UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELL'INSUBRIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO, ECONOMIA E CULTURE
CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO E SCIENZE UMANE – XXXIII CICLO

Tesi di Dottorato

LE OPERAZIONI SOTTO COPERTURA: *RATIO* POLITICO-CRIMINALE, AMBITO DI APPLICAZIONE E ASPETTATIVE DI EFFICACIA

Un'analisi a partire dalla l. n. 3/2019

Relatrice
Chiar.ma Prof.ssa Grazia Mannozzi

Candidata
Francesca Anghileri
Matricola n. 735197

ANNO ACCADEMICO 2019/2020

A Giulio Regeni,
a cui è stato impedito di scrivere
la tesi di dottorato.
La mia è anche per lui

INDICE

INTRODUZIONE 9

CAPITOLO I. PERIMETRO DELL'INDAGINE, *RATIO* POLITICO-CRIMINALE E NODI PROBLEMATICI DELLA DISCIPLINA DELLE OPERAZIONI SOTTO COPERTURA 13

SEZIONE I. CONFINI E CONFRONTI 13

1. Perimetro linguistico 14
   1.1. *Premessa*. Le origini francesi dell'agente provocatore e le definizioni dottrinali tedesche e italiane più risalenti come avvio di una riflessione anche linguistica sul tema 15
   1.2. Le parole per le persone: agente provocatore, *fictus emptor*, finta vittima, infiltrato, agente sotto copertura 21
   1.3. Le parole per le condotte e le tecniche investigative 24
      1.3.1. Consegna controllata e consegna sorvegliata, acquisto simulato, ritardo e omissione di atti d'ufficio 25
      1.3.2. Operazioni sotto copertura, infiltrazione, *police incitement* 35

2. Perimetro normativo 46

3. Percorsi comparatistici 47

SEZIONE II. LE OPERAZIONI SOTTO COPERTURA: *RATIO* POLITICO-CRIMINALE E ASSETTO NORMATIVO 48

1. *Ratio* politico-criminale: ragioni e limiti del ricorso alle operazioni sotto copertura 49
   1.1. Lo scudo dei diritti fondamentali di fronte all'agente provocatore 49
   1.2. Le operazioni sotto copertura e i perduranti rischi di un'"attrazione provocatrice" 58

2. Efficacia attesa 63
   2.1. Potenziamento dell'efficacia investigativa rispetto alle organizzazioni criminali e ai *serious crimes* 65
   2.2. La riduzione della cifra oscura 67

3. La politica penale italiana. La traduzione normativa delle scelte sull'utilizzo delle operazioni sotto copertura. *Rinvio* 70

4. La disciplina delle operazioni sotto copertura: i nodi problematici 72
   4.1. Responsabilità *versus* irresponsabilità dell'agente provocatore e dell'infiltrato 73
   4.2. Le conseguenze per il "provocato" tra diritto penale sostanziale e processuale 85

CAPITOLO II. LE OPERAZIONI SOTTO COPERTURA NEGLI STATI UNITI D'AMERICA: L'*ENTRAPMENT DEFENSE* E LA (IR)RESPONSABILITÀ DEL PROVOCATO 95

1. Breve storia delle *undercover operations* negli Stati Uniti 97

2. L'*entrapment defense* tra sistema statale e sistema federale 102
   2.1. Il sistema penale statunitense. Alcune coordinate essenziali 102
   2.2. Origini ed evoluzione dell'*entrapment defense* 109
      2.2.1. La genesi giurisprudenziale dell'*entrapment* 109
      2.2.2. Il paradigma soggettivo e quello oggettivo di *entrapment* e la *due process defense* 121
      2.2.3. L'*entrapment defense* nel *Model penal code* e nei codici statali 126

3. Operazioni sotto copertura e corruzione negli Stati Uniti 128
   3.1. L'operazione *Abscam* 130
   3.2. L'eredità di *Abscam*: le Linee guida dell'FBI e il rapporto del Comitato speciale del Senato sulle operazioni sotto copertura 135

4. Considerazioni conclusive sulle operazioni sotto copertura negli Stati Uniti e sulla circolazione del modello americano in Europa 145

CAPITOLO III. QUADRO E CORNICE: AREE CRIMINALI INTERESSATE E NORME DI DISCIPLINA DELLE OPERAZIONI SOTTO COPERTURA 149

SEZIONE I. LE OPERAZIONI SOTTO COPERTURA NELLA NORMATIVA SOVRANAZIONALE 150

1. Convenzioni e raccomandazioni internazionali 150
   1.1. Le convenzioni adottate dalle Nazioni Unite 150
      1.1.1. I trattati in materia di prevenzione e repressione dei reati in materia di stupefacenti 151
      1.1.2. La Convenzione di Palermo sul crimine organizzato transnazionale 154
      1.1.3. La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione. 157
   1.2. Gli atti del Consiglio d'Europa e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 158
      1.2.1. Le convenzioni e le raccomandazioni del Consiglio d'Europa in tema di operazioni sotto copertura 159
      1.2.2. I criteri di accertamento della legittimità delle operazioni sotto copertura nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 161

2. Il diritto eurounitario. Cooperazione giudiziaria, armonizzazione, competenza in materia penale dell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona: le novità nella disciplina delle operazioni sotto copertura e il catalogo degli eurocrimini . 168
   2.1. La disciplina eurounitaria delle operazioni sotto copertura: dalla Convenzione M.A.P. del 2000 alla Direttiva O.E.I. del 2014 168
   2.2. Gli eurocrimini: l'art. 83 TFUE e i suoi "predecessori" 176

SEZIONE II. L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA ITALIANA SULLE OPERAZIONI SOTTO COPERTURA TRA RECEPIMENTO DELLE ISTANZE SOVRANAZIONALI ED EMERGENZE INTERNE 180

1. Emergenza narcotraffico: l'acquisto simulato di sostanze stupefacenti e il ritardo o omissione di atti d'ufficio 181

2. Emergenza criminalità organizzata: la legislazione degli anni del periodo stragista di Cosa Nostra 190
   2.1. L'art. 7, d.l. n. 8/1991 in tema di sequestro di persona a scopo di estorsione e l'art. 10 d.l. n. 419/1991 sulla possibilità di ritardare i provvedimenti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria nel corso di indagini per riciclaggio 190
   2.2. L'art. 12-*quater*, d.l. n. 306/1992 196

3. L'art. 14, l. n. 269/1998. Prostituzione, pedopornografia, turismo sessuale 206

4. Emergenza terrorismo internazionale dopo l'11 settembre 2001: l'art. 4, d.l. n. 374/2001 212

5. Emergenza immigrazione, traffico di persone e tratta di esseri umani: la l. n. 228/2003 e l'art. 12, co. 3-*septies*, d.lgs. n. 286/1998 (introdotto con il d.l. n. 241/2004) 219

6. La *reductio ad unitatem*: l'art. 9 l. n. 146/2006 e successive modificazioni. Lo «statuto» delle operazioni sotto copertura 225
   6.1. Crepe nello statuto unitario delle operazioni sotto copertura: l'art. 17, l. n. 124/2007 e l'art. 10, co. 1, d.l. n. 16/2012 (poi abrogato e sostituito dall'art. 29 d.l. n. 124/2019) 235

7. Prima conclusione e rinvio 236

CAPITOLO IV. ANALISI CRIMINOLOGICA. AFFINITÀ E INTERSEZIONI CRIMINOLOGICHE TRA GLI ILLECITI COMPRESI NELL'AMBITO DI ESPERIBILITÀ DELLE OPERAZIONI SOTTO COPERTURA 239

1. Il *fil rouge* che lega le aree criminali incluse nell'ambito di applicazione delle operazioni sotto copertura. Ipotesi di lavoro 240
   1.1. Attori, attività e architettura dei mercati illegali 240
   1.2. Il ruolo delle organizzazioni e delle reti criminali e i reati sintomo della presenza mafiosa 249
      1.2.1. *Excursus*. Le origini del concetto di crimine organizzato e la perdurante ambivalenza della definizione (*set of actors*/*set of activities*). Il problema della distinzione tra crimine organizzato e mafie 249
      1.2.2. Aree criminali interessate dalle operazioni sotto copertura e crimine organizzato 256
      1.2.3. Reati sintomatici della presenza delle mafie 264
   1.3. La gravità dei crimini (i c.d. *serious crimes*) 267
      1.3.1. La gravità dei crimini negli atti normativi sovranazionali e interni: il criterio del massimo edittale di pena detentiva 267
      1.3.2. La gravità dei crimini nella letteratura criminologica: le conseguenze per la collettività e per le istituzioni pubbliche 270

1.4. La transnazionalità 272

2. Il campo oscuro e il ruolo proattivo della polizia 275

3. Un bilancio provvisorio: indizi di razionalità oltre l'orizzonte delle emergenze? 278

CAPITOLO V. IL PIÙ RECENTE AMBITO APPLICATIVO DELLE OPERAZIONI SOTTO COPERTURA: LA CORRUZIONE 281

1. Il contesto empirico: dato statistico *versus* dato percettivo 283
1.1. Il fenomeno corruttivo in letteratura tra passato e presente 286
1.2. La misura della corruzione 293
1.2.1. Le misure oggettive 295
1.2.2. Le misure soggettive 301

2. La plasticità della corruzione: reato-fine *versus* reato-mezzo 305

3. La corruzione *dal primo al secondo binario*: il *trend* normativo di assimilazione selettiva alla criminalità organizzata fino alla l. n. 3/2019 314
3.1. L'evoluzione normativa prima del 2019 317
3.1.1. L'assimilazione con riferimento alla confisca allargata e alle misure di prevenzione .317
3.1.2. La mancata assimilazione nelle norme sulle indagini preliminari (artt. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater*, e 407, co. 2, lett. a), c.p.p.) 320
3.2. La l. n. 3/2019 325
3.2.1. Brevi cenni sulle novità più espressive dello *spirito* della legge c.d. "spazzacorrotti" 326
3.2.2. Gli interventi sui mezzi investigativi. L'impiego delle operazioni sotto copertura contro la corruzione da proposta a realtà normativa. L'art. 9 l. n. 146/2006 all'esito delle modifiche introdotte nel 2019 328

4. Considerazioni conclusive 346

BIBLIOGRAFIA 357

FONTI NORMATIVE SOVRANAZIONALI E ATTI DI *SOFT LAW* 385

RINGRAZIAMENTI 389

INTRODUZIONE

La l. n. 3/2019 ha ridestato l'attenzione sulle indagini sotto copertura, non solo rispetto ai reati contro la pubblica amministrazione, a cui esse sono state da ultimo estese, ma anche, e più in generale, rispetto alle questioni legate alla *ratio politico-criminale* e ai *limiti* di una tecnica di indagine controversa nei presupposti, complessa nei metodi e potenzialmente lesiva dei diritti fondamentali dei consociati.

Lo dimostrano le preoccupazioni espresse da più parti in dottrina, ancora prima della presentazione del d.d.l. da parte del governo, riguardo all'ipotesi che venisse previsto l'agente provocatore contro la corruzione, invece che l'agente sotto copertura o infiltrato. Figure diverse: la prima istiga o partecipa alla commissione di un reato che non sarebbe stato altrimenti commesso (in materia di corruzione si parla anche di *integrity test*), la seconda si inserisce in un iter criminoso già avviato e oggetto di indagine, al fine di raccogliere le prove sui reati perpetrati.

La legge c.d. «spazzacorrotti», già prima della sua emanazione, ha dunque riacceso il dibattito su questioni dogmatiche e politico-criminali che impegnano la dottrina ormai da più di un secolo, ma che ancora faticano a trovare una sistematizzazione stabile e coerente, anche per le sollecitazioni provenienti dal confronto con altre esperienze giuridiche e dalle fonti sovranazionali.

L'analisi proposta prende le mosse da due interrogativi di fondo.

La prima domanda riguarda la *ratio* politico-criminale delle operazioni sotto copertura.

Per cercare di rispondere a tale interrogativo, è stata ripercorsa l'evoluzione delle tecniche di indagine sotto copertura a livello linguistico, prima ancora che a livello dogmatico e normativo. Sotto il profilo strettamente giuridico, la disamina della letteratura e della disciplina in materia di operazioni sotto copertura (al crocevia tra diritto sostanziale e processuale) mira a dipanare la matassa delle problematiche insite in questa tipologia di indagini e a saggiare la tenuta dei limiti imposti dal legislatore, partendo dal presupposto della *intrinseca pericolosità delle operazioni sotto copertura* – in sé particolarmente invasive dei diritti individuali e sempre a rischio di *scivolamenti nella provocazione* di un reato che altrimenti non sarebbe stato commesso – e, dunque,

dell'opportunità di ricorrervi solo se i medesimi risultati non possono essere perseguiti con mezzi meno rischiosi.

Il secondo interrogativo di fondo da cui la ricerca ha preso avvio riguarda la conformazione del *catalogo delle aree criminali*, delineato oggi – all'esito di una lunga evoluzione normativa – dall'art. 9 l. n. 146/2006.

La giustificazione del ricorso alle indagini sotto copertura infatti si lega strettamente agli obiettivi perseguiti mediante la loro introduzione e al loro *ambito di applicazione*. Visto che nell'ordinamento italiano non è mai stata introdotta una disposizione generale che ne facoltizzi lo svolgimento, ci si deve chiedere *perché* e in base a *quali caratteristiche* il legislatore le abbia previste rispetto a una ristretta cerchia, delimitata per materia, di *aree criminali*. In altre parole, è interessante domandarsi se le aree criminali rispetto alle quali è prevista l'esperibilità delle operazioni sotto copertura siano accomunate da *caratteristiche criminologiche* tali da spiegare l'introduzione di tale possibilità. L'altra spiegazione ipotizzabile è che l'attuale conformazione dell'ambito di applicazione delle operazioni sotto copertura sia un prodotto del *trend normativo emergenziale* che ha condotto al trasferimento di molti reati (inclusa la corruzione) "dal primo al secondo binario", dal binario delle regole processuali e penitenziarie ordinarie a quello delle regole derogatorie pensate in origine, negli anni Novanta, per contrastare la criminalità organizzata, specie di tipo mafioso, e il grande traffico di sostanze stupefacenti.

La ricerca di risposte plausibili a entrambe le domande ha richiesto *un'analisi interdisciplinare tra diritto penale e criminologia*.

Dal punto di vista normativo sono state considerate le norme di diritto interno, eurounitario e internazionale in materia di indagini sotto copertura, nonché la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che a partire dalla fine degli anni Novanta ha assunto un ruolo fondamentale in questo ambito.

Inoltre, l'esperienza giuridica italiana è stata confrontata con quella statunitense, ricostruendo brevemente le origini e l'evoluzione delle operazioni sotto copertura negli USA per comprendere le radici dell'*inversione di prospettiva* che caratterizza l'approccio americano. Invero, in tale ordinamento l'attenzione è da sempre concentrata sul soggetto "provocato" (*rectius*, "intrappolato"), mentre non vi sono tracce della figura dell'agente provocatore, tipica dell'approccio europeo.

La ricerca non contiene un'esegesi delle fattispecie incriminatrici rientranti nell'ambito di applicazione delle operazioni sotto copertura. L'analisi ha ad oggetto non tanto i reati, quanto i *fenomeni criminali* per cui tali indagini sono state ritenute necessarie, al fine di individuare le caratteristiche criminologiche di ciascuno e le analogie e differenze che rispettivamente li legano e li distinguono. L'analisi criminologica è condotta a partire dalla formulazione di quattro ipotesi di lavoro, vagliate alla luce della letteratura in materia e dei rapporti di vari enti, organi e organismi internazionali, nel tentativo di delineare un quadro empiricamente fondato che comprenda gli aspetti sia *quantitativi* sia *qualitativi* dei fenomeni considerati.

È stato, inoltre, considerato il problema del *campo oscuro* e della *bassa propensione alla denuncia*, che potrebbe suggerire la previsione di un intervento *proattivo* degli organi inquirenti. Infine, è stato ripercorso l'iter di *assimilazione selettiva* della corruzione alla criminalità organizzata, specie di tipo mafioso, cercando altresì di verificare quali delle altre aree criminali ricomprese nell'art. 9 abbiano conosciuto il medesimo passaggio dal primo al secondo binario.

In concreto, la trattazione è suddivisa in cinque capitoli.

Il Capitolo I, articolato in due sezioni, nella prima delinea il perimetro linguistico e normativo dell'indagine, mentre nella seconda si concentra sulla *ratio* politico-criminale delle operazioni sotto copertura e sui risultati attesi dalle stesse, questioni che si intrecciano con le problematiche sottese alla responsabilità (o irresponsabilità) penale dell'agente provocatore e del "provocato", di cui sono esaminati i principali nodi problematici, variamente affrontati in dottrina e giurisprudenza e, infine, anche dal legislatore.

Il Capitolo II ha ad oggetto l'esperienza statunitense in tema di operazioni sotto copertura, in particolare l'analisi dell'*entrapment defense* elaborata dalla giurisprudenza, che può condurre al proscioglimento del soggetto intrappolato dalla polizia. Viene poi specificamente considerato l'impiego delle operazioni sotto copertura rispetto alla corruzione, partendo dall'indagine *Abscam* della fine degli anni Settanta.

Il Capitolo III è suddiviso in due sezioni, la prima dedicata all'individuazione delle norme di diritto internazionale e eurounitario, la seconda alle disposizioni di diritto interno progressivamente introdotte, a partire dagli anni Novanta, in tema di operazioni sotto copertura.

Il Capitolo IV si concentra, invece, sulle aree criminali racchiuse nella cornice normativa tratteggiata nel capitolo precedente e ne propone un'analisi criminologica. L'obiettivo è provare a mettere in luce i caratteri comuni che potrebbero spiegare perché proprio per quelle aree criminali il legislatore abbia previsto l'impiego delle indagini sotto copertura. L'analisi criminologica è scandita sulla base di quattro ipotesi di lavoro: mercati illegali, criminalità organizzata (semplice e mafiosa), gravità e transnazionalità. Un breve approfondimento è poi dedicato alla problematica del *campo oscuro* e della bassa propensione alla denuncia.

Infine, il quinto e ultimo capitolo si occupa dei delitti contro la pubblica amministrazione, in particolare della corruzione, a cui la l. n. 3/2019 ha esteso non solo la possibilità per gli inquirenti di ricorrere alle operazioni sotto copertura, ma anche alcuni strumenti riconducibili al diritto penale premiale, nel solco del *trend* normativo di assimilazione selettiva della corruzione alla criminalità organizzata, specie di tipo mafioso, iniziato nel 2006. Accanto all'analisi criminologica della corruzione, utile a confrontare quest'ultima alle aree criminali esaminate nel capitolo precedente, sono pertanto ripercorse le tappe che hanno segnato la suddetta evoluzione normativa fino agli sviluppi più recenti.

CAPITOLO I

Perimetro dell'indagine, *ratio* politico-criminale e nodi problematici della disciplina delle operazioni sotto copertura

SOMMARIO: SEZIONE I. CONFINI E CONFRONTI – 1. Perimetro linguistico – 1.1. *Premessa*. Le origini francesi dell'agente provocatore e le definizioni dottrinali tedesche e italiane più risalenti come avvio di una riflessione anche linguistica sul tema – 1.2. Le parole per le persone: agente provocatore, *fictus emptor*, finta vittima, infiltrato, agente sotto copertura – 1.3. Le parole per le condotte e le tecniche investigative – 1.3.1. Consegna controllata e consegna sorvegliata, acquisto simulato, ritardo e omissione di atti d'ufficio – 1.3.2. Operazioni sotto copertura, infiltrazione, *police incitement* – 2. Perimetro normativo – 3. Percorsi comparatistici – SEZIONE II. LE OPERAZIONI SOTTO COPERTURA: *RATIO* POLITICO-CRIMINALE E ASSETTO NORMATIVO – 1. *Ratio* politico-criminale: ragioni e limiti del ricorso alle operazioni sotto copertura – 1.1. Lo scudo dei diritti fondamentali di fronte all'agente provocatore – 1.2. Le operazioni sotto copertura e i perduranti rischi di un'"attrazione provocatrice" – 2. Efficacia attesa – 2.1. Potenziamento dell'efficacia investigativa rispetto alle organizzazioni criminali e ai *serious crimes* – 2.2. La riduzione della cifra oscura – 3. La politica penale italiana. La traduzione normativa delle scelte sull'utilizzo delle operazioni sotto copertura. *Rinvio* – 4. La disciplina delle operazioni sotto copertura: i nodi problematici – 4.1. Responsabilità *versus* irresponsabilità dell'agente provocatore e dell'infiltrato – 4.2. Le conseguenze per il "provocato" tra diritto penale sostanziale e processuale.

«*Nessuno sa meglio di te, saggio Kublai,*
che non si deve mai confondere la città
col discorso che la descrive.
Eppure tra l'una e l'altro c'è un rapporto…
La menzogna non è nel discorso, è nelle cose»
Italo Calvino, *Le città invisibili*[1]

Sezione I
Confini e confronti

La complessità e la poliedricità del tema delle operazioni sotto copertura, in particolare rispetto ai reati contro la pubblica amministrazione, rendono opportuno stabilire preliminarmente i confini della analisi che si intende affrontare.

Innanzitutto, il *perimetro linguistico* dell'indagine, al fine di illuminare il significato delle *parole* ricorrenti nella letteratura scientifica e nelle disposizioni normative. A queste ultime è dedicato il secondo paragrafo sul *perimetro normativo*, in

[1] I. CALVINO, *Le città invisibili*, Oscar Mondadori, Milano, 2009, p. 61.

cui si darà conto brevemente delle fonti oggetto di analisi dettagliata nel corso della trattazione.

Stabilire dei confini si rivela spesso faticoso perché mette di fronte alla propria piccolezza, alla propria *impotenza* a dominare e racchiudere in categorie precise la realtà[2]. Anche quando non si discute di territori, ma di parole e di norme, il confine segna certamente una *separazione*, ma evoca allo stesso tempo una *relazione* tra le aree separate e invita perciò a interrogarsi sulle differenze tra ciò che sta "dentro" e ciò che rimane "fuori", a seconda del lato da cui il confine viene osservato.

Occorre dunque evidenziare sin d'ora la *parzialità* e la *mobilità* dei confini, nonché l'*elasticità* dei contorni dell'indagine, inevitabilmente soggetti a oscillare e muoversi all'inseguimento dei mutamenti criminologici, normativi, giurisprudenziali e dottrinali, dei quali si cercherà ovviamente di dare conto, ma sempre con la consapevolezza che la *perseveranza della realtà* finisce per mettere alla prova qualsiasi confine.

L'ultima parte di questa prima sezione illustra le ragioni della scelta di confrontare l'evoluzione e la disciplina delle operazioni sotto copertura in Italia con l'esperienza giuridica statunitense, che si caratterizza per l'impiego di tale tattica investigativa anche nel contrasto alla corruzione.

1. Perimetro linguistico

I testi giuridici in tema di operazioni sotto copertura pongono l'interprete di fronte a un *mare magnum* di termini tecnico-specialistici: agente provocatore, *fictus emptor*, finta vittima, consegna controllata, consegna sorvegliata, acquisto simulato, ritardo o omissione di atti d'ufficio, agente infiltrato, agente sotto copertura, infiltrazione, *police incitement*, attività o operazioni sotto copertura.

Si alternano le parole riferite alla *persona* e quelle che riguardano, invece, le *condotte* o, in senso più ampio, la *tipologia o la tecnica di indagine*. Si tratta di una famiglia terminologica creatasi per ragioni diverse, legate da un lato al *tempo*, dall'altro – potremmo dire – allo *spazio*. Se, infatti, l'approccio europeo al tema delle indagini sotto

[2] Questo sentimento di *impotenza* è ben espresso da Gabrio Forti, laddove ha scritto della «immane concretezza del fatto criminoso». V. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000, in particolare p. 23.

copertura continua a essere legato a doppio filo alla questione della provocazione, quest'ultima – e di conseguenza la locuzione agente provocatore – è del tutto estranea alla tradizione statunitense e agli atti sovranazionali. La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo raramente menziona l'agente provocatore, preferendo fare riferimento alle attività abusive poste in essere dalla polizia (*police incitement*).

In apertura dell'indagine è utile quindi provare a chiarire il significato dei termini più ricorrenti, anche nel contesto *europeo*, considerando il «fenomeno linguistico in chiave *sincronica* e in chiave *diacronica*»[3]. Infatti, come autorevolmente espresso da Cordero, «…uno strumento linguistico esatto serve all'igiene mentale e previene tanto traffico torbido»[4].

1.1. *Premessa*. Le origini francesi dell'agente provocatore e le definizioni dottrinali tedesche e italiane più risalenti come avvio di una riflessione anche linguistica sul tema

In Italia e più in generale in Europa occidentale, la figura dell'agente provocatore costituisce tutt'oggi un punto di riferimento imprescindibile per studiare l'evoluzione che ha portato all'affermazione anche linguistica delle operazioni sotto copertura.

Del resto, «quello di "cambiamento" è anzitutto un *concetto di relazione*», sicché occorre chiedersi «*rispetto a cosa* va osservato il "cambiamento"?»[5]. Nella materia in esame, in assenza di un *idealtipo linguistico* scolpito dal legislatore nel diritto positivo, esso va individuato nella figura di agente provocatore coniata dalla dottrina con gli strumenti messi a disposizione dagli istituti della parte generale del diritto penale.

Per comprendere i caratteri di tale figura e segnare il punto di partenza dell'evoluzione anche linguistica che ha riguardato quelle che oggi la legge denomina operazioni sotto copertura, è bene innanzitutto considerare le origini dell'agente provocatore.

---

[3] G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica, in Riv. it. dir. proc. pen., 2011, (4), p. 1440.*

[4] F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1981, p. 766, citato in G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale, cit., p. 1432*.

[5] Così G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale*, cit., p. *1455*.

Sebbene non manchi chi individua le radici remote dell'archetipo dell'agente provocatore già nel diritto romano[6], le origini di tale figura – almeno per come è oggi intesa – sono unanimemente collocate dalla dottrina ai tempi dell'assolutismo francese[7].

Già negli anni precedenti all'ascesa al trono di Luigi XIV la volontà dei sovrani di proteggere e mantenere il proprio potere assoluto li porta a istituire una classe di *delatori*, privati cittadini che per ottenere il *favor* del *princeps* si prestavano ad avvicinare i soggetti sospettati di essere avversari o oppositori politici per conquistarne la fiducia e poi consegnarli all'autorità. Un compito la cui utilità è stata riscoperta «durante tutti i regimi dittatoriali, promossa e sollecitata dalle persone al potere, al fine di stroncare ogni attività politica ad esse ostile»[8].

Successivamente Luigi XIV istituisce una vera e propria *polizia segreta*, con il compito di *spiare* le persone sospettate, quindi, almeno nelle intenzioni, *non* di *provocare* reati[9]. Raccogliere prove consistenti non era del resto indispensabile, visto che «la giustizia penale, in un sistema accentrato saldamente nelle mani del *princeps*, si vale della polizia quasi quanto si vale dei giudici, perché il principe può fare la giustizia con l'uno o con l'altro dei due strumenti, a seconda dei casi o delle opportunità»[10].

---

[6] Alcuni Autori riportano, infatti, il seguente esempio: Tizio aveva invitato un servo altrui a sottrarre alcune cose al suo padrone e a portargliele. Il servo, però, fedele al proprio padrone, aveva deciso di avvertirlo, sicché quest'ultimo, per verificare la verità di quanto gli era stato riferito, aveva consentito al servo di prelevare delle cose e portarle a Tizio. Sull'inquadramento della responsabilità del servo hanno preso posizione Gaio e Giustiniano: ad avviso del primo avrebbe dovuto concludersi per l'inesistenza del reato, mentre il secondo riteneva sussistente il furto. V. L. GALLI, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, in *La giustizia penale*, 1939, II, p. 792. L'esempio è ripreso anche da M. SALAMA, *L'agente provocatore*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 1-2. Il primo Autore lo cita con riferimento al dibattito dottrinale sulla applicabilità all'agente provocatore della scriminante del consenso dell'avente diritto, sul quale vedi *infra*, sez. II, § 4.1. Il secondo ricorda che «i giuristi romani posero in essere il problema della provocazione al reato con uno scopo diverso da quello di cui il reato rappresentava l'attuazione».

[7] La collocazione temporale delle origini dell'agente provocatore al tempo dell'assolutismo francese è condivisa dagli Autori citati nel prosieguo. Si rinvia in particolare sul punto a L. GALLI, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, cit., pp. 776-800; C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 217-218; C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 7-13.

[8] Lo evidenziano R. DELL'ANDRO, voce *Agente provocatore*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 864; A. MALINVERNI, voce *Agente provocatore*, in *Nss. Dig. it.*, vol. I, Torino, 1957, p. 397. Riguardo al regime fascista, un Autore coevo scrive che poiché «il regime fascista ha creato uno Stato legalitario per eccellenza, sarebbe non solo assurdo ma addirittura criminoso pensare al verificarsi di casi in cui l'a.p. agisca ad iniziativa dei supremi poteri dello Stato». Tuttavia, l'A. dà atto di come nella pratica giudiziaria si avesse spesso notizia di reati soprattutto contro l'integrità e la sanità della stirpe determinati da veri o presunti confidenti della polizia. V. L. GALLI, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, cit., p. 777.

