

Maria Novella Masullo

---

**L'EMERSIONE DEL PATTO  
CORRUTTIVO: IL NUOVO  
FRONTE DEGLI STRUMENTI  
PREMIALI E INVESTIGATIVI**

---

Estratto

MARIA NOVELLA MASULLO

---

Ricercatrice di Diritto penale - Università di Roma, Tor Vergata

## L'EMERSIONE DEL PATTO CORRUTTIVO: IL NUOVO FRONTE DEGLI STRUMENTI PREMIALI E INVESTIGATIVI (\*)

### *Abstract*

Il contributo esamina i nuovi strumenti premiali e investigativi introdotti dalla legge n. 3 del 2019 allo scopo di favorire l'emersione del patto corruttivo. La prima parte del lavoro è dedicata alla causa di non punibilità della collaborazione processuale prevista all'art. 323-ter del codice penale per taluni delitti contro la pubblica amministrazione. Delineata la *ratio* e la struttura tipica di questa nuova forma di premialità, si evidenziano talune criticità legate all'ambito applicativo e, più in generale, ai limiti di effettività della previsione normativa, osservata dapprima nell'ambito della responsabilità individuale e, poi, nella più ampia prospettiva della correlata responsabilità degli enti. La seconda parte del lavoro si propone di indagare la compatibilità della tecnica investigativa delle *operazioni sotto copertura*, la cui disciplina è stata rivisitata dalla citata legge del 2019, con le caratteristiche strutturali dei reati di corruzione, oggi inclusi nel novero di quelli per cui è consentita l'utilizzazione dello strumento investigativo. In particolare, la questione principale riguarda i confini di scriminabilità delle *undercover operations*, sintetizzata in chiave garantistica nella necessità — che dovrebbe essere assicurata a livello legislativo — di tenere distinta la figura dell'agente infiltrato da quella dell'agente provocatore.

---

(\*) Il presente contributo è destinato al volume “*Nuovi modelli di contrasto alla corruzione. Limiti e prospettive della legge n. 3 del 2019*”, a cura di G. Fidelbo, Giappichelli, in corso di pubblicazione.

*The Emergence of the Corrupt Bargains: New Incentives  
and Investigative Tools*

*Abstract*

*This paper examines the new incentives and investigative tools introduced by Law No. 3 of 2019 aimed at facilitating the emergence of corrupt bargains. The first part of the paper is devoted to the procedural collaboration, i.e. a reason for non-punishability provided for in Art. 323 ter of the Italian Criminal Code for certain crimes against the public administration. Upon outlining the rationale and the structure of this new form of incentive, the paper highlights some critical issues related to the scope of application and, more generally, to the limits of effectiveness of this provision, which is first examined from the viewpoint of the individual responsibility and then under the broader perspective of the related corporate liability. The second part of the paper investigates the compatibility of undercover operations, whose discipline has been revised by the aforementioned Law of 2019, with the structural features of corruption crimes, which are now included among those offences for which the use of this investigative instrument is allowed. More specifically, the main issue concerns the boundaries of non-punishability of undercover operations, which results from the necessity — which should be ensured on a legislative level — to make a distinction between the figure of the undercover agent and that of the agent provocateur.*

1258

SOMMARIO: 1. La rottura della solidarietà criminale quale misura di contrasto alla corruzione: i precedenti premiali progettuali e normativi. — 2. L'art. 323 *ter* del codice penale: la denuncia tempestiva quale causa sopravvenuta di non punibilità. — 3. Reati presupposto ed estensione dell'area di non punibilità: limiti strutturali e applicativi. — 4. Le condizioni di operatività dell'esimente. — 5. Le preclusioni alla non punibilità quale contromisura ai possibili abusi dello strumento premiale. — 6. La reale dimensione operativa del comportamento antagonista. — 7. La diversa valenza della collaborazione processuale nelle varie fasi del procedimento. — 8. La rilevanza della collaborazione processuale nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti. — 9. Operazioni sotto copertura e *white collar crimes*: una riforma discussa (e discutibile). — 10. Agente sotto copertura e agente provocatore: i confini mobili delle due figure.

1. *La rottura della solidarietà criminale quale misura di contrasto alla corruzione: i precedenti premiali progettuali e normativi.* — Con la legge n. 3 del 2019 recante “misure anticorruzione”<sup>1</sup> si introduce nel

<sup>1</sup> Sulla legge di riforma cfr., tra i primi, T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, ivi, p. 8 ss.; G. FLORA, *La nuova riforma dei delitti di*

## L'EMERSIONE DEL PATTO CORRUTTIVO

codice penale, all'art. 323 *ter*, una causa di non punibilità in favore del denunciante che abbia prestato attività di collaborazione nell'ambito di alcuni delitti contro la pubblica amministrazione.

L'idea alla base dell'odierna scelta legislativa di premiare iniziative volte alla disgregazione del patto di omertà che lega corrotti e corruttori non è nuova alla riflessione penalistica. Sul piano del diritto interno la traduzione normativa più vicina a quella compiuta è rinvenibile nel c.d. Progetto di Cernobbio<sup>2</sup>, elaborato all'epoca di Tangentopoli da alcuni magistrati, avvocati e professori universitari nell'ambito di un programma *emergenziale* (diretto a un recupero di legalità) per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e di illecito finanziamento ai partiti politici. La proposta di prevedere una speciale causa di non punibilità in favore dell'autore del patto corruttivo che in tempi brevi si fosse dissociato dal reato, denunciando la controparte, si inseriva in un più ambizioso disegno di intervento normativo, incentrato, tra l'altro, sull'abbandono del modello repressivo binario, all'epoca differenziato tra concussione e corruzione in ragione della veste assunta dal privato, e sulla rivisitazione dei confini di illiceità penale della fattispecie corruttiva. La prospettata rinuncia ad incriminare in via autonoma la concussione era, infatti, in quella sede *compensata* da un lato dalla riesplorazione dello schema punitivo dell'estorsione (che preservava l'impunità del privato qualora fosse stato costretto all'indebita dazione o promessa da violenza o minaccia) e, dall'altro, dalla contestuale creazione di una più ampia figura di corruzione cui ricondurre le restanti ipotesi di illecita dazione o

1259

*corruzione: verso la corruzione del sistema penale?*, in *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali* (L. 9 gennaio 2019, n. 3 c.d. "spazzacorrotti"), a cura di G. Flora e A. Marandola, Firenze, 2019, p. 3 ss. nonché gli altri contributi raccolti nel volume; D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2019/3, p. 235 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 44 ss.; N. PISANI, *Il disegno di legge "spazzacorrotti": solo ombre*, in *Cass. Pen.*, 2018, p. 3589 ss.; V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti". Ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. Pen. cont. - Riv. Trim.*, 5, 2019, p. 231; D. PIVA, *Le sfide del DDL anticorruzione: effettività, proporzione e rieducazione all'insegna del "chi sbaglia paga, l'onestà conviene"*, in *Giur. pen. web*, 2018, 10, p. 7; F. CINGARI, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, in *Leg. pen.*, 1 agosto 2019.

<sup>2</sup> Pubblicato in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, 911 ss.; per una rassegna dei successivi progetti di legge inclusivi di una causa di non punibilità o di attenuazione della pena basata sulla collaborazione processuale, cfr. V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, 112 ss. Iniziative legislative simili erano contenute nella Proposta di legge Azzaro e altri, n. 1780, presentata alla Camera dei Deputati il 31 maggio 1984 e nella Proposta di legge n. 1239, Ayala e altri.

**MARIA NOVELLA MASULLO**

promessa di denaro o altre utilità (includendo perciò nella risposta punitiva anche il privato che a ciò fosse stato indotto).

All'innequivocabile segnale di forza promanante da una più diffusa e generalizzata responsabilizzazione degli attori del mercato delle tangenti, *finalmente* accomunati sotto l'unica etichetta delittuosa della "corruzione", faceva tuttavia da contraltare il prevedibile indebolimento degli strumenti di repressione giudiziaria del fenomeno criminale, per l'inevitabile perdita di un utile spazio di collaborazione del privato, maggiormente esposto per tale via al rischio penale. La scelta di premiare con l'impunità — a certe condizioni — il concorrente resosi disponibile a slegarsi dal *pactum sceleris* appena concluso, facendo emergere giudizialmente la trama corruttiva sottostante, appariva pertanto un accettabile compromesso per la tenuta del sistema complessivo, funzionale a preservare la minaccia di pena anche in termini di effettività della risposta sanzionatoria.

Del resto, la previsione di una causa di non punibilità in favore del privato denunciante poteva considerarsi una novità assai meno dirompente di quanto potesse invero apparire, tenuto conto che a tale effetto premiale poteva già giungersi — a sistema allora vigente — in virtù della contestazione del fatto come concussione piuttosto che come corruzione, tenendo in tal modo indenne dalla responsabilità il privato che, determinatosi all'indebito pagamento, fosse stato poi ritenuto in sede di indagini vittima e non correo dell'illecita contrattazione<sup>3</sup>. La traduzione a livello generale e astratto di un diffuso *costume* investigativo poteva perciò per certi versi sembrare perfino più *trasparente*, rendendo oggettivamente verificabile la sussistenza della collaborazione<sup>4</sup>, ed *equidistante*, offrendo analoghe *chances* di impunità anche alla respiscenza

1260

<sup>3</sup> Assai frequente a tal fine la contestazione nella forma della "concussione ambientale"; figura di elaborazione giurisprudenziale diretta a "munirsi di un comodo espediente atto ad agevolare la collaborazione del privato": G. FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in questa *Rivista*, 1996, 497. Cfr., altresì, sul tema, C.F. GROSSO, *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli. Il Progetto anticorruzione di Mani pulite fra utopia punitiva e suggestione premiale*, in *Cass. pen.*, 1994, 2346; G. MARRA, *Il delitto di corruzione tra modernità (empirica) e tradizione (dogmatica): problemi interpretativi e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 1016 ss.; A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*, Napoli, 2006, 317 ss.

<sup>4</sup> Analoghe considerazioni in 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.

## L'EMERSIONE DEL PATTO CORRUTTIVO

della parte pubblica dell'accordo corruttivo, parificata per tale via in *oneri e onori*. Il progetto, tuttavia, come ben noto incontrò numerose resistenze da parte della dottrina, preoccupata della scarsa plausibilità di una denuncia spontanea antecedente alla scoperta del reato<sup>5</sup>, dell'"esaltazione contestuale di rigore repressivo delle sanzioni ed indulgenzialismo esasperato di istituti premiali"<sup>6</sup> ed ancora del pericolo di consegnare "al corrotto o al corruttore una temibile « arma di persuasione » nei confronti del correo perché questi perseveri nel compimento di attività rientranti nel patto corruttivo"<sup>7</sup>.

