e delle stesse norme di procedura penale.

In definitiva, l’ambito di operatività della direttiva dal punto di vista soggettivo è meno esteso di quanto potrebbe apparire a prima vista: nondimeno, la nozione di *whistleblower* resta generica⁸² e non si presta a differenziare le tutele apprestate al dipendente pubblico rispetto a quello privato. La stessa nozione di “violazione”, che segna dunque i confini applicativi della fonte dal punto di vista oggettivo, si presenta oltremodo ampia, ricomprendendo tutti le violazioni degli atti dell’Unione rientranti una lunga lista di settori che rientrano nell’ambito di applicazione della direttiva stessa o idonei a vanificarne l’oggetto e le finalità⁸³.

Quanto invece alle condizioni cui il dipendente deve sottostare per potersi avvalere dei benefici derivanti dallo strumento in esame, esse non divergono più di tanto da quelle nazionali: le dichiarazioni del *whistleblower* sono difatti sottoposte ad un iniziale vaglio di veridicità/attendibilità e questi è tenuto all’osservanza delle modalità di segnalazione indicate agli artt. 7 e seguenti.

⁸⁰ Direttiva 2013/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 giugno 2013 *sulla sicurezza delle operazioni in mare nel settore degli idrocarburi e che modifica la direttiva 2004/35/CE*.

⁸¹ V. il considerando n. 10 della direttiva del 2019, che richiama la succitata direttiva in materia ambientale al fine di segnalare come “*prima dell’entrata in vigore della presente direttiva le sole norme di protezione degli informatori esistenti in materia di tutela dell’ambiente [fossero] previste in un atto settoriale*”.

⁸² Come osserva A. Della Bella (*La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, cit.), “*dal punto di vista soggettivo (...) la direttiva prevede una tutela molto più estesa rispetto a quella contemplata nella nostra disciplina nazionale*”, in quanto l’art. 4 (rubricato *Ambito di applicazione personale*), annovera i lavoratori dipendenti (anche pubblici), i lavoratori autonomi, i membri degli o.d.g. delle imprese, i volontari, i tirocinanti, i cd. facilitatori, i terzi connessi coi lavoratori (in quanto colleghi o parenti dei segnalanti) ed addirittura coloro il cui rapporto di lavoro non è ancora iniziato o è terminato. L’art. 4, par. 4, lett. b) estende detta tutela addirittura ai parenti dei segnalanti.

⁸³ Si veda *supra* sub nt. 77.

Un elemento di novità è invece rappresentato dalla previsione di ben tre tipologie di canali di segnalazione: accanto ai canali interni (di cui devono dotarsi tutti gli enti pubblici e gli enti privati con più di 50 dipendenti⁸⁴), soluzione favorita dalle istituzioni europee⁸⁵, e a quelli esterni (canali autonomi e indipendenti per il ricevimento e il trattamento delle informazioni sulle violazioni), compaiono ora i non meglio definiti “canali pubblici”. Verosimilmente residuali rispetto agli altri due – ed operanti, ai sensi dell’art. 15, laddove la prima segnalazione non sia stata seguita da un’azione tempestiva ed appropriata –, ad essi si può ricorrere in presenza di alcune condizioni⁸⁶, che fanno da contraltare, da una parte, alle istanze di riservatezza del denunciante e, dall’altra, a quelle connesse alla sua libertà di espressione. In sostanza, la *public disclosure* è un ulteriore indice dell’estensione delle garanzie del *whistleblower* caldeggiata dalle istituzioni europee, ma rappresenta al contempo un “*profilo di estrema delicatezza, che implicherà un accorto bilanciamento tra i diversi interessi in gioco*”⁸⁷.

Di più: accanto all’esplicito divieto di accoglimento di segnalazioni autonome⁸⁸, particolare attenzione viene dedicata nel testo della direttiva al trattamento e alla conservazione dei dati personali dei soggetti coinvolti nella segnalazione⁸⁹; procedure che devono ispirarsi, *rectius* sottostare, alle stringenti regole previste dai regolamenti UE

⁸⁴ E, peraltro, indipendentemente dall’adozione o meno del modello di prevenzione dei reati 231.

⁸⁵ Secondo quanto è dato dedurre dall’art. 7 par. 2: “*Gli Stati membri incoraggiano le segnalazioni mediante canali di segnalazione interni prima di effettuare segnalazioni mediante canali di segnalazione esterni, laddove la violazione possa essere affrontata efficacemente a livello interno e la persona segnalante ritenga che non sussista il rischio di ritorsioni*”.

⁸⁶ L’art. 15 della direttiva subordina infatti il ricorso a tale canale di segnalazione alle condizioni che seguono: a) *la persona segnalante ha prima segnalato internamente e esternamente (...), ma non è stata intrapresa un’azione adeguata in risposta alla segnalazione (...)*; b) *la persona segnalante ha fondati motivi di ritenere che la violazione possa costituire un pericolo imminente o palese per il pubblico interesse (...)* o “*in caso di segnalazione esterna sussista il rischio di ritorsioni o le prospettive che la violazione sia stata affrontata efficacemente sono scarse per via delle circostanze del caso di specie (...)*”.

⁸⁷ A. DELLA BELLA, *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, cit.

⁸⁸ Se è pur vero che la direttiva non pregiudica la libertà degli Stati di ammettere le segnalazioni anonime, è altrettanto vero che essa non accorda agli autori di queste alcuna forma alcuna di protezione (art. 6).

⁸⁹ Si veda, a tal proposito, l’art. 17 della direttiva in commento.

2016/679⁹⁰ e 2018/1725⁹¹.

Con specifico riferimento, infine, alle tutele apprestate per il segnalante, è da segnalarsi l'obbligo per gli Stati membri di adottare misure necessarie per evitare qualsiasi forma di ritorsione contro i segnalanti ed i soggetti ad essi connessi (art. 19), misure di sostegno (art. 20) e misure di protezione (artt. 21 e 22).

Proprio tra queste ultime compare l'esenzione per l'informatore da ogni forma di responsabilità – verosimilmente anche penale – per le condotte connesse alla acquisizione e divulgazione delle informazioni: difatti, i segnalanti “*non sono considerati responsabili di aver violato eventuali restrizioni alla divulgazione di informazioni né incorrono in alcun tipo di responsabilità*” (art. 21, par. 2), purché tuttavia le loro segnalazioni non integrino fattispecie di reato. Se difatti l'acquisizione delle informazioni, o l'accesso ad esse, costituiscono, di per sé, illeciti penali, “*la responsabilità penale deve continuare ad essere applicata dal diritto nazionale applicabile*” (art. 21, par. 2, ult. pt.): con la conseguenza che il denunciante non potrebbe invocare la tutela in parola se la sua condotta integrasse, per esempio, gli estremi del delitto di accesso abusivo al sistema informatico di cui all'art. 615-ter c.p., o di qualsiasi altra condotta di violazione della altrui riservatezza o integrante un reato informatico.

Riferimenti più marcati alla materia penale compaiono invece all'art. 21, par. 7 della direttiva, ove viene delineata una seconda esenzione totale da responsabilità per il segnalante; la quale, peraltro, appare più estesa rispetto a quella tratteggiata mediante la giusta causa sancita dalla legge 179/2017. L'“esimente” europea è destinata infatti ad operare, oltre che nei procedimenti per violazione degli obblighi di segretezza, violazione delle norme in materia della protezione dei dati e divulgazione di segreti commerciali, in quelli per diffamazione e violazione del diritto d'autore⁹².

⁹⁰ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 *in materia di tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati*.

⁹¹ Regolamento (UE) 2018/1725 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2018 *in materia di tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati*.

⁹² Ne deriva dunque che la disposizione in esame, in caso di mancata o incompleta trasposizione della direttiva, sarebbe idonea a dispiegare effetti diretti nei confronti del singolo denunciante, a maggior ragione poiché in *bonam partem*. In altre parole, se mancasse un intervento di trasposizione nazionale volto ad estendere l'esimente alle fattispecie contemplate dall'art. 21 della direttiva e non invece dalla legge del 2017 (ad esempio la diffamazione), si genererebbe un conflitto tra norma interna e norma UE che

Il sistema così delineato è poi corredato di un apparato sanzionatorio, che potrebbe verosimilmente porre le sue basi nel diritto punitivo (in senso stretto inteso) degli Stati membri; difatti, l'art. 23 della direttiva, adottando la consueta formula, impone a questi di reprimere “*con sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive*” le condotte volte ad ostacolare le segnalazioni, ad attuare ritorsioni contro i segnalanti e a violare i doveri di riservatezza in merito all'identità degli stessi. Le medesime misure sanzionatorie devono essere inflitte ai soffiatori in malafede, ossia coloro che hanno effettuato segnalazioni o divulgazione pubbliche false.

In conclusione, sebbene la direttiva *de qua* non sia annoverabile tra quelle di armonizzazione penale⁹³, il suo impatto in tale settore non pare trascurabile, specie avuto riguardo al considerando n. 102: pur non rappresentando, come noto, *hard law*, esso promuove l'adozione di misure (anche) penali per assicurare l'efficacia delle norme sulla protezione degli informatori; le quali devono presentare il carattere della proporzionalità al duplice fine di “*scoraggiare ulteriori azioni*” del tipo di quelle sanzionate e non provocare “*un effetto [eccessivamente] dissuasivo sui potenziali informatori*”.

8. Whistleblower, collaboratore e testimone di giustizia: tutele a confronto

Esaurita la disamina delle tutele apprestate dall'ordinamento in materia di *whistleblower*, pare opportuno confrontare le stesse con quelle previste per il collaboratore di giustizia, ovverosia il soggetto che, a seguito di un ravvedimento (necessariamente processuale)⁹⁴, collabora con l'autorità giudiziaria al fine di ottenere benefici di varia natura⁹⁵.

condurrebbe, in ultima analisi, alla disapplicazione della norma incriminatrice interna quale conseguenza della *primauté* della esimente europea dotata di effetti diretti.

⁹³ A tal proposito basti sottolineare che non compare nel testo della stessa alcuna delle basi giuridiche tipiche dello strumento della direttiva di armonizzazione penale.

⁹⁴ Per la distinzione tra le forme di ravvedimento contemplate nella nostra legislazione premiale si rinvia a *supra sub* cap. 3, parr. 4, 4.1, 4.2.