[9] Si veda anche C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore,* cit., pp. 3 ss.

[10] M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 386.

Cionondimeno, il *salto di qualità dallo spionaggio alla provocazione* non si fa attendere. Dapprima i delatori iniziano a *istigare* gli individui sospetti in modo da coglierli sul fatto, poi anche a provocare la commissione di reati da parte di soggetti fino a quel momento innocenti, i quali vengono indotti a manifestare il proprio dissenso e a essere quindi considerati oppositori del sovrano[11]. Giova sottolineare come il "salto" dalla mera osservazione alla vera e propria provocazione sia incentivato da un fine individuale e utilitaristico: «il pericolo maggiore per un *espion de police* è costituito dalla concorrenza, dalla presenza cioè di altri informatori, di altre *mouches* che possono prima, o meglio di lui portare alla cattura di un delinquente. E questa rivalità tra informatori… porta fisiologicamente a far scegliere, anche ad un semplice informatore, la via della provocazione al reato per ottimizzare i risultati»[12].

Nel XVIII secolo l'attività di spionaggio e di provocazione della polizia diviene maggiormente istituzionalizzata: autorevole dottrina ha rinvenuto negli assistenti degli ispettori di polizia, figura istituita in Francia nel 1708, «i primi agenti provocatori della storia europea»[13]. Tali soggetti erano chiamati dal popolo "*mouches*" o "*mouchards*", ossia "mosche" o "cimici", termini ancora oggi utilizzati in Francia con il significato di spie o traditori[14] e che si ritrovano anche nell'utilizzo del termine italiano "cimice" per indicare le microspie per l'ascolto ambientale.

L'utilizzo degli agenti provocatori continua anche dopo la rivoluzione francese. Per scoprire, o più spesso *inscenare*, i "complotti di prigione", la polizia rivoluzionaria si serve infatti dei "*moutons des prisons*", detenuti che collaborando sperano di ottenere la libertà, al fine di *creare* prove contro soggetti ritenuti scomodi.

L'agente provocatore rappresenta dunque «una presenza costante nella storia politica francese sia durante l'*ancien Régime* che durante la fase rivoluzionaria e postrivoluzionaria»[15].

Non si trattava di un ruolo disciplinato a livello normativo e le autorità degli Stati assoluti non si ponevano questioni di responsabilità dei soggetti coinvolti dal punto di

[11] M. SALAMA, *L'agente provocatore*, cit., p. 3; C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 4.
[12] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., pp. 12-13.
[13] *Ivi*, p. 9.
[14] *Ivi*, pp. 12-13, in particolare nota 11. L'A. dà conto anche di un'altra teoria sull'origine del termine "*mouche*", oltre a quella legata all'insetto, la quale peraltro ben si presta a esprimere il disprezzo nutrito dal popolo nei confronti di tali soggetti. Un inquisitore al servizio di Federico II proveniva infatti dal borgo di Mouchy sicché le spie che egli impiegava divennero note come "*mouchards Democharés*".
[15] *Ivi*, pp. 12-13.

vista dogmatico o politico-criminale. L'indubbia efficacia di tale strumento a vantaggio di chi deteneva il potere non incontrava certo limitazioni legate alla necessità di un bilanciamento con il rispetto dei diritti fondamentali e della libertà personale dei "provocati", a differenza di quanto accade negli ordinamenti costituzionali liberali nati sulla scia del pensiero illuminista[16]. Tra il mezzo e il fine non aleggiava alcuna tensione. Il mezzo rispondeva alla funzione di sbaragliare gli oppositori, sebbene costoro potessero anche *non sapere* e *non volere* essere tali prima di essere istigati dal delatore al servizio del sovrano. Neppure si può dire che il fine giustificasse il mezzo: non vi era alcun bisogno di addurre giustificazioni.

Dopo la fine dell'assolutismo, bisogna attendere la seconda guerra mondiale perché la figura dell'*agent provocateur* ricompaia tra le sudate carte dei penalisti francesi. Questi ultimi sembravano quasi imbarazzati a ricordare le origini dell'agente provocatore e avevano quindi smesso di occuparsene fino al periodo dell'occupazione tedesca, quando colgono l'occasione per rispolverare la questione attribuendo il ricorso a tale attività agli occupanti stranieri[17].

Al periodo del secondo conflitto mondiale risalgono anche le prime pronunce giurisprudenziali sul tema, in quanto i delatori/provocatori erano impiegati per scoprire i traffici vietati dalla draconiana legislazione economica di quegli anni[18].

A partire dal secondo dopoguerra, la riflessione anche teorica sull'agente provocatore è affidata quasi esclusivamente ai giudici, che si occupano soprattutto di *provocazione dell'acquisto di sostanze stupefacenti*, ossia dell'attività del *fictus emptor*[19]. In Francia l'agente provocatore è pertanto descritto come un agente di polizia che si è sempre occupato di una tipologia ristretta di reati, in origine i reati politici e poi i reati-contratto[20], ossia fattispecie plurisoggettive a concorso necessario integrate dalla conclusione di un contratto avente ad oggetti beni il cui commercio è vietato.

L'"infame" compito di agente provocatore di reati politici non acquista quindi rango normativo nell'ordinamento francese; riceve, viceversa, dignità letteraria in

[16] V. *infra*, sez. II, § 1.
[17] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., pp. 13-14.
[18] *Ivi*, p. 17.
[19] *Ivi*, pp. 20-25.
[20] *Ivi*, pp. 43-45.

Germania e in Italia a partire dalla metà dell'Ottocento, divenendo, in entrambi gli ordinamenti, un tema "classico" del diritto penale.

In Germania, gli studiosi dedicano ampia attenzione al ruolo dell'agente provocatore, concentrandosi sui profili dogmatici della responsabilità o irresponsabilità dello stesso, nonché sull'inquadramento della responsabilità del "provocato". È infatti proprio alla dottrina tedesca (in particolare a partire dallo studio di Glaser del 1858 sul *dolo di istigazione*) che si deve la concettualizzazione della figura dell'agente provocatore, che si afferma come «problema autonomo all'interno del macroargomento della partecipazione criminosa»[21].

Fino alla metà degli anni Settanta continua a prevalere una *visione unitaria dell'agente provocatore*, concepito come *problema essenzialmente dogmatico*. Le definizioni della dottrina, pertanto, non si discostano molto da quella elaborata inizialmente da Glaser: l'agente provocatore (*agent provocateur*) è descritto quale soggetto privato o appartenente alla pubblica autorità che istiga un altro soggetto a commettere un reato al fine di sorprenderlo nel tentativo o durante l'esecuzione dello stesso per assicurarlo alla giustizia. Talvolta si ricorre anche al termine *Lockspitzel*, che letteralmente significa «spia che alletta, adesca, intrappola»[22], mentre più avanti si afferma il riferimento al *V-mann*[23].

Sulla scia dell'elaborazione tedesca, gli esponenti della Scuola classica del diritto penale, primo fra tutti Francesco Carrara, iscrivono la questione della provocazione

[21] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., pp. 101-102.

[22] *Spitzel* si traduce con «spia», *locken* con «allettare, intrappolare, adescare».

[23] L'etimologia e il significato letterale del termine sono controversi. La tesi maggioritaria suggerisce di leggere la "V" come abbreviazione di «*Vertrauen*», che significa «di fiducia». Il *V-mann* sarebbe dunque l'uomo di fiducia, il confidente. Il significato è simile se si attribuisce alla "V" il significato di «*Verbindung*», ossia «collegamento». Vi è però anche un'altra scuola di pensiero che significativamente legge la "V" come «*Verrat-verraten*», cioè «tradimento-tradire». Nonostante l'entrata in vigore di previsioni normative unanimemente lette dalla dottrina quali tipizzazioni di specifiche figure di agente provocatore e per le quali il legislatore utilizza *nomina* differenti, nel guscio semantico del *V-mann* viene racchiuso un ampio spettro di fenomeni. L'"etichetta" *V-mann* a partire dagli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso è apposta dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche su tutte le attività di soggetti che collaboravano attivamente al disvelamento di reati, sia privati sia investigatori segreti inquadrati nella forza pubblica. In senso stretto, il concetto di *V-mann* è invece riferito agli informatori occasionali o meno della polizia, quindi a privati cittadini collaboranti con l'autorità pubblica. La discrasia definitoria non riguarda solo l'ambito soggettivo contemplato, bensì anche le condotte riconducibili alla figura in commento, molto diverse tra loro per grado di invasività: dalla mera osservazione, alla partecipazione, fino alla vera e propria provocazione. L'ampia concezione del *V-mann* in Germania coniata dalla dottrina tedesca viene poi ripresa e fatta propria dagli studiosi italiani, delle cui riflessioni essa ha rappresentato un importante punto di partenza. V. C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., pp. 103-112, 121.

nell'alveo della *compartecipazione criminosa morale*[24]. Precisamente, l'agente provocatore è descritto come colui che *istiga* altri a commettere un delitto non perché gli interessi o gli sia utile, ma «perché ha interesse che il delitto o si commetta o si tenti al fine che ne avvenga male allo stesso istigato»[25].

La provocazione implicava, dunque, – in tale visione – la sussistenza di un *nesso causale* tra l'istigazione e il comportamento dell'istigato, mentre sotto il profilo dell'elemento soggettivo si riteneva che la peculiarità del *fine perseguito* – la punizione del provocato – non escludesse la sussistenza del *dolo*. L'istigatore si rappresenta e vuole il reato commesso dall'istigato, che egli stesso contribuisce a realizzare mediante la propria condotta istigatoria. Come si vedrà più nel dettaglio[26], tale ricostruzione conduce a ritenere quest'ultimo penalmente responsabile in quanto *compartecipe morale* del reato commesso dal provocato[27].

Una «vera e propria svolta nella storia dogmatica dell'agente provocatore»[28] si registra all'inizio del nuovo secolo con Vincenzo Manzini, il quale ricomprende nella nozione di provocazione, accanto all'istigazione, la condotta del *partecipe materiale*. Non solo: Manzini travalica i confini della compartecipazione per considerare agente provocatore anche il soggetto che non pone in essere alcun contributo causalmente necessario per la realizzazione del reato, limitandosi ad *accertare* un reato già commesso.

I risultati dei primi tentativi di elaborazione di una definizione di agente provocatore non ristretta all'ambito dei reati politici continuano tutt'oggi a influenzare il dibattito in materia. A partire dal secondo dopo guerra, la dottrina e la giurisprudenza, sulla spinta della prassi, si occupano di figure concepite, anche linguisticamente – come sembra dimostrare il perdurante *focus* sulla persona – come *species* dell'agente provocatore operanti in determinati ambiti criminali. L'eco della originaria *concezione ampia* di agente provocatore risuona tuttora nei discorsi in tema non solo di provocazione, ma anche di operazioni sotto copertura, una locuzione ripresa dalla tradizione anglo-sassone (*undercover operations*), recepita in Europa solo recentemente.

---

[24] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 221.
[25] F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, Vol. II, Lucca, 1875, p. 471.
[26] V. *infra*, sez. II, § 4.1.
[27] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., pp. 200-201.
[28] C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, cit., pp. 227-228.

1.2. Le parole per le persone: agente provocatore, *fictus emptor*, finta vittima, infiltrato, agente sotto copertura

Tralasciando in questa sede la disamina delle altre ricostruzioni dottrinali elaborate nel periodo a cavallo tra Ottocento e Novecento[29], è utile considerare direttamente il periodo successivo all'entrata in vigore del codice Rocco del 1930, quando la giurisprudenza e di riflesso la dottrina concentrano la propria attenzione su quelle che – come anticipato – erano allora considerate *particolari figure di agente provocatore*.

L'oscillazione tra la *nozione ampia* di agente provocatore e le *figure particolari* emerse dalla prassi si è concretizzata, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, in una «*polverizzazione* della nozione di agente provocatore»[30] e nella correlata tendenza alla tipizzazione di figure specifiche.

Si tratta del *finto acquirente* (*fictus emptor*) nei reati-contratto (ad esempio la vendita vietata di preziosi, il traffico di armi, lo spaccio di stupefacenti o di altri beni il cui commercio è vietato) e della *finta vittima* nei cosiddetti reati di relazione, come la truffa e l'estorsione. Nello stesso periodo si affaccia sulla scena della provocazione anche un nuovo tipo, il *partecipe necessario* rispetto ai reati associativi[31].

Come si vede, emergono *nuove parole*, incentrate sempre sui *soggetti* e non sulle *attività*. La discussione teorica, del resto, era incentrata sulla responsabilità personale di tali figure, mentre non si dubitava – come oggi, in fondo, almeno sul piano sostanziale – della responsabilità del provocato.

In dottrina, la figura del *fictus emptor* in relazione ai *reati contratto* era stata oggetto di letture opposte. Da un lato, vi era chi, conformemente al *nomen iuris*, sosteneva che non commette alcun reato l'agente di polizia giudiziaria il quale, dissimulando la propria qualità, acquisti beni il cui commercio sia vietato. Si sarebbe infatti in presenza di un «falso acquirente, che non ha alcuna volontà seria e reale di obbligarsi» e conseguentemente non si formerebbe il mutuo consenso delle parti[32]. Dall'altro lato,

[29] Per la sintesi delle ricostruzioni dottrinali emerse in Italia sulla figura dell'agente provocatore si vedano in particolare C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore,* cit., pp. 201-213;

[30] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., pp. 240-241.

[31] Ancora una volta per gli approfondimenti si rinvia allo studio C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., pp. 213-227. L'A. analizza nel dettaglio le tendenze salienti del periodo successivo all'entrata in vigore del codice Rocco sintetizzate nel corpo del testo: l'inedita attenzione della giurisprudenza per questa tematica, riflesso dell'emersione di figure specifiche di agente provocatore nella prassi, e le proposte di ricostruzione dommatica avanzate da numerosi studiosi del periodo. Sul punto si veda anche C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, cit., pp. 260-261.

[32] E. CALIFANO, *L'agente provocatore,* cit., p. 50.

Malinverni nel 1957 evidenziava che nell'ipotesi in cui la realizzazione della fattispecie criminosa implichi la conclusione di un negozio bilaterale e una delle due parti sia un agente provocatore, costui «col manifestare la sua volontà negoziale determina effetti giuridici validi anche sotto il profilo civilistico», anche perché «la legge penale, usando termini propri del diritto civile, non sempre li assume nel preciso significato che essi presentano in quella branca del diritto»[33].

L'espressione *finta vittima* è stata, invece, coniata rispetto ai cosiddetti *delitti di relazione* e descritta da autorevole dottrina mediante il riferimento alla simulazione che, come vedremo, verrà poi accolto anche dal legislatore. La finta vittima sarebbe invero colei che *simula* «di stare al gioco del truffatore o dell'estorsore così da non ostacolarlo nello sviluppo della sua azione criminosa e di poterlo cogliere in flagranza di reato»[34]. Entrambe le figure sono state inquadrate dalla dottrina prevalente come *partecipi senza dolo*[35].

La citata polverizzazione in figure particolari, però, non ha diminuito sul piano dogmatico l'importanza della nozione ampia di agente provocatore, che si ritrova tuttora in alcune definizioni accettate dalla manualistica contemporanea, ad esempio laddove si afferma che l'agente provocatore è «colui che, istigando o offrendo l'occasione, "provoca" la commissione di reati al fine di coglierne gli autori in flagranza o, comunque, di farli scoprire e punire»[36]. Altri aggiungono anche l'ulteriore requisito per cui il provocato deve essere fermato prima che il reato giunga a consumazione[37].

In altri manuali, invece, vengono considerate anche le diverse *species* di agente provocatore: «sotto l'espressione dell''agente provocatore' vanno oggi considerate più realtà tra loro diverse. Innanzitutto, l'ipotesi per così dire "classica" di chi istiga alla commissione di un reato predisponendo però l'intervento della polizia in modo da cogliere il colpevole con le "mani nel sacco" ed assicurare alla giustizia il delinquente che altrimenti non sarebbe possibile "incastrare" (…). In secondo luogo si pensi a colui

[33] A. MALINVERNI, voce *Agente provocatore*, cit., p. 397.

[34] F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 515.

[35] Si tratta comunque di una tendenza non incontrastata. Sia dal punto di vista definitorio sia sotto il profilo della collocazione sistematica e del trattamento sanzionatorio si registrano in dottrina diversi orientamenti, per l'analisi dei quali si rinvia a C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, cit., pp. 235-243.; R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 28-33.

[36] F. MANTOVANI, *Diritto penale*, CEDAM, Padova, 2017, p. 523.

[37] G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 533.

che si faccia finta vittima ad esempio di un reato di truffa o di estorsione (…). In terzo luogo, si consideri l'ipotesi di chi si faccia finto acquirente (c.d. *fictus emptor*) di una cessione penalmente illecita (…). Infine, si faccia l'ipotesi c.d. dell'infiltrato, che entri a far parte di una associazione criminosa al fine di acquisire le maggiori informazioni possibili sulla sua attività e consistenza, e che addirittura partecipi alla realizzazione di un qualche reato dell'associazione allo scopo chiaramente di "accreditarsi" presso l'associazione stessa o comunque di non smentire il suo ruolo di affiliato al sodalizio criminoso»[38].

Il termine *infiltrato*, insieme alla locuzione *agente sotto copertura*, è utilizzato a partire soprattutto dagli anni Novanta in contrapposizione all'agente provocatore per indicare un soggetto che – conformemente alle disposizioni legislative via via emanate ed entro i limiti discendenti dall'art. 6 CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo – non determina la commissione di un reato che non sarebbe stato altrimenti commesso, né prende l'iniziativa per far sì che venga commesso.

Autorevole dottrina ritiene che tale figura (*rectius*, come si vedrà, tale tipo di condotta) abbia fatto ingresso nell'ordinamento italiano a partire dall'introduzione dell'art. 12-*quater* d.l. n. 306/1992. L'infiltrato è «un soggetto appartenente o comunque controllato dalla polizia che si insinua in un'organizzazione criminale e vi rimane a lungo per studiarne le mosse. L'infiltrato non tanto provoca reati (…) quanto, piuttosto, è spesso costretto a lasciarsi provocare alla commissione di delitti, che esegue poi lui stesso, sia per non rivelare la sua vera identità e funzione, sia per penetrare più a fondo nell'organizzazione»[39].

Nonostante le profonde differenze tra le diverse figure considerate, si è visto come sia tuttora diffusa la scelta di raggrupparle tutte sotto il vessillo della provocazione. Tuttavia, seppure condivisibile dal punto di vista storico ed esegetico, tale opzione

[38] F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 515-516. Anche in un altro importante manuale di diritto penale si ritrovano affermazioni simili: «Una particolare forma di istigazione è quella realizzata dal c.d. agente provocatore: cioè colui il quale (si tratta non di rado di appartenenti alla polizia) provoca un delitto al fine di assicurare il colpevole alla giustizia. Tale figura, sorta in origine come ipotesi di concorso morale sotto forma di istigazione qualificata, è andata nel corso del tempo ampliandosi fino a ricomprendere sia casi in cui l'agente provocatore assume la veste di soggetto passivo del reato (come nel caso paradigmatico della truffa), sia quelli in cui un soggetto "si infiltra" in una organizzazione criminale allo scopo di scoprirne la struttura e denunciarne i partecipanti». *Cfr.* G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, pp. 511-512.

[39] . DE MAGLIE, *Gli "Infiltrati" nelle organizzazioni criminali: due ipotesi d'impunità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, (3), p. 1061.

definitoria non sembra rispecchiare l'evoluzione che ha condotto all'affermazione normativa e linguistica delle operazioni sotto copertura.

Il continuo riferimento alla figura dell'agente provocatore è figlio dell'approccio tradizionale dell'Europa occidentale al tema delle operazioni sotto copertura, ma non tiene conto dell'influenza anche linguistica esercitata nel corso del tempo dagli Stati Uniti, soprattutto sulla normativa sovranazionale (in cui l'inglese è anche lingua di lavoro), che ha poi a sua volta assunto notevole rilevanza negli ordinamenti interni.

Le figure emerse dalla prassi e spesso recepite da apposite previsioni legislative (si pensi al *fictus emptor* di sostanze stupefacenti) difficilmente possono essere considerate tipizzazioni di specifiche figure di agente provocatore, anzi – per le ragioni politico-criminali che si vedranno[40] – si può dubitare che il legislatore abbia espressamente reso lecita una attività di vera e propria provocazione, a maggior ragione dopo che quest'ultima è stata dichiarata dalla Corte di Strasburgo contraria al principio dell'equo processo *ex* art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Rimane il fatto che in Italia (ma più in generale in Europa), come peraltro evidenziato nella letteratura americana[41], la figura dell'agente provocatore continua ad atteggiarsi alla stregua di un *orizzonte dogmatico* che si staglia sullo sfondo di questioni riguardanti "figure" che, però, a uno sguardo più attento, si mostrano come tecniche investigative sì "sotto copertura", ma non orientate – quantomeno sulla carta – alla causazione di un reato che altrimenti non sarebbe stato commesso.

Nei testi normativi, però, non vi è traccia delle parole agente provocatore, *fictus emptor*, finta vittima e infiltrato. Le disposizioni normative sovranazionali e interne contemplano istituti – non figure – indicati con *nomi diversi*, riferiti alle condotte o, più in generale, alla tecnica investigativa.

1.3. Le parole per le condotte e le tecniche investigative

Dopo aver considerato le parole per le persone, riconducibili alla riflessione dogmatica più risalente, si propone ora un *excursus* giuridico-terminologico sulle parole più recenti utilizzate negli atti sovranazionali e nelle disposizioni normative interne.

[40] V. *infra*, sez. II, § 1.

[41] A titolo esemplificativo, v. J. E. ROSS, *Tradeoffs in undercover investigations: a comparative perspective*, in *The University of Chicago Law Review*, 2002, (69/3), pp. 1501-1541.

Come accennato, si tratta di parole riferite alle *attività*: precisamente, alle condotte o a alla tecnica investigativa.

1.3.1. Consegna controllata e consegna sorvegliata, acquisto simulato, ritardo e omissione di atti d'ufficio

Procedendo in ordine cronologico, le prime parole riguardanti le *condotte* su cui occorre soffermare l'attenzione sono quelle utilizzate nella *Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope*, adottata a Vienna nel 1988[42], nonché, in seguito, in altri trattati e raccomandazioni internazionali. Vengono, dunque, in rilievo la consegna controllata e la consegna sorvegliata.

L'art. 1, lett. g), della versione ufficiale in lingua inglese della Convenzione di Vienna si riferisce alla consegna controllata (*Controlled Delivery*), definita come

> «*the technique of allowing illicit or suspect consignments of narcotic drugs, psychotropic substances, substances in Table I and Table II annexed to this Convention, or substances substituted for them, to pass out of, through or into the territory of one or more countries, with the knowledge and under the supervision of their competent authorities, with a view to identifying persons involved in the commission of offences established in accordance with article 3, paragraph 1 of the Convention*».

La disciplina di tale tecnica investigativa è invece dettata dall'art. 11 della Convenzione[43].

Tuttavia, non si può fare a meno di constatare l'affiorare di una *certa confusione terminologica*, nata proprio dalla Convenzione di Vienna, che non ha mancato di lasciare tracce anche successivamente, in particolare nelle Convenzioni di Palermo del 2000 e di Merida del 2004.

La versione in lingua francese della convenzione, infatti, a differenza di quella in inglese, non si riferisce alla consegna controllata, bensì alla «*livraison surveillée*». Anche la traduzione italiana della convenzione, pur non ufficiale, si riferisce alla «consegna sorvegliata». Si tratta di una slabbratura il cui spessore emerge se si considera che

[42] *United Nations convention against illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances*, 1988. Una traduzione non ufficiale in italiano è invece disponibile a: <http://www.politicheantidroga.gov.it/media/1237/050-l-5_11_1990-n-328.pdf> (ultimo accesso novembre 2020).

[43] V. *infra*, Cap. III, sez. I, § 1.1.1.

nell'ordinamento francese il legislatore ha distinto i due istituti in sede di recepimento della Convenzione di Vienna.

Nella legge francese è infatti specificato che la consegna sorvegliata implica una attività di *osservazione meramente passiva* da parte della autorità pubblica, che si limita a individuare, seguire e documentare le transazioni illecite senza intervenire. Al contrario, nell'ipotesi di consegna controllata (in francese *livraison controllée*) la polizia gioca un *ruolo attivo*, inserendosi nelle operazioni di consegna[44].

La discrasia linguistica tra la versione in lingua inglese e quella in lingua francese caratterizza anche l'art. 20 della *Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale* del 2000 (nota anche come Convenzione di Palermo o con l'acronimo UNTOC, formato dalle iniziali del nome inglese del trattato, *United Nations Convention against Transnational Organised Crime*)[45], che nella versione inglese menziona la «*controlled delivery*» (consegna controllata), mentre in quella francese parla di «*livraison surveillée*» (consegna sorvegliata).

La consegna controllata/sorvegliata è, peraltro, l'unica tecnica investigativa speciale, tra quelle menzionate nell'art. 20, espressamente definita all'art. 2, lett. i), in cui – nella versione inglese – si legge che

> «*"Controlled delivery" shall mean the technique of allowing illicit or suspect consignments to pass out of, through or into the territory of one or more States, with the knowledge and under the supervision of their competent authorities, with a view to the investigation of an offence and the identification of persons involved in the commission of the offence*».

La definizione, similmente a quella della Convenzione di Vienna, sembrerebbe in effetti più confacente alla nomenclatura *consegna sorvegliata*, visto che si allude a un'attività meramente passiva, di monitoraggio, da parte della polizia.

Questa lettura pare trovare conferma nel Modello di previsioni legislative redatto in inglese dallo *United Nations Office on drugs and crime* di Vienna per coadiuvare gli

[44] Ne danno conto, riportando anche i testi normativi francesi, A. BALSAMO, A. SALEMME, *La criminalità organizzata transfrontaliera (narcotraffico) – Cooperazione internazionale*, in A. BARGI (a cura di), *Il doppio binario nell'accertamento dei fatti di mafia*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 90-92. Si veda anche G. MELILLO, C. MOTTA, *Linee di una possibile evoluzione normativa della figura dell'agente provocatore*, in *Arch. nuov. proc. pen.*, 2001, p. 133. Sulla distinzione tra consegna controllata e consegna sorvegliata si rinvia altresì a G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo: da Eurojust all'ordine di indagine*, CEDAM, Padova, 2017, p. 323.

[45] *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, Palermo, 15.11.2000.

Stati contraenti nel recepimento della Convenzione di Palermo. Nel documento citato si puntualizza che la consegna controllata è utile soprattutto nei casi in cui vengano intercettate delle merci di contrabbando. Queste potranno infatti essere tracciate dalle forze dell'ordine affinché le consegne ai successivi acquirenti avvengano sotto sorveglianza, in modo da identificare tali soggetti o osservare la successiva distribuzione nell'ambito dell'organizzazione criminale eventualmente coinvolta[46].

La consegna controllata/sorvegliata (come si vede, l'ambiguità lessicale ha un peso notevole nel delineare il significato dell'art. 20) è annoverata tra le tecniche investigative speciali che ciascuno Stato contraente deve adottare, se permesso dai principi fondamentali del suo ordinamento interno e nei limiti stabiliti dalla sua legislazione, insieme ad altri strumenti quali la sorveglianza elettronica e le operazioni sotto copertura[47].

La formulazione delle disposizioni della UNTOC pare significativa per due ordini di ragioni: innanzitutto, nell'art. 20 la consegna controllata è la prima tecnica menzionata e precede l'inciso «*where it deems appropriate*». Per la consegna controllata/sorvegliata la Convenzione sembra quindi richiedere *meno cautela* da parte degli Stati, a differenza che per le altre tecniche investigative speciali, da prevedere solo laddove «siano ritenute appropriate» dagli Stati stessi. Ciò potrebbe spiegarsi proprio considerando che le consegne controllate/sorvegliate erano già state previste in materia di contrasto al narcotraffico e non si presentavano, quindi, come una novità per gli Stati contraenti. Oppure, in ossequio alla terminologia francese, la minore cautela potrebbe spiegarsi proprio per la mera passività della consegna sorvegliata, collocata al primo posto in una

[46] United Nations Office on Drugs and Crime, International Monetary Fund, *Model legislation on money laundering and financing of terrorism*, 1 December 2005, disponibile a: <https://www.unodc.org/documents/moneylaundering/2005%20UNODC%20and%20IMF%20Model%20Legislation.pdf>, p. 60 (ultimo accesso novembre 2020). Rispetto alla definizione contenuta nella Convenzione di Vienna, nella disposizione appena citata non è individuato l'oggetto della consegna illecita o sospetta e, per quanto riguarda la finalità, si allude non solo all'identificazione delle persone coinvolte nella commissione di un reato, ma anche, più in generale, allo scopo di condurre una indagine riguardo a un crimine, formulazione che lascia pensare si faccia riferimento ad un'azione illecita già individuata e non a un indefinito scopo di indagare circa la commissione di reati.