Con la riforma del 2012 il legislatore non incoraggia soluzioni premiali o incentivi alla collaborazione: mantiene al contrario intatta la frontiera della responsabilità, attraverso una risposta punitiva fissa e irretrattabile, pur avendo rafforzato, sul piano delle scelte repressive, la solidità del patto criminale a causa dell'introduzione dell'art. 319 *quater* c.p., che attrae nell'area della corresponsabilità anche il privato indotto all'indebita dazione da parte dell'*intraneus*.

Di lì a poco, tuttavia, con la legge n. 69 del 2015 l'opportunità di valorizzare in chiave efficientista la condotta collaborativa *post delictum*, diretta a disvelare accordi corruttivi rimasti in ombra, fa la sua comparsa a livello normativo seppure nelle forme, meno vistose, di circostanza attenuante ad effetto speciale, fruibile tanto dall'*intraneus* che dall'*extraneus* alla pubblica amministrazione.

L'attenuante, rimasta di identico tenore anche seguito delle novità legislative del 2019, prevede una diminuzione di pena da un terzo a due terzi per chi "si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite". Lo sconto di pena, applicabile alle fattispecie corruttive e di induzione indebita, è concesso a fronte della realizzazione di condotte, valutate positivamente sul piano materiale o probatorio-processuale, antecedenti alla sentenza definitiva. La mancata

1261

<sup>5</sup> Critico sulla soluzione del Progetto F. CINGARI, *La corruzione pubblica: trasformazioni criminologiche ed esigenze di riforma*, in *Riv. trim. Dir. pen. cont.*, 2012, 1, p. 94, per il quale le misure premiali in contesti corruttivi potrebbero addirittura rilevarsi criminogene, ingenerando nel privato corruttore — data la difficoltà di provare la spontaneità della denuncia — l'idea che se il patto corruttivo viene scoperto esiste comunque una via di fuga dalla sanzione.

<sup>6</sup> S. MOCCIA, *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da Tangentopoli*, in questa *Rivista*, 1996, 465.

<sup>7</sup> Così, G. FIANDACA, *Legge penale e corruzione*, in *Foro it.*, V, 1998, c. 3.

inclusione della concussione tra i reati per cui si può beneficiare dell'attenuante, pur nei casi in cui il concussore offra una valida contropartita investigativa, indicando ad esempio i nomi di eventuali concorrenti nel reato, conferma la predilezione per un modello di premialità *ristretto*, condizionato alla rottura della solidarietà criminale tipica dello scambio *lato sensu* corruttivo e non invece di altre forme di complicità.

2. *L'art. 323 ter: la denuncia tempestiva quale causa sopravvenuta di non punibilità.* — Come accennato, il legislatore nel 2019 abbandona gli ultimi indugi di tipo culturale e introduce, all'art. 323 *ter* del codice penale, una speciale causa di non punibilità in favore di chi “*ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-bis e 354 se, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili*”<sup>8</sup>.

1262

Va rilevato come negli ultimi tempi l'opzione premiale posta alla base della scelta di politica criminale avesse gradualmente trovato adesioni<sup>9</sup>, verosimilmente favorite dal mutato clima di diffuso consenso dinnanzi a manifestazioni dimostrative di un atteggiamento di non conivenza nel reato. In particolare, si attribuisce rilievo normativo ad attività di segnalazione del reato ad opera di terzi, volte a valorizzare, già sul piano della prevenzione della corruzione, il ruolo fondamentale della denuncia e si predispone, al contempo, attorno agli autori delle predette segnalazioni, un articolato sistema di protezione da possibili effetti

<sup>8</sup> Sul tema, R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni sulla causa di non punibilità di cui all'art. 323 ter*, in *Dir. pen. cont.*, 6, 2019, p. 5 ss.; T. MUIESAN, *La nuova causa di non punibilità nei delitti contro la pubblica amministrazione: al nemico che fugge ponti d'oro*, in *DisCrimen*, 14 marzo 2019; G. DOMENICONI, *Le nuove cause di non punibilità*, in G. FLORA-A. MARANDOLA (a cura di), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali (l. 3 gennaio 2019 n. 3 c.d. "spazza corrotti")*, Pisa-Ospedaletto, 2019, 54 ss.; A. CISTERNA, *Beneficio impunità: confessione spontanea e senza avvertimenti*, in *Guida dir.*, 2019, 7; F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art. 323 ter c.p.*, in *www.magistraturaindipendente.it*, 5 marzo 2019; L. 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, p. 1.

<sup>9</sup> M. PELLISSERO, *La nuova disciplina della corruzione tra repressione e prevenzione*, in B.G. MATTARELLA - M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, 351 s.; già P.C. DAVIGO - G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., 286 ss.

## L'EMERSIONE DEL PATTO CORRUTTIVO

ritorsivi, al fine di potenziare il ricorso a tali (irrinunciabili) strumenti comunicativi<sup>10</sup>. Peraltro, la strategia del premio per la collaborazione processuale<sup>11</sup> è da tempo proficuamente sperimentata in altri settori: terrorismo, criminalità organizzata, sequestro di persona a scopo estorsivo e traffico di stupefacenti; l'estensione al catalogo dei delitti contro la pubblica amministrazione sembra confermare, da altra via, il progressivo “allineamento normativo della criminalità *white collar* alla criminalità nera, ossia della *criminalità politico-economica* al *crimine organizzato*”<sup>12</sup>.

L'art. 323-ter c.p. va dunque a inserirsi in questo filone tematico, replicando — con alcune significative differenze — la c.d. proposta di Cernobbio.

La *ratio* dell'impunità è da rinvenire principalmente nella esigenza di potenziare la denuncia dei fatti corruttivi (e dunque incidere sul numero delle relative condanne), premiando il delatore collaborante per avere spezzato il vincolo collusivo tipico delle fattispecie corruttive, consentendone in tal modo la perseguibilità. La novità legislativa — apparentemente in controtendenza rispetto alla promossa politica penale degli inasprimenti sanzionatori e della certezza della pena — sembra a ben vedere potersi inscrivere nella medesima logica di rafforzamento dell'in-

1263

<sup>10</sup> Sul tema, 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 *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro. Atti del Convegno di studio “Enrico de Nicola. Problemi attuali di diritto e procedura penale.”*, Milano, 2009, p. 176 ss.; G. AMATO, *Profili penali del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, n. 3-4, p. 549.

<sup>11</sup> In generale, sull'argomento si rinvia all'opera di C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002; per una più recente e puntuale analisi della collaborazione processuale, con particolare riferimento al settore della criminalità organizzata, e degli aspetti problematici legati all'istituto, si veda G. AMARELLI, *L'attenuante della dissociazione attuosa (art. 8 d.l. n. 152/1991)*, in V. MAIELLO, *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, Torino, 2015, pp. 163 e 164, per il quale “i due fiori all'occhiello di questa *nouvelle vague* della lotta alla criminalità organizzata sono costituiti dalla collaborazione processuale e dalle operazioni sotto copertura. In entrambi questi casi lo sconto o l'esonero di pena sul terreno del penale sostanziale dipende dal comportamento tenuto durante una o più fasi del procedimento penale da parte o dello stesso reo o di un “falso” concorrente. Nel caso del c.d. “pentito”, lo sconto di pena sancito dalla circostanza attenuante speciale è connesso alla dissociazione *post patratum crimen* del reo dal sodalizio criminale ed alla sua piena ed utile collaborazione con la giustizia; in quello dell'infiltrato, l'esonero dalla pena previsto nella speciale causa di giustificazione è, invece, connesso alla infiltrazione *ante delictum* di un agente delle forze dell'ordine, o un privato cittadino, nel sodalizio criminale ed alla sua partecipazione “passiva” alla scoperta dei reati ed alla cattura degli indagati”.

<sup>12</sup> V. MANES, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Riv. trim. Dir. pen. cont.*, 2, 2019, p. 107.

tervento punitivo, calata tuttavia in una dimensione di complessiva utilità sul piano della prevenzione e della repressione del fenomeno corruttivo.

La disposizione normativa appare peraltro seguire le cadenze tipiche delle cause sopravvenute di non punibilità, ancorando ad un breve termine (quattro mesi dalla commissione del fatto) le condotte di resipiscenza meritevoli di essere prese in considerazione. L'intento della previsione è preservare, fin dove possibile, "l'esigenza di prevenzione generale, in quanto idonea a ribadire l'efficacia del precetto e convalidarne 'esemplarmente' il significato"<sup>13</sup>.

Più nello specifico, l'effetto di deterrenza può immaginarsi preservato dall'"*introduzione di un fattore di insicurezza*"<sup>14</sup> all'interno del patto corruttivo, reso instabile proprio dalla possibilità per chi denuncia il fatto di beneficiare della causa di non punibilità. A differenza, tuttavia, di analoghe ipotesi (si pensi in via esemplificativa, alla ritrattazione *ex art. 376 c.p.*) in questo caso non sembra delinarsi una premialità giustificata in via principale dalla restaurazione *post delictum* dell'offesa arrecata, attraverso la realizzazione di condotte antagoniste tenute nell'immediatezza della consumazione del reato, quanto piuttosto dalla opportunità/necessità di rimuovere un ostacolo all'accertamento del reato, derivante dalla altrimenti difficile emersione della *notitia criminis*<sup>15</sup>. Può considerarsi infatti dato acquisito l'elevatissima "cifra nera" del mercimonio delle funzioni pubbliche, in virtù del comune interesse

1264

<sup>13</sup> T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in questa *Rivista*, 1996, p. 407.

<sup>14</sup> D. PULITANO, *Le cause di non punibilità dell'autore della corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4 bis*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 601.