⁹⁵ Come già sottolineato nel precedente capitolo, detti benefici possono spaziare dall'ambito strettamente penale, ossia della dosimetria sanzionatoria (e tradursi in attenuazioni della pena) o della esclusione della punibilità stessa, a quello penitenziario (e comportare l'applicazione di istituti e misure *lato sensu* deflativi). Le misure premiali operanti sul versante sostanziale del diritto penale sono state lungamente analizzate all'interno del capitolo terzo del presente lavoro. Ne è emersa una sola parziale compatibilità con i principi

Del resto, appare innegabile che la figura del collaboratore di giustizia sia per certi versi accomunabile a quella del *whistleblower*. A suggerire questo parallelismo è in particolare la logica premiale che permea le rispettive discipline, basate di fatto su di uno “scambio di favori”: il *whistleblower* segnala un illecito penale osservato sul luogo di lavoro, o una irregolarità che in illecito penale potrebbe tramutarsi, fornendo indicazioni precise e fondate tramite canali di segnalazione, interni od esterni (e, verosimilmente, presto anche pubblici); il collaboratore di giustizia, dal canto suo, mette a disposizione dell’autorità giudiziaria il proprio bagaglio conoscitivo durante il procedimento penale per consentire a quest’ultima di evitare che vengano perpetrati nuovi reati. Entrambi i suddetti soggetti ottengono forme di tutela variamente articolate, che rappresentano il premio per le rispettive delazioni. Infatti, tanto il *whistleblower* quanto il collaboratore di giustizia, grazie al loro apporto, veicolano informazioni *dall’interno*, dell’organizzazione lavorativa o del sodalizio criminale, favorendo così un potenziamento delle attività di prevenzione delle autorità in relazione a determinate tipologie di reati.

Trattasi dunque di peculiari forme di collaborazione, strumenti ancora una volta definibili *differenziati* di politica criminale, che mirano a contrastare i fenomeni criminali con modalità alternative e, come si è visto, alle volte assai poco conformi ai principi del diritto penale sostanziale e processuale.

Tuttavia, se gli attriti tra la normativa premiale sostanziale e le categorie del diritto punitivo appaiono spesso insanabili, non può dirsi lo stesso con riferimento alla disciplina del *whistleblowing*; e questo rilievo, peraltro, è valido anche se quest’ultima disciplina viene confrontata con la prima tra le strategie differenziate analizzate nel presente lavoro, cioè quella basata sull’infiltrazione nel gruppo criminale mediante agenti sotto copertura. Difatti, al di là delle criticità abbozzate nei paragrafi precedenti (che saranno inevitabilmente approfondite dalla dottrina negli anni a venire), il *focus* della riflessione sul *whistleblower* pare invero dover coincidere con le misure di protezione che l’ordinamento appresta allo stesso. Come si è visto, è opportuno che tale soggetto non solo venga tutelato da qualsivoglia forma di ritorsione operata nei suoi confronti a seguito della “soffiata”, ma che vada altresì esente da responsabilità penale per l’eventuale

cardine del diritto penale e le funzioni della pena, in particolare quella retributiva e quella specialpreventiva. Le misure premiali penitenziarie non costituiscono invece oggetto della presente indagine; per una disamina delle stesse si rinvia dunque a F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 2019, Padova, *passim*.

divulgazione delle informazioni (anche segrete) coesistente alla segnalazione stessa; purché quest'ultima, beninteso, sia avvenuta nel rispetto dei limiti e delle condizioni sanciti dal combinato disposto dalle leggi del 2012 e del 2017.

Tale esenzione da responsabilità penale è peraltro del tutto fisiologica, in quanto il collaboratore sul luogo di lavoro non partecipa, neppure in misura parziale, alla commissione del fatto di reato denunciato, a differenza del collaboratore di giustizia; al più, la sua posizione è sotto questo punto di vista maggiormente assimilabile a quella dell'infiltrato il quale, per far emergere il reato, pone in essere condotte che astrattamente integrerebbero reati, ma che vengono "giustificate" dalla legge: è per l'appunto quanto avviene al *whistleblower*, che beneficia della giusta causa di rivelazione dei segreti, funzionale alla segnalazione stessa.

A queste si aggiunga un'ulteriore considerazione: è evidente che tanto più l'ordinamento appresta tutele per il denunciante, tanto maggiore appare l'incentivo al ricorso ad una siffatta pratica; è quanto dimostrato dall'analisi comparatistica, che impone dunque una riflessione in merito ai potenziali meccanismi di premialità connessi al *whistleblowing*. Questi, non contemplati nemmeno nella recente direttiva, sono stati sperimentati – peraltro con successo – dall'ordinamento statunitense⁹⁶, ove alle volte si sono però tradotti in mere ricompense monetarie per il denunciante, (mal)educato così all'etica lavorativa a suon di *whistleblower rewards*. Sorprende dunque la mancata presa di posizione sul profilo in parola da parte delle istituzioni eurounitarie, che, limitandosi a prevedere misure di sostegno per il denunciante⁹⁷, si sono senz'altro lasciate sfuggire una preziosa occasione⁹⁸. L'introduzione di incentivi per il denunciante, fatta eccezione per quelli di natura economica⁹⁹, avrebbe infatti a sua volta incoraggiato il ricorso alla pratica

⁹⁶ Sul punto cfr. A. PARROTTA, R. RAZZANTE, *Il sistema di segnalazione interna. Il whistleblowing nell'assetto anticorruzione, antiriciclaggio e nella prevenzione della responsabilità degli Enti*, cit., p. 64 ss.

⁹⁷ Per le quali si rinvia al già menzionato l'art. 20 della direttiva in esame.

⁹⁸ Circa l'opportunità di introdurre meccanismi premiali per il whistleblower e la mancata presa di posizione sul punto da parte del legislatore eurounitario v. A. DELLA BELLA, *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 3, par. 5.3.

⁹⁹ In argomento v. G. ROSSITTO, M. MANOLA, *Whistleblowing, nuovo strumento di lotta alla corruzione*, in <http://www.dirittoamministrativo.it>. Transparency International ha a tal proposito dimostrato una posizione cauta: essa ha infatti sollecitato l'adozione di forme di premialità, ma ha escluso al contempo l'ipotesi di monetizzare il contributo del whistleblower, al fine di scongiurare delle soffiature ed evitare di frustrare gli scopi di tutela sociale che il ricorso ad incentivi premiali vorrebbe, per l'appunto, incoraggiare.

del *whistleblowing*, senza – per ciò solo – finire per “*accomunare, sotto affini logiche opportunistiche e di lucro, l’azione del segnalante e del segnalato*”¹⁰⁰.

In definitiva, è comunque chiaro che il *fil rouge* della disciplina in materia di *whistleblowing*, la cui tenuta rispetto al sistema penalistico non è più di tanto messa in discussione, è rappresentato dalle necessarie tutele, profilo preponderante proprio in virtù della estraneità del *whistleblower* rispetto alla *mala gestio* denunciata e della tendenza ad incentivare il più possibile il ricorso alla pratica.

Non resta ora che soffermarsi, dunque, sulle misure di protezione apprestate dall’ordinamento per il collaboratore di giustizia, le quali sono contenute all’interno del succitato d.l. 8 /1991, il primo intervento legislativo che ha dato cittadinanza alla figura in parola nel nostro ordinamento.

Esse sono dettate, in particolare, al capo secondo del predetto decreto, il cui articolo 9 le definisce “*speciali misure di protezione idonee ad assicurare l’incolumità individuale*” delle persone che tengono le condotte o si trovano nelle condizioni previste dai commi 2 e 5 della medesima disposizione¹⁰¹.

Si può dunque rilevare come queste ultime misure – se confrontate con quelle previste per il *whistleblower* – abbiano una portata particolarmente ampia, essendo dirette a tutelare il denunciante dalla più gravi forme di ritorsione che egli potrebbe subire, ovvero quelle contro la vita o l’integrità fisica¹⁰²; duplice è infatti il requisito richiesto per la loro applicazione: in primo luogo, il collaborante deve versare in uno stato di “*grave e*

¹⁰⁰ G. FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. “Doppio standard” e “doppio vincolo” nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, in AA.VV., *Impresa e Giustizia penale: tra passato e futuro*, Atti del convegno “*Enrico De Nicola. Problemi attuali di diritto e procedura penale*”, Milano, 14-15 marzo 2008, Milano, 2009, p. 173.

¹⁰¹ Il comma 2 dell’art. 9 recita: “*2. Le speciali misure di protezione sono applicate quando risulta la inadeguatezza delle ordinarie misure di tutela adottabili direttamente dalle autorità di pubblica sicurezza o, se si tratta di persone detenute o internate, dal Ministero della giustizia - Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria e risulta altresì che le persone nei cui confronti esse sono proposte versano in grave e attuale pericolo per effetto di talune delle condotte di collaborazione aventi le caratteristiche indicate nel comma 3 e tenute relativamente a delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine costituzionale ovvero ricompresi fra quelli di cui all’articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale*”. Il comma 5 invece recita “*Le speciali misure di protezione di cui al comma 4 possono essere applicate anche a coloro che convivono stabilmente con le persone indicate nel comma 2 nonché, in presenza di specifiche situazioni, anche a coloro che risultino esposti a grave, attuale e concreto pericolo a causa delle 2 relazioni intrattenute con le medesime persone. Il solo rapporto di parentela, affinità o coniugio, non determina, in difetto di stabile coabitazione, l’applicazione delle misure*”.

¹⁰² E, come si è appena visto, financo quella dei conviventi e parenti (vedi *supra sub* nt. 82).

attuale pericolo per effetto di taluna delle condotte di collaborazione da esso poste in essere"; in secondo luogo, tali condotte di collaborazione devono essere state prestate in procedimenti che rientrino nell'ambito di applicazione sancito dall'art. 9 comma 2 del decreto in esame, ovvero quelli per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale ovvero ricompresi nell'elenco dei gravissimi delitti di cui all'articolo 51, comma 3-*bis* c.p.p.

Le condizioni di applicabilità di dette misure speciali, tuttavia, non si esauriscono qui. Il comma terzo della succitata disposizione, invero, statuisce che gli apporti collaborativi dei potenziali fruitori di dette misure devono presentare i caratteri dell'"intrinseca attendibilità", nonché della "novità" e della "completezza"; essi in ogni caso *"per altri elementi devono apparire di notevole importanza per lo sviluppo delle indagini o ai fini del giudizio ovvero per le attività di investigazione sulle connotazioni strutturali, le dotazioni di armi, esplosivi o beni, le articolazioni e i collegamenti interni o internazionali delle organizzazioni criminali di tipo mafioso o terroristico-eversivo o sugli obiettivi, le finalità e le modalità operative di dette organizzazioni"*¹⁰³.