[47] Per maggiore chiarezza espositiva si riporta il testo del co. 1 dell'art. 20 della Convenzione di Palermo: «*If permitted by the basic principles of its domestic legal system, each State Party shall, within its possibilities and under the conditions prescribed by its domestic law, take the necessary measures to allow for the appropriate use of controlled delivery and, where it deems appropriate, for the use of other special investigative techniques, such as electronic or other forms of surveillance and undercover operations, by its competent authorities in its territory for the purpose of effectively combating organized crime*».

scala crescente che passa per la sorveglianza elettronica e termina con le operazioni sotto copertura[48].

L'ambiguità consegna controllata/sorvegliata si ritrova anche nella *Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione* del 2004, nota come Convenzione di Merida o con l'acronimo UNCAC (*United Nations Convention Against Corruption*)[49]. Ancora una volta, nella versione in lingua inglese si parla di consegna controllata, mentre in quella in lingua francese il riferimento è alla «*livraison surveillée*».

La confusione terminologica tra consegna controllata e sorvegliata sembra riguardare anche gli atti del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea in cui questa tecnica investigativa è inclusa. *Controlled delivery* è, infatti, la rubrica dell'art. 18 del *Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale* del 2001[50], mentre di «forniture sorvegliate» parla la versione ufficiale in italiano dell'*Accordo di Schengen* del 2000, il cui art. 73 recita:

> «Conformemente alla propria Costituzione ed al proprio ordinamento giuridico nazionale, le Parti contraenti si impegnano a prendere misure per permettere le forniture sorvegliate, nell'ambito del traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope».

Ancora, la rubrica dell'art. 12 della *Convenzione stabilita dal Consiglio conformemente all'articolo 34 del trattato sull'Unione europea, relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea* del 2000 è *Controlled deliveries* nella versione inglese, *Livraisons surveilleées* in quella francese, *Consegne sorvegliate* nella traduzione ufficiale italiana. Tale disposizione prevede che ciascuno Stato membro debba impegnarsi a garantire la possibilità di effettuare consegne sorvegliate nel suo territorio, su richiesta di un altro Stato membro[51].

La Convenzione da ultimo citata non detta una definizione di consegne sorvegliate, ma sui siti istituzionali dell'Unione europea essa è descritta come la «tecnica di permettere l'esecuzione di consegne illegali o sospette dal, attraverso il o nel territorio di uno o più Stati, con la conoscenza e sotto la vigilanza delle loro autorità competenti, al

---

[48] A. BALSAMO, A. SALEMME, *La criminalità organizzata transfrontaliera (narcotraffico) – Cooperazione internazionale*, cit., p. 86.

[49] *United Nations Convention against Corruption* (UNCAC), Merida, 31.10.2003.

[50] *Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale*, Strasburgo, 08.11.2001.

[51] *Convenzione stabilita dal Consiglio conformemente all'articolo 34 del trattato sull'Unione europea, relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, 12.7.2000.

fine di compiere indagini su un reato e identificare le persone coinvolte nel compimento dello stesso»[52]. Sembra, quindi, che si faccia riferimento a un'attività esclusivamente passiva della forza pubblica.

In italiano l'espressione inglese *controlled delivery* è stata quindi tradotta alternativamente con le locuzioni «consegna controllata» o «consegna sorvegliata», con una preferenza per la seconda nelle versioni ufficiali degli atti dell'Unione europea, conformemente all'espressione usata in francese.

In ambito europeo l'inquietudine linguistica generata dalla discrasia tra le versioni in inglese e in francese degli atti sovranazionali appena considerati può dirsi sopita a seguito dell'emanazione della *Direttiva europea del 2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale* e del *Regolamento del 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea*[53]. Infatti le versioni in lingua inglese e quella in lingua francese sia dell'art. 28, par.1, lett. b), della direttiva sia dell'art. 30, co. 1, lett. f) del regolamento sono finalmente concordi nel menzionare la consegna controllata: si parla di «*livraisons contrôlées*» e di «*controlled deliveries*», coerentemente tradotta in italiano come *consegne controllate*.

In ogni caso, nessuna delle due espressioni – né consegna controllata né consegna sorvegliata – è mai stata utilizzata dal legislatore italiano, che ha fatto ricorso ad autonome scelte lessicali.

L'art. 97 d.P.R. n. 309/1990 (c.d. *Testo unico delle disposizioni in materia di stupefacenti*), figlio dell'art. 84-*bis* della l. n. 685/1975, introdotto nel 1990, è infatti rubricato *Acquisto simulato*. Il successivo art. 98, frutto del medesimo intervento riformatore, *Ritardo o omissione di atti d'ufficio*.

Il citato art. 97 del T.U. sulla droga è stato a suo tempo considerato il primo «modello legislativo di agente provocatore»[54]. Il testo originario del primo comma recitava:

---

[52] La definizione riportata è tratta dalla sintesi ufficiale del contenuto della Convenzione citata, disponibile a: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/LSU/?uri=celex:42000A0712(01)> (ultimo accesso novembre 2020).

[53] *Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale*, 3.4.2014; *Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea*, 12.10.2017.

[54] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 268.

> «Fermo il disposto dell'art. 51 del codice penale, non sono punibili gli ufficiali di polizia giudiziaria addetti alle unità specializzate antidroga, i quali, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti dalla presente legge ed in esecuzione di operazioni anti-crimine specificatamente disposte dal Servizio centrale antidroga o, d'intesa con questo, dal questore o dal comandante del gruppo dei Carabinieri o della Guardia di finanza o dal comandante del nucleo di polizia tributaria, procedono all'acquisto di sostanze stupefacenti o psicotrope».

In armonia con la rubrica della norma, l'accento è posto sulla *condotta attiva* degli ufficiali di polizia giudiziaria, che rispettando la procedura descritta dalla norma stessa possono procedere all'acquisto di sostanze illecite, integrando la condotta punita dall'art. 73 T.U. stup.

Particolarmente interessanti paiono proprio i termini prescelti dal legislatore, in particolare la rubrica *Acquisto simulato*[55]. Tale espressione si ricollega al *fictus emptor*, che – come accennato – emerge in dottrina e giurisprudenza a partire dal secondo dopoguerra quale *figura specifica di agente provocatore* rispetto ai reati-contratto, in particolare proprio lo spaccio di sostanze stupefacenti. Il riferimento alla *finzione* presente nel latinismo si trasfigura, nella disposizione italiana citata, in un richiamo alla *simulazione*, che nel significato comune allude a «qualsiasi atto o atteggiamento che tende a far sorgere in altri un falso giudizio»[56].

Nel linguaggio tecnico-giuridico, tale termine assume un significato peculiare, che risulta tuttavia diverso se calato nell'ambito del diritto civile e in quello del diritto penale. II codice civile disciplina la simulazione contrattuale, distinguendo quella assoluta da quella relativa, rispettivamente nel primo e nel secondo comma dell'art. 1414:

> «1. Il *contratto simulato* non produce effetto tra le parti.
> 2. Se le parti hanno voluto concludere un contratto diverso da quello apparente, ha effetto tra esse il contratto dissimulato, purché ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma.
> 3. Le precedenti disposizioni si applicano anche agli atti unilaterali destinati a una persona determinata, che siano simulati per accordo tra il dichiarante e il destinatario»[57].

[55] Sebbene l'art. 97 T.U. stup. non tipizzi una figura di reato, sembra di poter percepire anche nella rubrica di questa disposizione la «forza intensionale» della rubrica, la cui importanza è stata evidenziata da Carlo Sotis. L'A. ha infatti affermato, anche sulla base di alcuni importanti *dicta* della Corte costituzionale, che «la rubrica dell'articolo, che è parte del testo, se può connotare la fattispecie, allora deve connotare la fattispecie». *Mutatis mutandis*, anche nel caso della norma in esame, la rubrica connota la figura di *fictus emptor* descritta nella norma e si atteggia – per dirla ancora una volta con Carlo Sotis – da «servo loquace» della fattispecie. V. C. SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, (4), pp. 1379-1382.

[56] La definizione citata del vocabolo «Simulazione» è tratta dal *Vocabolario Treccani online*, disponibile a: <http://www.treccani.it/vocabolario/simulazione/> (ultimo accesso novembre 2020).

[57] Corsivo aggiunto.

La simulazione civilistica, quindi, sia essa assoluta o relativa, implica sempre un *accordo simulatorio* tra almeno due parti, ossia la reciproca intesa sulla divergenza tra contratto stipulato ed effetti. Tale intesa è ovviamente assente nel caso dell'acquisto simulato di stupefacenti, che, ben lungi dall'essere caratterizzato da una comunanza di interessi delle parti contrattuali, si distingue per la *riserva mentale* dell'acquirente-poliziotto, ai danni del venditore[58].

Il codice penale contempla invece l'ipotesi delittuosa della simulazione di reato all'art. 367, il quale punisce chiunque, con denuncia, querela, richiesta o istanza, anche se anonima o sotto falso nome, diretta all'Autorità giudiziaria o a un'altra Autorità che a quella abbia obbligo di riferirne, afferma falsamente essere avvenuto un reato, ovvero simula le tracce di un reato, in modo che si possa iniziare un procedimento penale per accertarlo con la reclusione da uno a tre anni.

La scelta della parola *simulazione* nell'art. 97 T.U. stup. non pare riconducibile a nessuna di queste due "simulazioni", né a quella civilistica né alla simulazione di reato tipizzata dal codice penale. Piuttosto, essa pare legata alla ormai tradizionale figura del "finto compratore" già conosciuta dalla dottrina e giurisprudenza. L'ufficiale di polizia giudiziaria è infatti chiamato a *mimetizzarsi* per mantenere la copertura e *fingere, simulare* di essere interessato all'acquisto di sostanze stupefacenti o psicotrope in modo da individuare e raccogliere prove contro il venditore[59].

Si è visto nei precedenti paragrafi che le origini dell'espressione *fictus emptor* sono da ricondurre alla dottrina e alla giurisprudenza non solo italiane, ma anche francesi e tedesche, chiamate a confrontarsi a partire dal secondo dopoguerra, prima che nei rispettivi ordinamenti fosse introdotto un addentellato normativo *ad hoc*, con operazioni di polizia nell'ambito delle quali un soggetto si fingeva acquirente della droga, essendo in realtà un collaboratore dell'autorità pubblica che agiva al fine di far arrestare il venditore.

In Italia, fino all'introduzione dell'art. 97, la giurisprudenza riteneva non punibili solo condotte di mera osservazione e controllo da parte della polizia, ricondotte alla

[58] G. RITUCCI, *La disciplina dell'acquisto simulato ex art, 97 T.U. n. 309/1990*, in *Cass. pen.*, (4), 1993, p. 994.

[59] *Cfr.* N. VENTURA, *Le investigazioni under cover della polizia giudiziaria*, Cacucci, Bari, 2008, pp. 15-16.

scriminante dell'adempimento del dovere *ex* art. 51 c.p. e desumendo i doveri della polizia giudiziaria dall'art. 55 c.p.p.[60].

La scelta del legislatore italiano di riferirsi alla simulazione, certamente influenzata dalla diffusione in giurisprudenza della figura del *fictus emptor*, sembra voler evidenziare la *liceità della condotta* dell'ufficiale di polizia giudiziaria che acquista "per finta" sostanze stupefacenti. Il legislatore vorrebbe cioè sottolineare come la non punibilità prevista dalla norma sia giustificata dal fatto che l'ufficiale acquirente non sta in realtà commettendo un reato, poiché sta ponendo in essere solo una *finta condotta*, un *finto acquisto*.

In effetti proprio il riferimento alla simulazione ha condotto autorevole dottrina a ritenere che la non punibilità *ex* art. 97 T.U. stupefacenti non fosse da ricondurre alla sussistenza di una causa di giustificazione, ma alla *mancanza di tipicità* dovuta alla presenza di una sorta di "contro-dolo specifico", ravvisabile nel fine di raccogliere prove. Altri hanno sostenuto che in caso di acquisto simulato difetterebbe il requisito della idoneità della condotta a creare il pericolo per la salute dei consumatori.

Tuttavia, la tesi della causa di esclusione del tipo non ha avuto successo tra gli interpreti, poiché si è ribattuto che se l'acquisto fosse un "finto acquisto" lo sarebbe anche per il privato collaboratore della polizia, non solo per l'ufficiale di polizia giudiziaria. Il requisito soggettivo previsto dalla norma non avrebbe dunque ragione di essere previsto[61]. Come si vedrà, ha quindi prevalso la tesi secondo cui l'art. 97, e parimenti l'art. 98, prevederebbe una speciale causa di giustificazione[62].

Nondimeno, il legislatore ha mantenuto il riferimento alla simulazione in alcune previsioni legislative emanate negli anni Novanta per facoltizzare anche in settori diversi da quello del traffico di stupefacenti l'acquisto o altre condotte da parte della polizia giudiziaria al fine di acquisire elementi di prova.

In particolare, in rapporto di «marcato parallelismo»[63] con l'art. 97 T.U. stup. si collocava il già citato art. 12-*quater* d.l. n. 306/1992, convertito con modificazioni dalla l. n. 356/1992, rubricato *Ricettazione di armi, riciclaggio e reimpiego simulati* (abrogato

[60] V. *infra*, sez. II, § 4.1.
[61] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., pp. 272-274.
[62] V. *infra*, Cap. III, sez. II, § 1.
[63] L. RISICATO, *L'acquisto simulato di droga nell'ambigua cornice dell'agente provocatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, (4), p. 1595.

con l'art. 9 l. 146/2006). Tale disposizione prevedeva la non punibilità degli ufficiali di polizia giudiziaria della Direzione investigativa antimafia o dei servizi centrali e interprovinciali della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della Guardia di Finanza i quali, «al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti di cui agli articoli 648-bis e 648-ter del codice penale, procedono alla sostituzione di denaro, beni o altre utilità provenienti da taluno dei delitti indicati nei suddetti articoli, o altrimenti procedono in modo da ostacolarne l'identificazione della provenienza ovvero in modo da consentirne l'impiego» (primo comma), né sono punibili se, «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» (secondo comma). Il riferimento alla simulazione appariva quindi solo nella rubrica della norma, esattamente come nell'art. 97 T.U. stup.

Al contrario, l'art. 14 della l. 3 agosto 1998, n. 269 (tuttora vigente), la cui rubrica recita *Attività di contrasto*, menziona l'acquisto simulato nel corpo del testo del primo comma, il quale prevede che:

> «Nell'ambito delle operazioni disposte dal questore o dal responsabile di livello almeno provinciale dell'organismo di appartenenza, gli ufficiali di polizia giudiziaria delle strutture specializzate per la repressione dei delitti sessuali o per la tutela dei minori, ovvero di quelle istituite per il contrasto dei delitti di criminalità organizzata, possono, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 600-ter, commi primo, secondo e terzo, e 600-quinquies del codice penale, introdotti dalla presente legge, procedere all'acquisto simulato di materiale pornografico e alle relative attività di intermediazione, nonché partecipare alle iniziative turistiche di cui all'articolo 5 della presente legge. Dell'acquisto è data immediata comunicazione all'autorità giudiziaria che può, con decreto motivato, differire il sequestro sino alla conclusione delle indagini».

A proposito di acquisto simulato, merita infine osservare come nella giurisprudenza della Corte EDU in lingua inglese l'acquisto di sostanze stupefacenti da parte della polizia al fine di assicurare il venditore alla giustizia venga definito «*test purchase*»[64], espressione da cui traspare – forse più chiaramente che nell'espressione

[64] Corte EDU, sez. I, 15.12.2005, *Vanyan c. Russia*; Corte EDU, sez. I, 4.11.2010, *Bannikova c. Russia*; Corte EDU, sez. I, 2.10.2012, *Veselova and others c. Russia;* Corte EDU, sez. IV, 14.2.2017, *Pătraşcu c. Romania.*

italiana – il fine peculiare della transazione, utilizzata in un certo senso per *testare* una delle parti.

Tornando ora per un attimo al Testo unico in materia di stupefacenti, occorre considerare l'art. 98, il quale disciplina il ritardo o l'omissione di atti d'ufficio. Come già visto in ordine all'art. 97, il legislatore italiano non utilizza la terminologia delle convenzioni internazionali – consegna controllata e consegna sorvegliata –, sulla quale, peraltro, aleggia una certa opacità a causa della discrepanza tra i testi degli atti in lingua inglese e in lingua francese. Pare quindi opportuno provare a fare chiarezza sulle corrispondenze tra istituti. Sembra infatti potersi rilevare un *parallelismo* tra consegna controllata, intesa come tecnica investigativa attiva, e acquisto simulato, da un lato, e consegna sorvegliata e ritardo e omissione di atti d'ufficio, dall'altro[65].

I primi due commi dell'art. 98 cit. prevedono la possibilità di ritardare o omettere gli atti di cattura, di arresto o di sequestro di competenza rispettivamente dell'autorità e della polizia giudiziaria (che deve comunque darne immediato avviso all'autorità giudiziaria) «quando sia necessario per acquisire rilevanti elementi probatori ovvero per l'individuazione o la cattura dei responsabili dei delitti di cui agli articoli 73 e 74». Il comma 3, poi, riecheggia più chiaramente le disposizioni delle convenzioni internazionali:

> «L'autorità giudiziaria impartisce alla polizia giudiziaria le disposizioni di massima per il controllo degli sviluppi dell'attività criminosa, comunicando i provvedimenti adottati all'autorità giudiziaria competente per il luogo in cui l'operazione deve concludersi, ovvero per il luogo attraverso il quale si prevede sia effettuato il transito in uscita dal territorio dello Stato, ovvero quello in entrata nel territorio dello Stato, delle sostanze stupefacenti o psicotrope e di quelle di cui all'art. 70».

Il riferimento al ritardo o omissione di atti d'ufficio si ritrova anche nella legislazione successiva, in particolare nell'art. 10 del d.l. n. 419/1991, in materia di sequestro di persona a scopo di estorsione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o altre utilità di provenienza illecita, e nei commi 6 e 7 dell'art. 9, l. n. 146/2006, la "norma catalogo" in cui sono state riunite (quasi) tutte le ipotesi di operazioni sotto copertura progressivamente introdotte a partire dagli anni Novanta del secolo scorso. In particolare,

[65] Come notato in dottrina, le consegne sorvegliate «possono anche porsi al di fuori di una specifica attività di infiltrazione, in quanto si caratterizzano per una attività "passiva" di monitoraggio in tempo reale della condotta criminale, che integra una omissione o un ritardo nel sequestro del corpo del reato o nell'arresto dei sospettati, eppure nelle stesse risulta assente qualsiasi compartecipazione nell'illecito». Così G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 323.

nell'ultima parte del comma 7 è agevole riconoscere il riferimento all'ipotesi della consegna sorvegliata[66], sebbene non venga menzionata con questo *nomen juris*.

1.3.2. Operazioni sotto copertura, infiltrazione, *police incitement*

La terminologia prescelta dal legislatore italiano negli anni Novanta non coincideva con quella utilizzata dalle fonti sovranazionali. In seguito, però, lo scenario è mutato – almeno con riferimento all'acquisto simulato – in quanto il legislatore ha abbandonato quest'ultima locuzione e ha iniziato a riferirsi alle *operazioni sotto copertura*.

I semi di tale trasformazione germogliano a partire dal già citato art. 12-*quater* d.l. 306/1992. La dottrina più attenta ha infatti evidenziato che sebbene la norma ricalcasse la formula dell'art. 97 T.U. stup., «le condotte consentite nella fattispecie in esame [erano] tali da incidere significativamente sulla categoria dell'agente provocatore così come tradizionalmente ricostruita, trasformandola in modo definitivo»[67].

A partire dal 1992, dunque, il riferimento alle *operazioni sotto copertura* inizia a imporsi e, in una sorta di eterogenesi dei fini, finisce per ricomprendere anche le ipotesi identificate dalla dottrina al momento della loro introduzione come vere e proprie attività di provocazione, in particolare l'acquisto di droga da parte della polizia, che rimane peraltro una delle fattispecie più frequenti nella prassi e di cui si è spesso occupata anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il legislatore italiano questa volta riprende la terminologia delle convenzioni internazionali già citate nonché di atti dell'Unione europea, i quali, oltre alle consegne controllate, prevedono appunto le operazioni sotto copertura.

A partire dall'inizio del nuovo secolo, di pari passo con l'emersione e la diffusione normativa delle locuzioni "attività" o "operazioni sotto copertura", si diffonde, peraltro, tanto nell'ordinamento interno, quanto a livello sovranazionale, anche il riferimento alle *attività di infiltrazione*.

U*ndercover operations*, *covert investigations*, *sting operations* e *infiltration* sono espressioni da decenni in uso negli Stati Uniti, dove – come accennato e come si vedrà

---

[66] B. PIATTOLI, *Tecniche speciali 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*, IPSOA, Milano, 2007, p. 368.

[67] C. DE MAGLIE, *Gli "Infiltrati" nelle organizzazioni criminali: due ipotesi d'impunità*, cit., p. 1056.

più approfonditamente nel prosieguo – non è invalso il riferimento alla figura dell'agente provocatore. Nelle Convenzioni internazionali, e ora anche nell'ordinamento interno, dunque, si ritrova una terminologia più affine a quella americana.

Per quanto riguarda i trattati elaborati sotto l'egida delle Nazioni Unite, il già menzionato art. 20 della Convenzione di Palermo annovera le «*undercover operations*» tra le tecniche investigative speciali che gli Stati contraenti sono chiamati ad adottare. A differenza delle consegne controllate, le operazioni sotto copertura sono menzionate dopo l'inciso «*when it deems appropriate*», che pare suggerire più cautela nel ricorso a tale strumento.

Nel *Modello di previsioni legislative contro il crimine organizzato* elaborato dall'Ufficio delle Nazioni Unite sulla droga e sul crimine, l'art. 15, sotto la rubrica *Infiltration*, detta una norma del seguente tenore, distinta da quella sulle consegne controllate:

> «*For the purpose of this article, infiltration consists of surveillance of persons suspected of committing offences covered by these model legislative provisions, carried out by [specialized] designated officers acting as participants to those offences. To that end, designated officers are authorized to use an assumed identity. They cannot act in a way that instigates the commission of offences*»[68].

Il precedente art. 14 si occupa delle identità di copertura (*assumed identity*, letteralmente traducibile con "identità che si finge di avere").

Anche nel *Modello di previsioni legislative contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo* è contenuta una previsione sulle operazioni sotto copertura e le consegne controllate, in questo caso tenute distinte le une dalle altre, pur se presenti all'interno dalla medesima disposizione (art. 4.1.2)[69]:

> «*No punishment may be imposed on officials competent to investigate money laundering and financing of terrorism who, for the purpose of obtaining evidence relating to these offences or the tracing of proceeds of crime, perform acts which might be construed as elements of money laundering and financing of terrorism in connection with carrying out an undercover operation or a controlled delivery*».

---

[68] United Nations Office on Drugs and Crime, *Model Legislative Provisions against Organized Crime*, New York, 2012, disponibile a: <https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Model_Legislative_Provisions_UNTOC_Ebook.pdf>, pp. 59 ss. (ultimo accesso novembre 2020). La norma sull'infiltrazione è l'art. 15 delle previsioni suggerite, mentre alle consegne controllate è dedicato l'art. 13.

[69] United Nations Office on Drugs and Crime, International Monetary Fund, *Model legislation on money laundering and financing of terrorism*, cit.

La distinzione tra operazioni sotto copertura e consegna controllata si ritrova poi nella *Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione*, il cui art. 50 – come già evidenziato – ricalca in gran parte l'art. 20 della Convenzione di Palermo, ed è ripresa altresì dagli atti emanati nell'ambito del Consiglio d'Europa.

In particolare, il già citato *Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale* del 2001 (di cui non è disponibile una traduzione ufficiale in lingua italiana), oltre a una disposizione dedicata alla consegna controllata (art. 18), prevede all'art. 19, rubricato *Covert investigations*, la possibilità per gli Stati di assistersi vicendevolmente nella conduzione di indagini penali da parte di ufficiali che agiscono sotto copertura o con una falsa identità (in inglese «*false identity*»).

Anche l'art. 14 della *Convenzione stabilita dal Consiglio conformemente all'articolo 34 del trattato sull'Unione europea, relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea* è dedicato alle *Covert investigations*, locuzione che nella versione italiana ufficiale è tradotta con «Operazioni di infiltrazione». Il primo comma della norma recita:

> «1. Lo Stato membro richiedente e lo Stato membro richiesto possono convenire di collaborare tra di loro per lo svolgimento di indagini sulla criminalità da parte di infiltrati o sotto falsa identità (operazioni di infiltrazione)».

La stessa traduzione si ritrova nella citata *Direttiva del 2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale*, il cui art. 29 prevede che tale ordine possa essere emesso per chiedere assistenza «nello svolgimento di indagini sulla criminalità da parte di agenti infiltrati o sotto falsa identità («operazioni di infiltrazione»)». Anche in questo caso nella versione inglese è utilizzata la dizione «*covert investigations*».

Tuttavia, nelle disposizioni normative emanate dopo il 2000 il legislatore italiano non ha mai fatto riferimento alle operazioni di infiltrazione, preferendo riferirsi dapprima alle *attività*, e poi alle *operazioni* sotto copertura, che sono divenute una sorta di "contenitore" all'interno del quale vengono racchiuse anche tecniche investigative che – come visto – rimangono separate nelle fonti sovranazionali, in particolare la consegna controllata.

La rubrica *Attività sotto copertura* compare per la prima volta nell'art. 4 del d.l. n. 374/2001, convertito con modificazioni con l. n. 438/2001, in materia di terrorismo internazionale. Viene poi utilizzata anche nell'art. 10 della l. n. 228/2003, che aveva

esteso l'ambito di applicazione del suddetto art. 4 anche «ai procedimenti per i delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale, nonché dall'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75».

Il legislatore con l'art. 4-*terdecies* d.l. n. 272/2005, convertito con modificazioni con l. n. 49/2006, ha poi modificato anche la rubrica dell'art. 97 T.U. stup. sostituendo il riferimento all'acquisto simulato con l'espressione *Attività sotto copertura*.

Nel corpo del testo delle norme appena citate compariva però il riferimento alle *operazioni*: le attività facoltizzate dall'art. 4 d.l. n. 374/2000 potevano infatti essere poste in essere solo nell'ambito di «specifiche operazioni di polizia previamente autorizzate». Ancora più pregnante è l'utilizzo del termine "operazioni" nell'art. 10 l. n. 228/2003, come modificato dall'art. 1-*ter*, co. 2, l. n. 271/2004, che ha aggiunto un secondo periodo in base al quale: «Le *operazioni* indicate nei commi 1 e 2 del medesimo articolo 4 sono effettuate dagli 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 loro competenze».

La locuzione "operazioni sotto copertura" finisce dunque per prevalere solo a partire dal 2006, quando viene scelta come rubrica dell'art. 9 l. n. 146/2006, la norma che tuttora detta lo "statuto" delle operazioni sotto copertura, appunto, nell'ordinamento italiano.

Oltre a facoltizzare una serie tassativa di condotte poste in essere da determinati soggetti e nel rispetto di una dettagliata procedura, l'art. 9 si occupa anche del ritardo o omissione di atti d'ufficio e di "operazioni" riconducibili alle consegne controllate disciplinate dalle Convenzione internazionali, soprattutto da quando l'art. 98 del T.U. stup. è stato abrogato e l'art. 97 rinvia proprio all'art. 9.

Dall'analisi svolta emerge, dunque, che negli atti internazionali ed europei è finora sempre stata mantenuta la distinzione tra *consegne controllate* o *sorvegliate* (*controlled delivery*) e *operazioni sotto copertura* (*covert investigations*, tradotto in italiano con *operazioni di infiltrazione*), mentre nell'ordinamento interno questa distinzione non trova riscontro.

Tale assunto sembra essere comprovato anche dai più recenti atti legislativi di recepimento rispettivamente della *Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea* del 2000 (d.lgs. n. 52/2017) e

della *direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale* (d.lgs. n. 108/2017).

L'art. 16 d.lgs. n. 52 cit., sotto la rubrica *Ritardo o omissione degli atti di sequestro, arresto e fermo e attività di indagine sotto copertura* prevede che «Le consegne sorvegliate di cui all'articolo 12 della convenzione e le operazioni di infiltrazione di cui all'articolo 14 della convenzione sono regolate dall'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n.146».

Similmente, l'art. 21 d.lgs. n. 108 cit., questa volta rubricato *Operazioni sotto copertura*, stabilisce che gli ordini europei di indagine penale aventi ad oggetto il compimento di tali operazioni debbano essere riconosciuti ed eseguiti nel rispetto dell'art. 9 l. n. 146/2006.