<sup>15</sup> Sull'abuso di cause di non punibilità di natura endoprocedurale, si veda A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. I profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, p. 243; a differenza delle cause di non punibilità fondate su una condotta ristorativa del danno causato che, essendo omogenee al piano dell'offesa penalmente rilevante, costituiscono forme di premio razionali rispetto alle funzioni politico-criminali del sistema penale, le cause di non punibilità centrate essenzialmente su forme di collaborazione processuale possono apparire "eccentriche rispetto ai canoni di una politica premiale coerente e razionale rispetto agli scopi del sistema, dal momento che, pur producendo effetti positivi in termini di tutela dei beni giuridici, consentendo ad esempio lo scompaginamento delle associazioni criminali, scardinano in maniera irrimediabile i principi fondamentali del diritto penale, primo tra tutti quello di uguaglianza, introducendo indiscriminati privilegi per gli autori di certi tipi di reato" (così G. AMARELLI, *L'attenuante della collaborazione attuosa*, in V. MAIELLO, *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata*, cit., p. 204); in una più ampia prospettiva, si leggano le osservazioni di V. MAIELLO, *Fuga dalla sanzione e postmodernità penalistica*, in S. MOCCIA (a cura di), *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Napoli, 1998, p. 115 ss. (spec. p. 124).

**L'EMERSIONE DEL PATTO CORRUTTIVO**

delle parti ad occultare il patto corruttivo, rafforzandone così la solidità. D'altro canto, "se è legittimo sperare che la prospettiva della non punibilità possa in qualche caso invogliare alla denuncia, lo è altrettanto temere che la medesima prospettiva garantisca *ex ante* minori remore a stipulare patti criminosi"<sup>16</sup> o ancora che, per tale via, si instauri un clima di "reciproci ricatti potenzialmente forieri di nuove dazioni o condotte parimenti illecite"<sup>17</sup>. Sicché, accanto alla fiducia riposta nella crescita del numero delle denunce, non può sottacersi il rischio che l'effetto pratico sia invece quello, opposto, di rinsaldare l'area della complicità.

3. *Reati presupposto ed estensione dell'area di non punibilità: limiti strutturali e applicativi.* La previsione indica le fattispecie delittuose per le quali è possibile beneficiare, ricorrendone i presupposti, della causa di non punibilità a seguito della condotta di collaborazione prestata dal denunciante. Si tratta di tutte le ipotesi corruttive (ad eccezione dell'istigazione alla corruzione), dell'induzione indebita a dare o promettere denaro o altra utilità, della turbata libertà degli incanti, della turbata libertà del procedimento di scelta del contraente e dell'astensione dagli incanti.

Il perimetro applicativo tracciato dal legislatore non si mostra del tutto coerente con le promosse istanze di premialità (apparendo viziato per eccesso e per difetto), soprattutto se posto a confronto con il precedente progettuale che ne costituisce la matrice ideologica, nel quale, come detto, si proponeva in via prioritaria la soppressione della fattispecie di concussione, riconducendo tutte le ipotesi di illecita dazione o promessa di denaro o altra utilità all'interno di una macrofattispecie di corruzione costruita quale reato a concorso necessario.

Ciò premesso, si rileva che un primo profilo critico riguarda proprio la compatibilità di tale causa di non punibilità, legata essenzialmente alla rottura del patto corruttivo, con il mantenimento all'interno del sistema repressivo dei delitti contro la pubblica amministrazione della fattispecie di concussione. La questione interessa il disallineamento tra la posizione del privato corruttore che, laddove osservi le condizioni stabilite dalla legge, potrà avvalersi della causa di non punibilità, e la posizione del pubblico agente recettore dell'illecita dazione che, ove si determini ad

<sup>16</sup> M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 399.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

autodenunciarsi, corre invece il rischio di non potersi giovare dell'esenzione da pena, in ragione della possibilità che il fatto sia diversamente qualificato come concussione (fattispecie non ricompresa tra i reati per i quali opera la suddetta causa di non punibilità e in relazione alla quale il privato è ancora persona offesa non punibile). Tale evenienza è facilmente concretizzabile in considerazione dell'ampia fascia di situazioni che si collocano, ancora oggi, in una zona grigia intermedia tra concussione e induzione indebita (fattispecie quest'ultima invece presente tra i reati a cui si estende la non punibilità), i cui confini distintivi — anche dopo l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite “Maldera”<sup>18</sup> — restano in molti casi affidati ad una indagine giudiziaria, di tipo eminentemente soggettivo, che ruota attorno alle motivazioni che hanno spinto il privato all'indebita dazione o promessa, se cioè l'*extraneus* abbia agito per evitare un danno ingiusto o per perseguire un tornaconto personale<sup>19</sup>.

1266

Peraltro, anche ponendosi dall'angolo visuale del privato, sarà la prassi a dimostrare l'efficacia dello strumento nella lotta alla corruzione, tenuto conto del fatto che, non valendo la causa di non punibilità per i reati connessi (quali frequentemente quelli di falso in bilancio o di autoriciclaggio), anche il corruttore potrebbe trovare non conveniente l'ipotesi della denuncia, in assenza di fondate rassicurazioni sulla sua impunità. L'effetto paradossale che può derivarne è che l'“autodenuncia” con valore esimente possa essere destinata per lo più a svelare episodi corruttivi di minore rilievo, per la cui realizzazione non sia stato necessario far ricorso a un passaggio illecito strumentale, consistente nella commissione di reati tributari o societari finalizzati alla formazione della provvista. Si smarrisce, per tale via, l'obiettivo, perseguito con la scelta premiale, di contrastare più efficacemente il fenomeno corruttivo, la cui variante sistemico-imprenditoriale è di certo la più diffusa e perciò pericolosa<sup>20</sup>.

Da altra prospettiva, desta serie perplessità l'applicazione della causa

---

<sup>18</sup> Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14.3.2014) n. 12228 in *Dir. pen. cont.*, 17 marzo 2014, con nota di G. GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e induzione indebita: minaccia di un danno ingiusto vs prospettiva di un vantaggio indebito*.

<sup>19</sup> Sia consentito rinviare a M.N. MASULLO, *I delitti di concussione e di induzione indebita a dare o promettere utilità*, in AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2018, p. 108 ss.

<sup>20</sup> Sulla “natura circolare, replicante, diffusa [...] sistemica” della corruzione, nell'esperienza italiana a seguito di Tangentopoli, si vedano le osservazioni di G. FORTI, *Unicità o*

## L'EMERSIONE DEL PATTO CORRUTTIVO

di non punibilità al reato di corruzione in atti giudiziari punito all'art. 319-ter c.p. La scelta operata non appare in linea con la indubbia maggiore gravità della fattispecie di corruzione in atti giudiziari che si presenta quale reato plurioffensivo, ledendo — accanto al bene dell'imparzialità — anche (e soprattutto) l'esercizio non corretto dell'attività giudiziaria. Di contro, ragioni di opportunità legate alla rilevanza costituzionale della funzione giudiziaria e alla necessità di preservare la fiducia che la collettività ripone nell'istituzione della giustizia avrebbero dovuto imporre di non concedere alcuna *chance* di impunità al magistrato che abbia compravenduto la sua funzione giudiziaria, così come al privato che abbia contribuito a minare tale funzione che deve, in ogni sua concreta estrinsecazione, esprimere le esigenze della legalità e il rispetto dei diritti fondamentali.

Ulteriore profilo di discordanza rispetto al Progetto di Cernobbio concerne l'inserimento, nel catalogo di reati per i quali opera la causa di non punibilità, di alcune fattispecie (nella specie gli artt. 353, 353-bis e 354 c.p., alle quali peraltro non è applicabile l'attenuante della "collaborazione" di cui all'art. 323-bis c.p.) che presentano natura monosoggettiva; in questi casi, pur non resudando altri responsabili da individuare, l'unico autore del reato che si autodenuncia può beneficiare — in modo distonico rispetto alle altre ipotesi di reato — dell'impunità. La *ratio* di tale estensione dell'ambito applicativo sembrerebbe finalizzata al complessivo indebolimento del sistema di illegalità connesso al mercato delle tangenti, sicché la denuncia di un *contesto criminale* affine, anche in assenza di un correo da sottoporre a pena, può apparire comunque utile a svelare l'esistenza di canali di corruttela prima ignoti.

La disposizione in esame appare altresì sbilanciata per difetto: non sono contemplate talune ipotesi criminose, contraddistinte da una indubbia *vicinanza* dei contenuti punitivi con quelle previste, che avrebbero forse meritato di godere di analogo trattamento premiale. In quest'ottica, si consideri l'estromissione del delitto di cui all'art. 346-bis c.p. (traffico di influenze illecite), che pure nell'originario d.d.l. era stato ricompreso. Le ragioni del ripensamento sul punto del legislatore — effetto di un emendamento approvato in prima lettura — non risultano esplicitate nella relazione e non sono di immediata percezione, atteso che

---

*irripetibilità della corruzione sistemica? Il ruolo della sanzione penale in una prevenzione sostenibile dei crimini politico-amministrativi*", in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, p. 1075.

lo stesso reato di cui all'art. 346-*bis* c.p. rappresenta un'incriminazione anticipata dei reati di corruzione (come dimostra la clausola di esclusione di cui al primo comma, ove si prevede che il reato si configura "fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli artt. 318, 319, 319-*ter* e nei reati di corruzione di cui all'art. 322-*bis*") e dunque ben si inquadra in un disegno di regressione dell'offesa con tardiva salvaguardia del bene giuridico. Da ciò consegue che la causa di non punibilità troverà applicazione nelle ipotesi delittuose più gravi, vale a dire quando il traffico di influenze si è tradotto in un fatto di corruzione e non invece quando ne sia stato colto un segnale in una fase prodromica; senza considerare che la conclusione del patto corruttivo potrebbe di fatto essere stata interdetta proprio dalla tempestiva denuncia di una mediazione illecita diretta a quel fine; respiscenza alla quale tuttavia non viene dato alcun rilievo normativo in chiave di premialità.

1268

Analoghe perplessità suscita il mancato richiamo, nel perimetro di non punibilità dell'art. 323 *ter*, del delitto di istigazione alla corruzione; esclusione, questa, che non sembra giustificarsi alla luce dell'estensione della fattispecie premiale anche a reati non a concorso necessario e alle ipotesi tentate (stante la natura di norma di favore).