Quanto poi al contenuto delle previsioni, l'art. 13 del decreto in esame sottolinea come esso possa essere rappresentato a) dalla predisposizione di misure di tutela da eseguire a cura degli organi di polizia territorialmente competenti; b) dalla predisposizione di accorgimenti tecnici di sicurezza; c) dall'adozione delle misure necessarie per i trasferimenti in comuni diversi da quelli di residenza; d) dalla previsione di interventi finalizzati ad agevolare il reinserimento sociale; e) dal ricorso a modalità particolari di custodia in istituti ovvero di esecuzione di traduzioni e piantonamenti. Inoltre, nell'ipotesi in cui si presenti l'esigenza di stabilire un programma di protezione speciale per il collaborante, f) possono in esso rientrare il trasferimento delle persone non detenute in luoghi protetti; g) speciali modalità di tenuta della documentazione e delle comunicazioni al servizio informatico; h) misure di assistenza personale ed economica; i) cambiamento delle generalità; l) misure atte a favorire il reinserimento sociale del collaboratore e delle altre persone sottoposte a protezione. Infine, tra le misure di assistenza economica sono ricomprese m) la dazione di un alloggio e la copertura delle spese per i trasferimenti, quelle per esigenze sanitarie, quelle per l'assistenza legale e l'assegno di mantenimento nel caso di impossibilità di svolgere attività lavorativa.

¹⁰³ Così recita l'art. 9, co. 3 del d.l. 8/1991.

Tali misure, il cui procedimento applicativo è scrupolosamente dettato agli artt. 10 e seguenti, restituiscono l'idea di una totale presa in carico da parte dello Stato delle sorti del collaborante, così come dei suoi parenti che versino in uno stato di grave pericolo, proprio in ragione della delicatezza e del valore delle informazioni fornite e del conseguente altissimo rischio di ripercussione sugli stessi.

Tuttavia, lo contropartita non è di poco peso: al "pentito" viene infatti chiesto di "svuotare totalmente il sacco" in un lasso di tempo limitato, 180 giorni, decorrente dalla prima manifestazione di volontà a collaborare ed entro il quale il soggetto deve rendere al Procuratore della Repubblica tutte le notizie in suo possesso: tra le quali l'art. 16-*quater* del decreto annovera quelle utili alla ricostruzione dei fatti e delle circostanze sui quali il collaborante è interrogato (nonché degli altri fatti di maggiore gravità ed allarme sociale di cui è a conoscenza) oltre che alla individuazione e alla cattura dei loro autori; ad esse si aggiungono altresì le informazioni necessarie perché possa procedersi alla individuazione, al sequestro e alla confisca del denaro, dei beni e di ogni altra utilità dei quali il soggetto o altri appartenenti a gruppi criminali dispongono direttamente o indirettamente.

Infine, è d'uopo sottolineare come ai sensi dell'art. 16-*quinquies* "*le circostanze attenuanti che il codice penale e le disposizioni speciali prevedono in materia di collaborazione (...) possono essere concesse soltanto a coloro che, entro il termine di cui al comma 1 dell'articolo 16-*quater*, hanno sottoscritto il verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione previsto dal medesimo articolo*"¹⁰⁴.

¹⁰⁴ L'art. 16-*quater* recita, per l'appunto: "1. *Ai fini della concessione delle speciali misure di protezione di cui al Capo II, nonché per gli effetti di cui agli articoli 16-*quinquies* e 16-*nonies*, la persona che ha manifestato la volontà di collaborare rende al procuratore della Repubblica, entro il termine di centottanta giorni dalla suddetta manifestazione di volontà, tutte le notizie in suo possesso utili alla ricostruzione dei fatti e delle circostanze sui quali è interrogato nonché degli altri fatti di maggiore gravità ed allarme sociale di cui è a conoscenza oltre che alla individuazione e alla cattura dei loro autori ed altresì le informazioni necessarie perché possa procedersi alla individuazione, al sequestro e alla confisca del denaro, dei beni e di ogni altra utilità dei quali essa stessa o, con riferimento ai dati a sua conoscenza, altri appartenenti a gruppi criminali dispongono direttamente o indirettamente.* 2. *Le informazioni di cui al comma 1 relative alla individuazione del denaro, dei beni e delle altre utilità non sono richieste quando la volontà di collaborare è stata manifestata dai testimoni di giustizia.* 3. *Le dichiarazioni rese ai sensi dei commi 1 e 2 sono documentate in un verbale denominato "verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione", redatto secondo le modalità previste dall'articolo 141-*bis* del codice di procedura penale, che è inserito, per intero, in apposito fascicolo tenuto dal procuratore della Repubblica cui le dichiarazioni sono state rese e, per estratto, nel fascicolo previsto dall'articolo 416, comma 2, del codice di procedura penale relativo al procedimento cui le dichiarazioni rispettivamente e direttamente si riferiscono. Il verbale è segreto fino a*

Parzialmente divergente si presentano invece il trattamento (e le condizioni grazie alle quali accedere allo stesso) previsti per quei soggetti, denominati “*testimoni di giustizia*”, i quali rendono dichiarazioni sui fatti – rientranti nel già citato ambito di applicazione – in relazione ai quali questi ultimi ricoprono la qualità di persona offesa, persona informata sui fatti o testimone (art. 16-*bis*). Essi, in caso di collaborazione, beneficiano di forme molto estese di tutela, anche a prescindere dai requisiti cui invece è subordinata la collaborazione del “pentito”, purché le loro dichiarazioni siano ritenute attendibili ed essi non siano sottoposti a misura alcuna di prevenzione di cui al d.lgs. 159/2011¹⁰⁵.

Ai sensi dell’art. 16-*ter*, i testimoni di giustizia hanno diritto a misure di protezione analoghe a quelle contemplate per i collaboratori veri e propri di cui sopra; a misure di assistenza, “*volte a garantire un tenore di vita personale e familiare non inferiore a quello esistente prima dell’avvio del programma, fino a quando non riacquistano la possibilità di godere di un reddito proprio*”; alla capitalizzazione del costo dell’assistenza, in alternativa a quest’ultima; se dipendenti pubblici, al mantenimento del posto di lavoro, in aspettativa retribuita, in attesa anche di un eventuale trasferimento presso altra amministrazione dello Stato; infine, alla corresponsione di somme di denaro per mancato guadagno e a mutui agevolati.

quando sono segreti gli estratti indicati nel precedente periodo. Di esso è vietata la pubblicazione a norma dell'articolo 114 del codice di procedura penale. 4. Nel verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione, la persona che rende le dichiarazioni attesta, fra l'altro, di non essere in possesso di notizie e informazioni processualmente utilizzabili su altri fatti o situazioni, anche non connessi o collegati a quelli riferiti, di particolare gravità o comunque tali da evidenziare la pericolosità sociale di singoli soggetti o di gruppi criminali. 5. Nel verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione la persona indica i colloqui investigativi eventualmente intrattenuti. 6. Le notizie e le informazioni di cui ai commi 1 e 4 sono quelle processualmente utilizzabili che, a norma dell'articolo 194 del codice di procedura penale, possono costituire oggetto della testimonianza. Da esse, in particolare, sono escluse le notizie e le informazioni che il soggetto ha desunto da voci correnti o da situazioni a queste assimilabili. 7. Le speciali misure di protezione di cui ai Capi II e II bis non possono essere concesse, e se concesse devono essere revocate, qualora, entro il termine di cui al comma 1, la persona cui esse si riferiscono non renda le dichiarazioni previste nei commi 1, 2 e 4 e queste non siano documentate nel verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione. 8. La disposizione del comma 7 si applica anche nel caso in cui risulti non veritiera l'attestazione di cui al comma 4. 9. Le dichiarazioni di cui ai commi 1 e 4 rese al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria oltre il termine previsto dallo stesso comma 1 non possono essere valutate ai fini della prova in esse affermati contro le persone diverse dal dichiarante, salvo i casi di irripetibilità”.

¹⁰⁵ Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*.

Un'ultima considerazione. Come sottolineato in dottrina, la nozione di collaborazione rilevante ai fini dell'ammissione ai benefici penitenziari è desumibile dal diritto penale sostanziale, e non dall'art. 58-ter o.p., il quale – letto in combinato disposto con l'art. 4-bis o.p.¹⁰⁶–, individua una eccezione alle preclusioni all'accesso dei benefici penitenziari dettati da quest'ultima previsione per quei soggetti che “*si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori di reato*”. Difatti, è il comma quinto della disposizione di cui all'art. 58-ter o.p. a richiamare i requisiti della collaborazione di cui all'art. 9, comma 3 del d.l. 8/91, tanto che i più ritengono che la condotta di collaborazione, rilevante sia ai fini della concessione di benefici penitenziari che delle misure speciali di protezione, debba essere di una certa portata, derivando essa proprio dalla seconda tra le previsioni citate.

In breve: l'apporto conoscitivo fornito dal collaborante dev'essere consistente, in quanto rappresenta la merce di scambio di benefici altrettanto consistenti, e sul piano sostanziale, e su quello penitenziario. L'impressione è dunque quella di un mercimonio di favori, non essendo le norme a tutela del pentito effettivamente dirette alla protezione fine a se stessa di questo (come invece avviene con riferimento alle tutele previste per il *whistleblower*), ma ad una protezione corrispondente ad una ricompensa, ad un premio della sua collaborazione con l'autorità.

9. Whistleblower e strategie preventive “differenziate”: conclusioni

In chiusura, alcune riflessioni di più ampio respiro.

In primo luogo, le numerose affinità tra la disciplina del *whistleblowing* e le cd. strategie “differenziate” di contrasto ai fenomeni criminali, corruttivi e non, potrebbero suggerire una vera e propria iscrizione dell'istituto in esame in tale novero.

¹⁰⁶ C. CESARI, *Sub art. 58-ter*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 839.

Nonostante l'alterità dei presupposti applicativi¹⁰⁷, le normative sul *whistleblower* e sul collaboratore di giustizia sono accomunate dall'obiettivo di tutelare i soggetti che decidano spontaneamente di collaborare con le autorità, fornendo un contributo all'accertamento della responsabilità (anche penale) di soggetti in posizione di contiguità.