Negli atti di recepimento, dunque, la distinzione tra le diverse tecniche investigative *sfuma* nella trama unitaria del suddetto art. 9 l. n. 146/2006, il quale è sì rubricato *Operazioni sotto copertura*, ma in realtà racchiude anche la disciplina degli strumenti che nelle convenzioni internazionali continuano a essere separatamente disciplinati e denominati.

Nell'ordinamento interno la locuzione *operazioni sotto copertura* sembrerebbe essere divenuta una sorta di "locuzione ombrello", sotto la quale trovano spazio diversi strumenti investigativi. Una funzione simile a quella che sul piano internazionale è svolta dal *nomen* «*tecniche speciali di investigazione*»[70], il quale lascia trasparire più nettamente l'aspetto processuale e procedurale che quello sostanziale.

In realtà, anche nell'art. 9, che sotto questo profilo raccoglie l'eredità delle disposizioni previgenti, si nota «una tendenza a "proceduralizzare" la materia, regolando in modo sempre più dettagliato presupposti e requisiti formali delle attività undercover, e delineando una sorta di procedimento di attivazione delle suddette operazioni»[71]. Per tale ragione, le scriminanti in materia di operazione sotto copertura sono anche state definite

[70] L'espressione tecniche investigative speciali comprende però anche tecniche diverse da quelle sotto copertura, quali, ad esempio, le intercettazioni telefoniche e la sorveglianza elettronica, accomunate dalla particolare invasività e dalla maggiore segretezza rispetto alle tecniche investigative ordinarie.

[71] B. PIATTOLI, *Tecniche speciali di investigazione nel crimine organizzato transnazionale…*, cit., p. 365.

«scriminanti a forma vincolata»[72] e non manca chi le riconduca alle c.d. scriminanti procedurali[73].

I *nomina juris infiltrazione* e *operazioni sotto copertura* finiscono per coprire il medesimo campo semantico, racchiudendo una serie di attività svolte "nascondendosi" al fine di raccogliere prove in ordine ai reati compresi nell'ambito di applicazione delle norme prese in considerazione.

Sotto l'ombrello delle operazioni sotto copertura finiscono per ricadere anche le fattispecie, in particolare quella inizialmente introdotta con l'art. 97 T.U. stup., interpretate pacificamente al momento della loro emanazione come ipotesi particolari di provocazione. Basti pensare che molti esponenti della dottrina avevano salutato la norma con favore proprio perché consentiva di superare il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui l'agente di polizia che fosse intervenuto in qualità di "agente provocatore"[74] non era punibile solo qualora il suo intervento fosse stato «indiretto e marginale nell'ideazione ed esecuzione del fatto, risolvendosi essenzialmente in un'attività di controllo, di osservazione e di contenimento dell'altrui azione illecita»[75]. Al contrario era ritenuto «punibile, come concorrente nel reato, colui che avesse svolto una attività di istigazione avente efficacia concausale (materiale o psichica) nella progettazione e commissione dei delitti»[76].

Non erano comunque mancati coloro che sostenevano che la fattispecie *ex* art. 97 T.U. stup. non potesse considerarsi rientrante nella nozione di agente provocatore e che

---

[72] Così F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti: principio di legalità e cause di giustificazione necessità e limiti*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 147.

[73] In ordine al dibattito su tale questione si rinvia a A. SAVARINO, Extremis malis, extrema remedia*: l'infiltrazione investigativa quale forma di esercizio autorizzato di poteri coercitivi, in funzione di contrasto della corruzione*, in *Legislazione penale*, 29 ottobre 2020, pp. 14 ss.

[74] Le virgolette si giustificano per l'ampiezza della nozione di agente provocatore citata nel filone giurisprudenziale in commento. La figura descritta e ritenuta non punibile dalla Cassazione prima dell'entrata in vigore dell'art. 97 T.U. stup. non pare infatti inquadrabile nel concetto di provocazione come "causazione" del reato, dovendo essere più correttamente *nominata* come figura di infiltrato. In proposito si veda v. R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 105-106.

[75] G. AMATO, G. FIDELBO, *La disciplina penale degli stupefacenti*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 528-529, a cui si rinvia anche per gli abbondanti riferimenti giurisprudenziali. V. anche sul punto S. GRILLO, *Commento agli artt. 97 e 98 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 - Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*, in C. E. PALIERO, F. PALAZZO (a cura di), *Commentario breve alle Leggi penali complementari*, CEDAM, Padova, 2007, p. 97;

[76] G. AMATO, G. FIDELBO, *La disciplina penale degli stupefacenti*, cit., p. 529.

la non punibilità del *fictus emptor* dovesse quindi ritenersi confinata ai casi in cui costui non avesse contribuito con rilevanza causale alla commissione del fatto criminoso[77].

In ogni caso, alla luce dei limiti desumibili dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, deve ritenersi che oggi anche tali ipotesi debbano essere ridimensionate e riportate sul terreno delle indagini sotto copertura, poiché qualsiasi attività di provocazione-istigazione risulterebbe contraria all'art. 6 CEDU, con conseguente inutilizzabilità della prova.

In dottrina la scelta della rubrica dell'art. 9 è stata letta da qualcuno proprio come una positivizzazione della distinzione tra agente infiltrato e agente provocatore sviluppata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo al fine di stigmatizzare la condotta del secondo[78], ossia di colui che istiga o comunque induce altri a commettere un reato che non sarebbe stato altrimenti commesso.

Come anticipato, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo alterna l'utilizzo delle parole sulle *persone* con quello delle parole che indicano le *attività*. La Corte di Strasburgo distingue, invero, tra *agente infiltrato* e *agente provocatore*, e offre quindi un contributo decisivo per separare e allo stesso tempo compattare questi due nuclei semantici[79], ma nelle sue pronunce si riferisce spesso anche alle condotte dei pubblici funzionari che agiscono sotto copertura, condotte che non possono tramutarsi in un *police incitement*, pena la violazione dell'art. 6 CEDU.

Quanto alle figure citate, pur occupandosene formalmente "solo" dal punto di vista processuale, la Corte di Strasburgo ha finito per enucleare i presupposti fondamentali di entrambe, contrapponendole una all'altra in un discorso che, però, è finalizzato a individuare i confini di liceità *delle condotte* di volta in volta poste in essere

---

[77] V. G. DI GENNARO, G. LA GRECA, *La questione droga. Diffusione del consumo e strategie del contrasto*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 305.

[78] 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*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 403. L'A. afferma che l'utilizzo della traduzione di "*undercover operations*" «lungi dall'avere un rilievo puramente formale…pare un indice del tentativo di assimilare la distinzione terminologica e concettuale operata dalla Corte europea, nonché dello sforzo di adattamento interno alle previsioni contenute in testi convenzionali riguardanti il sistema della cooperazione giudiziaria europea ed internazionale». Sul punto v. anche 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*. *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 175.

[79] Lo notano C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, cit., pp. 396-397; G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 172.

dalla polizia e decidere circa l'utilizzabilità delle prove così raccolte[80]. Più precisamente, la Corte EDU non si occupa tanto di definire le specifiche tipologie di attività compiute rispettivamente dall'infiltrato e dal provocatore, quanto di stabilire il *limite* oltre il quale si deve constatare l'avvenuta provocazione di un reato che altrimenti non sarebbe stato commesso.

In dottrina vi è chi ritiene che alla luce della giurisprudenza della Corte EDU l'infiltrato sia colui che si limita «principalmente ad un'attività di osservazione e di raccolta di informazioni circa la realizzazione di determinate condotte criminose», ma tale delimitazione risulta alquanto vaga[81]. Il carattere precipuo della figura può infatti essere più correttamente tratteggiato *in negativo*: l'infiltrato, nell'espletamento delle sue attività, *non* si spinge a provocare attivamente condotte criminose altrui che senza la sua azione non sarebbero state poste in essere. Sembra dunque essere richiesto un *giudizio controfattuale* per verificare se senza l'intervento della polizia il reato sarebbe comunque stato commesso. Ad esempio, nella sentenza sul caso *Texeira de Castro c. Portogallo* del 1998, considerata un vero e proprio *leading case* sulla questione, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che «the two police officers' actions went *beyond* those of undercover agents because they instigated the offence and there is nothing to suggest that without their intervention it would have been committed»[82].

Al contrario, nel caso *Calabrò c. Italia e Germania* del 2002, hanno affermato che

> *«the undercover agent had merely made it known that he was prepared to import and sell very large quantities of drugs (…) the applicant then contacted Jürgen [l'agente tedesco infiltrato] of his own volition, paid him a sum of money and organised a rendezvous to take delivery of 46 kg of cocaine. In so doing, he showed that he was involved in an international drug-trafficking ring. […] In these circumstances, it cannot be concluded Jürgen incited the commission of an offence by his actions or that the offence would not otherwise have been committed. The Court consequently*

[80] B. PIATTOLI, *Tecniche speciali di investigazione nel crimine organizzato transnazionale*, cit., p. 360. Secondo l'A., alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo «sembrerebbe necessario distinguere il momento dell'intervento dell'agente "provocatore" da quello dell'utilizzazione, nel successivo processo penale, delle prove dal medesimo raccolte. Entrambe le situazioni sarebbero riconducibili all'art. 6 Conv. eur. dir. umani, il quale avrebbe così applicazione non solo nella fase dibattimentale, ma anche in quella preliminare dell'indagine».

[81] C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, cit., p. 396. La vaghezza è legata, da un lato, all'utilizzo dell'avverbio «principalmente», che sembra lasciare spazio anche ad altri tipi di attività che però non vengono specificate, dall'altro alla non sovrapponibilità con la descrizione fornita dalla stessa A. per l'agente provocatore. Quest'ultimo è infatti colui che esercita «un'influenza determinante sui soggetti con i quali entra in contatto, tale da tradursi in un'istigazione di questi ultimi alla commissione di un reato che, altrimenti, non avrebbero posto in essere».

[82] Corte EDU, 9.6.1998, *Teixeira de Castro c. Portogallo*, p. 11. Corsivo aggiunto.

finds that Jürgen did not go beyond his role as an undercover agent (…) and, therefore, the applicant was not denied a fair trial»[83].

Come si vedrà più dettagliatamente[84], la giurisprudenza di Strasburgo ha inoltre il merito di portare l'attenzione sulla *posizione del provocato* e sulle conseguenze per costui dell'impiego di tecniche investigative particolarmente invasive rispetto ai diritti individuali.

Sotto questo profilo, a livello linguistico è interessante notare come in alcune sentenze successive a quelle già citate, in particolare a partire dal caso *Edwards e Lewis c. Regno Unito* del 2003, la Corte EDU inizi a impiegare la parola *entrapment*. Si tratta del nome della scusante di origine giurisprudenziale invocabile dal provocato (o meglio, "intrappolato") nell'ordinamento statunitense e il cui accoglimento da parte del giudice può condurre al proscioglimento. I giudici di Strasburgo si preoccupano di verificare se il ricorrente sia stato *vittima di intrappolamento* (*victim of entrapment*) e se la sua doglianza di intrappolamento (*plea of entrapment* o *plea of incitement*) sia stata esaminata con sufficiente approfondimento dalle corti nazionali[85].

Senza anticipare gli ulteriori approfondimenti sull'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo che si svolgeranno a tempo debito, è importante aver chiarito sin d'ora sul piano definitorio il confine tra agente provocatore/provocazione (*agent provocateur*, *police incitement* o *entrapment*) e agente infiltrato/attività sotto copertura/infiltrazione (*undercover agent* o *agent infiltré*). Nella giurisprudenza della Corte EDU è infatti in questa distinzione che risiede «la differenza tra un processo equo ed uno condotto in violazione dell'art. 6, § 1 della Convenzione»[86], distinzione che deve essere considerata alla stregua di un «preciso vincolo interpretativo» a cui conformarsi nell'applicazione delle disposizioni di diritto interno riguardanti queste tecniche investigative[87].

---

[83] Corte EDU, 21.3.2002, *Calabrò c. Italia/Germania*, p. 9.

[84] V. *infra*, Cap. III, sez. I, § 1.2.2.

[85] Corte EDU, sez. IV, 22.7.2003, *Edwards e Lewis c. Regno Unito;* Corte EDU, sez. III, 26.10.2006, *Khudobin c. Russia;* Corte EDU, sez. IV, 24.4.2007, *V. c. Finlandia*; Corte EDU, sez. I, 4.11.2010, *Bannikova c. Russia*; Corte EDU, sez. I, 2.10.2012, *Veselov and others c. Russia.*

[86] G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 174.

[87] C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, cit., p. 421.

Volendo provare a tirare le somme dell'evoluzione e del dibattito appena riassunti, si può forse sostenere che la locuzione *operazioni sotto copertura* (e le espressioni usate come sinonimi, quali *operazioni di infiltrazione*, talvolta *indagini coperte*, e i "corrispettivi soggettivi", *agente infiltrato* e *agente sotto copertura*) si sia affermata come *termine ombrello*, ossia termine generale che include tutte le condotte che gli agenti della forza pubblica sono autorizzati a porre in essere *di nascosto*, con l'*inganno*, mimetizzandosi nel contesto criminoso, al fine di scoprire reati e assicurarne gli autori alla giustizia, nei limiti di volta in volta stabiliti dal legislatore.

Qualche precisazione merita, però, il termine *infiltrazione*, il cui significato, a ben vedere, non pare sovrapponibile a quello di operazioni sotto copertura. Di infiltrazione, infatti, sembrerebbe più corretto discorrere solo con riferimento a un *contesto criminale organizzato*, inteso non necessariamente come esistenza di una struttura gerarchica, ma anche nel senso di *rete criminale*. Ciò che più conta è poter identificare un *contesto altro* in cui l'agente si inserisce di nascosto. Già nel linguaggio comune, nonché in quello tecnico di altri campi del sapere, la parola «infiltrazione» indica un'azione di *passaggio*, di *intrusione attraverso qualcos'altro*: ad esempio, l'infiltrazione di un liquido attraverso un materiale, o l'infiltrazione di materia minerale fra i grani e le porosità di una roccia, o l'infiltrazione dall'esterno o da altre parti dell'organismo di elementi o materiali abnormi nei tessuti o nelle cellule; infiltrazione di sostanze terapeutiche affinché agiscano localmente. In senso figurato, il vocabolario Treccani definisce quindi l'infiltrazione come «Penetrazione lenta e furtiva di persone singole o di piccoli gruppi attraverso uno schieramento militare, o in luoghi, ambienti, organismi da cui dovrebbero essere esclusi»[88]. Di conseguenza, sembrerebbe più coerente con i significati appena illustrati considerare anche l'infiltrazione come una *specie* del genere attività o operazioni sotto copertura.

In definitiva, il processo sin qui descritto può essere identificato, con una formula sintetica, come un fenomeno di «*ri-semantizzazione*»[89] della provocazione. Da orizzonte di riferimento di diverse figure gradualmente emerse nella prassi, e poi riconosciute in

[88] La definizione citata è tratta dal *Vocabolario online Treccani*, disponibile a: <http://www.treccani.it/vocabolario/infiltrazione/> (ultimo accesso novembre 2020).

[89] G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale*, cit., p. 1457. Tra i fattori extra-linguistici del cambiamento della lingua giuridica, l'A. individua, tra gli altri, proprio la spinta alla europeizzazione e il rafforzamento del linguaggio dei diritti umani, quest'ultimo derivante proprio dall'approvazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

giurisprudenza e in dottrina – la provocazione è divenuta l'*antitesi*[90], il limite negativo del nuovo nucleo semantico che costituisce il perno delle diverse condotte incluse nelle norme facoltizzanti: le operazioni sotto copertura.

Nondimeno, in Italia e in Europa la figura dell'agente provocatore continua a giocare un ruolo fondamentale, poiché – in ossequio anche alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo – essa rappresenta oggi il "contenitore" delle condotte vietate agli appartenenti alla forza pubblica. Più che di agente provocatore, spostando l'attenzione dal soggetto al comportamento – la *provocazione poliziesca* rappresenta il *confine di liceità* anche delle condotte espressamente rese lecite dal legislatore. Non a caso con riferimento alle condotte scriminate dal legislatore rimane aperto il dibattito sul *rischio di scivolamenti o degenerazioni nella provocazione*. L'attrazione esercitata dalla provocazione, anche come orizzonte semantico, rispetto alle tecniche investigative conosciute nella prassi e nella legislazione più recenti costituiscono, quindi, un riflesso del rischio che strumenti congegnati per scoprire reati già commessi, o che si sospetta stiano per essere commessi, diventino il grimaldello per dare ingresso alla istituzionalizzazione della possibilità per la forza pubblica di *testare* l'integrità e l'onestà dei consociati.

I fattori propulsivi dei mutamenti di prospettiva fin qui esaminati – dalle persone alle condotte, dall'agente provocatore alle operazioni sotto copertura – sono stati numerosi e di varia provenienza, ma tutti orientati nella direzione di affrontare la *tensione* generata dalle tecniche investigative considerate con la tutela delle libertà fondamentali dei cittadini degli odierni Stati liberali.

Diventa dunque ineludibile la domanda sulla *ratio politico-criminale* di tali tecniche, oggetto di approfondimento nel prosieguo.

[90] L'espressione è presa in prestito da C. DE MAGLIE, *Gli "Infiltrati" nelle organizzazioni criminali*, cit., p. 1060. L'A. afferma che «rispetto alla figura classica di agente provocatore, il tipo dell'infiltrato rappresenta, strutturalmente, non solo qualcosa di diverso, ma addirittura di *antitetico*». Si veda anche in dottrina G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 175: «L'agente provocatore… finisce oggi inevitabilmente per incarnare una figura concettuale dai contorni diametralmente opposti a quelli che erano stati definiti *in subiecta materia* da parte del legislatore e della giurisprudenza…, rappresentando, al contrario, il prototipo del soggetto che deve essere punito a causa del superamento, nell'espletamento delle sue attività investigative, dei limiti fissati dalla legge per la non punibilità».

2. Perimetro normativo

Tracciare il perimetro normativo dell'indagine richiede uno sforzo minore rispetto a quello resosi necessario per disegnare il perimetro linguistico del fenomeno oggetto d'indagine. In questo paragrafo si intende infatti solo presentare e classificare brevemente le fonti normative che si considereranno nel corso della trattazione.

L'analisi delle fonti normative sarà sviluppata procedendo lungo *due binari paralleli*. L'obiettivo perseguito è, infatti, duplice: da un lato, individuare la disciplina delle operazioni sotto copertura dettata da ciascuna fonte sia sul piano sostanziale, dunque della responsabilità rispettivamente del provocatore, dell'infiltrato e del "provocato", sia sul piano procedurale; dall'altro lato, l'attenzione si concentra sull'individuazione delle *aree criminali* rispetto alle quali è stato progressivamente previsto il ricorso alle operazioni sotto copertura.

Si considerano innanzitutto le fonti di *diritto internazionale*, in particolare quelle adottate in seno alle Nazioni Unite e al Consiglio d'Europa, per verificare se sia in questo terreno che affondano le radici le norme italiane mediante le quali a partire dagli anni '90 del secolo scorso è stato gradualmente ampliato l'ambito di applicazione delle operazioni sotto copertura.

Successivamente, viene invece vagliata l'ipotesi dell'esistenza di un legame tra tali norme e le fonti di *diritto eurounitario*, le quali peraltro hanno a loro volta vissuto un processo di profonda trasformazione negli ultimi decenni, che ha raggiunto il suo apice con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009 e l'abolizione del terzo pilastro *Libertà, sicurezza e giustizia*. Come è noto, da allora l'art. 83 TFUE consente al Parlamento europeo e al Consiglio di stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni. Tali reati sono poi elencati dal medesimo articolo e costituiscono l'insieme dei cosiddetti *eurocrimini*, molti dei quali – come si vedrà – coincidono con quelli rientranti nell'ambito di applicazione delle operazioni sotto copertura ai sensi delle norme italiane vigenti.

Al termine dell'analisi multilivello delle fonti normative, si potrà quindi procedere all'analisi delle *aree criminali* rispetto alle quali sono esperibili le operazioni sotto copertura con l'obiettivo di individuarne le caratteristiche comuni e poi saggiare la

presenza di queste eventuali caratteristiche anche nei reati di corruzione, a cui con la l. n. 3/2019 è stata estesa la possibilità di ricorrere a tale tecnica investigativa.

3. Percorsi comparatistici

In chiusura di questa prima sezione introduttiva, è utile provare a chiudere il cerchio del perimetro dell'indagine spiegando brevemente le ragioni della scelta di comparare l'ordinamento italiano con quello statunitense.

La previsione delle operazioni sotto copertura nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione non rappresenta una novità assoluta, visto che negli Stati Uniti d'America tale tecnica di indagine, a partire dagli anni Settanta, ha iniziato a essere utilizzata contro i reati dei colletti bianchi e in particolare nel contrasto alla corruzione.

La comparazione con gli Stati Uniti è interessante sia per ragioni storiche sia perché consente di esaminare alcune questioni centrali riguardanti le operazioni sotto copertura da una prospettiva profondamente diversa da quella italiana ed europea.

Sotto il profilo storico, l'evoluzione delle indagini sotto copertura negli Stati Uniti è iniziata nel diciannovesimo secolo, quando alcune agenzie private vennero incaricate da taluni grandi imprenditori di controllare gli spostamenti delle merci attraverso gli sterminati territori degli Stati, controlli che né le autorità statali né quelle federali avevano i mezzi e le competenze per compiere.

Successivamente, le operazioni sotto copertura hanno cominciato ad essere utilizzate dalla polizia nel contrasto ai cosiddetti *vice crimes* (prostituzione, pedopornografia, traffico di stupefacenti, acquisto di alcol durante il proibizionismo) e solo negli anni Settanta l'attenzione dell'FBI si è concentrata sui reati dei colletti bianchi e sulla corruzione. Ad esempio, una delle operazioni più complesse e problematiche, denominata *Abscam* ha avuto inizio nel 1978.

Per quanto concerne i profili teorici e l'approccio statunitense alle operazioni sotto copertura, si vedrà come esso sia caratterizzato dalla centralità del *provocato*, o – per utilizzare una terminologia più affine a quella americana – dell'"intrappolato". La giurisprudenza sia statale sia federale ha infatti coniato l'istituto denominato *entrapment defense*, il cui riconoscimento conduce al proscioglimento dell'accusato. L'emersione dell'*entrapment defense* porta con sé il dibattito tra il paradigma soggettivo – fin dal caso *Sorrels* del 1932 prevalente nella giurisprudenza della Corte Suprema e delle Corti

inferiori – e quello oggettivo. Mentre il primo postula che si accerti la *predisposizione dell'imputato*, la cui presenza esclude che lo stesso possa considerarsi intrappolato, il test oggettivo valuta il *comportamento della polizia*, senza condurre, in ogni caso, ad una responsabilità degli agenti sotto copertura. Il *focus* rimane comunque sul provocato, che viene prosciolto se si ritiene che la condotta della polizia sia stata abusiva. Non viene, invece, posto né affrontato il problema della responsabilità dell'agente provocatore, figura che rappresenta l'emblema dell'approccio tipicamente europeo alle operazioni sotto copertura.

Il secondo capitolo sarà, dunque, dedicato ad approfondire e cercare di comprendere le origini e l'evoluzione della disciplina e della prassi delle operazioni sotto copertura negli Stati Uniti, con particolare riferimento alla corruzione.

Sezione II

Le operazioni sotto copertura: *ratio* politico-criminale e assetto normativo

Dalle considerazioni svolte nella delimitazione del perimetro dell'indagine emerge come gli sforzi dogmatici e definitori della figura dell'agente provocatore finiscano per incontrarsi o scontrarsi con «la dimensione politica del problema penale»[91]. Una volta avviato il processo di laicizzazione della giustizia penale, il diritto ha infatti bisogno di una fondazione politica, «di un fondamento e di finalità razionali, quindi controllabili e modificabili attraverso una consapevole azione dell'uomo, di cui il diritto è, secondo i casi, oggetto e/o strumento»[92].

Questo paragrafo è dedicato al fondamento e alle finalità delle operazioni sotto copertura, nonché alle scelte del legislatore italiano in ordine all'utilizzo di tale strumento investigativo.

[91] D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano 1985, p. 3.
[92] *Ivi*, p. 7.

1. *Ratio* politico-criminale: ragioni e limiti del ricorso alle operazioni sotto copertura

Il diritto penale moderno è «fondamentalmente ispirato all'*idea dello scopo*»[93]. Tuttavia, esso non è un mezzo qualunque, bensì «un *mezzo lesivo* (dei beni del delinquente) finalizzato ad uno *scopo di tutela* (dei beni della collettività)»[94]. Il diritto penale incarna, in altri termini, «un'arma a doppio taglio»[95], che comporta costi notevoli per i diritti delle persone. Non è solo un diritto che protegge, ma anche un diritto dal quale occorre proteggersi[96]. Come l'attività chirurgica, il diritto penale «taglia tessuti vivi della società e degli individui» e dovrebbe quindi intervenire come «ultima risorsa»[97].

1.1. Lo scudo dei diritti fondamentali di fronte all'agente provocatore

Curiosamente, a prima vista, una metafora simile a quella della spada a doppio taglio è stata scelta per descrivere il ruolo dei diritti fondamentali rispetto al diritto penale. Christine Van den Wyngaert, già giudice della Corte penale internazionale, ha infatti elaborato la brillante distinzione tra la funzione «*scudo*» e la funzione «*spada*» dei diritti umani al cospetto del diritto penale[98]. L'ambivalenza tanto della funzione del diritto penale quanto di quella dei diritti fondamentali, che costituiscono i due poli di una relazione «paradossale»[99], si spiega in realtà constatando quella che può sembrare un'ovvietà, ma che è bene ribadire per preservarne la consapevolezza: il diritto penale

---

[93] C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 434.

[94] *Ibidem*. L'A. richiama l'elaborazione lisztiana del paradigma del diritto penale dello scopo.

[95] *Ibidem*. L'A. cita testualmente Von Liszt, che aveva definito la pena come «una spada a doppio taglio: tutela di beni giuridici attraverso la lesione di beni giuridici». V. anche D. PULITANÒ, *Politica criminale*, p. 9. L'A. afferma che ad essere "a doppio taglio" è «la logica complessiva delle istituzioni penali: "politica del diritto penale" non è semplicemente costruire un'arma adeguata al fine "lotta al delitto"; ma è anche un momento delicato nella costruzione di un modello di ordinamento, di rapporti fra individuo e società, fra libertà e autorità, alla cui stregua valutare ciò che ha o non ha da essere delitto, se e come punire».

[96] D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Universidad Carlos II de Madrid, 2014, disponibile in *open source* a: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/18380>, p. 101 (ultimo accesso novembre 2020). F. TULKENS, *The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, (9), p. 578, in particolare le note 4 e 5 per i riferimenti bibliografici.

[97] La metafora è ripresa da G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., pp. 8-9.

[98] F. TULKENS, *The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights*, cit., p. 577.

[99] *Ivi*, p. 579. L'A. scrive che in breve «*human rights have both a defensive and an offensive role, a role of both neutralizing and triggering the criminal law. If this is indeed a paradox and not just a contradiction, an attempt must be made not to resolve it but to come to terms with it, whilst being aware of the complexity of the ensuing consequences, and to clarify it in the light of the requisite balance between its component parts*».

mira a proteggere i diritti fondamentali, ma costituisce al contempo una minaccia per gli stessi. I diritti fondamentali, dunque, da un lato, armano il potere pubblico di armi offensive per fermare i propri aggressori, dall'altro, armano i cittadini affinché possano difendersi dal potere pubblico. Questa ambivalenza quasi paradossale è il motore della trasformazione che ha condotto il diritto penale moderno ad assumere la funzione di *Magna Charta* dei diritti del reo[100]. Il diritto penale si configura come «*limite invalicabile* della politica criminale», oltre che come suo strumento[101].

Del resto, la tensione tra il *garantismo liberale* e la *funzionalità repressiva* caratterizza tutto il corso della storia del diritto penale moderno e può forse riassumersi, per dirla con l'«uomo della strada»[102], nell'interrogativo: «*il fine giustifica il mezzo?*», che per il diritto penale si traduce nella necessità, innanzitutto, in linea diretta, di giustificare la pena, e, più indirettamente, tutti gli strumenti congegnati per rendere la pena stessa *certa*.

La tenuta dei principi di *laicità, sussidiarietà* e *necessità* non si misura solo sull'*effettività della norma e della sanzione*, ma anche sull'*effettività degli apparati*, ossia degli organi e delle istituzioni chiamati ad applicare la legge penale[103]. Il sistema penale nel suo complesso deve essere valutato in termini di *razionalità tra mezzi e risultati*[104] e di economicità, sicché la pena non può essere inflitta quando inefficace, superflua o troppo costosa[105]. L'opportunità di ricorrere al diritto penale come mezzo di controllo sociale non deve essere data per scontato, né si può ammettere un atteggiamento di indifferenza di fronte all'utilizzo di tale mezzo, perché il suo intrinseco carico di violenza esclude la consolazione di aver fallito in un tentativo *a costo zero*[106].