Infine, in un'ottica di intervento a tutto campo, può non sembrare del tutto ragionevole la mancata previsione, tra i delitti a cui applicare la causa di non punibilità, della fattispecie di corruzione fra privati, modificata peraltro con il medesimo provvedimento legislativo sotto il profilo della procedibilità, divenuta sempre d'ufficio. L'effetto che ne consegue è quello di una differente risposta punitiva dell'ordinamento dinanzi a condotte corruttive che, indipendentemente dal settore in cui si collocano, manifestano, in ultima analisi, identiche potenzialità lesive in termini di distorsione della concorrenza e del libero mercato; diversificazione ancor meno plausibile alla luce dell'inclusione nell'area di operatività dell'art. 323 *ter* c.p. di fattispecie incriminatrici poste a tutela della libera concorrenza nelle procedure contrattuali pubbliche. In assenza di una qualunque *ricompensa* per la collaborazione processuale prestata nell'ambito della corruzione fra privati, lo statuto punitivo riservato a tali fatti criminosi può presentarsi oggi, inaspettatamente, nel complesso più rigoroso.

4. *Le condizioni di operatività dell'esimente.* — La legge individua i requisiti a cui è subordinato il riconoscimento della causa di non puni-

## L'EMERSIONE DEL PATTO CORRUTTIVO

bilità in favore del soggetto che denuncia il reato. Vi possono accedere, alle medesime condizioni, sia l'*intraneus* (corrotto o induttore) sia l'*extraneus* (corrotto o indotto), nonché, in assenza di espresse limitazioni, pure coloro che rivestano il ruolo di concorrenti eventuali nel reato.

Si richiede innanzitutto che la denuncia sia *volontaria*; concetto che, letto unitamente al requisito della necessità della mancata conoscenza di un'indagine giudiziaria in corso, esige che la denuncia sia l'esito di una scelta libera e scevra da condizionamenti esterni, senza che assumano alcun peso le personali motivazioni che hanno sospinto l'autore al pentimento.

Pur non specificandosi il destinatario della denuncia, si ritiene che esso possa essere mutuato dal sistema (art. 361 ss. c.p.) e individuato nell'autorità giudiziaria o in altra autorità che a questa abbia l'obbligo di riferire.

La denuncia deve essere inoltre *tempestiva* ed avvenire entro quattro mesi dalla commissione del fatto; termine indicato come ultimo e prevalente sull'altro, più breve ed indeterminato, connesso alla necessità che la denuncia sia effettuata prima della conoscenza di eventuali indagini in corso, il cui avvio si colloca generalmente ad una maggiore distanza temporale rispetto alla commissione del fatto.

Ci si domanda inoltre come debba essere intesa la conoscenza di indagini preclusiva alla non punibilità: se cioè “debba essere circoscritta alle sole ipotesi di divulgazione ufficiale (*ex artt. 355 e 369 c.p.p.*) o se possa ricomprendere anche le eventuali notizie “informali”, ad esempio apprese a mezzo stampa”<sup>21</sup>.

Sul termine di quattro mesi — da doversi considerare, pertanto, l'unico realmente *operativo* — un possibile dubbio riguarda il significato da attribuire all'espressione “*commissione del fatto*”, che sembra rievocare il momento consumativo del reato. Si ricorda, infatti, come in tema di delitti di corruzione l'orientamento giurisprudenziale consolidato propenda per la tesi della consumazione prolungata, ritenendo che nel c.d. schema principale, in cui alla promessa segue la dazione, il momento consumativo coincida con quest'ultima e, laddove si sia in presenza di più dazioni, con l'ultima di esse. Tale ricostruzione, funzionale per lo più a posticipare il *dies a quo* della prescrizione al fine di assicurare maggiori spazi di perseguibilità al reato, condurrebbe, tuttavia, se riprodotta all'interno dello schema descrittivo della causa di non punibilità, a una

<sup>21</sup> R. CANTONE-A. MILONE, *Prime riflessioni*, cit., p. 15.

indubbia dilatazione dei tempi concessi all'area della premialità che potrebbe, per tale via, spingersi ben oltre gli stretti limiti immaginati dal legislatore.

L'alternativa a livello interpretativo — senz'altro più rispondente alla dialettica delle cause sopravvenute di non punibilità quali forme di solerte riparazione dell'offesa — consiste invece nel ritenere il momento di commissione del fatto coincidente con l'inizio della consumazione, computando di conseguenza dalla "promessa", ossia dalla conclusione del patto corruttivo, i quattro mesi utili ad effettuare la denuncia esimente. Tale tesi consentirebbe altresì di salvaguardare la stessa capacità deterrente dell'esimente, oltre all'efficacia generalpreventiva del precepto penale, altrimenti messa in discussione dall'aspettativa di una agevole e sostanzialmente illimitata impunità, rimessa in termini da un nuovo pagamento in esecuzione del patto originario.

Accanto al requisito della tempestività, il legislatore richiede che la denuncia soddisfi precisi caratteri modali, dovendo il dichiarante, per garantirsi l'impunità, fornire indicazioni *utili e concrete* per la prova del fatto e per la individuazione degli altri responsabili. L'*utilità* e la *concretezza* sembrano vincolare l'operatività dell'esimente al necessario "vaglio" di adeguatezza probatoria della collaborazione prestata; esigenza questa già espressa, seppure in forma più sfumata, nell'ambito dell'attenuante di cui all'art. 323 *bis* ove si richiede analogamente che il collaborante si sia "*efficacemente*" adoperato. L'utilità investigativa della collaborazione, che deve essere apprezzata dall'autorità giudiziaria, sembra dover ricomprendere ogni apporto informativo che arricchisca il compendio probatorio a disposizione degli inquirenti, anche ai fini dell'individuazione degli altri responsabili del fatto reato.

La non punibilità del denunciante è infine subordinata alla "messa a disposizione della utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente ovvero all'indicazione di elementi utili a individuarne il beneficiario effettivo" entro il medesimo lasso temporale. La formulazione adoperata, che indica come destinatario il "denunciante", è il risultato di un emendamento al testo originario del disegno di legge che riferiva invece l'obbligo di restituzione al solo *intranseus*<sup>22</sup>, senza porre altri oneri a carico del privato, per il quale

<sup>22</sup> Questo il testo originario del d.d.l.: "*La non punibilità del pubblico ufficiale, dell'incaricato di pubblico servizio o del mediatore illecito è subordinata alla messa a disposizione*

## L'EMERSIONE DEL PATTO CORRUTTIVO

l'unica condizione per accedere all'impunità era costituita dalla denuncia tempestiva ed esaustiva. Va ricordato come, al contrario, nel progetto di Cernobbio si individuasse, quale presupposto per l'esimente del privato "corruttore", il pagamento da parte di questi a favore dello Stato di una somma di denaro pari a quanto illecitamente versato. Nella versione approvata si *generalizza* la direzionalità dell'obbligo di restituzione, senza tuttavia premunirsi di declinarlo diversamente in virtù del destinatario pubblico o privato del *pactum sceleris*.

L'ambiguità della formula "utilità percepita", evidentemente riferita al vantaggio conseguito da parte del pubblico agente, ingenererà dubbi interpretativi in merito ai confini da attribuire alla disposizione in esame e alla sua compatibilità con la posizione del privato<sup>23</sup>, il cui vantaggio derivante dall'illecita contrattazione potrebbe non essere suscettibile di una valutazione patrimoniale, quantomeno nel così breve lasso temporale concesso per l'operatività dell'esimente. La disposizione in esame, inoltre, appare tarata esclusivamente sulle fattispecie corruttive o paracorruttive, mostrandosi del tutto inadeguata a ricomprendere nella sua sfera di operatività le altre fattispecie non connotate tipicamente in termini di "utilità percepita" in chiave di corrispettivo per l'attività prestata, rispetto alle quali non pare dunque possibile operare un'interpretazione estensiva.

1271

5. *Le preclusioni alla non punibilità quale contromisura ai possibili abusi dello strumento premiale.* — La causa di non punibilità prevede, accanto alla sussistenza dei descritti requisiti positivi per la sua operatività (collaborazione *tempestiva, utile* e tendenzialmente *restitutoria*), due condizioni ostative; al terzo comma dell'art. 323 *ter* c.p. si dispone che essa non si applichi "*quando la denuncia di cui al primo comma è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato*" e "*in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146*".

Orbene, il primo limite appare funzionalizzato a garantire la stessa *ratio* dell'istituto, vale a dire l'idea di premiare la respipienza (necessa-

---

della utilità percepita o di una somma di denaro di valore equivalente ovvero alla indicazione di elementi utili a individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma".

<sup>23</sup> Ritengono che la formulazione adoperata debba condurre ad una lettura restrittiva che ne limiti l'applicabilità al pubblico agente, R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni*, cit., p. 18.

riamente *post factum*) spontanea; carattere questo che sarebbe, come è ovvio, vanificato qualora la denuncia fosse preordinata, in quanto mossa da fini *lato sensu* persecutori. Se, dunque, l'obiettivo è quello di scongiurare il rischio che la disciplina introdotta consenta di essere surrettiziamente utilizzata per introdurre, in forma mascherata, la figura dell'agente provocatore, un profilo di ulteriore perplessità riguarda l'effettività della previsione che rende inapplicabile la causa di non punibilità nell'ipotesi di "denuncia preordinata". Infatti, il privato, magari su sollecitazione degli organi di polizia, ben potrebbe, al fine di "testare" l'onestà del pubblico funzionario, porre in essere atti corruttivi che, tempestivamente denunciati, gli consentirebbero di usufruire, con certezza, della non punibilità. Tuttavia, appare evidente come la prova che il privato abbia agito *ab origine* con l'intento di denunciare successivamente il corrotto risulti di difficilissima verificabilità, cosicché la disposizione finisce per rivestire una mera valenza simbolica, lasciando intatto il pericolo di un uso distorto in chiave di "provocazione al reato".

1272

Alla medesima finalità, di arginare forme (non consentite) di induzione al reato, sembra ispirarsi l'altra condizione ostativa, che rende inapplicabile la causa di non punibilità all'agente infiltrato che abbia agito in violazione della normativa procedimentale prevista all'art. 9 della legge n. 146 del 2006, la cui disciplina è stata estesa anche alle operazioni sotto copertura riguardanti siffatte ipotesi criminose.

6. *La reale dimensione operativa del comportamento antagonista.* — La promessa di impunità ancorata alla collaborazione processuale del denunciante, alla luce delle scelte effettuate dal legislatore in ordine ai limiti di applicabilità dell'esimente, potrebbe nei fatti essere destinata a rimanere *lettera morta*.