In ambo i casi, difatti, tra il denunciante e il denunciato si è nel tempo instaurato un legame, vuoi meramente professionale, vuoi tradottosi in un vero e proprio sodalizio criminoso, poi spezzato dalla delazione. Quest'ultima proviene dunque da un "*insider*" e, proprio per tale ragione, consente il disvelamento di informazioni preziose, altrimenti di difficile emersione.

Del resto, sullo stesso piano si pone anche la tecnica investigativa basata sull'infiltrazione nel gruppo criminale, peraltro sempre più diffusa nel nostro ordinamento. Lo dimostra il proliferare di disposizioni affastellate negli ultimi decenni nei più disparati settori, dal crimine organizzato ai reati contro la pubblica amministrazione; disposizioni che favoriscono la disgregazione del gruppo criminale per mezzo dell'insinuazione di soggetti infiltrati, i quali pongono in essere condotte tassativamente scriminate al fine di raccogliere prove ed evitare la commissione di ulteriori fatti criminosi (tra i quali oggi compare anche la corruzione).

A tal proposito, vale però la pena di precisare come il terreno di coltura del *whistleblowing*, quello dei fenomeni corruttivi, appaia tanto fertile per quest'ultima pratica, quanto poco congeniale alle pratiche dell'infiltrazione e della collaborazione processuale. Se il fine ultimo comune a queste strategie differenziate è lo scompaginamento dell'organizzazione malavitosa o del *pactum sceleris dall'interno*, va segnalato che la delazione comporta problematiche di non poco conto, che riguardi l'infiltrato, o il collaboratore di giustizia operanti nell'ambito della pubblica amministrazione: dall'eventuale responsabilità a titolo concorsuale del primo, alla concreta praticabilità di siffatta forma di premialità per il secondo, alla conseguente opportunità politico-criminale.

Tali problematiche, derivanti per lo più dal fatto che l'informatore è soggetto coinvolto attivamente nella realizzazione della condotta tipica, tendono a svanire nel caso della soffiata proveniente da un soggetto (come il dipendente) che si è limitato a osservare,

¹⁰⁷ I presupposti applicativi della disciplina sul collaboratore di giustizia sono dettati dalla già menzionata l. 82/1991.

se non addirittura a subire la condotta irregolare: soggetto per il quale, oltretutto, si escludono conseguenze penali, se non in caso di superamento dei limiti derivanti dal combinato disposto delle leggi del 2012 e del 2017.

In secondo luogo, rapida menzione meritano anche le applicazioni pratiche dello strumento del *whistleblowing*. Se è difatti innegabile che il legislatore ne abbia di recente senz'altro incentivato il ricorso, dal suo canto la giurisprudenza, anche di legittimità, ha mostrato un atteggiamento più cauto. Si allude in particolare alla pronuncia della Cassazione che, al fine di scoraggiare utilizzi pretestuosi della pratica in parola, sottolinea *expressis verbis* come la legge del 2017 non fondi in capo al dipendente alcun obbligo di attiva acquisizione di informazioni, né autorizzi lo stesso a svolgere improprie attività investigative, in violazione dei limiti posti dalla legge¹⁰⁸. In altre parole, tra le due anime dell'istituto del *whistleblowing* – la finalità preventiva dei fenomeni criminosi e la finalità di tutela del soggetto denunciante –, tale pronuncia appare prediligere la seconda, la quale risulta invece ancillare nel disegno complessivo delle strategie differenziate.

In conclusione, nell'attesa di un intervento nazionale di trasposizione della direttiva, non rimane che auspicare un'armonizzazione su scala europea della normativa in tema di *whistleblowing* la quale, nel rispetto del minimo comune denominatore indicato dalla fonte UE, sappia suggerire un bilanciamento ancor più funzionale tra esigenze efficientistiche e istanze garantistiche.

¹⁰⁸ ¹⁰⁸ Si veda sent. Cass. pen., sez. V, 21.5.2018, n. 35792, dalla quale emerge che la l. 179/2017 “*si limita a scongiurare conseguenze sfavorevoli, limitatamente al rapporto di impiego, per il segnalante che acquisisca, nel contesto lavorativo, notizia di un'attività illecita, senza fondare alcun obbligo di attiva acquisizione di informazioni, autorizzando improprie attività investigative, in violazione dei limiti posti dalla legge*”. Nel caso di specie la Corte era stata chiamata a valutare il ricorso di un dipendente il quale, per procacciare prove, aveva commesso un accesso abusivo ai sistemi informatici. Operando un parallelismo con la disciplina dell'agente provocatore, la Corte aveva concluso per l'insussistenza dell'invocata scriminante dell'adempimento del dovere: tale conclusione “*è fondata sui medesimi principi che, in tema di agente provocatore, giustificano esclusivamente la condotta che non si inserisca, con rilevanza causale, nell'iter criminis, ma intervenga in modo indiretto e marginale*”. Sul punto cfr., altresì, G. VARRASO, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, cit., p. 1749.

NOTE CONCLUSIVE

Sulla scia dei recenti interventi legislativi volti all'inserimento di (vecchie-nuove) strategie *differenziate* nel nostro ordinamento, la presente ricerca si è proposta di esplorarne le principali ricadute sul sistema penale.

Prima di tratteggiare la mappa di questa indagine, e di ripercorrere le sue tappe maggiormente significative, pare tuttavia opportuno fare alcune premesse, che in verità possono rappresentare gli approdi conclusivi della ricerca stessa.

Oggetto di questa sono tre diverse forme di collaborazione con la giustizia, le quali, al di là delle specificità delle rispettive discipline, sono espressione di un comune disegno di politica criminale, che potrebbe essere definito *estremo*, in quanto volto ad un potenziamento “a tutto tondo” delle tecniche di contrasto a determinati fenomeni criminosi. Le strategie in parola si avvalgono, in effetti, di misure *piegate* al suddetto disegno, il quale – dimostrando peraltro una totale noncuranza circa il loro impatto sulle garanzie dell'individuo (dentro e fuori il processo) – incide segnatamente sul versante sostanziale del diritto penale; versante che dà alle strategie differenziate i “natali”, e che ciononostante, appare tendenzialmente negletto nel dibattito che si è sviluppato attorno ad esse.

Nella prima parte del lavoro, dopo alcune precisazioni terminologiche volte alla delimitazione dell'ambito della ricerca, si è proceduto ad una indagine della controversa questione della collocazione dogmatico-sistematica della figura dell'agente provocatore. Ripercorsi i modelli dottrinali “classici” di inquadramento, ossia quelli operanti sui piani della colpevolezza, della tipicità e della antigiuridicità, e messe in luce le loro principali criticità, si è riflettuto sull'influenza di simili prospettazioni dottrinali sulla giurisprudenza domestica. Pertanto, muovendo da una disamina di alcune pronunce di legittimità in relazione alla tematica *de qua*, le quali sembrano aderire per lo più al modello di inquadramento incentrato sull'antigiuridicità, ci si è soffermati sui limiti posti all'operato della figura, il quale deve essere volto esclusivamente all’“osservazione, contenimento e controllo dell'altrui attività illecita”. Si è in particolare rilevato come tali limiti producano un duplice effetto: da un lato, essi rendono la tecnica in parola maggiormente compatibile con le garanzie e con i principi penalistici; dall'altro, tuttavia,

la “ingessano”, rendendola scarsamente efficace nell’ottica del disvelamento del circuito criminoso e del conseguente scardinamento dell’organizzazione dal suo interno.

Questo rilievo è stato poi identificato come la causa principale dell’evoluzione – *rectius*, trasformazione – della figura dell’agente provocatore, la quale è stata progressivamente affiancata (e poi sostituita) da quella dell’infiltrato, soggetto le cui condotte sono già intrinsecamente limitate dalla *littera legis*. A tal proposito, si è sottolineato come la proliferazione normativa di quest’ultima figura – realizzata mediante ripetuti interventi espressivi di una cattiva *ars legiferandi* in quanto connotati da lacune, sovrapposizioni e forme di mancato coordinamento –, ha determinato l’ingresso della stessa in molteplici settori; sempre peraltro nella piena convinzione dell’indispensabilità di un intervento penale il più possibile pervasivo, nonché su impulso della logica emergenziale del dato momento. Da qui alcuni (non del tutto riusciti) tentativi di dare alle operazioni sotto copertura una disciplina organica, oltre che una collocazione unitaria, riunendo tutte le ipotesi di *undercover agent* dapprima nella l. 146/2006, attuativa della Convenzione di Palermo del 2000 e, in seguito, nel cd. Piano straordinario antimafia del 2010.

Nello specifico, oggetto di analisi sono state la disciplina dell’agente infiltrato nel settore degli stupefacenti, del terrorismo e, infine, dei delitti contro la pubblica amministrazione, al fine di individuare *pro* e *contro* dell’estensione di detta tecnica ad ambiti tra loro tutt’altro che affini, anche da un punto di vista criminologico. In merito a quest’ultimo, poi, si è tentato di evidenziare come la fenomenologia degli atti corruttivi sia talmente ampia e variegata da rendere il rischio dello sconfinamento delle condotte di infiltrazione nella provocazione non del tutto fugabile; e, tra l’altro, come la scelta di sradicare le *undercover operations* dalla loro connaturale *sedes* applicativa equivalga a snaturarle, generando con ogni probabilità effetti controproducenti in ordine alla concreta operatività dello strumento investigativo.

Al termine di questa panoramica legislativa, la riflessione si è invece incentrata su alcuni arresti della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia, in cui quest’ultima ha mostrato una significativa resistenza all’ingresso della provocazione nell’ambito del processo. Difatti, a partire dal *leading case Teixeira de Castro*, la Corte EDU ha di frequente dichiarato l’utilizzo della tecnica di infiltrazione nel gruppo criminale incompatibile con le garanzie sancite dall’art. 6 CEDU: segnatamente, 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 suddetti limiti dell'osservazione, contenimento e controllo dell'altrui attività illecita; le seconde, quelle del vero e proprio agente provocatore, sono invece da mettere al bando poiché, da una parte, confliggenti con un ordinamento in cui vige il principio di colpevolezza e, dall'altra parte, altresì contrastanti con i corollari del giusto processo.