Alla luce di quanto detto sin qui, diventa più semplice constatare un'altra ambivalenza su cui riluce la "doppia lama" del diritto penale, quella legata all'utilizzo del termine «sicurezza», che può indicare tanto la sicurezza *attraverso* lo Stato quanto la sicurezza *di fronte* allo Stato[107].

---

[100] D. PULITANÒ, *Politica criminale,* cit., p. 11.
[101] D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, (2), p. 550.
[102] L'espressione è ispirata a N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 79.
[103] C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., *passim*, in particolare pp. 437 ss., pp. 509 ss.
[104] G. FORTI, *L'immane concretezza,* cit., p. 95.
[105] C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., p. 437.
[106] *Ivi*, p. 443.
[107] D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 550.

L'«invenzione», *rectius* l'invocazione, di un diritto fondamentale alla sicurezza dei cittadini maschera «con le sembianze del diritto ciò che rappresenta la nuda forza che i diritti fondamentali cercano di contenere. Soprattutto se tale diritto viene concepito come una sorta di presupposto fondamentale di tutti gli altri diritti, per cui non possono esserci diritti senza sicurezza. In questa prospettiva, la sicurezza diviene un concetto nella sostanza onnivoro, destinato a fagocitare lo spazio occupato dagli altri diritti»[108].

Questo significato amplissimo e generico si confà alla sicurezza come «problema hobbesiano» legato alla nascita stessa dello Stato[109]. Per un «curioso destino», la parola «sicurezza»[110] è, però, al centro anche di altre tensioni e pressioni contrastanti. Da un lato, la spinta dall'alto del diritto dell'Unione europea attrae il termine sicurezza verso l'orizzonte semantico della sicurezza liberale, da intendere come condizione base per l'esercizio dei diritti della personalità. Dall'altro lato, la pressione dal basso delle richieste promananti dall'opinione pubblica trasforma la sicurezza nel concetto "onnivoro" sopra descritto, capace di travestire da esigenze difensive le pulsioni offensive del diverso o dello straniero. Del resto, nella società del rischio, «chi evoca rischi e pericoli è fin da principio in condizioni di superiorità rispetto a chi sostiene la tesi dell'avvedutezza»[111].

D'altro canto, lo stesso diritto penale della globalizzazione, compreso il diritto dell'Unione europea, finisce per svolgere prevalentemente la funzione di *strumento di lotta* contro forme di criminalità particolarmente gravi o che suscitano particolare allarme sociale, in quanto «l'assillo principale [del diritto penale eurounitario] resta come azionare la leva penale in vista del massimo *efficientismo repressivo*»[112].

In ambito sovranazionale risultano più fragili gli argini alla *sicurezza securitaria* che negli ordinamenti statuali sono eretti dai principi costituzionali, non solo i principi di legalità e di colpevolezza, ma tutte le libertà *dallo* Stato previste dalle Carte fondamentali,

---

[108] Così R. BARTOLI, *"Chiaro e oscuro" dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani*, cit., p. 147. V. anche D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, cit., p. 99

[109] D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, (2), p. 547.

[110] L'espressione citata e l'idea delle pressioni semantiche dall'alto e dal basso sono riprese da G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale*, cit., p. 1460.

[111] Le parole citate sono di W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 78.

[112] V. MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2019, (1), p. 182. Nello stesso senso M. FICHERA, *Criminal Law beyond the State: The European Model*, in *European Law Journal*, 2013, (19/2), pp. 194, 198-199.

nelle quali è incarnato «un profilo di *sicurezza dei diritti* che costituisce il *nucleo essenziale di riferimento anche della sicurezza securitaria*»[113].

Eppure, è dalla natura stessa di arma a doppio taglio del diritto penale di lisztiana memoria che discende il «divieto di ipereffettività» delle norme penali, ossia di una *effettività a qualsiasi costo*[114]. Tale divieto pare in effetti essere recepito anche a livello sovranazionale con riguardo al tema dei limiti delle tecniche investigative speciali, come si vedrà nel prosieguo nell'analisi di alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo[115].

Occorre, infatti, a questo punto, «orientare l'indagine verso le ragioni e funzioni, cui l'ordinamento giuridico cerca di rispondere con la *formazione* e *trasformazione* di concreti istituti»[116], prediligendo un approccio *critico*, che peraltro non costituisce certo una novità nel panorama degli studi sulla provocazione e le operazioni sotto copertura. Anzi, «l'individuazione del punto di equilibrio tra la necessaria capillarità e spregiudicatezza delle indagini ed il rispetto dei diritti e delle libertà individuali» è da tempo percepito come «problema centrale»[117].

Il discorso sulla *ratio* politico-criminale della provocazione e delle operazioni sotto copertura può essere utilmente introdotto costruendo innanzitutto un *parallelismo* tra tali tecniche investigative e gli strumenti tipici del *diritto penale premiale*[118].

Si può infatti facilmente individuare il comune profilo della *infiltrazione*, da intendersi qui quale espediente per raccogliere informazioni dall'*interno* sul contesto in cui determinati fenomeni criminali originano al fine di indebolirli e auspicabilmente debellarli. Si tratta certamente di una tecnica di contrasto risalente, essenzialmente

---

[113] D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 556. L'A. sostiene che «i *vincoli inderogabili* stanno tutti *dalla parte delle garanzie liberali*, incorporati in principi che segnano limiti invalicabili all'intervento penale (principio di legalità, principio di colpevolezza). Il *versante securitario è affidato invece al legislatore*, all'adempimento di compiti di sicurezza che si diversificano da settore a settore, in ragione degli interessi e controinteressi in gioco».

[114] C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., p. 475. L'A. spiega efficacemente che «così come la scelta di criminalizzare non può essere operata *per il solo fatto* di essere *più effettiva* di altre opzioni, così, una volta adottata sulla scorta degli altri, propedeutici criteri (meritevolezza di pena, sussidiarietà), *non* può essere dotata di una *effettività 'ad ogni costo', né* essere spinta senza limiti sulla via dell'ottimizzazione dei benefici. Vi osta, barriera invalicabile, il paradigma (lisztiano!) del diritto penale-*Magna Charta del reo*».

[115] V. *infra*, Cap. III, sez. I, § 1.2.2.

[116] D. PULITANÒ, *Politica criminale,* cit., p. 3.

[117] L. PEPINO, *Droga e legge*, Franco Angeli, Milano, 1991, p. 152.

[118] Sul tema si veda, per tutti C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2002.

fondata sul *tradimento* da parte di alcuni soggetti a proprio vantaggio e a detrimento di altri, complici o semplicemente conoscenti. Basti pensare al premio promesso a partire dal XVI secolo ai soggetti che avessero collaborato con la giustizia per la lotta al banditismo[119] o al ricorso da parte della polizia giudiziaria ad agenti segreti per scoprire reati, come quelli legati agli stupefacenti, alla prostituzione, al gioco e alla scommessa, che difficilmente venivano spontaneamente denunciati[120]. Si può facilmente cogliere una somiglianza tra le figure appena menzionate e i *delatori*, cui è ricondotta l'origine dell'agente provocatore[121].

È un tema certamente complesso e intrinsecamente controverso, che fin dall'Ottocento ha suscitato l'interesse e le riflessioni anche dei più autorevoli studiosi, come Beccaria e Bentham, e successivamente di Carmignani, il quale non esitò a paragonare lo strumento premiale alla *tortura*, in quanto simili sono nei due casi «i rischi connessi all'utilizzazione sull'imputato di uno strumento di pressione, sia esso di natura coercitiva o premiale; e cioè che questi, per sfuggire alla coazione o per guadagnarsi la ricompensa, fornisca informazioni false o effettui chiamate in correità calunniose»[122].

A partire dagli ultimi decenni del secolo scorso sono stati introdotti nell'ordinamento penale italiano strumenti premiali eccezionali di cui la dottrina più autorevole aveva fin da subito riconosciuto la «naturale forza espansiva», radicata nello «stato di grave crisi in cui versa il sistema penale nel suo complesso»[123]. Soprattutto di fronte ad alcuni episodi particolarmente cruenti, in occasione dei quali era stata invocata la liceità della «tortura di salvataggio»[124], la dottrina non aveva mancato di sottolineare come da tutto il sistema normativo emergesse la logica secondo cui «il fine non giustifica

---

[119] M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, cit., p. 384.

[120] M. SCAPARONE, *Agenti segreti di polizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, p. 124.

[121] V. *supra*, sez. I, § 1.1.

[122] Il pensiero di Beccaria e di Bentham e le osservazioni di Carmignani sono riprese da T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, (2), pp. 540-541. L'A. dà conto di come Cesare Beccaria, non senza tormento, fosse arrivato ad ammettere che le "sacrosante leggi" potessero autorizzare il tradimento e la dissimulazione da parte dello Stato. Bentham, invece, esprimeva una valutazione utilitaristica, definendo il tradimento autorizzato quale mezzo di salvezza degli onesti.

[123] T. PADOVANI, *La soave inquisizione*, cit., p. 544. Sul punto v. anche F. STELLA, *La tutela penale della società*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, cit., pp. 88-89.

[124] W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 32. L'A. riporta alcuni casi anche relativamente recenti occorsi in Germania rispetto ai quali si era sostenuto che «in situazioni di estremo pericolo, al fine di salvare una vita innocente, si dovrebbero ammettere pratiche di tortura che altrimenti sarebbero rigorosamente proibite».

i mezzi: la legittimazione dei mezzi deve risultare dall'ordinamento legale, in esito a bilanciamenti d'interessi che l'applicatore processuale potrà essere chiamato a discrezionalmente concretizzare, giammai immutare. Altri mezzi sono al bando del sistema, indipendentemente dalla loro utilità, o magari necessità»[125].

L'interrogativo dell'«uomo della strada» – o meglio la domanda propria di un pensiero politico complesso ma ridotta alla formula, di uso comune, secondo la quale «il fine giustifica i mezzi» – non trova, quindi, una risposta valida una volta per tutte, ma si ripropone ciclicamente, soprattutto di fronte a fenomeni che nel comune sentire, più o meno fondatamente, fanno pendere la bilancia verso una politica repressiva, come dimostra in Italia il dibattito che ha caratterizzato le diverse "ondate" di legislazione emergenziale.

Proprio la denuncia di una «emergenza probatoria» in relazione ad alcuni fenomeni criminosi, intesa come «quasi invincibile difficoltà per le Polizie di riuscire con altri mezzi a valicare la segretezza dentro e con cui prosperano e si affermano organizzazioni, anche transnazionali, del crimine»[126], costituisce il terreno su cui sono germogliate prima nella prassi e poi a livello normativo le diverse figure di agente provocatore e di infiltrato. Basti pensare, ad esempio, che l'introduzione dell'art. 97 T.U. stup. è stata da più parti considerata ispirata alla «filosofia dell'emergenza»[127].

Un'altra dimostrazione della vitalità della questione della giustificazione del mezzo penale si ritrova quindi proprio nel dibattito sulla figura dell'agente provocatore, che almeno dall'Ottocento è intriso di riflessioni che tendono a *stigmatizzarne* il ruolo innanzitutto sul piano etico, con la conseguente affermazione della punibilità del

---

[125] D. PULITANÒ, *L'inquisizione non soave, fra pretese "necessità" e motivi apprezzabili*, in *Foro it.*, 1984, (2), p. 235. L'A. commenta una sentenza del Tribunale di Padova (sent. 15 luglio 1983) che aveva affermato la responsabilità per il reato di abuso di autorità (608 c.p.) di alcuni appartenenti al nucleo operativo centrale sicurezza per aver trasportato fuori dai locali dell'ispettorato un soggetto arrestato nel corso della liberazione del generale americano Dozier. Costui era infatti tenuto prigioniero da cinque appartenenti alle Brigate rosse, tutti arrestati, tra cui appunto la vittima del pestaggio avvenuto in luogo ignoto esterno all'ispettorato. Il Tribunale esclude la sussistenza dello stato di necessità «in relazione a comportamenti illeciti intesi ad ottenere informazioni da un imputato di appartenenza a banda armata…al fine di salvare il paese dal pericolo rappresentato dalle attività criminose poste in essere dalle bande, posto che le informazioni che si ottengono mediante il ricorso a violenze morali e fisiche nei confronti degli arrestati sono utili, ma non assolutamente necessarie per la lotta al terrorismo».

[126] R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 34-35.

[127] G. RITUCCI, *La disciplina dell'acquisto simulato ex art, 97 T.U. n. 309/1990*, in *Cass. pen.*, (4), 1993, p. 1001. V. anche L. RISICATO, *L'acquisto simulato di droga nell'ambigua cornice dell'agente provocatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, (4), p. 1593.

provocatore[128]. Carrara, ad esempio, sceglie espressioni particolarmente forti sia per il privato cittadino che provochi la commissione di un reato da parte di altri, definendo tale attività «satanica», sia per il pubblico funzionario, che si presterebbe ad una «infamia esecrabile»[129].

Nondimeno, vi era a fine Ottocento anche chi escludeva il *dolo* del provocatore, privato o pubblico agente, in virtù del *fine di utilità sociale* che permetteva di distinguerlo da qualsiasi altro compartecipe. Utilità sociale ravvisata nell'assicurare alla giustizia ad esempio «un delinquente che infestava una contrada gettando nel timore i cittadini» incitandolo a commettere insieme una rapina[130].

La questione, dunque, è già da allora percepita come «politica», in quanto attinente agli strumenti che lo Stato sceglie di utilizzare per perseguire l'obiettivo del controllo sociale[131]. In altre parole, l'interrogativo «il fine giustifica i mezzi?» si può più precisamente tradurre in ordine alla tematica della provocazione nel seguente quesito: «possono le esigenze di un più efficace perseguimento penale (…) legittimare la provocazione di delitti da parte dello Stato, sia pure in punti nevralgici per la sicurezza collettiva?»[132].

La risposta a tale interrogativo impone, innanzitutto, una preliminare distinzione tra la provocazione da parte dello Stato e la provocazione da parte di un privato, poiché solo la prima attinge alla fondamentale questione dei rapporti tra individuo e potere statuale e dei limiti da stabilire nella consapevolezza della ambivalenza – della "doppia lama" – del diritto penale.

A partire dagli anni Settanta, la dottrina tedesca, complice la «pace dogmatica» ormai raggiunta sul piano sostanziale[133], ha concentrato l'attenzione sul profilo politico-criminale della provocazione di polizia, individuando due coordinate fondamentali per orientarsi nella disamina del problema.

In primo luogo, lo Stato e i suoi apparati sono *vincolati alla legge*, sicché incitare alla violazione della legge stessa aprirebbe una breccia nelle fondamenta dell'edificio

[128] V. *infra*, § 4.1.

[129] F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol. I, Firenze, 1924, richiamato da C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore,* cit., p. 202.

[130] Questa posizione è stata sostenuta da Brusa, la cui citazione riportata nel corpo del testo è ripresa da C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, cit., p. 224.

[131] C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, cit., p. 223.

[132] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore,* cit., p. 314.

[133] Così C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, cit., p. 270.

penalistico proprio di uno Stato di diritto, retto dai principi di legalità e di colpevolezza, e contrasterebbe altresì con il principio della separazione dei poteri. Il diritto penale mira a impedire la commissione di reati mediante la pena, che può essere applicata solo ad un reato già commesso, «non può essere attivato per assicurare la prova di un reato *ancora da commettere*»[134]. In secondo luogo, in ossequio al *principio di colpevolezza* ciascun consociato risponde solo per il fatto proprio. Da ultimo, la provocazione da parte della polizia genererebbe uno sconfinamento nel territorio di competenza del potere giudiziario in spregio al *principio di separazione dei poteri*, in quanto la certezza e l'incontrovertibilità della prova raccolta impedirebbero al giudice di formare il proprio libero convincimento[135].

La seconda coordinata fondamentale è data dalla *garanzia dei diritti della personalità* dei cittadini, che – come si è detto – costituiscono non solo un oggetto di tutela per il diritto penale, svolgendo così una funzione offensiva (spada), ma hanno anche il compito di proteggere i cittadini dallo Stato, in particolare dalla sua arma coercitiva più potente, appunto il diritto penale (scudo). In particolare, vengono in gioco l'*intangibilità della sfera privata* della persona, l'*autodeterminazione* della personalità e il diritto a un *autonomo sviluppo della personalità*. Mediante la provocazione queste libertà vengono lese proprio da chi avrebbe il compito di tutelarle[136].

Per queste ragioni, una parte della dottrina tedesca aveva sostenuto che la presenza di un agente provocatore integrasse una «preclusione processuale» sia per la lesione dei principi costituzionali sia per la rinuncia implicita al potere punitivo da parte di uno Stato che fomenta i reati per prevenirli e quindi «*venit contra factum proprium*»[137].

La giurisprudenza tedesca non mancò di recepire i corollari delle riflessioni della dottrina, individuando una serie di *criteri* per distinguere le ipotesi di ricorso all'agente provocatore. In particolare, era ritenuta *lecita* la provocazione usata per acquisire la prova decisiva nei confronti di un soggetto già fortemente sospettato sulla base di altri elementi, per effettuare un arresto in flagranza o per verificare una *notitia criminis* non priva di altri riscontri. Al contrario, era considerata alla stregua di un *eccesso di potere* l'istigazione a

[134] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 315.
[135] *Ivi*, p. 316.
[136] *Ivi*, p. 317.
[137] C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, cit., p. 271.

commettere un reato di un soggetto fino a quel momento non sospettato, ma ciò conduceva solo ad applicargli un'attenuante in sede di commisurazione della pena[138].

Si può quindi concludere sulla scorta delle affermazioni della dottrina tedesca che «qualsiasi provocazione di reati attraverso pubblici ufficiali viola di per sé i principi dello stato di diritto ed è quindi illecita»[139].

Tale assunto mantiene validità anche nell'ordinamento italiano alla luce dei principi fondamentali espressi dagli artt. 13, 25, co. 2, 27, co. 1 e 3 Cost. e sembra trovare espressa conferma in alcune pronunce della Corte costituzionale sul tema del delicato bilanciamento tra la libertà e segretezza delle comunicazioni e la ricerca della prova mediante le intercettazioni telefoniche. Significativamente, infatti, la Consulta ha affermato in più occasioni che

> «l'esigenza di amministrare la giustizia e, in particolare, quella di reprimere i reati corrisponda a un interesse pubblico primario, costituzionalmente rilevante, il cui soddisfacimento è assolutamente inderogabile. Allo stesso modo, non si può dubitare (…) che tale interesse primario giustifichi anche il ricorso a un mezzo dotato di formidabile capacità intrusiva, quale l'intercettazione telefonica. Tuttavia, proprio perché si tratta di uno strumento estremamente penetrante e in grado di invadere anche la privacy di soggetti terzi, del tutto estranei ai reati per i quali si procede, e proprio perché la Costituzione riconosce un particolare pregio all'intangibilità della sfera privata negli aspetti più significativi e più legati alla vita intima della persona umana, le restrizioni alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni conseguenti alle intercettazioni telefoniche sono sottoposte a condizioni di validità particolarmente rigorose, commisurate alla natura indubbiamente eccezionale dei limiti apponibili a un diritto personale di carattere inviolabile, quale la libertà e la segretezza delle comunicazioni (art. 15 della Costituzione)»[140].

Anche la fondamentale sentenza n. 364/1988 è interessante per la rilevanza attribuita all'*affidamento* che ciascun consociato può riporre nelle direttive e indicazioni della pubblica amministrazione, le quali, se fuorvianti o contraddittorie, possono rendere scusabile l'ignoranza della legge penale in quanto considerata inevitabile anche da parte del cittadino ossequioso ai propri «strumentali, specifici doveri d'informazione e conoscenza»[141].

---

[138] C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, cit., p. 272.

[139] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore,* cit., p. 319

[140] Corte cost., sent. 23 luglio 1991, n. 366. La Consulta ne ha dedotto che «l'atto dell'autorità giudiziaria con il quale vengono autorizzate le intercettazioni telefoniche deve essere "puntualmente motivato" o…deve avere una "adeguata e specifica motivazione", quanto che l'utilizzazione in giudizio come elementi di prova delle informazioni raccolte con le intercettazioni legittimamente disposte nell'ambito di un processo deve essere circoscritta alle informazioni strettamente rilevanti al processo stesso». Si vedano anche sul punto le sentenze nn. 34/1973, 120/1975, 98/1976 e 223/1987.

[141] Corte cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364.

Si può quindi concludere che su un piano teorico sia in Italia sia in Germania «quando è realizzata dallo Stato attraverso i suoi organi, di regola è illecita la provocazione in sé: ancora prima, cioè, e a prescindere, dalla compartecipazione al fatto provocato. Lungi dal trovare una generale e tacita copertura nel superiore interesse alla prevenzione dei reati, o in generici doveri funzionali, la provocazione statuale potrà al più, in via d'eccezione, essere giustificata da scriminanti di portata generale, ovvero da scriminanti contenute in specifici atti legislativi, la cui compatibilità costituzionale andrà di volta in volta attentamente vagliata»[142].

Nel prosieguo si considera pertanto la tematica dei rapporti tra cause di giustificazione e poteri dello Stato[143].

1.2. Le operazioni sotto copertura e i perduranti rischi di un'"attrazione provocatrice"

Come anticipato, la logica della effettività a ogni costo non è ammessa con riferimento al sistema penale, poiché essa si tramuterebbe in una *ipereffettività generalpreventiva* – secondo il «paradigma del Grande Fratello» – o in una *ipereffettività specialpreventiva*, conforme al «paradigma della 'arancia a orologeria'». Il primo modello orwelliano garantisce il conseguimento della certezza assoluta di chiarimento dei reati, azzerando la cifra nera. Il secondo, invece, punta su un azzeramento della recidiva mediante una «rieducazione metamorfica»[144].

In entrambi i casi il diritto penale è lasciato libero di sfondare qualsiasi scudo innalzato dai diritti e dalle libertà fondamentali dei consociati, con conseguente indebolimento anche della «spada» di tali diritti, e dunque dello scopo stesso del diritto penale. Viene di fatto messa in discussione persino l'idea di un diritto penale dello scopo e dunque della laicità del diritto penale, che impedisce allo Stato di tramutarsi in una «istituzione deputata alla promozione della moralità»[145].

[142] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore,* cit., p. 322.
[143] V. *infra*, § 4.1.
[144] Il concetto di ipereffettività e la relativa modellizzazione sono ripresi da C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., p. 475.
[145] *Ivi*, p. 447.

Un rischio di *tendenza alla moralizzazione* è insito anche nelle attività di provocazione, in particolare in quelle forme di *integrity test* conosciute in alcuni ordinamenti, come quello statunitense[146].

A prescindere da questi "casi estremi", si è visto come la figura dell'agente provocatore si sia progressivamente *polverizzata* in una serie di figure ritenute più conformi ai principi dello Stato di diritto.

Tale polverizzazione pare essere stata innescata anche dall'impossibilità di giustificare sul piano politico-criminale la vera e propria provocazione poliziesca. Le obiezioni e i limiti stabiliti dalla dottrina sembrano invero aver gradualmente trovato spazio anche nel diritto positivo, e soprattutto nella interpretazione dello stesso in conformità alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'illiceità della provocazione di reati da parte dello Stato non ha condotto a rinunciare del tutto a strumenti ritenuti indispensabili per contrastare una platea sempre più ampia di fenomeni criminosi. Tuttavia, soprattutto sul terreno della prassi rimane costante il rischio di uno sconfinamento, di una degenerazione nella provocazione.

Ciò si è effettivamente verificato ad esempio nel già citato caso *Texeira de Castro*. I giudici di Strasburgo hanno pertanto evidenziato che «*While the rise in organised crime undoubtedly requires that appropriate measures be taken, the right to a fair administration of justice nevertheless holds such a prominent place that it cannot be sacrificed for the sake of expedience. The general requirements of fairness embodied in Article 6 apply to proceedings concerning all types of criminal offence, from the most straightforward to the most complex. The public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement*»[147].

La provocazione poliziesca (*police incitement*), intesa come istigazione o partecipazione materiale a un reato che altrimenti non sarebbe stato commesso, è quindi dichiarata contraria all'art. 6 CEDU, in quanto in un'ottica di bilanciamento di interessi la chiarificazione dei crimini da parte degli apparati statali non può mai essere perseguita a scapito del *principio dell'equo processo*, inteso in senso lato come diritto ad un rapporto corretto e trasparente con l'autorità pubblica.

[146] V. *infra*, Cap. II.
[147] Corte EDU, 9.6.1998, *Teixeira de Castro c. Portogallo*, cit., p. 10.

La distinzione e il ricompattamento delle due figure dell'agente provocatore e dell'infiltrato (ormai acquisita anche nella giurisprudenza della Corte di Cassazione) poggiano, dunque, essenzialmente, su ragioni di politica criminale, ossia sull'impossibilità, sancita dall'art. 6 CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo, oltre che dai principi costituzionali citati dalla dottrina sin dagli anni Ottanta del secolo scorso (artt. 13, 25, co.2, 27, co.1 e 3 Cost.), di accettare che «il fine giustifichi i mezzi».

Le operazioni di infiltrazione richiedono comunque a loro volta molta cautela, come espressamente previsto negli atti internazionali, soprattutto i più recenti, i quali suggeriscono il rispetto dei *principi di proporzione e sussidiarietà* nella scelta di tale tecnica investigativa. Ad esempio, l'art. 13 del *Modello di previsioni legislative contro il crimine organizzato transnazionale*[148], dedicato alla consegna controllata, prevede testualmente che la richiesta presentata dall'organo competente (designato da ciascuno Stato contraente) all'autorità incaricata di autorizzare il ricorso a tale tecnica investigativa debba essere rigettata se non è ragionevolmente certo che:

> «*(b) The nature and extent of the suspected criminal activity are such as to justify the conduct of a controlled operation;*
> *(c) Any unlawful activity involved in conducting the controlled delivery will be limited to the maximum extent possible consistent with conducting an effective controlled delivery;*
> *(d) The operation will be conducted in a way that ensures that, to the maximum extent possible, any illicit goods involved in the controlled delivery will be under the control of a law enforcement officer at the end of the controlled delivery;*
> *(e) The controlled delivery will not be conducted in such a way that a person is likely to be induced to commit an offence that the person would otherwise not have intended to commit*».

Condizioni simili sono elencate anche nelle *Raccomandazioni del Consiglio d'Europa sull'uso delle tecniche investigative speciali*[149]:

> «*4. Special investigation techniques should only be used where there is sufficient reason to believe that a serious crime has been committed or prepared, or is being prepared, by one or more particular persons or an as-yet-unidentified individual or group of individuals.*

[148] United Nations Office on Drugs and Crime, *Model Legislative Provisions against Organized Crime*, cit.

[149] Council of Europe, *Council of Europe recommendation Rec(2005)10 on "special investigation techniques" in relation to serious crimes including acts of terrorism*, disponibile a: <https://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/organisedcrime/Rec_2005_10.pdf>; Council of Europe, *Recommendation CM/Rec(2017)6 of the Committee of Ministers to member States on "special investigation techniques" in relation to serious crimes including acts of terrorism*, 5.7.2017, disponibile a: <https://rm.coe.int/1680730408> (ultimo accesso novembre 2020).

5. Proportionality between the effects of the use of special investigation techniques and the objective that has been identified should be ensured. In this respect, when deciding on their use, an evaluation in the light of the seriousness of the offence and taking account of the intrusive nature of the specific special investigation technique used should be made.
6. Member states should ensure that competent authorities apply less intrusive investigation methods than special investigation techniques if such methods enable the offence to be detected, prevented or prosecuted with adequate effectiveness».

Si tratta peraltro di requisiti che la dottrina italiana più attenta aveva già ritenuto impliciti nelle previsioni normative introdotte dal legislatore, ritenute ontologicamente sussidiarie rispetto al ricorso ad altri strumenti investigativi. Con riferimento all'art. 97 T.U. stup., ad esempio, si era evidenziato che «la delicatezza dell'operazione sotto copertura, soprattutto per le rilevate difficoltà di penetrazione delle organizzazioni criminali e per i conseguenti rischi per l'incolumità personale dell'operante, devono indurre sia (…) ad un'attenta preparazione dell'infiltrazione, sia soprattutto a praticare questa tecnica di indagine solo quando effettivamente necessario ed utile» ossia nei casi in cui «risulti preclusa la possibilità di acquisire gli elementi di prova del traffico illecito attraverso i tradizionali strumenti di indagine e quando il consistente impegno, umano e finanziario, che l'operazione comporta, appaia effettivamente giustificato dallo scopo che si vuole raggiungere, ovvero dall'importanza dell'organizzazione criminale che si vuole neutralizzare»[150].