La principale causa di tale prognosi risiede nell'incertezza legata al riconoscimento della causa di non punibilità in favore del denunciante. Per l'*intraneus*, come detto, il pericolo che la denuncia si riveli un vero e proprio *boomerang* deriva dalla circostanza che generalmente essa precederà la contestazione dei fatti come corruttivi o paracorruttivi; qualificazione che a seguito dell'acquisizione di ulteriori fonti di prova non è detto resti vincolata al racconto del denunciante, ben potendo virare verso lo schema concussivo, non ricompreso tra i reati per cui è possibile giovare dell'esimente.

Uguali remore possono trattenere il denunciante privato che, in un

bilanciamento costi-benefici, può ugualmente non essere motivato ad attivare lo strumento premiale. Le ragioni sono pur sempre legate all'insicurezza delle conseguenze premiali a causa dei numerosi elementi aleatori a cui è subordinata la non punibilità: determinazione del *tempus commissi delicti* per valutare la tempestività della denuncia; necessità che il denunciante offra una contropartita informativa giudicata utile e concreta sul piano investigativo, circostanza anch'essa variabile perché dipendente da eventuali conoscenze già in possesso degli inquirenti; possibilità che i fatti denunciati svelino al contempo altri reati connessi ai quali non si estende l'impunità; pericolo che la denuncia possa dimostrarsi preordinata, dati gli strettissimi spazi concessi alla respipendenza meritevole di essere premiata.

Analoghi dubbi sui limiti di applicabilità della causa di non punibilità sorgono rispetto alle fattispecie a tutela della libertà della concorrenza nelle procedure a evidenza pubblica che, essendo costruite come reati monosoggettivi, potrebbero nei fatti riguardare anche un unico agente, il denunciante, rendendo perciò *impossibile* l'oggetto della collaborazione consistente nell'individuazione degli altri responsabili. Il residuo margine di rischio penale a cui va incontro il denunciante non appare pertanto adeguatamente controbilanciato dal promesso premio per la collaborazione, che finisce per assumere le forme di una mera aspettativa d'impunità.

Non vanno infine taciuti i possibili *effetti negativi* collaterali inevitabilmente connessi all'emersione di fatti corruttivi che potrebbero fungere da ulteriore freno alla denuncia: dal danno all'immagine, all'estromissione dell'impresa dal mercato e alla sottoposizione a procedimento disciplinare se l'agente è un pubblico dipendente; fattori questi che concorrono a dipingere di ineffettività la nuova causa di non punibilità.

7. *La diversa valenza della "collaborazione" nelle varie fasi del procedimento.* — A uno sguardo più ampio va rilevato come la legge n. 3 del 2019 abbia valorizzato la collaborazione processuale nella sua massima estensione possibile. Si consideri, infatti, come accanto all'introduzione della causa di non punibilità, valevole entro i ristretti limiti temporali di un contributo investigativo utile, il legislatore non abbia rinunciato a mantenere aperto l'altro varco temporale — fino alla sentenza definitiva di condanna — all'interno del quale è comunque possibile per il collaborante

ottenere un effetto premiale, seppure più contenuto, attraverso il riconoscimento dell'attenuante di cui all'art. 323 *bis*.

Inoltre, la legge ha inciso in senso modificativo sull'ordinamento penitenziario, includendo tra i "reati ostativi" (ossia quelli per i quali vige un regime penitenziario particolarmente rigoroso), previsti dall'art. 4-*bis*, comma 1, della legge n. 354 del 1975, una serie di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (peculato; concussione; fattispecie corruttive e induzione indebita).

Il percorso penitenziario differenziato che caratterizza il regime dei "reati ostativi" è contraddistinto da una peculiare severità che si esprime nell'escludere i condannati per tali fattispecie dall'accesso a qualunque tipo di beneficio penitenziario (fatta eccezione per la sola liberazione anticipata) e dall'ammissione a misure alternative al carcere, se non collaborano con la giustizia o se tale collaborazione risulta impossibile o oggettivamente irrilevante.

Prima della novità legislativa nel catalogo dei reati (pur progressivamente ampliato) rientravano delitti connotati non soltanto per un certo livello gravità, ma soprattutto ambientati, seppure in forma diversa, in un "contesto criminale organizzato", per scardinare il quale si era perciò ritenuto opportuno insistere sulla necessità di un incentivo alla collaborazione. Per altre tipologie delittuose, pur di elevata gravità — quali l'omicidio — è previsto un regime meno rigido, in base al quale i benefici penitenziari possono essere concessi "purché non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva" (art. 4, co. 1-*ter*).

La *ratio* del maggiore rigore del regime penitenziario, trasposta nell'ambito della categoria dei delitti contro la p.a., solleva serie riserve già sotto il profilo della astratta gravità del titolo di reato<sup>24</sup>, considerando l'indifferenziata estensione a tutte le fattispecie corruttive, tra le quali rientra anche l'ipotesi della corruzione per atto conforme ai doveri d'ufficio, di cui all'art. 318 c.p., che non può certo considerarsi di particolare pericolosità.

<sup>24</sup> Perplessità verosimilmente destinate ad accrescersi dopo la pronuncia della Corte costituzionale del 23 ottobre 2019, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 *bis*, co. 1 della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui — come ad oggi si apprende dal comunicato diffuso dall'Ufficio stampa della Corte costituzionale — non prevede la concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, anche se sono stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione all'associazione criminale, sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata.

## L'EMERSIONE DEL PATTO CORRUTTIVO

L'inclusione dei più gravi delitti contro la pubblica amministrazione nel sistema differenziato ha altresì un rilevante risvolto processuale, già posto all'attenzione della Corte costituzionale<sup>25</sup>, per quel che riguarda gli effetti retroattivi *in malam partem*: l'inapplicabilità della sospensione dell'ordine di esecuzione anche rispetto a condanne che rientrano nei limiti di concedibilità dell'affidamento in prova o della detenzione domiciliare, a meno che il soggetto non abbia già prestato una collaborazione valutata positivamente ai sensi dell'art. 323 *bis* c.p. in chiave di attenuazione di pena. L'ingresso in carcere rappresenta perciò per il non collaborante una tappa obbligata; solo dopo, nel caso decida di collaborare (o tale attività sia giudicata impossibile o ininfluyente), potrà richiedere l'ammissione a misure alternative alla detenzione, delle quali saranno vagliati i presupposti di applicabilità. La pretesa di una collaborazione successiva alla condanna per evitare l'incarcerazione se da un lato conferma la centralità che il nuovo sistema repressivo affida alla collaborazione quale (necessaria) forma di scardinamento delle reti corruttive sistemiche, dall'altro solleva non poche perplessità di ordine costituzionale circa la ragionevolezza di una disciplina penitenziaria diversificata tra collaboranti e non collaboranti, se osservata nella dinamica fenomenologica di episodi, isolati o occasionali, di corruttela o di peculato<sup>26</sup>. La previsione tradisce allora una funzione reale (*punire la non collaborazione*) che supera quella (solo apparente) di premiare fin dove possibile la collaborazione processuale, ritenuta evidentemente sintomatica del definitivo allontanamento del condannato dal circuito di criminalità sistemica e della sua effettiva disponibilità ad essere risocializzato. La sicura privazione della libertà personale in caso di condanna a pena non superiore alla soglia che renderebbe possibile accedere ad una misura alternativa, anche rispetto a fattispecie estranee ad un contesto organizzato o sistemico, finisce in realtà per oscurare il modello del

1275

<sup>25</sup> Sulla ritenuta non conformità a Costituzione della mancata previsione di una disciplina transitoria che inibisca l'applicazione retroattiva, si vedano C. app. Lecce, ord. 4 aprile 2019 e Trib. Napoli, uff. Gip, ord. 2 aprile 2019, in *Dir. pen. cont.*, 30 aprile 2019, con nota di G. GATTA, *Estensione del regime ex art. 4 bis o. p. ai delitti contro la p.a.: sollevate due prime questioni di legittimità costituzionale*; Trib. sorv. Venezia, ord. 8 aprile 2019, in *Arch. pen.* n. 1/2019.

<sup>26</sup> La Corte di cassazione ha recentemente sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento all'inserimento tra i "reati ostativi" della fattispecie di peculato; ciò in quanto tale delitto e non sembra contenere — fermo restando il suo comune disvalore — alcuno dei connotati idonei a sostenere una accentuata e generalizzata considerazione di elevata pericolosità del suo autore (Sez. I, 18 giugno 2019, n. 31853, in *Quot. dir.*, 19 luglio 2019).

premio per la collaborazione. “*Se collabori ti premio, ma se non lo fai ti punisco*”: suona così il nuovo modello legislativo di promessa/minaccia sperimentato per contrastare la corruzione, con il pericolo di minare la volontarietà della collaborazione, comprimere il diritto di difesa ed esporre la giustizia a fittizie forme di collaborazione dirette a garantirsi anticipatamente, in caso di condanna, l’accesso a misure alternative alla detenzione oggi altrimenti interdette (almeno in via immediata)<sup>27</sup>.

8. *La rilevanza della collaborazione processuale nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti.* — Una riflessione finale merita l’analisi dell’impatto del nuovo sistema di premialità sul correlato piano della responsabilità dell’ente<sup>28</sup>.

A tale livello, la collaborazione processuale può assumere un duplice ruolo a seconda che la si consideri prestata dall’autore individuale del reato presupposto ovvero direttamente riferita all’ente. Si ricorda, infatti, che la legge n. 3 del 2019 ha inciso anche sul tessuto normativo del d. lgs. 231 del 2001, estendendo l’ambito della responsabilità amministrativa degli enti anche al reato di traffico di influenze illecite ed elevando i limiti di durata delle sanzioni interdittive previste dall’art. 9 comma 2.

In precedenza, per tali tipologie delittuose, la durata delle sanzioni interdittive variava da un minimo di uno a un massimo di due anni (in linea con il tetto stabilito, in via generale, dall’art. 13, comma 2). Oggi, per effetto della modifica, i limiti edittali vengono così ridefiniti: *a*) se il reato è stato commesso dai soggetti in posizione apicale, la misura interdittiva ha durata non inferiore a quattro anni e non superiore a sette anni; *b*) se il reato è stato commesso dai soggetti sottoposti all’altrui direzione e vigilanza, la misura interdittiva ha durata non inferiore a due anni e non superiore a quattro anni.

Accanto a tali novità normative, rientranti nella diffusa strategia di inasprimento della risposta punitiva<sup>29</sup>, si introduce una circostanza attenuante — per effetto della quale la misura della sanzione interdittiva astrattamente applicabile ritorna nei limiti edittali generali fissati dal-

<sup>27</sup> Su tali profili, D. PULITANO, *Tempeste sul penale*, cit., p. 238.