Dalla disamina della giurisprudenza strasburghese è emersa la tendenza della Corte a distinguere tra infiltrazione e provocazione mediante il ricorso a veri e propri "test": il primo, *di natura sostanziale*, mira a rivelare il carattere attivo o passivo 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 in oggetto rispetto alle garanzie processuali sancite all'art. 6 della Convenzione. Ci si è allora soffermati sulla necessità di una lettura integrata di questi test, la quale pare essere stata recepita anche sul fronte domestico: indicando come gli orientamenti della Corte EDU inducano i giudici italiani a riflettere preliminarmente – in un'ottica sostanziale – sulla efficacia causale delle condotte poste in essere dall'agente; e come, successivamente, tali orientamenti finiscano per assumere un rilievo processuale, poiché comportano la censura dell'inutilizzabilità del materiale probatorio raccolto in violazione dei suesposti limiti.

In seguito, si è volta l'attenzione ad un altro sviluppo prettamente sostanziale della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ovvero sia la *vexata quaestio* della (non) punibilità del soggetto provocato al crimine; si è dunque rivelato che, malgrado la propensione dei giudici europei a ritagliare aree di esenzione della punibilità per quest'ultimo, i giudici italiani assumono invero posizioni più rigorose. Difatti, si è precisato come la Suprema Corte abbia asserito con fermezza che un simile esito – quello, per l'appunto, dell'impunità del provocato – presupponga la prova di una derivazione assoluta ed esclusiva dell'azione delittuosa dall'istigazione del provocatore. Tale impostazione, senz'altro poco compatibile con l'interpretazione strasburghese, genera perplessità anche sul fronte domestico, specie in ordine alla funzione rieducativa della pena, che apparirebbe frustrata a fronte della tendenziale punizione del provocato; così

come, del resto, in ordine alla dimensione positiva della generalprevenzione nei confronti degli altri consociati, i quali sarebbero disorientati dalla punibilità di un fatto provocato dallo Stato stesso, che lungi dal determinare il cittadino al compimento di condotte illecite, dovrebbe invece impedire la loro commissione.

La seconda parte del presente lavoro verte, invece, sul premio per la collaborazione come strumento di politica criminale, tematica afferente alla fase, “*sempre meno secondaria dell’iter del reo*”¹, delle conseguenze del reato (o del “postfatto”, che dir si voglia). Con l’intento di indagare criticamente l’impatto delle norme premiali sul sistema punitivo italiano, si è proceduto ad una riflessione sulle stesse privilegiando, ancora una volta, la lente del diritto penale sostanziale. Difatti, benché connotati dall’apparente contraddizione dovuta all’accostamento del concetto di sanzione positiva alla dimensione penalistica, i meccanismi premiali inducono a studiare il rapporto tra una condotta difforme (beninteso, rispetto al divieto posto dalla norma incriminatrice), ed una successiva condotta conforme; la quale permette di incidere sul trattamento sanzionatorio, attraverso una diminuzione anche significativa della misura della pena (in caso di circostanze attenuanti, spesso ad effetto speciale), o financo di escludere (cause di non punibilità sopravvenuta) la pena stessa prevista per il fatto commesso.

In un primo momento, sono stati enunciati i connotati delle ipotesi di ravvedimento *sostanziale*, mettendo in luce il rapporto tra esse e la dimensione dell’offesa tipica. Si è poi tratteggiata una distinzione tra le forme di ravvedimento in parola, operanti per l’appunto sui piani della prevenzione, reintegrazione, attenuazione ed eliminazione dell’offesa, e quelle che invece si concretizzano in una collaborazione processuale con l’autorità giudiziaria diretta alla repressione dei reati commessi e dell’individuazione dei relativi autori.

In un secondo momento, si è riflettuto sull’inserimento dell’opzione premiale, peraltro nella più radicale delle sue versioni, nella materia della corruzione, avvenuto per mezzo della medesima riforma che ha dato cittadinanza alla figura dell’agente infiltrato nel settore dei reati contro la pubblica amministrazione. Nello specifico, si è ragionato sull’opportunità dell’estensione della tecnica premiale alla materia in parola, dove la

¹ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 1.

stessa natura plurisoggettiva delle fattispecie rende probabile il rischio di sperequazioni, così come quello del malfunzionamento della tecnica stessa.

In un terzo momento, ci si è concentrati invece sulla compatibilità delle ipotesi di ravvedimento sostanziale e processuale con i principi di rango costituzionale, al fine di vagliare la legittimità delle stesse. Segnatamente, oggetto di analisi sono state le ricadute dell'opzione premiale, pur diversamente modulata, sui principi di legalità, materialità, ed offensività, fino a calarsi nel rapporto tra premio e funzioni della pena. Ne è emersa una notevole tensione tra questi ultimi e le misure in parola, in particolar modo la collaborazione processuale, la quale fa apparire il premio una scelta parzialmente distonica rispetto ad un paradigma di diritto penale costituzionalmente orientato.

Da ultimo, sono stati indagati gli interventi del legislatore eurounitario sul tema *de quo*, segnalando come questi scontino la difficoltà di inquadrare in ottica sovranazionale le diverse figure che costellano l'universo della collaborazione con la giustizia.

La terza parte dell'elaborato è stata infine dedicata alla forma di collaborazione che si traduce nelle segnalazioni dei *whistleblowers*, di recente attenzionata anche dal legislatore europeo. Sebbene di più recente emersione, tale pratica ha già fatto discutere, con precipuo riferimento ai suoi profili sostanziali; i quali, combinati con quelli processuali, realizzano un apparato di tutela per il “soffiatore nel fischiello” che, auspicabilmente, verrà nel breve periodo integrato.

Dopo aver illustrato le sue datate origini all'interno degli ordinamenti di *common law*, ci si è soffermati sulle ragioni dell'inerzia del legislatore nazionale nel recepire un siffatto strumento, tentando al contempo di delineare i precedenti del *whistleblower* nel nostro ordinamento. Sono stati poi indagati i profili di puro interesse penalistico della disciplina in oggetto, in ispecie le modifiche apportate dalla l. 179/2017; la quale ha esteso tale tecnica, prima prevista solo nel settore pubblico, a quello privato, incidendo sul d.lgs. 231/2001 in materia di responsabilità da reato degli enti mediante rilevanti modifiche ai contenuti dei piani preventivi. Inoltre, ci si è concentrati sulla natura della “giusta causa di rivelazione dei segreti” di cui beneficia il “soffiatore di fischiello” e sulla sua progressiva responsabilizzazione in via pretoria per l'omessa segnalazione dell'illecito, vagliando così l'ipotesi di una eventuale configurabilità, in capo a questi, di un obbligo di garanzia penalmente sanzionabile.

Prima di concludere con un confronto tra le forme di tutela apprestate per il soffiatore di fischietto e per il collaboratore di giustizia, mettendo in luce affinità e divergenze tra le rispettive discipline, ci si è soffermati sulla direttiva europea del 2019 in materia di *whistleblowing*; dallo studio della quale si è evinto come, al di là dell'obiettivo dichiarato di uniformare le normative nazionali, la proposta del legislatore eurounitario pecchi per eccessiva genericità, sì da lasciare in capo agli Stati membri ampi margini di manovra.

Da questa ricerca, così strutturata, è anzitutto emerso come le risposte punitive in esame spostino vistosamente l'asse politico-criminale sulla componente preventiva del diritto punitivo, anche mediante una sapiente commistione con settori altri rispetto a quello strettamente penalistico. Da qui, per l'appunto, la natura ibrida degli strumenti differenziati in esame, i quali appaiono, seppur in misura diversa, difficilmente giustificabili al cospetto delle categorie penalistiche classiche.

Si è poi rilevato come essi riflettano la rinnovata inclinazione del legislatore a favorire (e valorizzare) il coinvolgimento del privato nella lotta a specifici settori della criminalità: un coinvolgimento variamente declinato, che si articola in (a) una partecipazione diretta alla dinamica criminale, (b) una fattiva collaborazione successiva alla commissione del fatto, (c) una mera segnalazione di altrui pratiche illecite osservate sul luogo di lavoro.

La diversa entità del coinvolgimento rispecchia, a sua volta, la differente intensità della tensione che intercorre tra i due opposti cardini delle strategie in parola, vale a dire l'efficientismo e il rispetto delle garanzie. Difatti, la struttura dell'elaborato, volendo utilizzare un'efficace immagine letteraria, rappresenta una sorta di *climax* discendente. La strategia basata sullo schema della provocazione-infiltrazione risulta del tutto incompatibile con la materia penale; i meccanismi premiali di ravvedimento, pur forieri di criticità, appaiono invero solo parzialmente inconciliabili con questa; il *whistleblowing*, infine, presenta criticità di poco momento, e in linea di massima superabili.

Se ne è così dedotto che, in linea con la *ratio* di questa tensione "decescente", l'efficacia di tali tecniche è inversamente proporzionale all'incremento delle tutele del collaboratore, astrattamente massima in relazione alla più inquisitoria tra le suddette strategie, solo potenziale, e comunque contenuta, in relazione alla meno invasiva.

Posto dunque l'ineliminabile *vulnus* arrecato da questi strumenti ai capisaldi del nostro sistema punitivo, in una prospettiva *de iure condendo* si potrebbe auspicare un affrancamento della politica legislativa in materia penale (quantomeno) dalle forme investigative analizzate maggiormente in tensione con le garanzie tradizionali. Tuttavia, allo stato attuale, non sembra possibile prevedere il raggiungimento di tale esito nel breve periodo. D'altronde, come si diceva, è proprio la scarsa efficacia dei tradizionali strumenti di contrasto ai fenomeni criminali a rendere necessaria l'introduzione di misure alternative a questi; e a dare altresì origine a una sorta di circolo vizioso in cui l'(apparentemente irrinunciabile) esigenza di differenziare le risposte punitive reca con sé un inevitabile sacrificio in termini di garanzie.

In definitiva, il bilanciamento imposto dal ricorso a queste strategie, quello per l'appunto tra efficientismo e garanzie, risulta assai difficile da realizzare, specie perché rimesso a un legislatore che, schiavo dell'emergenza (o, come più volte detto, della percezione della stessa), asseconda impulsi emotivi mediante riforme sbrigative, alle volte finendo addirittura per paralizzare la loro operatività a causa della scarsa attenzione prestata verso la realizzazione delle condizioni che le renderebbero davvero efficaci.