Il timore per la forza attrattiva della provocazione, *id est* per il rischio che abusando delle tecniche di infiltrazione si sconfini in una vera e propria istigazione o cooperazione in reati che altrimenti non sarebbero stati commessi aleggia quindi tuttora sulle varie ipotesi di operazioni sotto copertura.

Ciò è emerso anche in occasione del dibattito che ha preceduto l'approvazione e l'entrata in vigore della l. n. 3/2019, con la quale l'esperibilità delle operazioni sotto copertura è stata estesa ad alcuni reati contro la pubblica amministrazione, aggiunti al catalogo previsto dall'art. 9 l. n. 146/2006.

Nella relazione al disegno di legge del Governo poi approvato dal Parlamento si precisa che «Le condotte non punibili restano confinate a quelle necessarie per l'acquisizione di prove relative ad attività illecite già in corso e che non istighino o

[150] G. AMATO, *Droga e attività di polizia*, Laurus Robuffo, Roma, 1992, p. 214. Nello stesso senso anche M. PETRELLA, *L'acquisto simulato di droga*, in G. INSOLERA, (a cura di), *Le sostanze stupefacenti*, UTET, Torino, 1998, p. 330.

provochino la condotta delittuosa, ma s'inseriscono in modo indiretto o meramente strumentale nell'esecuzione di attività illecita altrui, secondo il paradigma della causa di giustificazione elaborato dalla consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte europea dei diritti dell'uomo»[151].

La precisazione è stata evidentemente ritenuta necessaria, forse alla luce del dibattito apertosi tra gli addetti ai lavori già nei primi mesi del 2018 in occasione dell'apertura di un procedimento penale riguardo a un'inchiesta giornalistica girata grazie alla collaborazione di un ex camorrista, il quale fingendosi imprenditore nel settore dei rifiuti, era riuscito a farsi riprendere mentre consegnava una mazzetta a un amministratore pubblico, nonché delle precedenti dichiarazioni di alcuni esponenti del Governo[152].

In una lettera, intitolata «Va punito chi fa reati, non chi potrebbe farli», al Direttore di un noto quotidiano nazionale, Raffaele Cantone e Gian Luigi Gatta avevano sentito il bisogno di chiarire alcuni punti: innanzitutto, che «L'agente provocatore è figura ben diversa da quella dell'infiltrato», e poi che «il compito della giustizia penale è punire (e perseguire) coloro che hanno commesso reati, cioè fatti socialmente dannosi, non coloro che si mostrano propensi a commetterne… uno Stato che mette alla prova il cittadino per tentarlo e punirlo, se cade in tentazione, non riflette un concetto di giustizia liberale. D'altra parte si tratta di una pratica investigativa che, all'evidenza, si può prestare ad abusi: chi decide chi, quando e come provocare?»[153].

Successivamente erano intervenuti anche Domenico Pulitanò[154] e Piercamillo Davigo[155]. Il primo aveva confessato di ritenere difficile immaginare la figura di un infiltrato nella pubblica amministrazione e aveva altresì sottolineato che introdurre la possibilità di avanzare finte proposte corruttive si tradurrebbe in un modo per saggiare la

---

[151] *Relazione illustrativa al Disegno di legge n. 1189* (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), p. 25. Il documento è consultabile a: <http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.1189.18PDL0029490.pdf> (ultimo accesso novembre 2020). Riguardo alle dichiarazioni del Governo, v. *infra*, Cap. V, § 3.2.2., nota 156.

[152] Il riferimento è all'inchiesta "*Bloody Money*" sul ciclo dei rifiuti in Campania realizzata dalla testata fanpage.it. Per maggiori dettagli si rinvia all'articolo completo, disponibile a: <https://www.fanpage.it/backstair/story/inchiesta-ciclo-rifiuti/> (ultimo accesso novembre 2020).

[153] R. CANTONE, G.L. GATTA, *A proposito del ricorso ad agenti provocatori per contrastare la corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2018.

[154] D. PULITANÒ, *Agente provocatore per il contrasto alla corruzione?*, in *Giurisprudenza penale*, 11 marzo 2018.

[155] P. DAVIGO, *Un cenno alle operazioni sotto copertura non previste in materia di reati contro la pubblica Amministrazione*, in *Giurisprudenza penale*, 11 marzo 2018.

moralità dei destinatari della proposta. Il secondo, uno dei maggiori sostenitori del ricorso alle operazioni sotto copertura contro la corruzione, aveva innanzitutto evidenziato la differenza tra agente provocatore e infiltrato, per concludere che al fine di recepire la Convenzione di Merida l'Italia dovrebbe introdurre una previsione *ad hoc* per consentire l'uso di tale tecnica investigativa nel contrasto alla corruzione, «un reato seriale e diffusivo, che dà vita a mercati illegali, con una cifra nera elevatissima».

Senza qui soffermarsi sull'analisi dettagliata delle opzioni prescelte dal legislatore nella l. n. 3/2019[156], in chiusura occorre sottolineare sin d'ora la difficoltà di misurare e quindi dimostrare la *necessità* delle operazioni sotto copertura in generale e in particolare rispetto ai reati di corruzione. Sarebbe infatti necessario disporre di dati e parametri che permettano di comprendere se effettivamente il ricorso a una tecnica investigativa molto invasiva anche nella forma dell'infiltrazione rechi effettivamente i benefici auspicati. Ciò sarebbe infatti richiesto dalla natura stessa del diritto penale di scopo, in cui «la criminalizzazione si legittima solo sulla base di una provata (o esaurientemente prognosticata) effettività del mezzo-pena rispetto allo scopo prescelto e non semplicemente per la provata (o, talvolta, soltanto supposta) ineffettività degli altri strumenti di controllo sociale»[157]. Come già accennato, siffatto *test di effettività* deve essere traslato anche agli apparati che mirano ad assicurare la chiarificazione dei reati e l'applicazione in concreto della pena.

In altre parole, se i costi del diritto penale e delle operazioni sotto copertura sono più facilmente pronosticabili, sarebbero necessari dati più certi per poter svolgere una valutazione costi-benefici. Allo stato è possibile solo provare a enucleare gli obiettivi perseguiti mediante le operazioni sotto copertura e cercare di verificare se a livello criminologico emergano delle caratteristiche dei reati per cui sono esperibili che permettano di dichiarare favorevole la prognosi di tale tecnica investigativa.

2. Efficacia attesa

Coerentemente con l'idea di un diritto penale dello scopo, improntato a una funzione di prevenzione generale e quindi alla riduzione dei tassi di criminalità, occorre

[156] V. *infra*, Cap. V, § 3.2.3.
[157] C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., p. 446.

«verificare a posteriori se tale scopo sia stato in effetti o, a priori, se abbia ragionevoli probabilità di essere raggiunto»[158]. Il problema cruciale è individuare il *nesso di causalità* tra la diminuzione dei reati e una scelta di politica criminale, soprattutto alla luce della scarsa disponibilità di dati empirici pertinenti e disaggregati.

Per poter svolgere *ex post* tale verifica, o perlomeno formulare delle ipotesi sui risultati, è necessario *ex ante* provare a individuare gli obiettivi perseguiti mediante una determinata opzione politico-criminale. Nello specifico, mediante la previsione dell'esperibilità delle operazioni sotto copertura sia in generale, sia, nello specifico, rispetto ai reati contro la pubblica amministrazione.

Questo accertamento si impone perché «la 'scarsa effettività' è un lusso che la pena non può permettersi». L'ineffettività, infatti, non solo è espressione di disfunzionalità, ma è anche costituzionalmente illegittima in quanto delegittima il sistema penale, che diviene foriero di ingiustizia sostanziale e discriminatorio verso coloro che sono socialmente svantaggiati. Gli *outsider* sono infatti destinati a pagare le spese della *iperselezione* prodotta da una norma ineffettiva. Ciò che ovviamente contrasta con gli artt. 2, 3, 13, 25 Cost.[159].

D'altro canto, occorre tenere presente che, oltre al problema della disponibilità di dati, la misura dell'effettività di un determinato istituto deve confrontarsi con l'intreccio di norme e apparati che segnano il percorso dalla «criminalizzazione in astratto» alla «criminalizzazione in concreto». La "creazione" di fattispecie incriminatrici da parte del legislatore è solo il primo stadio della criminalizzazione, a cui seguono altri di competenza di diversi soggetti: la polizia, le procure, i giudici di merito fino alla Corte di Cassazione[160]. Il coinvolgimento di una rosa di attori rende indispensabile considerare l'effettività globale degli apparati, nel senso che «alla efficienza di una delle agenzie deve *corrispondere* una adeguata efficienza da parte delle altre»[161]. Soccorre, ancora una volta, la metafora del diritto penale come intervento chirurgico, che non può essere eseguito solo dal chirurgo, ma abbisogna dei contributi di una pluralità di professionisti, basti pensare agli anestesisti e agli infermieri.

[158] G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 125.
[159] C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., pp. 471-472.
[160] G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., pp. 54-55.
[161] C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., p. 526.

A questo punto è pertanto opportuno provare a chiedersi quali obiettivi si perseguono, *rectius* si intendono perseguire o perseguire più facilmente, mediante il ricorso alle operazioni sotto copertura. Obiettivi che, per semplicità espositiva verranno tenuti distinti, sebbene nella realtà siano interconnessi.

2.1. Potenziamento dell'efficacia investigativa rispetto alle organizzazioni criminali e ai *serious crimes*

Innanzitutto, le operazioni sotto copertura sono spesso richiamate come mezzo per scoprire e debellare le *organizzazioni criminali*, in quanto forme particolarmente pericolose di criminalità, peraltro caratterizzate, proprio per il loro carattere chiuso e strutturato, da una notevole *difficoltà probatoria*[162].

Questo obiettivo è emerso fin dall'introduzione dell'art. 97 T.U stup. Già nella relazione al disegno di legge presentato al Senato dal Governo e poi approvato con l. n. 162/1990 si afferma che l'art. 84-*bis* (in seguito art. 97 d.P.R. n. 309/1990) doveva servire «per consentire eventuali infiltrazioni e per scoprire le diramazioni delle organizzazioni operanti nel settore, senza correre il rischio di essere considerati agenti provocatori punibili per l'illiceità del traffico o dell'acquisto fatto; […] Dalle stesse ragioni (necessità di cercare di scoprire le diramazioni delle organizzazioni che praticano il traffico della droga) è sorretto l'articolo 84-ter», ossia l'art. 98 T.U. stup.»[163].

Nei commenti era poi messa in evidenza una ulteriore «esigenza pratico-investigativa», oltre a «quella di consentire agli ufficiali di polizia giudiziaria di "infiltrarsi" nelle organizzazioni criminali dedite al traffico di stupefacenti», ossia quella «di poter più agevolmente ricostruire la struttura dell'organizzazione e risalire ai soggetti dotati di ruoli più significativi e quindi delle maggiori responsabilità»[164]. Un'esigenza peraltro già evidenziata dalla dottrina più risalente, preoccupata della pericolosità per gli interessi fondamentali dello Stato e dei cittadini[165].

---

[162] G. AMATO, *Le specifiche attività di polizia giudiziaria*, in A. CAPUTO, G. FIDELBO (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 501; R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, cit., pp. 34-35.

[163] Relazione al d.d.l. n. 1509 comunicato alla presidenza del Senato il 12.1.1989, *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*, p. 6.

[164] F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti. Profili penali*, cit., pp. 231-232. V. anche M. PETRELLA, *L'acquisto simulato di droga*, cit., p. 330.

[165] A. MALINVERNI, voce *Agente provocatore*, cit., pp. 398-399. L'A. scrive che «alcuni tipi di attività criminose, promosse da grandi interessi economici o politici, quali il commercio di stupefacenti e lo

Come già detto[166], la figura dell'infiltrato già a livello linguistico è strettamente correlata a un contesto "altro", che le indagini mirano a disvelare. Cionondimeno, all'indomani dell'introduzione dell'art. 12-*quater* d.l. n. 306/1992 la dottrina più attenta aveva manifestato perplessità riguardo all'effettività del ricorso alla tecnica investigativa della infiltrazione, con particolare riferimento alle associazioni mafiose, la cui sopravvivenza si fonda spesso anche sui legami di parentela, che rendono arduo immaginare che un ufficiale di polizia possa inserirsi nell'associazione e carpirne i segreti senza destare sospetti. Una possibilità di successo era stata ipotizzata solo nell'evenienza in cui l'associazione si espandesse e cominciasse a rivolgersi a soggetti estranei[167]. D'altro canto, vi è invece chi ha in seguito notato che le operazioni sotto copertura rappresenterebbero uno strumento della essenziale «funzione di 'interdizione-dinamica' dell'attività dell'associazione», funzione propria del diritto penale della criminalità organizzata, «diversa ed ulteriore» rispetto alla ordinaria funzione generalpreventiva del diritto penale[168].

Anche in relazione ai reati contro la pubblica amministrazione l'opinione favorevole a consentire l'esperibilità delle operazioni sotto copertura ha spesso fatto leva sulla *sistematicità* del fenomeno corruttivo e sui suoi legami con la criminalità organizzata. La diffusione della corruzione nel tessuto politico, economico e sociale italiano e l'*impenetrabilità* delle logiche corruttive, spesso protette se non da vere e proprie organizzazioni, da un sistema di relazioni, renderebbe opportuno – secondo tale tesi – permettere alla polizia giudiziaria di entrare in tale sistema per conoscerlo e smantellarlo.

---

spionaggio politico o militare, dispongono di organizzazioni efficientissime e che operano con molta segretezza. Di esse e delle loro attività, gli organi della polizia giudiziaria, politica e militare, attraverso informatori e uffici di controspionaggio, vengono non raramente a conoscenza, ma rimane loro estremamente difficile procurarsi la prova della attività criminosa svolta, e d'altro lato può non essere conveniente svelare subito le fonti delle informazioni ricevute. Codeste attività criminose creano senza dubbio situazioni pericolose per interessi fondamentali della nazionale, e per la salute od altri beni di privati cittadini. Il pericolo dell'offesa è poi tanto più grave ed attuale, quanto più occulta e potente è l'organizzazione criminale. La necessità di una reazione difensiva, sia da parte di privati cittadini, che da parte degli organi pubblici, è in questi casi indubitabile».

[166] V. *supra*, § 1.1.7.

[167] C. DE MAGLIE, *Gli "Infiltrati" nelle organizzazioni criminali,* cit., p. 1070.

[168] F. P. GIORDANO, *Le indagini preliminari. Poteri e limiti del Pubblico Ministero e della Polizia giudiziaria*, CEDAM, Padova, 2006, p. 87. Secondo l'A, infatti, «l'infiltrazione degli agenti…ubbidisce a finalità conoscitive della criminalità e ricostruttive della prova mentre si delinque. Il che comporta il vantaggio di seguire l'evoluzione del crimine nella sua attualizzazione».

Sui riscontri criminologici all'ipotesi che i fenomeni criminali compresi nell'ambito di applicazione delle operazioni sotto copertura siano accomunati dalla loro natura di *crimine organizzato* e sulla analisi criminologica dei fenomeni corruttivi[169].

Sin d'ora però – a proposito di obiettivi perseguiti per mezzo delle operazioni sotto copertura – si può notare che altri interpreti ritengono che l'utilità di tale tecnica investigativa sia legata non tanto all'esplicazione organizzata di determinate attività – e quindi alle caratteristiche degli autori dei reati – quanto alla *gravità* e *pericolosità* di alcuni reati per interessi fondamentali. Spesso i due argomenti sono intrecciati: determinate attività sono ritenute particolarmente pericolose per interessi fondamentali *in quanto* espletate da organizzazioni criminali.

I due criteri, però, – quello dei soggetti e quello delle attività – possono essere concepiti anche come *alternativi*, due binari paralleli, che non si escludono reciprocamente. Ad esempio, essi sembrano evocati *cumulativamente* nel preambolo della Convenzione di Merida, in cui si legge:

> «Concerned *about the seriousness of problems and threats posed by corruption to the stability and security of societies, undermining the institutions and values of democracy, ethical values and justice and jeopardizing sustainable development and the rule of law,*
> Concerned also *about the links between corruption and other forms of crime, in particular organized crime and economic crime, including money laundering,*
> Concerned further *about cases of corruption that involve vast quantities of assets, which may constitute a substantial proportion of the resources of States, and that threaten the political stability and sustainable development of those States…*».

2.2. La riduzione della cifra oscura

Un altro obiettivo perseguito mediante le operazioni sotto copertura risiede nella riduzione della *cifra oscura*, ossia dello «*scarto* tra il *numero* complessivo dei fatti penalmente rilevanti commessi in un certo periodo di tempo in un certo territorio e il *numero* di quelli che giungono a conoscenza della autorità, risultando appunto registrati nelle statistiche ufficiali»[170]. Proprio per la difficoltà di calcolare precisamente delle cifre, si parla più spesso di *campo oscuro* o criminalità nascosta[171].

---

[169] V. *infra*, Cap. IV e V.

[170] G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 64.

[171] Per maggiore chiarezza, occorre tenere presente la differenza tra: criminalità reale, ossia i crimini effettivamente commessi in un certo tempo e in un certo spazio; criminalità registrata o ufficiale, ossia quella conosciuta dalle autorità; criminalità apparente, costituita dai crimini che appaiono all'autorità ma che in realtà non sono stati commessi (si pensi alla fattispecie di simulazione di reato o ai casi di calunnia);

Questo *deficit* di conoscenza della criminalità costituisce una delle incognite della criminologia quantitativa, ossia della misurazione e quantificazione del crimine, utile per comprendere, mediante il metodo eliminatorio della differenza, le cause di un dato fenomeno e di conseguenza anche ciò che è effettivo per affrontarlo[172].

Il campo oscuro segna la *distanza tra la criminalizzazione in astratto e la criminalizzazione in concreto* e la sua ampiezza può scalfire la finalità preventiva della pena, in quanto è ormai un dato acquisito in criminologia che «i soggetti influenzabili dal messaggio intimidativo della pena comminata risulteranno comunque più sensibili al rischio di essere concretamente puniti, che non alla severità della pena minacciata»[173]. Rileva quindi più la *certezza* che la *severità* della pena, al punto che, secondo alcuni, l'ampiezza del campo oscuro avrebbe un *effetto criminogeno*, perché affievolirebbe l'efficacia deterrente della pena. Per codesta ragione, alle denunce circa l'eccessiva estensione del campo oscuro si accompagna spesso un rafforzamento dei meccanismi sanzionatori, che spesso però impingono nei fatti la severità e non la certezza della pena[174]. La riduzione dello scarto postulerebbe, invece, una scelta tra «una maggiore volontà politica e capacità operativa degli apparati istituzionali» e la «revisione critica di un ricorso inflazionato alla minaccia penale»[175].

Nel caso delle operazioni sotto copertura si sceglie la prima opzione, provando appunto a rafforzare la capacità degli apparati istituzionali di scoprire tramite altri canali determinati reati, considerata la *scarsa propensione alla denuncia* degli stessi.

Infatti, un fattore di assoluta preminenza nella scoperta del crimine è costituito proprio dalle denunce dei privati, non dagli autonomi accertamenti della polizia, la quale svolge prevalentemente un ruolo reattivo (e non proattivo)[176].

---

infine, la criminalità nascosta o campo oscuro di cui si è detto. V. sul punto G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., pp. 396-397.

[172] G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., pp. 127-128. V. anche G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale: «cifre nere» e funzione generalpreventiva della pena*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, cit., pp. 60-65.

[173] G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 129, a cui si rinvia anche per gli ampi riferimenti bibliografici.

[174] G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale: «cifre nere» e funzione generalpreventiva della pena*, cit., p. 62.

[175] D. PULITANÒ, *Politica criminale*, cit., p. 24.

[176] G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., pp. 404-405.

Nel caso della corruzione, la ricerca ha mostrato che la cifra nera, impossibile da calcolare, si alimenta in primo luogo della scarsa propensione alla denuncia[177], dovuta innanzitutto alla sua natura di reato «a vittima muta». La vittima infatti non manca: «le vittime della corruzione ci sono, pubbliche (istituzionali) e private (personali): la stessa società, la pubblica amministrazione, l'economia pubblica – sul piano sovraindividuale e collettivo –, i singoli cittadini i cui diritti (non solo fondamentali, quale quello a un eguale trattamento, ma anche derivati, come quelli meramente patrimoniali) sono conculcati dal favoritismo corruttivo». Tuttavia, trattandosi di un reato-contratto bilateralmente illecito, è difficile che una delle parti dell'accordo abbia interesse a denunciare, poiché finirebbe per denunciare anche se stessa[178]. La natura consensuale del reato, inoltre, fa sì che la scelta di denunciare il fatto a cui si è prestato consenso sia «strettamente connessa, se non del tutto coincidente, con le ragioni che hanno indotto a commetterlo[179].

Mediante l'intervento di un agente infiltrato si vorrebbe quindi *rompere* il legame fiduciario tra le parti dell'accordo corruttivo, introducendo un elemento di *incertezza*. Si inietta nel sistema il *rischio* che l'altra parte finga di essere una persona che in realtà non è. Il *ruolo proattivo* della polizia dovrebbe fungere da *deterrente* alla stipula di accordi corruttivi. Si introduce infatti una nuova incertezza nella valutazione costi-benefici sottesa alla propensione alla denuncia, rendendo più probabile la scoperta del reato e quindi il pagamento del "costo penale" dello stesso. Inoltre, la rottura di un singolo accordo potenzialmente spezza la catena della diffusione e replicazione della corruzione, ossia quella «stimolazione della domanda e dell'offerta di tangenti, con l'esito di un'uscita degli onesti dal sistema»[180].

In chiusura si possono quindi sintetizzare le considerazioni sin qui svolte evidenziando come dall'estensione delle operazioni sotto copertura ai reati contro la pubblica amministrazione si attenda un *potenziamento degli interventi delle agenzie del controllo formale*, realizzato mediante l'attribuzione di un ruolo proattivo alla polizia al fine di ridurre la cifra nera e quindi assottigliare la crepa tra criminalizzazione in astratto

[177] Questa conclusione emerge dall'indagine empirica P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 114.

[178] *Ivi*, pp. 32 ss.

[179] G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 412. L'A. cita la corruzione come esempio del ruolo giocato dal costo reale nella valutazione costi-benefici che regola la propensione a denunciare. Altri reati consensuali parificabili sotto questo profilo al fenomeno corruttivo sono il consumo individuale di stupefacenti, il gioco d'azzardo, la prostituzione.

[180] G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 412.

e criminalizzazione in concreto. Si vuole in altri termini innescare un *circolo virtuoso* che consenta di penetrare i meccanismi della corruzione e farli emergere dall'interno. Come si vedrà, l'opzione politico-criminale di estendere il catalogo dei reati previsto dall'art. 9 l. n. 146/2006 si riconnette anche all'idea dell'esistenza di uno stretto legame, se non di una sovrapposizione, tra criminalità organizzata e corruzione e alla sottolineatura della gravità e pericolosità della corruzione per la tenuta dello Stato di diritto.

Si tratta di ipotesi che verranno vagliate nel Capitolo V, confrontando le caratteristiche criminologiche degli altri fenomeni criminali per cui già da prima del 2019 sono esperibili le operazioni sotto copertura e quelle della corruzione.

3. La politica penale italiana. La traduzione normativa delle scelte sull'utilizzo delle operazioni sotto copertura. *Rinvio*

Dalla *politica criminale*, aspetto della politica sociale, occorre distinguere la *politica penale*. Le due sono accomunate dal *fine* della diminuzione della criminalità, ma si differenziano per i *mezzi* considerati. La politica penale si serve, infatti, solo degli *strumenti della giustizia penale* e rappresenta, pertanto, il «nucleo originario» della politica criminale, in quanto definisce innanzitutto l'oggetto della lotta contro il delitto e i mezzi specifici per combatterlo[181].

A partire dagli anni Novanta, il legislatore ha iniziato a prevedere espressamente la possibilità di impiegare alcune tecniche sotto copertura. In seguito, sia il campo di applicazione sia il novero di tecniche utilizzabili sono stati progressivamente ampliati. Si impone pertanto l'esigenza di analizzare le caratteristiche degli strumenti strettamente penalistici disciplinati dal legislatore.

L'evoluzione politico-penale delle operazioni sotto copertura ha dapprima mostrato una *struttura ramificata*: il legislatore ha progressivamente introdotto norme *ad hoc* per ciascuna area criminale a cui intendeva estendere la praticabilità delle operazioni

[181] D. PULITANÒ, *Politica criminale*, cit., pp. 6-7. Giova citare letteralmente le parole dell'A: «è dato distinguere tra una "politica penale" in senso proprio, ed una "politica criminale" come aspetto della generale "politica sociale". Entrambe convergono su un identico fine, la "diminuzione (al limite, l'eliminazione) della criminalità"; ma gli strumenti considerati vanno da quelli della sola giustizia penale, all'intera gamma degli interventi, da cui il fenomeno sociale "criminalità" possa essere colpito e prevenuto più in radice. Per "politica criminale" può così intendersi qualcosa di più che non la "politica del diritto penale"; anche se, per la politica sociale, la "questione criminale" ha un oggetto già formalmente delimiato dal diritto criminale. La "politica del diritto penale rappresenta, comunque, della politica criminale, il nucleo originario; un campo non esclusivo né praticamente decisivo per la lotta contro il delitto, ma che definisce sia l'oggetto di questa lotta, sia la scelta dei mezzi a ciò (finora) ' specificamente' destinati».

sotto copertura. Solo nel 2003 si è registrato un primo segnale di tendenza all'unificazione con l'articolo 10 l. n. 228/2003, che in relazione ai delitti contro la personalità individuale e in materia di prostituzione si limitava a rinviare alle disposizioni dell'art. 4, co. 1, 2, 4, 5, 6 e 7, d.l. n. 374/2001. La vera e propria *reductio ad unitatem* si è avuta, però, solo con l'art. 9 l. n. 146/2006, che inizialmente non aveva inglobato gli artt. 97 e 98 T.U. stup. Una "discrasia" a cui il legislatore ha in seguito rimediato con la l. n. 136/2010.

Senza voler anticipare troppo di quanto si dirà a tempo debito[182], si può sin d'ora evidenziare come emerga la scelta di facoltizzare l'infiltrazione attraverso la previsione di stringenti *requisiti soggettivi*, inizialmente limitati agli ufficiali di polizia giudiziaria nell'art. 97 T.U. stup. e poi estesi anche ai soggetti interposti e agli ausiliari (co. 1-*bis* dell'art. 9 l. n. 146/2006, introdotto con la l. n. 136/2010). In ordine alla competenza, la direzione delle operazioni è affidata alle strutture specializzate della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza o alla Direzione nazionale antimafia. Inoltre, l'organo che dispone l'esecuzione delle operazioni deve dare preventiva comunicazione al pubblico ministero competente per le indagini.

Per quanto riguarda l'inquadramento sistematico delle norme introdotte dal legislatore, sembra ormai unanime la qualificazione come *cause di giustificazione personali*, e caratterizzate dalle necessità di rispettare una ben definita procedura perché la scriminante sia applicabile.

Si dirà in seguito anche delle aree criminali progressivamente ricomprese nell'ambito di applicazione delle operazioni sotto copertura, ponendo particolare attenzione alla influenza esercitata dalle Convenzioni internazionali e dalle "emergenze" interne di volta in volta ritenute tali dal legislatore.

In ordine ai reati contro la pubblica amministrazione, si proverà inoltre a tracciare il percorso di assimilazione ad altre aree criminali ritenute particolarmente gravi, con conseguente progressivo ampiamento del novero delle deroghe previste nel diritto processuale penale applicabili anche alla corruzione[183].

[182] V. *infra*, Cap. III, sez. II.
[183] V. *infra*, Cap. V.

4. La disciplina delle operazioni sotto copertura: i nodi problematici

Come in parte già emerso dalle considerazioni svolte per tracciare il perimetro linguistico e normativo della presente indagine, tutt'oggi la questione della provocazione si staglia sullo sfondo della tematica e della disciplina delle operazioni sotto copertura.

I nodi problematici con cui gli interpreti devono confrontarsi attengono in particolare alla responsabilità, o irresponsabilità, da un lato, dell'agente provocatore e dell'agente sotto copertura e, dall'altro, del soggetto che venga effettivamente provocato a commettere un reato che altrimenti non avrebbe commesso.

Tali nodi si innestano – potremmo dire – nella natura stessa della provocazione: come si è visto, infatti, l'agente provocatore pone in essere un contributo causalmente rilevante per la commissione del "reato provocato", potendo assumere a seconda dei casi il ruolo di istigatore (o altro partecipe morale) o di partecipe materiale. In astratto, dunque, la sua condotta integrerebbe una fattispecie incriminatrice, quantomeno a mente della disciplina del concorso di persone nel reato. Poiché, conformemente anche alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si ha provocazione quando il reato non sarebbe stato altrimenti commesso, occorre considerare dall'altro lato la posizione del provocato, in quanto appunto *vittima* della provocazione.