<sup>28</sup> Per un approfondimento della tematica, si veda C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 530.

<sup>29</sup> Rilievi critici in C. SANTORIELLO, *Anche nei confronti degli enti collettivi il decreto anticorruzione mostra inutili ed incoerenti “furori sanzionatori”*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 756.

**L'EMERSIONE DEL PATTO CORRUTTIVO**

l'art. 13 d.lgs. n. 231 del 2001 — quando l'ente, prima della sentenza di primo grado, si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire i reati della specie di quello verificatosi. L'attenuante riproduce, nella sostanza, il tenore della circostanza dettata in tema di responsabilità individuale all'art. 323-bis c.p. a cui coniuga l'ulteriore requisito, tipicamente riferibile all'ente, consistente nell'adozione *post factum* del modello organizzativo volta a colmare le lacune che hanno dato luogo al reato, secondo quanto già contemplato dall'art. 17 lett. b) del d.lg. n. 231 del 2001.

La scelta premiale, ispirata alla medesima logica della collaborazione individuale, non tiene tuttavia conto della natura accessoria della responsabilità degli enti, che presuppone la sussistenza del reato in capo alla persona fisica. Una delle condizioni di applicabilità dell'attenuante consiste, infatti, nell'essersi l'ente efficacemente adoperato per l'individuazione dei responsabili; circostanza quest'ultima che di norma però precede l'avvio del procedimento nei confronti dell'ente. Di contro, se gli autori del reato presupposto non sono stati ancora individuati ed è l'ente a svelarne l'identità, per l'evidenziato carattere accessorio della responsabilità, da tale denuncia può derivare anche il procedimento a carico dell'ente. L'effetto è che se il procedimento penale è già iniziato, si profilano spazi alquanto esigui per un'utile collaborazione processuale, essendo probabile che risultino già individuati i soggetti coinvolti e, verosimilmente, anche le somme percepite a titolo di corruzione; se, diversamente, la *notitia criminis* non è ancora giunta all'attenzione dell'autorità giudiziaria, all'ente ben difficilmente converrà collaborare denunciando il fatto-reato e i soggetti responsabili, a fronte di un beneficio minimo, consistente nella riduzione dei limiti edittali delle sanzioni interdittive, e non già nell'esonero da responsabilità. Il rischio di ineffettività della nuova attenuante è altresì accresciuto dalla considerazione che, all'interno del sistema della responsabilità degli enti, già esistono numerose disposizioni, calibrate sulle diverse fasi del procedimento, che valorizzano le condotte riparatorie e collaborative dell'ente, in chiave di attenuazione della responsabilità e di sospensione delle misure cautelari eventualmente applicate. Dette disposizioni, pertanto,

assicurano già, con minori *costi* per l'ente, il perseguimento delle medesime finalità premiali sottese all'introduzione della nuova circostanza attenuante.

Da altra prospettiva, occorre valutare l'eventuale impatto della premialità individuale sul piano della responsabilità dell'ente. La causa di non punibilità a favore della persona fisica resasi autrice di una valida collaborazione (applicabile a tutti i reati previsti all'art. 25 ad eccezione della concussione e del traffico di influenze illecite) può generare effetti indiretti anche rispetto all'illecito amministrativo attribuibile all'ente. Il riconoscimento della non punibilità del denunciante potrebbe infatti avere una incidenza sulla delimitazione dell'area della responsabilità dell'ente, alla luce dell'attuale previsione dell'art. 8 del d.lgs. n. 231 che, come è noto, consente di punire in via autonoma l'ente soltanto laddove l'autore del reato non sia identificato o non sia imputabile e non anche quando non risulti (altrimenti) punibile.

La soluzione, nello specifico, si atteggia in modo differente a seconda che a beneficiare della causa di non punibilità per i fatti di corruzione sia l'*intraneus* ovvero l'*extraneus* incardinato nell'ente. A ben vedere, infatti, trattandosi di reati a concorso necessario, la causa di non punibilità riguarderà solo uno dei soggetti coinvolti, facendo in astratto residuare — nel caso in cui il collaborante sia il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio — la possibilità di contestare l'illecito amministrativo in capo all'ente, qualora il reato sia stato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio.

Non altrettanto univoche appaiono le sorti dell'ente nell'eventualità che il soggetto non punibile sia il corruttore. A voler valorizzare l'interpretazione letterale dell'art. 8 non vi sarebbe la possibilità di perseguire comunque l'autore collettivo, in quanto tale disposizione, pur enunciando il principio di autonomia, ne delimita al contempo l'area di operatività, escludendo che l'ente possa rispondere *independentemente* dalla persona fisica in casi differenti da quelli espressamente indicati.

Ad opposte conclusioni si giunge enfatizzando l'illogicità dell'interpretazione letterale in base alla quale l'ente rimane responsabile quando il reato è estinto (*ex art. 8 lettera b*) e non invece quando il reato, accertato in tutti i suoi elementi costitutivi, non sia punibile per ragioni di mera opportunità politico-criminale. L'interferenza fra i due piani della responsabilità — individuale e collettiva — è già emersa in chiave problematica a proposito della non punibilità per particolare tenuità del

## L'EMERSIONE DEL PATTO CORRUTTIVO

fatto. La giurisprudenza di legittimità appare in questo caso orientata ad interpretare in senso estensivo la portata dell'art. 8, riconoscendo l'autonoma responsabilità dell'ente anche in presenza di cause di non punibilità in senso stretto (legate perciò a mere ragioni di opportunità), laddove sia comunque riscontrabile un fatto-reato accertato nelle sue componenti oggettive e soggettive. La soluzione diretta a preservare la responsabilità dell'ente si fonda sulla considerazione che la non punibilità per particolare tenuità del fatto "esprime una affermazione di responsabilità, pur senza una condanna" sicché "lascia intatto il reato nella sua esistenza sia storica che giuridica"<sup>30</sup>. L'esito applicativo cui giunge il suddetto orientamento, estendibile anche alla non punibilità individuale "da utile collaborazione processuale", pur comprensibile sul piano dell'opportunità politico-criminale, può porsi in contrasto con il principio di legalità, risolvendosi nei fatti in un'applicazione analogica *in malam partem*<sup>31</sup>.

9. *Operazioni sotto copertura e white collar crimes: una riforma discussa (e discutibile)*. — Tra le nuove strategie della riforma, miranti a rafforzare la tenuta repressiva dei delitti contro la pubblica amministrazione, va annoverata l'estensione a tale ambito di criminalità della tecnica investigativa delle *operazioni sotto copertura*, la cui disciplina è contenuta nell'art. 9, comma 1, lett. a) della legge n. 146 del 2006. In base ad essa, non sono punibili gli ufficiali di polizia giudiziaria che, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine a specifici reati, anche per interposta persona, danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro o altra utilità, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto, prezzo o mezzo per commettere il reato o ne accettano l'offerta o la promessa o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego.

Prima dell'intervento normativo la previsione concerneva una serie

<sup>30</sup> Cass. pen., sez. III, n. 9072 del 17 novembre 2017 (dep. 28.2.2018), in *Dir. pen. cont.*, con nota di P. CIRILLO, *L'estensione della particolare tenuità del fatto agli enti al vaglio della Cassazione*.

<sup>31</sup> In tal senso, P. CIRILLO, *op. cit.*, p. 175; sul tema si veda anche G. AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, in *Discrimen*, 14 dicembre 2018, p. 12, per il quale "l'unica alternativa percorribile sembra allora essere in futuro la proposizione di una questione di legittimità costituzionale, oppure, preferibilmente, un intervento normativo esplicito del legislatore".

di delitti caratterizzati da un contesto criminale organizzato o da manifestazioni di delinquenza di tipo professionale (si pensi al traffico di stupefacenti o di armi) o per lo più indirizzate a gravi forme di sfruttamento dei minori<sup>32</sup>. La legge in esame inserisce tra i reati presupposto anche le fattispecie di concussione, corruzione, induzione indebita, istigazione alla corruzione, traffico di influenze illecite e turbata libertà degli incanti<sup>33</sup>. A tal fine, si prevede che la causa di non punibilità riguardi anche coloro che “*corrispondono denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, promettono o danno denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio o per remunerarlo o compiono attività prodromiche e strumentali*”.

Preliminarmente, va osservato che nei reati contro la P.A., vale a dire nell’ambito di un contesto istituzionalizzato, sembra di difficile configu-

<sup>32</sup> In particolare, si tratta dei delitti commessi con finalità di terrorismo o eversione; della falsificazione (453 c.p.) e dell’alterazione (454 c.p.) di monete; della spendita e introduzione nello Stato di monete falsificate (455 c.p.); della contraffazione (460 c.p.) e della fabbricazione o detenzione (461 c.p.) di filigrane; della contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni (473 c.p.); dell’introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi (474 c.p.); dell’estorsione (629 c.p.); del sequestro di persona a scopo di estorsione (630 c.p.); dell’usura (644 c.p.); del riciclaggio (648-bis); dell’impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (648-ter); dei delitti sessuali e per la tutela dei minori (libro II, titolo XII, capo III, sezione I, c.p.); dei delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi; dei delitti previsti dall’articolo 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter del TU immigrazione (d. lgs. 286/1998); dei delitti previsti dal t.u. stup. (d.p.r. 309/1990); dei delitti di favoreggiamento e induzione alla prostituzione (art. 3 l. 20 febbraio 1958, n. 75). L’art. 14 l. 269/1998 disciplina le operazioni sotto copertura disposte al fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti di prostituzione minorile (art. 600 bis c.p., primo comma), pornografia minorile (art. 600 ter c.p., primo, secondo e terzo comma; con esclusione del quarto comma), iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (il c.d. turismo sessuale minorile, art. 600 quinquies c.p.). La procedura delineata per l’espletamento di tali operazioni richiede il requisito dell’autorizzazione giudiziaria, in luogo della comunicazione al pm.

<sup>33</sup> Dopo la riforma, cfr. G. BARROCU, *I profili processuali delle operazioni sotto copertura nella normativa anticorruzione: altre nubi in un cielo in tempesta?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 638; P. IELO, *L’agente sotto copertura peri reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in *Dir. pen. cont.*, 5 marzo 2019; B. FRAGASSO, *L’estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte Edu, e dalle Corti Americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca*, ivi, 5 marzo 2019; A. MANICCIA, *L’estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: i tratti confusi della riforma anticorruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, 2369; sulla questione, durante l’iter normativo, si vedano le osservazioni problematiche di D. PULITANÒ, *Agente provocatore per il contrasto alla corruzione?*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2018, 3; P. SCEVI, *Riflessioni sul ricorso all’agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione*, in *Archivio penale*, n. 1/2019, 1.