Il risultato è, pertanto, lo sconfinamento in un diritto penale *dell'opportunità*, totalmente sbilanciato verso un (asserito) efficientismo che (mal) si combina con altre pericolose tendenze, come l'inasprimento degli strumenti punitivi; finendo per dar vita ad un diritto penale "*no-limits*", permeabile ad esigenze populiste e dimentico della proposta, di barattiana memoria, di un diritto penale minimo. Una proposta senza tempo, che non è mai tardi cogliere.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Scritti in onore di Ugo Conti per il 30° anno di ordinariato*, Città di Castello, 1932.
- AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, *Atti del convegno di diritto penale di Bressanone*, 1963-1964, Padova, 1964.
- AA.VV., *Studi dedicati ad Antonio Raselli*, I, Milano, 1971.
- AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, *Atti del settimo simposio di diritto e procedura penale promosso dall'Associazione Avv. Angelo Luzzani 26-27 giugno 1981*, Milano, 1983.
- AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, II, Milano, 1984.
- AA.VV., *La legislazione penale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Milano, 1987.
- AA.VV., *Diritto e libertà. Studi in onore di Matteo Dell'Olio*, I, Torino, 2008.
- AA.VV., *Impresa e Giustizia penale: tra passato e futuro*, *Atti del convegno "Enrico De Nicola. Problemi attuali di diritto e procedura penale"*, Milano, 14-15 marzo 2008, Milano, 2009.
- AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011.
- AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011.
- AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019.

AA.VV., *Fondamenti di procedura penale*, 2^a ed., Padova, 2020.

AA. VV., *Un itinerario comparatistico sulla collaborazione premiale riferita ai fenomeni corruttivi: da Tangentopoli a Lava Jato*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, 9 maggio 2020.

ALLENA G., *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 2, pp. 506-528.

ALVINO F., *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione*, in www.magistraturaindipendente.it, 5 marzo 2019.

AMARELLI G., *Le operazioni sotto copertura*, in MAIELLO V. (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, pp. 163-195.

AMATO GV.NNA, *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2014, 3-4, pp. 549-607.

AMATO GV.NNI, *Le operazioni simulate. Se l'agente provocatore entra nel processo*, in *Riv. Gnosis*, 2007, 2.

AMATO GV.NNI, *Sub art. 623*, in PADOVANI T. (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2019, pp. 4419-4430.

ANGIONI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16^a ed., Padova, 2003.

- ARMONE G., *Whistleblowing e ordinamento italiano: possibili percorsi normativi*, in FRASCHINI G., PARISI N., RINOLDI D. (a cura di), *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Catania-Roma, 2011, pp. 117-126.
- ASHWORTH A., *Principles of criminal law*, New York, 2006.
- BALBI G., *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, Napoli, 2003.
- BALSAMO A., KOSTORIS R.E. (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano: nuovi scenari dopo il caso Dorigo e gli interventi della Corte Costituzionale*, Torino, 2008.
- BALSAMO A., *Operazioni sotto copertura ed equo processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008, 6, p. 2641-2656.
- BARBIERA S., *Le operazioni sotto copertura: ratio e limiti dei nuovi strumenti investigativi nella lotta alla criminalità organizzata*, in *Sicurezza e giustizia*, 2013, 2.
- BARROCU G., *Le indagini sotto copertura*, Napoli, 2011.
- BARTOLI R., *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, pp. 233-260.
- BASILICO S., *L'agente sotto copertura: il confine tra tecnica investigativa legittima e istigazione a delinquere*, in *Riv. ita. dir. proc. pen.*, 2018, 3, pp. 1819-1823.
- BENTHAM J., *Théorie des peines et des récompenses*, in *Oeuvres*, II, Bruxelles, 1829, pp. 1-238.

- BENUSSI C., *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 26 maggio 2015.
- BERNARDI A., *Il ruolo del terzo pilastro Ue nella europeizzazione del diritto penale: un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei trattati*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2007, 5, 1157-1196.
- BERNASCONI A., *La collaborazione processuale*, Milano, 1995.
- BETTINI M. N., *Il diritto di critica del lavoratore nella giurisprudenza*, in AA.VV., *Diritto e libertà. Studi in onore di Matteo Dell'Olio*, I, Torino, 2008, pp. 141-162.
- BETTIOL G., *I lineamenti dell'istituto del concorso di più persone nel reato, secondo il nuovo codice penale italiano*, Modena, 1931.
- BINDING K., *Die Normen und ihre Uebertretung*, Leipzig, 1918-1920.
- BOBBIO N., *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, XXIII, 1969, pp. 1312-1329.
- BOBBIO N., *Sulle sanzioni positive*, in AA.VV., *Studi dedicati ad Antonio Raselli*, I, Milano, 1971, pp. 229-249.
- BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, pp. 13-42.
- BORSARI R. (a cura di), *La corruzione a due anni dalla "Riforma Severino"*, Atti del convegno di Studi, Padova, 11 dicembre 2014, Padova, 2015.
- BORTOLIN C., *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, in BALSAMO A., KOSTORIS R.E. (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano: nuovi scenari*

dopo il caso Dorigo e gli interventi della Corte Costituzionale, Torino, 2008, pp. 395-421.

BOSCARELLI M., *Analogia e interpretazione estensiva*, Palermo, 1955.

BRESCIANI L., voce “*Denuncia e rapporto*”, in *Dig. Disc. pen.*, III, Torino, 1989, pp. 391-417.

BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig.*, XIX, Torino, 1973, pp. 7-93.

BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1, 1980, pp. 179-275.

BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Atti del settimo simposio di diritto e procedura penale promosso dall'Associazione Avv. Angelo Luzzani 26-27 giugno 1981, Milano, 1983, pp. 121-136.

BRUSA E., *Saggio di una dottrina generale del reato*, Torino, 1884.

CALIFANO E., *L'agente provocatore*, Milano, 1964.

CAMON A., *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove 'incostituzionali'*, in *Cass. Pen.*, 1999, 2, pp. 1192-1213.

CAMON A., *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. Pen.*, 3, 5 novembre 2018.

CAMON A., *Le indagini preliminari*, in AA.VV., *Fondamenti di procedura penale*, 2^a ed., Padova, 2020, pp. 387-443.

- CANTONE R., *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis de d.lgs. n. 156/2001 (art. 1, comma 51)*, in MATTARELLA B.G., PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, pp. 243- 258.
- CANTONE R., *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in *Giur. pen.*, 30 settembre 2018.
- CANTONE R., MILONE A., *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 6, 3 giugno 2019, pp. 5-22.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1864.
- CARRARA F., *Grado nella forza fisica del delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, 4^a ed., 1885, I, pp. 257-270.
- CASTRONUOVO D., *Quale lezione dagli "anni di piombo"? La legislazione dell'emergenze e sui pentiti in prospettiva storica e comparata*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2019, 1, pp. 143-167.
- CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009.
- CESARI C., *Sub art. 58-ter*, in DELLA CASA F., GIOSTRA G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 2019, Padova, pp. 836-851.
- CHELAZZI G., *La dissociazione dal terrorismo*, Milano, 1981.
- CHEVAILLER L., *La complicité en droit roman*, in *Rev. Crist. de droit*, 1953, pp. 200-243.
- CINGARI F., *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, Torino, 2012.

- CINGARI F., *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, in *Riv. trim. dir pen. cont.*, 2012, 1, pp. 79-98.
- CISTERNA A., *Attività sotto copertura: arriva lo statuto*, in *Guida al diritto*, 2006, 17, pp. 78-83.
- CLARICH M., MATTARELLA B.G., *La prevenzione della corruzione*, in MATTARELLA B.G., PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, pp. 59-70.
- COCCO G., *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2014.
- COCCO G., *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, in *Ind. pen.*, 2015, 3, pp. 253-278.
- COHEN D., *The evolution of contemporary terrorism in cyber space*, in *Riv. Gnosis*, 2016, 2, pp. 118-127.
- COMOGLIO L.P., *L'inutilizzabilità 'assoluta' delle prove 'incostituzionali'*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1, pp. 30-46.
- CONTENTO G., *Le condotte susseguenti al reato*, Bari, 1965.
- COPPOLA F., *Il whistleblowing: la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 4, pp. 475-485.
- CORSO S.M., *Segnalazione di illeciti da dipendente pubblico: tutela debole*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2013, 11, pp. 713-720.

- CORSO S.M., *La via italiana al whistleblowing tra obbligo di fedeltà e “diritto alla legalità”*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2016, 1, pp. 161-194.
- CORSO P., INSOLERA G., STORTONI L. (a cura di), *Mafia e criminalità organizzata*, Torino, 1995.
- COTTU E., *Altre “soavi inquisizioni”: le tecniche premiali di rinuncia alla pena nella lotta al terrorismo contemporaneo*, in *Riv. trim. Dir. pen. cont.*, 2017, 1, pp. 191-2017.
- DALIA A., *I sequestri di persona a scopo di estorsione, terrorismo ed eversione*, Milano, 1980.
- DE FRANCESCO GIOVANNANGELO (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2011.
- DE FRANCESCO G., *Punibilità*, Torino, 2016.
- DE FRANCESCO G., *Invito al diritto penale*, Bologna, 2019.
- DE MAGLIE C., *Teoria e prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 4, pp. 924-216.
- DE MAGLIE C., *Premesse allo studio dell’agente provocatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1, pp. 214-292.
- DE MAGLIE C., *Gli infiltrati nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 3, pp. 1049-1072.
- DE MAGLIE C., *L’agente provocatore. Un’indagine dommatica e politico-criminale*, Milano, 1991.

- DE MARSICO A., *Il reato apparente e l'apparenza del reato*, Milano, 1952.
- DE RUBEIS R., *L'agente provocatore nella partecipazione al reato secondo il novello codice penale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Ugo Conti per il 30° anno di ordinariato*, Città di Castello, 1932, pp. 383-417.
- DEL VECCHIO A., SEVERINO P. (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno ed internazionale*, Milano, 2014.
- DELITALA G., voce *Adempimento di un dovere*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, pp. 567-572.
- DELL'ANDRO R., voce *Agente provocatore*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, pp. 864-870.
- DELLA BELLA A., *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, in *Sistema penale*, 6 dicembre 2019.
- DELLA BELLA A., *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 3, pp. 1403-1432.
- DELOGU T., *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, in *Studi Ssassaresi*, XV, 1937, pp. 19-36.
- DI MARTINO A., *La sequenza infranta*, Milano, 1998.
- DI MARTINO A., *Concorso di persone*, in DE FRANCESCO G. (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2011, pp. 148-257.
- DIAMANTI F., *Misure premiali e terrorismi. Dall'esperienza italiana all'ultima evoluzione del terrorismo islamista*, in *La legisl. pen.*, 5 dicembre 2019.

- DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.
- DOLCINI E., *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2019.
- DOMENICONI G., *Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla l. n. 69/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2016.
- DOMINIONI O., *Diritto premiale e processo penale*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Atti del settimo simposio di diritto e procedura penale promosso dall'Associazione Avv. Angelo Luzzani 26-27 giugno 1981, Milano, 1983, pp. 171-178.
- DONINI M., *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 4, p. 1646-1678.
- DONINI M., *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sistema penale*, 7 settembre 2020.
- DOPFFEL A., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur*, Stuttgart, 1899.
- EUSEBI L., *La nuova retribuzione*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, pp. 273-285.
- EUSEBI L., *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in *Studium Iuris*, 2001, pp. 93-135.
- EUSEBI L., *Appunti di politica criminale in relazione alle riforme delle sanzioni penali*, in *Criminalia*, 2007, 2, pp. 185-194.

DELLA CASA F., GIOSTRA G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 2019, Padova.

DOLCINI E., *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2019.

FALCONE A., *L'agente sotto copertura*, Roma, 2014.

FASANI F., *La nuova causa di non punibilità per il "pentito di corruzione"*, in ORLANDI R., SEMINARA S. (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 115-156.

FERRAJOLI L., *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in *Quest. giust.*, 1982, 2, pp. 209-226.

FERRANTE V., *Rapporti di lavoro e whistleblowing. Diritto a "spifferare" e tutela del posto di lavoro nell'ordinamento italiano*, in FRASCHINI G., PARISI N., RINOLDI D. (a cura di), *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Catania-Roma, 2011, pp. 127-134.

FERRANTE V., *Novità per il settore pubblico e privato in tema di whistleblowing*, in *Labor*, 2018, 2, pp. 145-172.

FERRINI C., *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma, 1902.

FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, pp. 95-122.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 8^a ed., Bologna, 2019.

- FIATA E., *La tutela del whistleblower nel pubblico impiego dopo la legge n. 179 del 2017*, in www.lavoropubblicheamministrazioni.it, 2018.
- FIORE C., *L'idoneità dell'azione nella struttura del fatto tipico*, in *Il foro penale*, 1936, pp. 246-275.
- FIORE C., *Il reato impossibile*, Napoli, 1959.
- FIORE S., *Tracce di distopia legislativa nella "Spazzacorrotti". Funzioni simboliche e deterrenza "latente" nell'uso della non punibilità*, in *La Legisl. pen.*, 18 giugno 2020.
- FLORA G., *Il ravvedimento del concorrente*, Padova, 1984.
- FLORIAN E., *Trattato di diritto penale. Parte generale del diritto penale*, Miano, 1934.
- FORTI G., *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica*, in *Ciclo di conferenze e seminari "L'uomo e il denaro"*, Milano, 6 novembre 2006, in http://www.assbb.it/contenuti/news/files/6-11-2006-quaderno_etica15.pdf. FORTI G., *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. "Doppio standard" e "doppio vincolo" nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, in AA.VV., *Impresa e Giustizia penale: tra passato e futuro*, Atti del convegno "Enrico De Nicola. Problemi attuali di diritto e procedura penale", Milano, 14-15 marzo 2008, Milano, 2009, pp. 173-226.
- FRAGASSO B., *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.*, 5 marzo 2019.
- FRANK R., *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, Leipzig, 1903.

- FRASCHINI G., PARISI N., RINOLDI D. (a cura di), *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Catania-Roma, 2011.
- ROSSITTO G., MANOLA M., Whistleblowing, *nuovo strumento di lotta alla corruzione*, in www.dirittoamministrativo.it.
- GAITO A., MANNA A., *L'estate sta finendo...*, in *Arch. Pen.*, 2018, 3, 12 settembre 2018.
- GALLI L., *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, in *La Giust. pen.*, 1939, XLV, pp. 776-826.
- GALLO M., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, XX, 1951-1952, pp. 127-296.
- GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957.
- GAMBARDELLA M., *Il grande assente della nuova "legge Spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, 1, pp. 44-71.
- GEYER, *Ueber den Agent provo,cateur*, in *Holtzendorff, Handbuch des Strafrechts*, II, Band, pp. 322-428.
- GIOIA M., *Del merito e delle ricompense*, Torino, 1853.
- GLASER J., *Zur Lehre vom Dolus des Anstifters*, in *Der Gerichtssaal*, 1858, pp. 24-39.
- GOBERT J., PUNCH M., *Whistleblowers, the Public Interest Act 1998*, in *Modern Law Review*, 2000, vol. 63, issue 1, pp. 25-54.
- GRASSO G., *Il trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, p. 2307-2350.

- GRIFFO M., *Il trojan e le derive del terzo binario*, in *Sistema penale*, 2020, 2.
- HEILBORN P., *Der agent provocateur. Eine strafrechtliche Studie*, Berlin, 1901.
- HEPP F.C.T., *Beitrag zur Lehre von der Teilnahme an einem Verbrechen*, in *Archiv des Crimininalrechts*, 1848, pp. 305-348.
- HIPPEL R., *Deutsches Strafrecht*, II, Berlin, 1930.
- HUBER B., *Informants, undercover agents and police informants*, in MILITELLO V., HUBER B. (eds.), *Towards a European criminal law against organized crime*, Freiburg, 2001, pp. 109-120.
- IELO P., *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in *Dir. pen. cont.*, 5 marzo 2019.
- IMPALLOMENI G.B., *Istituzioni di diritto penale*, 1908, Torino.
- INSOLERA G., *Le proposte per uscire da Tangentopoli*, in *Crit. dir.*, 1995, pp. 17-33.
- INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006.
- JUBB P.B., *Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation*, in *Journal of Business Ethics*, vol. 21, issue 1, 1998, pp. 77-94.
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. (a cura di COTTA S. e TREVES G.), 2^a ed., Milano, 1954.
- KOHLER J., *Studien aus dem Strafrecht*, I, Mannheim, 1898.

- LA GRECA G., MARCHETTI M.R. (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino, 2003.
- LATAGLIATA A.R., *I principi del concorso di persone nel reato*, Pompei, 1964.
- LATAGLIATA A.R., *La desistenza volontaria*, Napoli, 1964.
- LATTANZI R., *Riflessioni sul whistleblowing: un modello da replicare ad occhi chiusi?*, in FRASCHINI G., PARISI N., RINOLDI D. (a cura di), *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Catania-Roma, 2011, pp. 135-172.
- LEONCINI I., *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006.
- LOEWENHEIM K., *Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Rechte*, Breslau, 1897.
- LOMBARDO M., voce *Agente provocatore*, in *Dig. Disc. pen.*, (I aggiornamento), Torino, 2011, pp. 18-29.
- MAGGIORE G., *Principi di diritto penale*, I, Bologna, 1937.
- MAIELLO V. (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015.
- MALINVERNI A., voce *Agente provocatore*, in *Nss. Dig.*, I, Torino, 1957, pp. 396-399.
- MANCINI D., *Le attività "sotto copertura": margini di utilizzabilità delle prove e contrasti giurisprudenziali*, in www.filodiritto.com, settembre 2015.
- MANES V., *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, pp. 1126-1155.

- MANES V., *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la PA: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 14 febbraio 2019, pp. 105-122.
- MANTOVANI F., *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, p. 445-473.
- MANTOVANI F., *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Atti del settimo simposio di diritto e procedura penale promosso dall'Associazione Avv. Angelo Luzzani 26-27 giugno 1981, Milano, 1983, 197-216.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, 10^a ed., Padova, 2017.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale II: delitti contro il patrimonio*, 7^a ed., Padova, 2019.
- MANTOVANI M., F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, II, Torino, 1961.
- MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 9^a ed., 2020, Milano.
- MATTARELLA B.G., PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013.

- MELILLO G., *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a finalità di terrorismo*, in DI CHIARA S. (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, pp. 33-71.
- MICELI M.P., NEAR J.P., DWORKING T.M., *Whistle-blowing in organizations*, New York, 2008.
- MILITELLO V., HUBER B. (eds.), *Towards a European criminal law against organized crime*, Freiburg, 2001.
- MILITELLO V., *Collaborazione alla giustizia e prospettiva premiale in ambito europeo*, in RAFARACI T. (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive e esigenze di garanzia*, Milano, 2007, 289-326.
- MILITELLO V., *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive e limiti*, in *Riv. trim. Dir. pen. cont.*, 2017, 1, pp. 3-10.
- MINNA R., *Terrorismo 2001*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 8, pp. 1020-1030.
- MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995.
- MONACO L., *Sul recesso dal delitto tentato*, in *Studi urbinati*, 1978-1979, pp. 219-360.
- MONGILLO V., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012.
- MONGILLO V., *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla l. 69/2015*, in *Dir. pen. cont.*, 15 dicembre 2015.

- MONGILLO V., *La legge “Spazzacorrotti”*: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere dell’anticorruzione, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5, 27 maggio 2019, pp. 231-311.
- MONGILLO V., *Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del “tipo d’autore” e derive emergenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 2, pp. 967-1019.
- MORITZ L., *Die Abwendung des Erfolges einer Tat des Angestifteten durch den Anstifter in ihrer strafrechtlinchen Bedeutung fur den Anstifter*, Breslau, 1911.
- MORSELLI E., voce *Tentativo*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, pp. 182-200.
- MUSCO E., *La premialità nel diritto premiale*, in AA.VV., *La legislazione penale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Milano, 1987, pp. 115-132.
- NANULA G., *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, pp. 816-825.
- NEPPI MODONA G., *Il reato impossibile*, Milano, 1973.
- NOTARO L., *La causa di non punibilità del denunciante in materia di delitti contro la P.A.: vecchi e nuovi problemi in tema di legislazione premiale e la collaborazione processuale di fronte all’espansione del paradigma emergenziale*, in *La Legisl. pen.*, 24 novembre 2020.
- NUVOLONE P., *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Atti del settimo simposio di diritto e procedura penale promosso dall’Associazione Avv. Angelo Luzzani 26-27 giugno 1981, Milano, 1983, pp. 347-361.
- NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982.