Le soluzioni di volta in volta proposte in dottrina, giurisprudenza e in seguito anche dal legislatore per sciogliere il nodo della responsabilità del provocatore hanno dovuto confrontarsi con *due problemi di fondo*: da un lato, la *diffidenza «politica»* (se non il vero e proprio disprezzo) verso la figura dell'agente provocatore; dall'altro, la necessità di *separarne la posizione da quella del "provocato"*.

Invero, se il destino del provocato seguisse quello del provocatore, l'azione di quest'ultimo diverrebbe del tutto futile, e perderebbe di senso il problema stesso del ricorso alla provocazione, appunto per la sua inutilità.

E ciò è vero sia che si affermi la responsabilità del provocatore, sia che se ne ammetta l'irresponsabilità penale. Nel primo caso, infatti, difficilmente si troverebbero soggetti disposti a sacrificarsi "per il bene della patria" andando incontro ad una condanna pur di scoprire un reato e far condannare *anche* altri. Nella seconda evenienza, il provocato andrebbe esente da pena, sicché il ricorso alla provocazione per raccogliere prove altrimenti difficili da ricercare o per debellare fenomeni criminali ritenuti particolarmente pericolosi non produrrebbe alcun risultato utile.

Quanto al provocato, il legislatore non ha finora introdotto alcuna norma circa le conseguenze sul piano sostanziale e/o procedurale, in termini di esclusione o attenuazione della responsabilità o di inutilizzabilità delle prove, della provocazione da parte della forza pubblica della commissione di un reato ad opera di un soggetto che non l'avrebbe altrimenti commesso. Tali questioni rimangono quindi aperte e rischiano di assumere contorni più inquietanti con il progressivo ampiamento del catalogo delle aree criminali rispetto alle quali sono esperibili le operazioni sotto copertura.

4.1. Responsabilità *versus* irresponsabilità dell'agente provocatore e dell'infiltrato

È bene iniziare con il profilo della responsabilità dell'agente provocatore e delle figure successivamente da esso "distaccatesi". Tale disamina è infatti utile a comprendere meglio le ragioni dell'emersione di queste figure dapprima in dottrina, poi in giurisprudenza e infine anche a livello legislativo.

Partendo dall'agente provocatore "in senso stretto", la dottrina più attenta ha a suo tempo distinto le soluzioni universali da quelle particolari sulla base della loro attitudine ad abbracciare per intero la galassia della provocazione oppure solo alcune figure particolari di agente provocatore[184].

Nonostante l'esigenza sopra evidenziata di tenere distinte le posizioni del provocatore e del provocato, a livello teorico esse sono state parificate da taluni interpreti favorevoli alla affermazione di responsabilità del provocatore.

Come anticipato, infatti, per ragioni tanto sistematiche (l'applicazione dei principi della causalità e la ritenuta sussistenza del dolo) quanto di politica criminale, la Scuola classica del diritto penale era orientata nel senso della punibilità dell'agente provocatore, per non aprire spiragli di impunità a una figura tanto "infame" e disincentivarne, quindi, l'impiego. Dal provocatore veniva, però, distinto il soggetto che si limitasse a raccogliere le prove di un reato già commesso, senza influire causalmente sulla sua commissione e conseguentemente senza incorrere in alcuna contestazione penale[185].

[184] Per la trattazione completa delle soluzioni universali e particolari della questione della responsabilità del provocatore si rinvia a C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore,* cit., pp. 325 ss.

[185] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore,* cit., pp. 201-202; C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, cit., pp. 221-222.

Nello stesso periodo, vi era invece chi ravvisava anche nella provocazione vera e propria una *utilità sociale*. La finalità – e quindi l'elemento soggettivo – del provocatore doveva essere tenuta separata da quella degli altri compartecipi morali, sì da escluderne la punibilità per mancanza di dolo[186].

Ancora, all'inizio del Novecento, la particolare finalità dell'agente provocatore, considerato in senso ampio, induceva Alimena a qualificare quello commesso da costui come un "finto reato" ossia, in termini penalistici, come reato putativo[187].

Lungi dal voler essere esaustiva, la rassegna di alcune delle posizioni emerse nella dottrina di fine Ottocento e inizio Novecento vuole rappresentare una premessa storica della disamina delle ricostruzioni sistematiche e delle conseguenze sanzionatorie elaborate più recentemente con riguardo all'agente provocatore e all'infiltrato appartenenti alla pubblica autorità.

Seguendo l'ordine della concezione tripartita del reato, si trovano, innanzitutto, le soluzioni radicate sul terreno della tipicità.

Alcuni esponenti della dottrina hanno invero avanzato l'ipotesi della *atipicità* del fatto a cui abbia partecipato un agente provocatore, in quanto l'intervento causale di quest'ultimo, materiale o morale che sia, integrerebbe un *elemento costituivo mancante* della fattispecie. In proposito si è parlato talvolta di *reato apparente* o *reato putativo*[188].

Alla dicotomia tipicità/atipicità è riconducibile altresì il «discrimine tra provocazione penalmente *lecita* (che libererebbe da responsabilità il solo agente provocatore) e provocazione *illecita* (che darebbe vita ad un reato punibile per tutti i concorrenti), incentrato sul valore occasionale piuttosto che causale da attribuirsi alla condotta istigatoria del provocatore». Tuttavia, la stessa dottrina ha poi rilevato come tale discrimine ad uno sguardo più attento si riveli «un escamotage» per eludere le ferree leggi della causalità, in quanto «non esistono 'occasioni' penalmente rilevanti che non abbiano impatto causale»[189]. Ad esempio, l'occasione di vendita fornita dal *fictus emptor* difficilmente potrebbe sfuggire ad una qualificazione come causa penalmente rilevante[190],

[186] C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, cit., pp. 224.
[187] *Ivi*, pp. 226.
[188] L. VIGNALE, voce *Agente provocatore*, cit., p. 3.
[189] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore,* cit., pp. 329-330.
[190] *Ibidem*.

costituendo una *conditio sine qua* quello specifico acquisto, in quel preciso frangente spazio-temporale, *non* si sarebbe verificato.

Come anticipato nel paragrafo dedicato al perimetro linguistico dell'indagine[191], l'esclusione della tipicità ha fatto capolino nel dibattito sulla figura del *fictus emptor* anche sotto un altro profilo. Secondo alcuni, infatti, poiché una delle parti del contratto è un *finto* acquirente non potrebbe considerarsi integrata la fattispecie del reato-contratto[192]. Altrove tale conclusione è stata fondata sulla considerazione che l'acquisto fittizio non solo sarebbe inoffensivo per il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice che vieta il commercio di determinati beni (ad esempio armi, stupefacenti, materiale pornografico), ma addirittura costituirebbe un «mezzo di tutela del bene giuridico protetto dalle norme incriminatrici»[193].

Sul punto ha prevalso, però, la tesi di chi ritiene perfettamente valida la compravendita, essendo sufficiente a concluderla la manifestazione di volontà delle parti, indipendentemente dalla riserva mentale di una di esse[194].

Meno controversa pare la ricostruzione della irresponsabilità dell'agente provocatore nei reati a concorso necessario per insussistenza della fattispecie oggettiva per la mancanza della comunità di intenti che caratterizza già sul piano della tipicità i reati associativi[195].

Ancora, altre teorie che affrontano la questione della responsabilità del provocatore sul piano della tipicità hanno fatto leva sull'*idoneità dell'azione*, inserendosi perciò nel movimentato e sempre vivo dibattito sui rapporti tra delitto tentato, tentativo inidoneo e reato impossibile. Il fatto istigato da (o a cui avesse partecipato) un agente provocatore è stato da taluni ritenuto inidoneo a ledere o porre in pericolo beni giuridicamente rilevanti *nonostante* il reato fosse giunto a consumazione[196].

Altri hanno invece affermato che l'unica ipotesi di esclusione della tipicità del fatto a cui abbia partecipato un agente provocatore, qui inteso solo come istigatore, sia

---

[191] V. *supra*, § 1.1.4.

[192] V. ad esempio M. SALAMA, *L'agente provocatore*, cit., pp. 52-55.

[193] Lo sostiene F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 525.

[194] Per una sintesi del dibattito e i riferimenti bibliografici si rinvia, oltre che al paragrafo sul perimetro linguistico, a M. PETRELLA, *L'acquisto simulato di droga*, cit., pp. 338-339; L. VIGNALE, voce *Agente provocatore*, cit., p. 7.

[195] C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, cit., pp. 262-263.

[196] L. RISICATO, *L'acquisto simulato di droga nell'ambigua cornice dell'agente provocatore*, cit., p. 1601. Sul punto anche C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore,* cit., pp. 330-342.

quella in cui egli partecipi apparentemente anche all'esecuzione «allo scopo di paralizzarne gli effetti»[197].

Sull'idoneità si fonda altresì il dibattito circa l'inquadramento sistematico e la definizione delle conseguenze sanzionatorie della provocazione nei reati di relazione, ad esempio la truffa. In tali ipotesi, l'agente della forza pubblica riveste il ruolo di *finta vittima*, di talché secondo alcuni dovrebbe essere esclusa in radice la potenzialità offensiva del fatto. Altri, invece, hanno insistito sulla necessità di valutare *ex ante* l'idoneità della condotta del truffatore per verificare la sussistenza quantomeno del tentativo[198].

In ogni caso, indipendentemente dal modello di accertamento dell'idoneità prescelto, le soluzioni proposte radicate su questo terreno hanno un punto debole: non consentono di distinguere la posizione del provocatore da quella del provocato. In particolare, che si ritenga integrato lo schema del reato impossibile o del delitto tentato, l'esito rispettivamente di impunità o di punibilità sia del provocato sia del provocatore svilisce la funzione della provocazione e disincentiva il ricorso alla stessa traducendosi in una immolazione del pubblico ufficiale «sull'altare della giustizia»[199].

Si è aperta pertanto la strada alla ricerca di una soluzione ancorata sul piano dell'*antigiuridicità*, come suggerito già da Vincenzo Manzini, il quale nel 1920 scriveva di ritenere giustificato l'agente provocatore che avesse agito in esecuzione di una norma di legge o di un ordine legittimo dell'autorità competente[200]. La via delle scriminanti è

---

[197] L. GALLI, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, cit., p. 800.

[198] C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, cit., p. 263.

[199] La conclusione riportata in ordine alle soluzioni radicate nel terreno della idoneità è ripresa da C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore,* cit., p. 341.

[200] Ne dà conto C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, cit., p. 230. Nella quinta edizione del Trattato di Manzini aggiornata da Nuvolone e Pisapia, si introduce però la distinzione tra reati materiali e reati formali e si giunge a una conclusione simile a quella sostenuta da una larga parte della dottrina odierna sul piano della colpevolezza. Si riporta per maggiore chiarezza espositiva il passo in cui viene introdotta la suddetta distinzione: «Se si tratta di reati materiali, che cioè richiedono per la consumazione la verificazione di un evento successivo al completo esplicamento dell'attività del colpevole (come l'omicidio, ecc.), l'agente di polizia che, sia pure allo scopo di accertare il reato e di assicurare il delinquente alla giustizia, lasciasse verificare l'evento dannoso o pericoloso (uccisione di un uomo, pericolo di disastro; ecc.), sarebbe certamente corresponsabile del reato, a norma dell'art 40, capov. Se l'intervento dell'agente provocatore ha invece frustrato l'evento consumativo, l'esecutore del reato risponde di tentativo, e l'agente provocatore è punibile per lo stesso titolo con l'attenuante stabilita nell'art. 56, ult. capoverso. Nei reati formali (attentati politici; vendita illecita o irregolare; furto; ecc.), nei quali la consumazione avviene con la sola esplicazione completa dell'attività del reo, l'intervento dell'agente provocatore, o impedisce il completamento dell'attività dell'altro, e in tal caso costui risponde di tentativo, se la nozione del reato lo comporta, o il colpevole ha potuto compiere interamente l'azione costitutiva del reato, e risponde di reato consumato, rimanendo l'azione provocatore immune da responsabilità se ha agito

stata percorsa dalla dottrina più recente anche prima degli interventi del legislatore. La riflessione teorica ha coinvolto tutte le cause di giustificazione ricomprese nella parte generale del codice Rocco agli artt. 50 ss., a esclusione dell'art. 53 c.p.

Seguendo l'ordine della collocazione codicistica, vi è innanzitutto chi ha ravvisato degli spazi di ammissibilità del *consenso dell'avente diritto ex* art. 50 c.p., qualora la fattispecie incriminatrice si proponga di tutelare beni disponibili, conformemente alle regole generali *ex* art. 50 c.p. Secondo una prima tesi, alla provocazione si applicherebbero i principi generali che presiedono all'applicazione di tale scriminante, sicché la responsabilità o irresponsabilità dei soggetti coinvolti verrebbe a dipendere da un accertamento della validità del consenso da svolgere caso per caso in riferimento alla situazione contingente[201]. A questo proposito, si è evidenziata la necessità di distinguere l'ipotesi in cui titolare del bene giuridico leso o posto in pericolo dal fatto del provocato sia l'agente provocatore da quella in cui titolare del diritto sia un terzo soggetto[202].

Un altro Autore ha invece ritenuto che la scriminante in esame non possa di fatto quasi mai operare, vuoi perché in realtà il consenso non si estenderebbe all'offesa, vuoi perché esso «non ha per oggetto una effettiva situazione di pericolo, al contrario, viene prestato appunto confidando nei mezzi preordinati al fine di impedire la consumazione del reato e, a fortiori, la lesione del bene protetto». Di conseguenza, «l'atteggiamento psichico della vittima designata è consenso ad una finzione di offesa o di pericolo»[203], e non risulterebbe mai integrata la scriminante *ex* art. 50 c.p.

La scriminante su cui si è forse soffermata maggiormente l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza è quella dell'*adempimento di un dovere*, prevista dall'art. 51 c.p. Come accennato, questa causa di giustificazione è stata richiamata negli anni Venti da Vincenzo Manzini e ha poi trovato il favore di una parte della dottrina successiva, ad avviso della quale l'interesse di prevenire o scoprire dei reati potrebbe in alcuni casi prevalere sugli interessi protetti dalla norma incriminatrice di volta in volta violata. Il bilanciamento tra gli interessi in gioco dovrebbe essere svolto dal giudice con specifico

---

nelle condizioni sopra indicate. Sono inoltre da eccettuarsi i casi in cui l'istigazione è punibile per se stessa». V. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. II, UTET, Torino, 1981, pp. 570-571.

[201] T. DELOGU, *La responsabilità dell'agente provocatore*, in *Studi sassaresi*, 1938, pp. 25-26.

[202] *Cfr.* T. DELOGU, *La responsabilità dell'agente provocatore*, cit., pp. 25-26. In termini simili v. anche E. CALIFANO, *L'agente provocatore*, cit., pp. 86-89; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., pp. 271-272. In argomento anche L. GALLI, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, cit., pp. 794-795..

[203] A. MALINVERNI, voce *Agente provocatore*, cit., pp. 398-399.

riferimento alla fattispecie concreta tenendo conto in particolare delle concezioni etiche, sociali e politiche che possono condurre a «evitare un giudizio di disapprovazione per un fatto che non si presenta come socialmente dannoso»[204].

La fonte del dovere per adempiere il quale agirebbe l'agente provocatore è stata individuata precipuamente nell'art. 55 c.p.p. (art. 219 del codice previgente), ma si è fatto riferimento anche all'ordine dell'autorità.

Risultano tuttavia prevalenti le opinioni contrarie all'applicazione della scriminante dell'adempimento del dovere (sia imposto da una norma giuridica sia da un ordine della pubblica autorità) alla provocazione da parte di un soggetto appartenente alla pubblica autorità. Diversi Autori, infatti, talvolta non senza una sottile vena ironica, hanno evidenziato come non vi sia alcuna «norma di legge che autorizzi taluno *a dar causa ad un reato*» né che legittimi un ordine vincolante di provocare un reato[205], sicché bisognerebbe escludere che tra i compiti della polizia giudiziaria rientri quello di istigare o determinare alla commissione di reati «sia pure al solo fine di far condannare i colpevoli»[206].

Come si vedrà[207], le norme che disciplinano specificamente le operazioni sotto copertura introdotte dal legislatore si aprono con la clausola «Fermo il disposto dell'art. 51 del codice penale» e rimane quindi tuttora aperta la questione dei presupposti e dei limiti di applicabilità di tale scriminante con riferimento alla suddetta tecnica investigativa.

È spesso richiamata dalla dottrina successiva anche la posizione di un autorevole studioso che riteneva giustificabile l'attività dell'agente provocatore per *legittima difesa* (art. 52 c.p.), in quanto la "difesa sociale" per mezzo della provocazione sarebbe l'unico mezzo efficace per smascherare alcune attività criminose, ad esempio il traffico di stupefacenti, che non solo sono promosse da grandi interessi economici o politici, ma sono pericolose per gli interessi fondamentali sia pubblici sia privati. In tal caso, quindi,

[204] E. CALIFANO, *L'agente provocatore*, cit., pp. 73-82.
[205] T. DELOGU, *La responsabilità dell'agente provocatore*, cit., p. 27.
[206] A. MALINVERNI, voce *Agente provocatore*, cit., p. 399. Nello stesso senso v. anche C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, cit., p. 265; L. VIGNALE, voce *Agente provocatore*, cit., p. 64.
[207] V. *infra*, Cap. III, sez. II.

la provocazione costituirebbe una reazione difensiva proporzionata al pericolo di offesa[208].

Questa opinione è però rimasta isolata in quanto la dottrina prevalente ha da subito messo in luce l'insussistenza dei requisiti strutturali della legittima difesa nello schema della provocazione. La scriminante in questione si applica invero ai fatti offensivi di beni dell'aggressore realizzati come reazione all'aggressione stessa, in una situazione di pericolo attuale di un danno grave a un diritto proprio o altrui che non possa essere evitato senza commettere un reato. Al contrario, la difesa realizzata mediante la provocazione non costituirebbe una *reazione* nei confronti dell'aggressore, ma si tradurrebbe nella lesione dei beni di terzi innocenti da parte del provocato[209].

Il richiamo alla lesione di beni di terzi innocenti ci conduce all'ipotesi della applicabilità dello *stato di necessità* ex art. 54 c.p. e alla discussione sui rapporti tra tale scriminante e i poteri pubblici.

Con specifico riguardo alla provocazione da parte dello Stato, già in Germania l'applicabilità dello stato di necessità era stata duramente criticata dalla dottrina prevalente, sia sul piano tecnico, per l'impossibilità di ritenere integrati i requisiti della inevitabilità e attualità del pericolo, sia, soprattutto, dal punto di vista del diritto costituzionale, per l'inammissibilità del ricorso a una clausola generale per giustificare fatti penalmente rilevanti perpetrati da organi dello Stato[210].

Anche la dottrina italiana più attenta si è schierata contro l'invocazione dello stato di necessità con argomentazioni simili. Vale la pena citare le parole di Giorgio Marinucci sul punto: «Da una clausola generale ovviamente non si può desumere la concretizzazione contenutistica dei poteri di intervento della pubblica autorità, né l'individuazione dei soggetti legittimati ad esercitarli; ma sono proprio queste le caratteristiche delle speciali regole che delimitano l'uso dei poteri pubblici: bilanciando di volta in volta gli interessi in conflitto, fissano i contenuti e i presupposti di quei poteri, nonché i criteri per individuare gli organi competenti. Si può perciò fare appello a clausole generali, come lo

[208] A. MALINVERNI, voce *Agente provocatore*, cit., p. 399.

[209] Dà conto delle argomentazioni contrarie C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore,* cit., pp. 343-344. Si vedano anche M. PETRELLA, *L'acquisto simulato di droga,* cit., p. 339; L. RISICATO, *L'acquisto simulato di droga nell'ambigua cornice dell'agente provocatore,* cit., p. 1603.

[210] Per il dibattito in seno alla dottrina e alla giurisprudenza tedesche e per i relativi riferimenti bibliografici si rinvia a C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore,* cit., pp. 344-345; C. DE MAGLIE, *Gli "Infiltrati" nelle organizzazioni criminali,* cit., pp. 1065-1066.

stato di necessità, solo per aggirare i vincoli posti da quelle regole speciali, contrapponendosi però frontalmente allo Stato di diritto»[211].

I rischi degenerativi riguardano in modo particolare il *soccorso di necessità*, il quale, già di per sé «ai limiti di una accettabilità etica, rischia di degenerare nell'inaccettabilità costituzionale allorquando sia rimesso nelle mani dell'autorità pubblica»[212]. Considerato che il diritto penale è un'arma a doppio taglio e la sanzione penale stessa può ledere la dignità del condannato, se si ammettesse il soccorso di necessità da parte della pubblica autorità questo paradosso raggiungerebbe il suo apice di intensità, poiché «mentre nel rapporto punitivo il soggetto toccato nella sua dignità è in qualche modo 'artefice del suo destino', nel soccorso di necessità il soggetto strumentalizzato è estraneo al decorso della situazione pericolosa»[213].

Peraltro, il riferimento al pericolo attuale e inevitabile di un danno grave *alla persona* renderebbe applicabile lo stato di necessità solo ad alcuni reati, tra i quali non rientrano ad esempio quelli contro la pubblica amministrazione. Inoltre, per alcune fattispecie previste nel T.U. stupefacenti parrebbe difficile ravvisare la sussistenza del requisito oggettivo della gravità del danno[214].

Si potrebbe, invece, ipotizzare l'applicazione dell'art. 54 c.p. non per giustificare il ricorso alla provocazione da parte dello Stato, ma per scriminare l'eventuale fatto dell'infiltrato che si trovi in una situazione di pericolo attuale di danno grave alla propria persona, perché ad esempio nell'ambito di un'organizzazione dedita al traffico di stupefacenti gli viene chiesto, per provarne l'affidabilità, di occuparsi di una operazione di spaccio. L'eventuale diniego potrebbe infatti far venir meno la copertura ed esporlo a

---

[211] G. MARINUCCI, voce *"Le cause di giustificazione"*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, 1988, p. 4. L'A. peraltro ammette che in presenza di emergenze come il terrorismo possa rendersi necessario un riequilibrio nel bilanciamento tra l'interesse statuale alla repressione dei reati con i diritti individuali costituzionalmente garantiti. Tuttavia, «ricorrendo alla clausola dello stato di necessità, si abbandonerebbe il nuovo assetto di interessi all'arbitraria 'definizione' del singolo organo del potere esecutivo che agisce di volta in volta e, più tardi, all'arbitrio del singolo giudice incaricato di valutare il fatto. Proprio in situazioni di necessità e urgenza occorre però il massimo distacco possibile, per un cambiamento ponderato delle regole del gioco: ed è quanto impone la Costituzione che in quelle situazioni riserva al potere legislativo e comunque agli organi che possono emettere atti provvisori dotati di forza di legge (art. 77 Cost.), la competenza e la "responsabilità" politica di fissare…nuovi contenuti e nuovi presupposti all'esercizio di pubblici poteri d'intervento sui beni individuali e collettivi». Sul tema dei rapporti tra poteri dello Stato e stato di necessità v. anche D. PULITANÒ, *L'inquisizione non soave, fra pretese "necessità" e motivi apprezzabili*, in *Foro it.*, 1984, (2), pp. 231-238.

[212] Le parole citate sono riprese da F. C. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1057-1059. V. anche R. BARTOLI, *"Chiaro e oscuro" dei diritti umani*, cit., pp. 147-148.

[213] F. C. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., pp. 1057-1059.

[214] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., pp. 346-347.

ritorsioni da parte dei membri dell'organizzazione[215]. Si potrebbe obiettare che in tale evenienza non sarebbe integrato il requisito della non volontaria causazione del pericolo. D'altra parte negare a priori tale "àncora di salvezza" finirebbe probabilmente per disincentivare e rendere futile la previsione delle operazioni sotto copertura.

Traendo le fila del discorso sulla antigiuridicità della provocazione e riprendendo le conclusioni della Autrice italiana che più a fondo ha studiato l'argomento, si può concludere che le attività di compartecipazione psichica e materiale dell'agente provocatore pubblico ufficiale sono da considerarsi *antigiuridiche*, salvo che intervengano – e effettivamente il legislatore, come si vedrà, le ha poi previste – cause specifiche di esclusione della responsabilità penale. Prima della introduzione di siffatte ipotesi, a cominciare dall'art. 97 T.U. stup., la giurisprudenza, richiamando l'art. 51 c.p. in relazione all'art. 219 c.p.p. previgente o all'art. 55 c.p.p. aveva ritenuto lecite solo forme passive di intervento nel reato, limitate ad attività di osservazione e controllo[216].

Nel campo della antigiuridicità obiettiva, l'esigenza politico-criminale di tenere distinte la responsabilità del provocatore da quella del provocato si scontra con la previsione dell'art. 119, co. 2, c.p. ai sensi del quale le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato. Il primo comma della medesima disposizione prevede invece che le circostanze soggettive di esclusione della pena si applicano solo al soggetto a cui si riferiscono.

La rilevanza oggettiva delle cause di giustificazione *ex* art. 59, co.1, c.p. le colloca di regola nell'ambito di applicazione del secondo comma, ma è noto che esistono anche cause di giustificazione personali, ad esempio l'art. 53 c.p., applicabile solo agli appartenenti alla forza pubblica e ai privati legalmente richiesti da questi ultimi.

Mentre in passato l'esclusione dell'applicazione dell'art. 119 c.p. non era da tutti condivisa in dottrina[217], le fattispecie introdotte a partire dagli anni Novanta dal legislatore, sono oggi aritenute *scriminanti personali*[218], a cui non è applicabile l'art. 119, co. 2, c.p.

---

[215] G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 179.

[216] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore,* cit., pp. 352-353.

[217] V. ad esempio G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., pp. 272-273. L'A. considerava tale esclusione una soluzione arbitraria dettata solo dalla volontà di mandare impunito l'agente provocatore.

[218] G. MARINUCCI, voce *Le cause di giustificazione*, cit., pp. 5-6. L'A. definisce le cause di giustificazione personali come quelle «configurate in modo da riferirsi a fatti commessi solo da persone appartenenti a date 'categorie' o che operino entro certi 'rapporti'. Questa distinzione tra cause di giustificazione 'personalmente illimitate o limitate', 'conduce alla regola *Quod licet Jovi, non licet bovi*':

Recentemente esse sono state anche classificate tra le scriminanti «*endopenali* o regolatorie», che si distinguono da quelle definite «nucleari», presenti anche nel nucleo più arcaico del diritto penale, le quali tipizzano una condotta a forma libera, vincolata solo alla proporzione nell'azione difensiva e tra i beni in conflitto, in quanto fondate sulla necessità di reazione a un pericolo. La «modalità di tipizzazione» delle scriminanti regolatorie è invece caratterizzata da «un accrescimento di limiti, eccezioni, procedure, cui è subordinata la liceità dell'agire». Si tratta, infatti, di «scriminanti 'a forma vincolata' che delineano una disciplina assai articolata che, ben lontane dall'esprimere un principio generale, si pongono come un elenco casistico di ipotesi in cui la giustificazione è ammissibile»[219]. Secondo la stessa dottrina, anche la funzione delle scriminanti in tema di operazioni sotto copertura è diversa da quella delle scriminanti nucleari, le quali disciplinano una reazione autoconservativa del singolo rispetto ai propri beni personali e patrimoniali, rendendola lecita alla stregua dell'intero ordinamento giuridico negli stretti limiti del pericolo attuale di un danno grave. Le scriminanti regolatorie hanno infatti una funzione «tutta *penalistica*», poiché sono state introdotte «non per esprimere *principi generali* e *interordinamentali*, ma rivolte esclusivamente a procurare un *effetto penalistico* rispetto a specifiche fattispecie incriminatrici o a classi omogenee di reati»[220].

Le ipotesi di attività sotto copertura introdotte a partire dagli anni Novanta e poi ricondotte a unità nell'art. 9 l. n. 146/2006, inoltre, sono «*processualmente orientate*, poiché il pubblico agente non è solo uno *strumento di controllo sociale e tutela dell'ordine pubblico*, ma anche di *accertamento probatorio* di delitti in corso di consumazione: alla base di tali norme non si percepisce un bilanciamento di interessi e neppure un conflitto, bensì una finalità politico-criminale, di controllo sociale, che comporta l'aumento del rischio di lesione del bene protetto dalle norme incriminatrici,

---

un fatto è conforme all'ordinamento se commesso da A, appartenente a una data categoria di persone, mentre è antigiuridico rispetto ad ogni altra persona».

[219] F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., pp. 146 ss. L'eccezionalità delle scriminanti regolatorie comporta l'impossibilità di una loro estensione analogica, ipotizzabile, invece, per le scriminanti nucleari. La tassonomia delle scriminanti proposta dall'A. è completata dalle scriminanti «occasionali», categoria in cui si ricomprendono l'esercizio del diritto e l'adempimento del dovere. I diritti e i doveri *ex* art. 51 c.p. non hanno una natura originariamente penale, sicché il bilanciamento non si conclude inevitabilmente con la prevalenza della scriminante sulla norma incriminatrice, spettando al giudice armonizzare nel caso concreto le previsioni normative contrastanti. Quanto alle modalità di tipizzazione, le scriminanti occasionali sono connotate da una maggiore genericità rispetto alle giustificazioni appartenenti alle altre due categorie, dalle quali si differenziano anche per la loro funzione precipuamente extrapenalistica. Per approfondire v. *Ivi*, pp. 160 ss.