## L'EMERSIONE DEL PATTO CORRUTTIVO

razione empirica l'impiego dell'agente "infiltrato". Si è osservato in particolare come "in contesti come la P.A. (avulsa dai caratteri delinquenziali o addirittura mafiosi, tipici dei reati associativi) diviene inverosimile — per costi e difficoltà logistiche — pensare di infiltrare un soggetto esterno che simuli di ricoprire una posizione interna all'ufficio"<sup>34</sup>; ciò è ancora più vero se pensiamo ai canali della corruzione sistemica, che si avvale di una rete di rapporti coltivati e stabilizzati nel tempo, difficilmente accessibili da parte di soggetti non già accreditati. Più agevole immaginare l'uso di agenti infiltrati per scardinare episodi corruttivi circoscritti e occasionali, rispetto ai quali tuttavia è probabile, per il carattere duale del rapporto, che l'attività di *undercover* travalichi i limiti consentiti, spingendosi oltre l'adesione a un *pactum sceleris* già definito o a una richiesta indebita già avanzata.

Accanto alle perplessità di ordine pratico sull'efficacia dello strumento investigativo, la scelta di collocare tale previsione all'interno di una cornice normativa preesistente, riferibile ad una ampia gamma, non sempre omogenea, di reati presupposto e condotte scriminabili, obbligherà l'interprete ad una previa valutazione di compatibilità tra quanto già previsto e il *novum*, in modo da ritagliare utili e legittimi spazi applicativi alla nuova scriminante.

In quest'ottica, maggiormente riconoscibili sul piano della tipicità appaiono le operazioni sotto copertura riguardanti l'infiltrato che realizzi un comportamento tipico dell'*extraneus*, descritto a livello normativo quale "corresponsione, dazione o promessa di denaro o altra utilità", purché realizzate in attuazione di un accordo o in virtù dell'adesione a una richiesta del pubblico ufficiale o ad una sollecitazione dell'intermediario. Come si è sottolineato, si formalizza in queste ipotesi la pratica, già largamente utilizzata a livello investigativo, delle consegne controllate, che dovrebbero perciò collocarsi in un'area attinta da un disegno criminale già in atto<sup>35</sup>. Diversamente, per includere nello spettro applicativo della causa di giustificazione anche le attività dell'infiltrato che vesta i panni dell'*intraneus*, bisognerà affidarsi alla valenza generale delle condotte concernenti il "ricevere denaro o altra utilità ovvero accettarne l'offerta o la promessa", *pensate* in realtà per altre ipotesi criminose, ma (ri)adattabili anche a taluni nuovi reati. Rispetto a tali attività, tuttavia,

1281

<sup>34</sup> A. MANICCIA, *L'estensione delle operazioni sotto copertura*, cit., p. 2382.

<sup>35</sup> Lo rileva B. FRAGASSO, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 5.

il dettato normativo non fa espresso riferimento alla necessità di “un accordo già concluso con altri”, rendendo i contorni dell’istituto più sfumati e perciò meno controllabili<sup>36</sup>.

La disciplina delle operazioni sotto copertura, calata all’interno della realtà dei reati contro la pubblica amministrazione, comporta pertanto il rischio che tale tecnica di investigazione esorbiti dalla legittima finalità di acquisizione della prova in ordine a reati già *in itinere* per sconfinare nell’area della provocazione al reato<sup>37</sup>. La *vis* espansiva, fisiologicamente connessa alle possibili modalità di esplicazione di tale attività di accertamento, può essere arginata da coordinate legislative puntuali e predeterminate, idonee a preservare la tutela delle prerogative inviolabili delle persone contro la prevaricazione statuale<sup>38</sup>.

10. *Agente sotto copertura e agente provocatore: i confini mobili delle due figure.* — La questione dei limiti di scriminabilità delle *undercover operations* è spesso sintetizzata in chiave garantistica nella necessità — che dovrebbe essere assicurata a livello legislativo — di tenere distinta la figura dell’agente infiltrato da quella dell’agente provocatore.

1282

Nel predisporre la disciplina delle operazioni sotto copertura il legislatore sembra perciò essersi ispirato a due esigenze regolatorie: la prima legata all’accoglimento dell’invito, contenuto all’art. 50 della Convenzione ONU contro la corruzione del 2003, ad adottare, tra l’altro “tecniche speciali di investigazione” al fine di combattere efficacemente la corruzione; la seconda vincolata al rispetto della Convenzione europea dei diritti dell’uomo che — nell’interpretazione offerta dalla Corte Edu<sup>39</sup> — reputa legittima la condotta dell’*undercover agent* solo se

<sup>36</sup> Sul rischio che l’attività di copertura in questo ambito divenga un modo per saggiare la moralità del pubblico agente, si vedano le osservazioni di A. MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell’Accademia e dell’Avvocatura)*, in *Arch. pen.*, n. 3/2018, p. 6 ss. e di R. CANTONE - G. L. GATTA, *A proposito del ricorso ad agenti provocatori per contrastare la corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2018.

<sup>37</sup> Per una approfondita disamina della figura dell’agente provocatore, si rinvia al lavoro di C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore. Un’indagine dommatica e politico-criminale*, Milano, 1991.

<sup>38</sup> Sul tema delle operazioni sotto copertura e sui limiti del ricorso a tale tecnica investigativa, si rinvia all’analisi critica di G. AMARELLI, *le operazioni sotto copertura*, in V. MAIELLO, *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata*, cit., p. 180.

<sup>39</sup> La Corte si è mossa essenzialmente sul piano processuale ravvisando profili di incompatibilità con il principio dell’equo processo previsto dall’art. 6, co. 1, CEDU. Significative sul tema, *Teixeira de Castro c. Portogallo*, n. 25829/94, 9 giugno 1998, con nota di A. VALLINI, *Il caso “Teixeira de Castro” davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo e il ruolo*

**L'EMERSIONE DEL PATTO CORRUTTIVO**

esplicita con le modalità tipiche della “investigazione passiva”, ossia all’interno di una attività diretta a fare emergere una trama criminosa già in essere o quantomeno già deliberata<sup>40</sup>. L’esigenza di circoscrivere l’ambito di legittimità delle operazioni sotto copertura corredando la disciplina di opportune garanzie procedurali ha il precipuo scopo di impedire che l’intervento degli agenti infiltrati possa eccedere dalla finalità di accertamento per risolversi in forme di vera e propria provocazione al reato.

In questa prospettiva sono da ritenersi indici rivelatori di un’autentica attività di infiltrazione, in quanto tale consentita: l’esistenza di un quadro indiziario già sufficientemente delineato prima dell’intervento dell’agente sotto copertura, le corrette modalità di svolgimento dell’attività di osservazione posta in essere da quest’ultimo e la sussistenza di un effettivo controllo giudiziario sulle operazioni svolte. La verifica di tali presupposti può contribuire a delimitare dall’esterno l’attività di copertura ammessa, preservandone la finalità tipica, da rinvenire nell’esigenza di fare emergere elementi di prova in relazione ad attività criminali già in corso e non già in quella, affatto diversa, di procurarsi la prova attraverso un’attività di provocazione al reato.

Sul piano del diritto sostanziale, la giurisprudenza di legittimità ha posto taluni punti fermi in ordine alla distinzione tra le due figure. L’infiltrato “è un appartenente alle forze di polizia o un suo collaboratore che agisce in modo controllato nell’ambito di un’attività di indagine ufficiale ed autorizzata con finalità di osservazione e contenimento di condotte criminose che, in base a sospetti, si suppone che altri soggetti siano in procinto di compiere”; l’agente provocatore è invece colui che “anche al di fuori di una indagine ufficialmente autorizzata, determina

1283

*sistematico delle ipotesi legali di infiltrazione poliziesca*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 197; *Ramanauskas c. Lituania*, n. 74420/01, 5 febbraio 2008;; *Calabrò c. Italia e Germania* (dec), n. 59895/00, 21 marzo 2002; *Scholer c. Germania*, n. 14212/10, 18 dicembre 2014; *Furcht c. Germania*, n. 54648/09, 23 ottobre 2014; *Sequeira c. Portogallo* (dec), n. 73557/01, 6 maggio 2003; *Eurofinacom c. Francia* (dec), n. 58753/00, 24 giugno 2003; *Pătrașcu c. Romania*, n. 7600/09, 14 febbraio 2017; *V. c. Finlandia*, n. 40412/98, 24 aprile 2007.

<sup>40</sup> La giurisprudenza di legittimità ha in più occasioni affermato, sulla scia delle pronunce della Corte EDU, che: « mentre non lede il diritto all’equo processo l’intervento della polizia giudiziaria (susceptibile di utilizzazione probatoria in ambito processuale) che si limiti a disvelare un’intenzione criminosa in fieri, contrasta con l’equa amministrazione della giustizia un intervento di agenti provocatori che sia essenziale per fare commettere un reato a chi non era intenzionato a porlo in essere » *Cass.*, sez. III, 07/02/2014, n. 20238; vd. anche *Cass.*, Sez. III, 09/05/2013 n. 37805; *Cass.*, Sez. III, 03/06/2008 n. 26763; *Cass.*, Sez. II, 28/05/2008, n. 38488; *Cass.*, Sez. III, 07/02/2014, n. 20238.

altri soggetti alla commissione di reati che, senza la sua azione, non sarebbero stati commessi”<sup>41</sup>.

Tale distinzione si traduce, a livello processuale, nel principio secondo cui è contrario al diritto di ogni persona ad un equo processo un intervento di agenti provocatori che sia essenziale per la realizzazione del reato da parte di chi non fosse già in precedenza intenzionato a porlo in essere; il che comporta da un lato la responsabilità penale dell’agente infiltrato e, dall’altro, l’inutilizzabilità della prova acquisita<sup>42</sup>.

Dal sistema così delineato è possibile cogliere allora due limiti invalicabili delle *undercover operations*: non sono ammesse tecniche investigative che si risolvano in una vera e propria induzione al crimine e non possono essere realizzate condotte diverse da quelle espressamente tipizzate dal legislatore e dichiarate non punibili o ad esse strettamente connesse, in quanto strumentali.