- PADOVANI T., *La soave inquisizione. Osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 2, pp. 529-545.
- PADOVANI T., «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità, in AA.VV., *La legislazione penale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Milano, 1987, pp. 39- 74.
- PADOVANI T., *Il problema di Tangentopoli tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 2, pp. 448-462.
- PADOVANI T., *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. Pen.*, 3, 30 novembre 2018.
- PADOVANI T. (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2019.
- PAGLIARO A., *Profili dogmatici delle cause estintive del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 2, pp. 472-506.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003.
- PAGLIARO A., *Sulla tutela penale dell'ordine pubblico nella legislazione dell'emergenza*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, II, Milano, 1984, pp. 1031-1047.
- PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.
- PALAZZO F., *La recente legislazione penale*, Padova, 1985.
- PALAZZO F., *Scriminanti e immigrazione clandestina (a proposito dei c.d. "respingimenti in alto mare")*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, pp. 1655-1672.

- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., Torino, 2016.
- PALIERO C.E., VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2003.
- PANETTA A., *Sub art. 630 c.p.*, in PADOVANI T. (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2019, pp. 4548-4568.
- PAOLI G., *Principi di diritto penale*, I, Padova, 1926.
- PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Firenze, 2009.
- PARISI N., *Il whistleblowing: vincoli internazionali, adattamento interno, attitudine culturale*, in FRASCHINI G., PARISI N., RINOLDI D. (a cura di), *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Catania-Roma, 2011, pp. 95-116.
- PARODI GIUSINO M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990.
- PARROTTA A., RAZZANTE R., *Il sistema di segnalazione interna. Il whistleblowing nell'assetto anticorruzione, antiriciclaggio e nella prevenzione della responsabilità degli Enti*, Pisa, 2019.
- PASELLA R., *Diritto penale premiale e funzione della pena*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Atti del settimo simposio di diritto e procedura penale promosso dall'Associazione Avv. Angelo Luzzani 26-27 giugno 1981, Milano, 1983, pp. 237-242.
- PAULESU P.P., *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, in *Arch. Pen.*, 2018, 1, 21 marzo 2018, pp. 25-46.
- PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952.

- PEDRAZZI C., voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, pp. 140-152.
- PELLISSERO M., *Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria*, in www.ilquotidianogiuridico.it, 11 ottobre 2018.
- PETRAGNANI GELOSI G., *Le disposizioni in materia di agente provocatore nel quadro del D.L. n. 306 del 1992 convertito nella L. n. 356/1992*, in CORSO P., INSOLERA G., STORTONI L. (a cura di), *Mafia e criminalità organizzata*, Torino, 1995, pp. 938-961.
- PIATTOLI B., *Tecniche di investigazione nel crimine organizzato transnazionale. La riscrittura delle "undercover operations" e le ricadute nel processo*, in ROSI E. (a cura di), *Criminalità organizzata transazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007, pp. 355-371.
- PIEMONTESE C., *Sub art. 4 l. 438/2001*, in *La Legisl. pen.*, 2002, pp. 789-793.
- PIGNATELLI S., *Criminalità organizzata, diritto premiale e uscita dall'emergenza*, in *Quest. Giust.*, 1985, 4.
- PIOLETTI G., voce *Punibilità (cause di esclusione della stessa)*, in *Dig. Disc. pen.*, X, Torino, 1995, pp. 524-533.
- PISANI M., *Diritto premiale e sistema penale: rapporti e intersezioni*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Atti del settimo simposio di diritto e procedura penale promosso dall'Associazione Avv. Angelo Luzzani 26-27 giugno 1981, Milano, 1983, pp. 11-36.
- PRESUTTI A., *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 1986.

PROSDOCIMI S., *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982.

PROSDOCIMI S., *Il recesso dal reato consumato: profili di diritto penale comparato*, in AA.VV., *La legislazione premiale, Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Milano, 1987, pp. 133-170.

PULITANÒ D., *Misure antiterrorismo – Un primo bilancio*, in *Dem. Dir.*, 1981.

PULITANÒ D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 2, pp. 483-531.

PULITANÒ D., *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in AA.VV., *La legislazione penale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Milano, 1987, pp. 75-104.

PULITANÒ D., *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1, pp. 3-41.

PULITANÒ D., *Rigore e premio nella risposta alla criminalità organizzata*, in AA.VV., *I reati associativi*, Milano, 1998, pp. 145-174.

PULITANÒ D., *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, pp. 123-148.

PULITANÒ D., *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, 26 marzo 2019, pp. 235-250.

RAFARACI T. (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive e esigenze di garanzia*, Milano, 2007.

RAMPIONI R., *I delitti di corruzione*, Padova, 2008.

- RANIERI S., *Concorso di persone nel reato*, Milano, 1942.
- RITUCCI G., *La disciplina dell'acquisto simulato ex art. 97 T.U. n. 309 del 1190*, in *Cass. pen.*, 1993, 4, pp 993-1001.
- ROMANO M., GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, I.
- ROMANO M., GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2012, II.
- RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002.
- RUGANI A., *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, in *La Legisl. pen.*, 3 giugno 2018.
- RUGGIERO G., *Punibilità*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 1118-1145.
- SALAMA M., *L'agente provocatore*, Milano, 1965.
- SALAZAR L., *Le fonti tipiche dell'Unione europea*, in LA GRECA G., MARCHETTI M.R. (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino, 2003, pp. 57-72.
- SALAZAR L., *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aia*, in *Cass. pen.*, 2004, 11, p. 3533.
- SALAZAR L., *Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione; l'Italia davanti ai suoi giudici*, in *Cass. pen.*, 2012, 12, pp. 4270-4291.

- SANTINI S., *L'Unione europea compie un nuovo passo nel cammino della lotta al terrorismo: una prima lettura della direttiva 541/2017*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2017.
- SATZGER H., *Politica criminale europea: pericoli o prospettive per gli ordinamenti penali nazionali all'interno dell'Unione europea*, in PALIERO C.E., VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2003, in particolare p. 292 e ss.
- SAVARINO A., *Extremis malis, extrema remedia: l'infiltrazione investigativa quale forma di esercizio autorizzato di poteri coercitivi, in funzione di contrasto della corruzione*, in *La Legisl. pen.*, 29 ottobre 2020.
- SBRICCOLI M., "Crimen laesae maiestatis". *Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974.
- SCALICI M., *Operazioni sotto copertura ed equo processo*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 20 agosto 2014.
- SCARANO L., *Il tentativo*, Napoli, 1952.
- SCEVI P., *Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione*, in *Arch. Pen.*, 2019, 1, 16 gennaio 2019.
- SCOLETTA M., *Sub art. 6*, in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, pp. 132-169.
- SEMINARA S., *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987.
- SEVERINO DI BENEDETTO P., *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988.

- SGUBBI F., *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, 4, pp. 941-944.
- SGUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019.
- SIGNORATO S., *Le misure di contrasto in rete al terrorismo. Black list, inibizione dell'accesso ai siti, rimozione del contenuto illecito e interdizione dell'accesso al dominio Internet*, in KOSTORIS R.E., VIGANÒ F. (a cura di), *Il nuovo pacchetto 'antiterrorismo'*, Torino, 2015, pp. 55-74.
- SIMESTER A.P., SULLIVAN G.R. (a cura di), *Simester and Sullivan's Criminal law. Theory and doctrine*, Portland, 2016.
- SINGEWALD H., *Agent provocateur*, Breslau, 1908.
- SPADARO S., PASTORE A., *Legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n. 190)*, Milano, 2012.
- SPAGNOLO P., *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980.
- SPAGNOLO G., *Profili premiali nella più recente politica penale*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Atti del settimo simposio di diritto e procedura penale promosso dall'Associazione Avv. Angelo Luzzani 26-27 giugno 1981, Milano, 1983, pp. 259-263.
- SPENA A., *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazione e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (l. 69/2015)*, in *Studium iuris*, 2015, 10, 1115-1124.

- SPIGARELLI V., *L'impiego della polizia giudiziaria e le attività sotto copertura*, in ROSI E., SCOPELLITI S. (a cura di), *Terrorismo internazionale: modifiche al sistema penale e nuovi strumenti di prevenzione*, Milano, 2006, pp. 107-118.
- STELLA F., *La tutela penale della società*, in *Iustitia*, 1981, 4, pp. 320-336
- STORTONI L., *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 2, pp. 626-678.
- STORTONI L., *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *Riv. ita. dir. proc. pen.*, 1985, 2, pp. 397-423.
- STURZO L., *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, in *Arch. pen.*, 2019, 2.
- TEBALDI M., *Le disposizioni penali del decreto fiscale: problematiche applicative*, in www.dirittopenaleeconomieimpresa, 5 marzo 2020.
- TONINI P., *Collaborazione con la giustizia penale*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Atti del settimo simposio di diritto e procedura penale promosso dall'Associazione Avv. Angelo Luzzani 26-27 giugno 1981, Milano, 1983, p. 265-268.
- TORDINI CAGLI S., *Sfere di competenza e nuovi garanti: quale ruolo per il lavoratore?*, in *La Legisl. pen.*, 3 gennaio 2020.
- VALLINI A., *Il caso "Teixeira De Castro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi "legali" di infiltrazione poliziesca*, in *La Legisl. pen.*, 1999, pp. 197-204.

- VALLINI A., *Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove: spunti dalla giurisprudenza della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 31 maggio 2011.
- VANNINI O., *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1943.
- VARRASO G., *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, pp. 1731-1749.
- VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 609-636.
- VENEZIANI P., *La punibilità*, in VENEZIANI P., *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, *Trattato di diritto penale*, diretto da GROSSO C.F., PADOVANI T., PAGLIARO A., Parte generale, II, Milano, 2014, pp. 277-304.
- VICOLI D., BIRAL M., *La disciplina delle indagini sotto copertura tra esigenze di accertamento e limiti di utilizzabilità*, in MANTOVANI M., CURI F., TORDINI CAGLI S., TORRE V., CAIANIELLO M. (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, pp. 665-688.
- VIGANÒ F., *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, pp. 4-24.
- VIGNALE L., voce *Agente provocatore*, in *Dig. Disc. pen.*, I, Torino, 1987, pp. 56-67.
- WOOD H. G., *A Treatise on the Law of Master and Servant*, Albany, 1877.
- ZAPPULLA A., *Commento alla legge 13/8/2010, n. 136 – Art. 8*, in *La Legisl. pen.*, 4, 2010, pp. 449-461.