Delimitato il campo di intervento, è appena il caso di osservare che tra la figura dell’agente infiltrato “modello” e quella dell’agente provocatore residua un’ampia zona di sfuggente determinabilità, riconducibile alla sfera della complicità morale dell’agente infiltrato che, pur non rispettando le *regole del gioco*, si sia limitato, tuttavia, a disvelare un’intenzione criminosa altrui già esistente. Nell’ambito del concorso di persone nel reato si tratta della figura dell’istigatore che, a differenza del determinatore (a cui va equiparato l’agente provocatore), non fa sorgere un proposito criminoso prima inesistente, ma si limita a rafforzarlo. L’essenza comune ai due fenomeni di tipo psichico consiste nel produrre un’influenza sul processo decisionale dell’agente; influenza diversamente graduata negli effetti a seconda che dia origine o consolidi il proposito criminoso altrui.

Sono ben note le criticità probatorie riconducibili al paradigma della causalità psichica, per l’evidente complessità di ricostruire in chiave generalizzante i processi motivazionali posti alla base dei comportamenti umani, in ragione, tra l’altro, del bassissimo tasso di verificabilità empirica delle leggi di tipo psichico, dell’esigenza di far ricorso ad un elevato numero di assunzioni tacite, ma soprattutto della difficoltà ad assegnare alla condizione umana il carattere della *necessità*, per la frapposizione

<sup>41</sup> Cass. pen., sez. III, 7 aprile 2011, Ediale, n. 17199, in *Dir. pen. cont.*, 31 maggio 2011 con nota di A. VALLINI, *Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove: spunti dalla giurisprudenza della Corte Edu.*

<sup>42</sup> Tra le altre, Cass. pen., sez. III, 9 aprile 2013, n. 37805, in *CED Cass.*, n. 257675.

**L'EMERSIONE DEL PATTO CORRUTTIVO**

della libera determinazione dell'agente<sup>43</sup>. L'inevitabile conseguenza è la tendenza a semplificare, dal punto di vista probatorio, il problema, ritenendo più agevole la dimostrazione, sul piano motivazionale, del rafforzamento di un proposito criminoso già esistente, piuttosto che quella di una determinazione causalmente condizionante l'altrui decisione di delinquere.

Tale orientamento giurisprudenziale determina tuttavia, nella specifica materia delle *undercover operations*, un allontanamento dall'argine di garanzia, invero solo all'apparenza segnato dall'inammissibilità di una "investigazione attiva", in quanto l'individuazione sul piano astratto di una responsabilità a titolo di concorso dell'agente infiltrato che agisce al di fuori della disciplina autorizzatoria stabilita dalla legge ben difficilmente si traduce nel riconoscimento della figura dell'agente provocatore, ritenendosi il più delle volte che l'operante si sia comunque mosso all'interno di una attività diretta a fare emergere una trama criminosa già in essere o quantomeno in parte già deliberata.

In quest'ultimo caso, secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, non è possibile invocare l'inutilizzabilità della prova, dal momento che tale sanzione processuale è riservata alle sole ipotesi in cui emerga una determinazione essenziale dell'agente infiltrato, senza la cui sollecitazione il soggetto sottoposto all'azione investigativa non avrebbe commesso il reato. L'effetto processuale è qui rappresentato dall'utilizzazione di un diverso veicolo probatorio per dare ingresso alle dichiarazioni rese dall'imputato durante l'attività di infiltrazione: l'esame dell'agente infiltrato ai sensi dell'art. 210 c.p.p., in qualità di coimputato in procedimento connesso o collegato e non in qualità di testimone<sup>44</sup>.

Spostando il punto di osservazione all'interno del sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione, la questione, già evidentemente complessa, si presenta in tutta la sua criticità. In questo caso, infatti, a venire in gioco è la stessa compatibilità strutturale dei reati presupposto con tali metodologie di investigazione che, unitamente ad una formulazione legislativa carente sul piano della tipizzazione delle condotte scri-

<sup>43</sup> Sul tema, O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in questa *Rivista.*, 2002, p. 679; per una ricostruzione della problematica struttura dimostrativa del rafforzamento del proposito criminoso sia consentito rinviare a M. N. MASULLO, *La connivenza. Un studio sui confini con la complicità*, Padova, 2013, p. 71 ss. e alla bibliografia in tema richiamata.

<sup>44</sup> Cass. pen., sez. VI, 11 febbraio 2009, n. 12142, in *CED Cass.*, n. 242935.

minabili, non consente di chiarire il rapporto intercorrente tra l'agente sotto copertura — non punibile — e la figura dell'agente provocatore che resterebbe, invece, sottoposto a sanzione penale, con il pericolo di comprimere diritti fondamentali non adeguatamente bilanciati dalle esigenze repressive.

In linea generale, va osservato come nei reati contro la pubblica amministrazione, a differenza di altri settori criminali tipicamente interessati da tali tecniche di investigazione (si pensi agli stupefacenti), non è riscontrabile una condotta pregressa all'intervento dell'agente infiltrato suscettibile di essere punita in via autonoma (quale ad esempio la detenzione), divenendo così assai arduo stabilire, con sufficiente affidabilità probatoria, se l'indagato avrebbe preso parte all'accordo corruttivo anche in assenza della sollecitazione dell'operante.

Il principale fattore di aleatorietà risiede proprio nell'ampiezza delle condotte suscettibili di essere scriminate (estese anche alle "attività prodromiche e strumentali" rispetto a quelle espressamente tipizzate<sup>45</sup>) che, considerata unitamente alla consumazione anticipata di talune fattispecie di "corruzione", rende concreto il rischio che l'agente sotto copertura possa trasformarsi — nei fatti — in un "agente provocatore" o comunque agevolare l'intervento di altri soggetti "istigatori" di una condotta corruttiva.

Del resto, verso un'espansione dei tratti identitari dell'istituto anche a forme di mera provocazione al reato sembra condurre l'inclusione della fattispecie di istigazione alla corruzione tra i reati per cui è ammessa l'utilizzazione delle operazioni sotto copertura; scelta questa che accresce notevolmente le potenzialità investigative dello strumento fino a renderlo una impropria modalità di testare la corruttibilità del pubblico ufficiale. Se l'art. 322 c.p. punisce in via autonoma tentativi unilaterali di corruzione, ossia "ricerche di accordi non riusciti per la mancata accettazione altrui"<sup>46</sup>, il *discrimen* tra attività vietata e attività consentita resta affidato alla sottile linea che separa un comportamento qualificabile come determinazione al reato (da ricondurre all'agente provocatore) e

<sup>45</sup> Si fa notare in dottrina che "per quanto ci si possa sforzare in via interpretativa nel tentativo di oggettivizzare tale tipo di comportamenti, fissando dei parametri per considerare quando una attività dell'infiltrato possa essere qualificata correttamente prodromica o strumentale, è evidente come non si possa riuscire ad eliminare l'eccessiva discrezionalità che la loro mancata, precisa, definizione da parte del legislatore attribuisce agli operatori del diritto" (G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., 185).

<sup>46</sup> M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, *Commentario*, cit., p. 300.

## L'EMERSIONE DEL PATTO CORRUTTIVO

uno inquadrabile nell'istigazione alla corruzione (condotta che per il tramite della plausibilità di "attività strumentali" rientra sul piano astratto tra quelle giustificabili in quanto proprie dell'agente sotto copertura)<sup>47</sup>.

Sul piano interpretativo, una possibile soluzione consiste nel valorizzare, già in chiave di identificazione del tipo, i requisiti procedimentali richiesti all'art. 9, coerentemente con la riconosciuta natura di c.d. scriminante procedurale<sup>48</sup>, riservando la qualifica di agenti sotto copertura — e la relativa non punibilità — solo a coloro che svolgono le predette attività investigative all'interno di un *iter criminis* in atto e dunque nell'ambito di un procedimento penale già avviato<sup>49</sup>; circostanza, quest'ultima, desumibile, a livello normativo, dalla necessità che le operazioni in oggetto (che possono essere eseguite in via esclusiva da ufficiali appartenenti a strutture specializzate<sup>50</sup>) siano disposte dagli organi di vertice delle forze dell'ordine, previa comunicazione all'autorità giudiziaria competente per le indagini.

<sup>47</sup> In tal senso A. MANICCIA, *L'estensione delle operazioni*, cit., p. 2381-2382.

<sup>48</sup> Per un inquadramento sistematico del concetto di giustificazione procedurale, si rinvia, per tutti e da ultimo, all'ampio lavoro di A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2018; in precedenza, M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in questa *Rivista*, 2009, p. 1646 ss. e M. ROMANO, *Cause di giustificazioni procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, ivi, 2007, p. 1269 ss.

<sup>49</sup> Ritiene che tale momento possa identificarsi con il momento di acquisizione della *notitia criminis*, P. IELO, *L'agente sotto copertura*, cit., p. 3.

<sup>50</sup> Sul punto, sono sorti dubbi circa la possibilità di riferire tali garanzie anche al settore dei delitti contro la pubblica amministrazione, per l'assenza di strutture specializzate a livello nazionale che abbiano questa specifica competenza. Nell'attesa di interventi normativi chiarificatori, le circolari emanate dalle Procure della Repubblica di Roma e di Napoli — rispettivamente del 21 e del 22 febbraio 2019 (in *Dir. pen. cont.*, 5 marzo 2019) — sono indirizzate a ritenere che "ogni volta che l'accertamento su un reato di pubblica amministrazione intervenga in un'indagine in corso in un settore dove esista una struttura specializzata in altra materia (droga, criminalità organizzata, eversione, riciclaggio) gli ufficiali ad essa appartenenti potranno svolgere operazioni sottocopertura anche con riguardo a tale tipologia di reati. Negli altri casi, allo stato della normativa e in attesa di auspicabili interventi di normazione primaria e secondaria, si può ritenere che possano svolgere la funzione di agente sottocopertura gli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti ai servizi di cui all'art. 56 c.p.p. lettera a) esistenti a livello provinciale, che al loro interno hanno articolazioni specializzate nel settore dei reati di Pubblica amministrazione, in quanto ad esse appartenenti. Sono pertanto esclusi dal novero dei soggetti legittimati attivamente a svolgere le funzioni di agente sottocopertura tutti gli appartenenti ad articolazioni di polizia giudiziaria non rientranti nelle indicate categorie" (Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, p. 3).