[220] *Ivi*, p. 148.

che viene tollerato in funzione dei risultati investigativi che l'agente provocatore è in grado di assicurare»[221].

Il dibattito dottrinale sulla qualificazione delle scriminanti speciali in materia di operazioni sotto copertura è aperto e sembra essersi riacceso dopo l'entrata in vigore della l. n. 3/2019.

Recentemente un'altra dottrina, pur riconoscendo la peculiarità del *metodo di bilanciamento* degli interessi in conflitto e il *carattere ibrido* delle scriminanti in parola, indubbiamente ricche di implicazioni procedurali e processuali, ritiene di ricondurre le scriminanti in materia di operazioni sotto copertura alla risoluzione di un conflitto tra beni, secondo il modello di scriminante «sostanziale/tradizionale», ritenuta preferibile anche rispetto alla qualificazione delle stesse come scriminanti procedurali[222]. La legittimazione delle operazioni sotto copertura scaturisce dalla risoluzione di numerosi conflitti. Innanzitutto, considerando la figura di agente provocatore delle origini, si scontrano l'interesse alla tutela del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice e l'interesse alla scoperta degli autori di reati. Anche in tema di operazioni sotto copertura, pur in assenza di una provocazione, rimane la tensione tra i diritti fondamentali dei consociati e l'interesse alla tutela effettiva dei beni giuridici tutelati dalle norme incriminatrici, e quindi l'interesse alla effettività del sistema penale anche come apparato. La risoluzione di tali conflitti non sembra derivare automaticamente dal rispetto dei requisiti procedurali individuati dal legislatore, ma coinvolge anche aspetti sostanziali da verificare *ex post* alla luce delle circostanze del caso concreto.

Per concludere la disamina delle soluzioni universali sulla responsabilità dell'agente provocatore occorre considerare le teorie che si collocano nell'alveo della *colpevolezza*.

Nella letteratura più recente e nella manualistica si ritrova frequentemente l'affermazione secondo cui «l'unica via» per separare la responsabilità dell'agente provocatore da quella del provocato sarebbe quella di qualificare il primo quale *partecipe senza dolo,* in quanto *si rappresenta e vuole solo il tentativo*, senza accettare neppure il

[221] F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., p. 155.

[222] In questo senso 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., pp. 15 ss., cui si rinvia per una più approfondita disamina dei termini della questione e per i relativi riferimenti bibliografici.

rischio della consumazione. Lo scopo del provocatore è che la consumazione del reato venga impedita dall'intervento di fattori esterni, in particolare dalle forze di polizia previamente predisposte[223]. L'esclusione del dolo non si fonda sul peculiare movente dell'agente provocatore, bensì sulla consapevolezza dell'esistenza di un *fattore impeditivo della consumazione*. Al di fuori di questa ipotesi, la cui sussistenza deve essere accertata nel caso concreto, l'agente provocatore deve essere chiamato a rispondere a titolo di concorrente nel reato provocato[224].

Tuttavia, Cristina De Maglie è giunta alla conclusione che occorra in realtà distinguere diverse ipotesi. Infatti, se la condotta del provocato si arresta effettivamente allo stadio del tentativo, l'agente provocatore non può essere ritenuto penalmente responsabile, non avendo la volontà di realizzare l'intero fatto tipico[225]. Diversa è, però, l'eventualità in cui il reato giunga a consumazione. In quest'ultima evenienza, il provocatore pubblico ufficiale dovrebbe rispondere per colpa o *ex* art. 116 c.p.[226].

Altrove si distingue tra le diverse figure del *fictus emptor* e dell'infiltrato, ma sempre trattando la questione nell'ambito della provocazione. Ad esempio, si afferma che, a differenza dell'istigatore, il *fictus emptor* «concorre con coscienza e volontà a realizzare l'intero fatto tipico del reato necessariamente plurisoggettivo» e che l'*infiltrato* in organizzazioni criminali può essere ritenuto «privo di dolo rispetto al reato associativo sulla base della considerazione che egli in realtà non intende essere partecipe del sodalizio criminoso ma solo apparire tale agli occhi dei veri associati», mentre sui reati-fine occorrerà valutare caso per caso il ruolo giocato dall'agente provocatore nella perpetrazione del reato. Qualora si ravvisasse un'effettiva partecipazione e non una mera

[223] G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 533. In termini simili nella manualistica anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 512. In termini simili anche T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 349; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 563. Nello stesso senso con riferimento all'agente provocatore istigatore anche F. C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 516. In argomento v. anche P. SEVERINO, *Problemi di qualificazione e di responsabilità per la condotta di chi partecipi a un reato per collaborare con la polizia*, nota a Cass. pen., sez. I, 15 febbraio 1974, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, pp. 1522-1524.

[224] T. DELOGU, *La responsabilità dell'agente provocatore*, cit., pp. 27-28, 37. V. anche, nello stesso senso, L. VIGNALE, voce *Agente provocatore*, cit., p. 65.

[225] Per la trattazione approfondita della questione e per gli ampi riferimenti bibliografici alle opere della dottrina tedesca e italiana in argomento si rinvia ancora una volta a C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore,* cit., pp. 355-365.

[226] *Ivi*, pp. 365-371.

connivenza o attività di osservazione e controllo, «sarà ineludibile pervenire ad una affermazione di responsabilità»[227].

I modelli universali proposti per affrontare la questione della responsabilità dell'agente provocatore mostrano nella realtà odierna una modesta utilità pratica, considerati la polverizzazione della figura e soprattutto il mutato quadro normativo, analizzato dettagliatamente nel prosieguo[228].

4.2. Le conseguenze per il "provocato" tra diritto penale sostanziale e processuale

La questione della responsabilità del provocato, da sempre al centro dell'attenzione negli Stati Uniti, ha richiamato la curiosità degli interpreti in Germania e Italia solo in tempi più recenti, quando nel discorso sulla praticabilità politico-criminale della provocazione ha fatto capolino il tema dei *costi* della vicenda provocatoria in termini di diritti costituzionalmente garantiti dell'altro soggetto protagonista, appunto il "provocato".

È stata necessaria un vero e proprio rovesciamento della prospettiva perché si ponesse il quesito se il provocato dovesse essere considerato quale *vittima della provocazione* e se, quindi, l'intrinseca illiceità della provocazione statuale dovesse influire anche sulla responsabilità del provocato. Tale domanda sposta l'attenzione dalla *efficacia* del mezzo al suo *costo* e ai *limiti* derivanti dai diritti fondamentali, che qui si atteggiano come *scudo* di difesa dei singoli dalla "seconda lama" del diritto penale, quella che, pur a fini di tutela, lede i diritti individuali.

Come si vedrà, in assenza di soluzioni sul piano sostanziale e di interventi *ad hoc* del legislatore, il diritto vivente e la dottrina si sono presto orientati verso le soluzioni sul piano del diritto processuale, una tendenza in seguito confermata dalla Corte di Strasburgo nel tracciare il discrimine tra provocazione e infiltrazione sul crinale del diritto all'equo processo *ex* art. 6 CEDU.

Coerentemente con la trattazione svolta sin qui, l'attenzione si concentra solo sulla *provocazione statuale*, lasciando da parte la tematica della provocazione da parte dei privati. La stessa Corte EDU, peraltro, è stata chiamata a occuparsi di provocazione

[227] F. C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 515-516. Nello stesso senso, riguardo all'infiltrato, anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 524. A conclusioni simili era peraltro già pervenuta C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., pp. 371-372.

[228] V. *infra*, Cap. III, sez. II.

statuale, perché è il ruolo attivo giocato dallo Stato nella perpetrazione di reati che altrimenti non sarebbero stati commessi a entrare in tensione con il diritto a un equo processo che lo Stato stesso dovrebbe garantire.

Riguardo alla responsabilità del soggetto provocato da un appartenente alla forza pubblica, si possono prospettare in via di prima approssimazione le due soluzioni della *impunità* del provocato e della *attenuazione* della sua responsabilità.

In ordine alla prima, come si è accennato, le norme attualmente vigenti di diritto penale sostanziale non prevedono ipotesi di impunità per il provocato[229]. Fin dagli anni successivi all'entrata in vigore del codice Rocco è stato spesso invocato in proposito il *reato impossibile per inidoneità dell'azione ex* art. 49, co. 2, c.p., inidoneità dovuta appunto all'intervento del provocatore o del *fictus emptor*.

Tuttavia, la dottrina più autorevole, seguita da una parte della giurisprudenza, si è fin da subito detta contraria a tale soluzione[230]. La Cassazione si è infatti mostrata concorde nel ritenere che un «reato impossibile per inidoneità dell'azione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 49 c.p., si ha soltanto quando la condotta del soggetto agente, per la sua intrinseca natura ed in sé considerata, sia inidonea a cagionare "l'evento dannoso o pericoloso". Non si ha, invece, reato impossibile quando l'azione sia inidonea a cagionare il risultato voluto a causa dell'incidenza di fattori esterni. E l'attività dell'agente provocatore è appunto, in tal senso, un fattore "esterno", indipendente dalla condotta tenuta dal soggetto che ha disponibilità d sostanze stupefacenti da destinare alla vendita a terzi. In altre parole, l'attività dell'agente provocatore, al pari della predisposizione della forza pubblica, costituendo fattore esterno indipendente dalla condotta del reo, non elide l'originaria idoneità dell'azione che - valutata ex ante ed in concreto - può portare a configurare la sussistenza del reato»[231].

---

[229] Rimane dunque valido quanto affermato dalla dottrina più attenta all'inizio degli anni Novanta. V. C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore,* cit., p. 404.

[230] V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. I, UTET, Torino, 1981, pp. 618-619. L'A afferma che «l'inidoneità dell'azione, che rende il fatto impunibile, è soltanto quella che inerisce all'azione stessa, e non già quella che è determinata da una causa esterna, sia pure dall'opera della polizia». In termini simili anche se con precipuo riferimento alla predisposizione della forza pubblica G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit, pp. 287-288. Sul punto anche A. ALIBRANDI, *Fictus emptor: riflessioni in tema di agente provocatore*, in *Riv. pen.*,1988, pp. 34-36.

[231] Cass. pen., sez. IV, 14.3.2008, n.16474, in *Riv. pen.*, 2008, (10), pp. 1033 ss. In senso conforme anche Cass. pen., Sez. VI, 27.10.1995, *Manna*, in *Riv. pen.*, 1997, p. 1154 ss.; Cass. pen., Sez. VI, 17.6.1993, *Chianale*, in *Riv. pen.*, 1994, pp. 3007 ss.; Cass. pen., 2.4.1986, *Beramarco*, in *Giust. pen.*, 1987, II, pp. 466 ss.

Nondimeno, tale via è stata (discutibilmente, come si vedrà[232]) ritenuta percorribile anche di recente, almeno in astratto, da un'altra parte della giurisprudenza di legittimità, nei casi in cui l'azione criminosa derivi esclusivamente dagli spunti e dalle sollecitazioni istigatrici di appartenenti alla forza pubblica, in assenza di autonomi stimoli ed elementi condizionanti[233].

Sul piano del diritto penale processuale, l'attenzione degli interpreti è stata solleticata dalle possibili *intersezioni* tra la questione delle conseguenze per il soggetto provocato a commettere un reato e il tema delle prove illecite, ossia raccolte violando una norma penale sostanziale. Come già visto, la stessa Corte costituzionale in alcune pronunce in materia di intercettazioni telefoniche a partire dagli anni Settanta del secolo scorso aveva evidenziato «il principio secondo il quale attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»[234].

Con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale si è posta la questione se dovesse trovare applicazione l'art. 191 c.p.p. in materia di prove illegittimamente acquisite. Tale disposizione comporta infatti l'inutilizzabilità delle «prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge», una formula generica che ha stimolato gli sforzi ermeneutici della dottrina e della giurisprudenza. Invero, la «creazione della nuova e speciale fattispecie di invalidità della prova non ha sopito la questione della prova illecita e della prova incostituzionale che deriva dallo stabilire se i 'divieti stabiliti dalla legge' ricomprendano le norme penali e costituzionali»[235]. Il dibattito vede contrapposti i fautori della tesi tradizionale secondo cui l'inutilizzabilità deriverebbe solo dall'inosservanza della legge processuale e coloro che includono nel concetto di illegittimità anche la violazione della legge penale sostanziale[236].

---

[232] V. *infra*, Cap. V, § 3.2.3.

[233] *Cfr.* Cass. pen., sez. VI, sent. 9.4.2013, n. 39216; Cass. pen., sez. III, sent. 7.4.2011, n. 17199; Cass. pen., sez. V, sent. 26.1.2010 n. 11915; Cass. pen., sez. VI, sent. 24.1.2008, n. 16163; Cass. pen., sez. I, sent. 31.5.1996 n. 9370.

[234] Corte cost., sent. 6 aprile 1973, n. 34, § 2. La sentenza è citata in C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., pp. 408-411 e in R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, cit., pp. 67-68.

[235] N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, (1), pp. 72-73.

[236] Per approfondire i termini del dibattito si rinvia a C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., pp. 411-416.

Cristina De Maglie ha ritenuto di sottrarre la provocazione dall'inquadramento nella tematica delle prove illecite, evidenziando la differenza tra l'acquisizione della prova di un reato mediante la commissione di un *altro* reato e la provocazione, in cui si condensa *un solo reato*, lo stesso di cui si mira a acquisire la prova[237]. Muovendo da tale premessa, l'Autrice ha ritenuto di non poter affrontare il problema esclusivamente alla luce delle regole processuali e di dover piuttosto ampliare la prospettiva alla considerazione dei principi, in particolare quelli evidenziati dalla Corte costituzionale. La conclusione a cui è giunta è sorprendentemente attuale e sembra anticipare le statuizioni dei giudici di Strasburgo degli anni successivi: «quando la provocazione proviene *dallo Stato*, un'area di *immunità – processuale* – per il provocato si apre soltanto, nel nostro ordinamento, allorché il funzionario *violi* (…) *le regole del giusto processo*: in questo caso il *provocato*, qualora non sussista a suo carico altra prova non proveniente dalla provocazione, *dovrà essere prosciolto*»[238].

Da allora, la tematica delle conseguenze per il provocato derivanti dal ricorso alla provocazione da parte dello Stato è stata irrorata di nuova linfa vitale attraverso due canali. In primo luogo, l'introduzione di una *disciplina ad hoc* delle operazioni sotto copertura in diversi settori, ipotesi per la maggior parte poi riunite nell'art. 9 l. n. 146/2006. In nessuna disposizione, però, il legislatore si è preoccupato di stabilire le conseguenze della violazione delle regole che egli stesso ha stabilito sull'autore (o gli autori) di un reato che venga scoperto grazie a un'operazione di polizia illegittima quanto a presupposti e requisiti e/o che sfoci nella provocazione del reato.

Il secondo canale è la *giurisprudenza della Corte EDU*, che colloca la questione sul piano della utilizzabilità della prova e non sul terreno sostanziale della responsabilità del soggetto provocato. Come già anticipato, i giudici di Strasburgo hanno infatti ritenuto che qualora una attività di infiltrazione da parte della polizia *sconfini* nella provocazione di un reato che altrimenti non sarebbe stato commesso, le prove raccolte mediante tale attività *non siano utilizzabili* contro l'autore del reato tratto a processo, in quanto ciò si tradurrebbe in una violazione dell'art. 6 CEDU. Più precisamente, l'accertamento della Corte EDU riguarda diversi profili: innanzitutto, occorre verificare se sia stata data all'accusato la *chance* di contestare l'autenticità della prova e di opporsi al suo uso. Rileva

[237] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore,* cit., p. 417.
[238] *Ivi*, p. 420.

poi il grado di influenza della prova acquisita mediante il *police incitement* ai fini della formulazione del giudizio. Il principio dell'equo processo è violato, infatti, solo se la prova è determinante in quanto è decisiva o è l'unica a fondare l'imputazione[239].

Secondo autorevole dottrina, la Corte EDU avrebbe così realizzato un «opportuno compromesso tra le esigenze sostanziali – cui ripugnerebbe considerare in qualche modo 'non punibile' chi ha pur sempre commesso volontariamente e coscientemente un fatto di reato – e le prerogative di un corretto rapporto Stato-cittadino, nel cui contesto la 'necessità' di perseguire i reati dovrebbe configurarsi come *extrema ratio*, non essendo ammissibile che i presupposti del punire vengano ad essere surrettiziamente creati mediante un'attività di induzione alla commissione del delitto»[240].

Nonostante le prime pronunce della CEDU sul tema siano ormai risalenti e sebbene la Corte abbia talvolta espressamente sostenuto la necessità che ciascuno Stato preveda l'inutilizzabilità della prova nel proprio ordinamento interno[241], il legislatore italiano tace sul punto.

Anche le Nazioni Unite peraltro avevano auspicato che nel recepire l'art. 20 della Convenzione di Palermo gli Stati contraenti considerassero le questioni dell'ammissibilità e del valore delle prove ottenute mediante l'infiltrazione e della necessità o meno che l'agente sotto copertura rivelasse la propria identità se chiamato a testimoniare. La soluzione di tali problematiche era definita «vitale» e gli Stati erano invitati a plasmarla bilanciando l'interesse di una repressione efficace del crimine organizzato con la garanzia di un processo equo per l'accusato[242].

---

[239] B. PIATTOLI, *Agenti provocatori, indagini "under cover" e diritto alla prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di internazionalizzazione*, in *Dir. pen. proc.*, (5), 2013, p. 569.

[240] 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*, cit., p. 204.

[241] Si veda ad esempio la pronuncia Corte EDU, sez. III, 26.10.2006, *Khudobin c. Russia*, § 133.

[242] United Nations Office on Drugs and Crime, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, disponibile a: <https://www.unodc.org/documents/treaties/Legislative_Guide_2017/Legislative_Guide_E.pdf>, p. 134 (ultimo accesso novembre 2020). Si riporta per maggiore chiarezza il testo in lingua originale del § 453, parafrasato nel corpo del testo: «With regard to undercover operations, it is vital for national drafters to consider the issue of admissibility and strength of evidence obtained through infiltration and whether the undercover agent has to reveal their real identity when giving testimony. It is of crucial importance to balance the interests of justice, including the need to effectively combat transnational organized crime, with the guarantee of a fair trial of the accused. Furthermore, if legislation authorizing the use of undercover operations is introduced, national drafters also need to consider implications for the liability of police officers involved in such operations». La medesima raccomandazione è formulata anche dal Consiglio d'Europa: «Member states should, in principle, take appropriate legislative measures to permit the production of evidence gained from the use of special investigation techniques before courts. Procedural rules governing the production and admissibility of such evidence shall safeguard the rights of the accused

Tuttavia, in nessuna disposizione italiana in materia di operazioni sotto copertura è mai stata compresa una disciplina degli eventuali profili patologici delle stesse e delle relative conseguenze sul piano procedurale.

L'unica conseguenza certa della mancata integrazione della scriminante speciale è l'inapplicabilità della stessa e quindi l'affermazione della responsabilità penale a titolo di compartecipe dell'agente sotto copertura. Costui risponde invece solo sul piano disciplinare in caso di violazioni "minori", di carattere squisitamente procedurale[243].

In assenza di una presa di posizione del legislatore[244], la questione rimane affidata al diritto vivente e costituisce altresì oggetto di un acceso dibattito dottrinale.

La Cassazione sembra aver aderito all'approccio della Corte europea dei diritti dell'uomo e ha affermato l'inutilizzabilità delle prove ottenute mediante un'operazione sotto copertura condotta al di fuori dei limiti tracciati dalla norma di riferimento. Tuttavia, in seno alla sezione III della Suprema Corte tale inutilizzabilità è stata intesa in due modi diversi. Secondo un primo orientamento, si tratterebbe di una inutilizzabilità *assoluta*, nel senso che il materiale eventualmente scoperto non potrebbe formare oggetto di sequestro né servire ad altri scopi nel medesimo o in altro procedimento penale.

Più precisamente in una sentenza del 2004 la Cassazione ha affermato, con riferimento a una attività di contrasto della pedopornografia, che «è proprio la

---

to a fair trial». V. *Council of Europe recommendation Rec(2005)10 on "special investigation techniques" in relation to serious crimes including acts of terrorism*, cit., Cap. II, par. b, § 7.

[243] Si rinvia in proposito, anche per i relativi riferimenti giurisprudenziali, a B. PIATTOLI, *Agenti provocatori, indagini "under cover" e diritto alla prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di internazionalizzazione*, cit., p. 562.

[244] A proposito di (mancati) interventi legislativi, pochi mesi dopo l'entrata in vigore della l. n. 146/2006 fu istituita presso il Ministero della Giustizia la Commissione di studio presieduta da Giandomenico Pisapia con l'incarico di predisporre uno schema di disegno di legge delega di riforma del codice penale. Durante i lavori venne discussa l'ipotesi di introdurre nella disciplina delle scriminanti una norma generale per definire i limiti delle operazioni sotto copertura, ma l'ipotesi venne poi abbandonata. Si veda in proposito la Relazione disponibile sul sito del Ministero della Giustizia a: <https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=0_10&facetNode_5=0_10_17&facetNode_4=4_57&facetNode_3=3_1_3&facetNode_2=3_1&facetNode_6=3_1_3_1&previsiousPage=mg_1_12&contentId=SPS47445> (ultimo accesso novembre 2020). Della questione dà poi conto A. BALSAMO, *Operazioni sotto copertura ed equo processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008 (6), p. 2648. In dottrina peraltro già negli anni Novanta si registravano posizioni contrastanti sull'opportunità di introdurre una norma in tema di operazioni sotto copertura nella parte generale del codice penale. A favore si è a suo tempo schierata C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore,* cit., pp. 426-427. Sembra guardare con favore all'ipotesi anche M. NAVARRA, *La responsabilità penale dell'agente provocatore nell'ambito della recente evoluzione legislativa*, in *RGuarFin*, 1994, (6), pp. 1589-1590. È invece contraria a tale opzione, preferendo suggerire *de iure condendo* un collegamento tra le scriminanti speciali in materia di *fictus emptor* e le norme processuali, al fine di garantire maggior tutela all'infiltrato in associazioni criminose, L. RISICATO, *L'acquisto simulato di droga nell'ambigua cornice dell'agente provocatore*, cit., p. 1609.

eccezionalità di questa disciplina e la sua deroga dai principi fondamentali, anche di valore primario - deroga razionalmente giustificata dalla particolare gravità ed odiosità dei reati che con essa si intendono contrastare - che ha indotto il legislatore a dettare dei limiti ben precisi e rigorosi, al di fuori dei quali l'attività in questione deve ritenersi non solo irregolare o illegittima, ma addirittura illecita, con conseguente inutilizzabilità, rilevabile d'ufficio in qualsiasi stato e grado del processo, ai sensi dell'art. 191 cod. proc. pen., di qualsiasi elemento di prova attraverso la medesima acquisito»[245]. In questa pronuncia non viene in alcun modo citata la Corte di Strasburgo, anzi si parla di "agente provocatore" (non di operazioni sotto copertura o di infiltrazione) con riferimento alle attività di contrasto della pedopornografia, attività che sarebbero lecite nei limiti tracciati dall'art. 14 l. 269/1997. In realtà la giurisprudenza di Strasburgo non riconosce alcuno spazio di vitalità alla provocazione e si nota quindi in questo caso una *discrasia terminologica* nel dialogo tra Corti[246].

In altre pronunce, al contrario, è stato ritenuto legittimo e utilizzabile come prova il sequestro probatorio del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, eventualmente rinvenuti a seguito dell'espletamento di un'attività di contrasto in violazione dell'art. 14 l. n. 269/1998 sulla base del principio secondo cui il corpo del reato nonché le cose pertinenti al reato, seppure acquisite illegittimamente, non devono essere restituite[247]. Queste pronunce ribadiscono, quindi, nella materia specifica delle operazioni sotto copertura, il principio *male captum, bene retentum* in tema di rapporti tra attività di ricerca della prova e acquisizione della stessa al processo.

Anche in dottrina si registra un contrasto ermeneutico simile a quello appena descritto.

In ordine alla *causa della inutilizzabilità*, da un lato, vi è chi sostiene la non sovrapponibilità dei profili sostanziale e processuale, sicché l'eventuale inutilizzabilità

---

[245] Cass. pen., sez. III, 5.5.2004, n. 37074, in *Dir. e giust.*, 2004, (40), pp. 43 ss., con nota di Adriano Iasillo e in *Cass. pen.*, 2005, (9), pp. 2679-2683 con nota di Claudio Marinelli. In senso conforme anche Cass. pen., Sez. III, 28.1.2005, n. 13605, in *Guida dir.*, 2005, (27), pp. 71 ss., con nota di Alberto Cisterna, in cui la Corte afferma che il *fumus commissi delicti*, presupposto ineludibile del sequestro probatorio, non può essere ritenuto sussistente tutte le volte in cui l'attività investigativa o processuale che precede l'adozione della misura cautelare sia da considerarsi inutilizzabile ex art. 191 c.p.p.; Cass. pen., sez. III, 17.1.2008, n. 8380, in *Cass. pen.*, 2009, (5), pp. 2088 ss.

[246] V. *supra*, sez. I, § 1.

[247] Cass. pen., Sez. III, 8.6.2004, *Ganci*, in *Dir. e giust.*, 2004, (31), pp. 31 ss., con nota di Aldo Natalini; Cass. pen., Sez. V, sent. 19.1.2004, n. 21778, *Lagazzo*, in *Cass. pen.*, 2005, (5), pp. 1631 ss., con nota di Andrea Chelo Manchìa.

dei risultati delle prove raccolte nell'ambito di operazioni sotto copertura non deriverebbe dalla commissione di illeciti, bensì «dalla violazione delle regole poste a tutela della corretta esecuzione delle operazioni»[248]. Sul piano sostanziale l'inosservanza dei limiti previsti per il ricorso a tali tecniche investigative speciali rileva solo perché «può determinare il venir meno della non punibilità garantita dalle norme speciali»[249].

Questa separazione si traduce quindi nella prospettazione di conseguenze esclusivamente processuali a vantaggio del soggetto propriamente "provocato".

Una maggiore commistione tra i profili sostanziali e processuali delle norme in materia di operazioni sotto copertura caratterizza l'opinione secondo cui i presupposti e i requisiti stabiliti dall'art. 9 l. 146/2006 per il valido esperimento delle operazioni sotto copertura delimiterebbero di fatto i confini di liceità di tale potere investigativo, ponendo indirettamente un divieto probatorio la cui violazione integrerebbe le ipotesi di illegittimità della prova *ex* art. 191 c.p.p. Sebbene all'individuazione del divieto contribuiscano «le categorie concettuali del diritto penale sostanziale», l'illiceità del comportamento dell'agente non è indispensabile per ritenere illecita l'attività investigativa e, dunque, inutilizzabile la prova[250].

Tale conclusione è del resto imposta anche dalla necessità di interpretare le norme interne conformemente alla CEDU. In ossequio all'obbligo di interpretazione conforme, devono essere ritenute inutilizzabili le prove formate nell'ambito di operazioni sotto

---

[248] N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, cit., pp. 74-75.

[249] *Ibidem*. L'A. prosegue notando che in particolare in giurisprudenza «[n]on a caso si parla al riguardo della necessità del rispetto delle disposizioni sulla "copertura giudiziaria', nel senso che — ad esempio per quanto riguarda l'attività di contrasto di cui all'art. 14 l. 3 agosto 1998 n. 269 in materia di pedopornografia — è la mancanza della richiesta motivata dell'autorità giudiziaria a determinare precisi vizi, come del resto emerge dalla giurisprudenza che definisce anzitutto "irregolare o illegittima" l'attività svolta al di fuori dei limiti rigorosi fissati dalla legge, mentre il fatto che sia "addirittura illecita" non è determinante ai fini della sanzione».

[250] In questi termini C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, cit., p. 416. In passato la necessità di un «adeguamento interpretativo» degli artt. 97 T.U. stup. e 12-*quater* d.l. n. 306/1992 era stata evidenziata da Antonio Vallini, il quale aveva sostenuto che «prima ancora che disposizioni "scriminanti", norme di *disciplina* di uno *specifico potere* dell'autorità nel senso che esse stabilirebbero gli adempimenti ed i limiti – posti appunto a garanzia di un corretto svolgersi dei rapporti Stato-cittadino – necessari a far assumere valenza probatoria ad alcune specifiche attività d'indagine, coordinandosi sul punto con l'art. 191 c.p.p.». Di conseguenza – citando ancora testualmente le parole dell'Autore - «*sul piano sostanziale*, gli artt. 97 e 12-quater citt. facoltizzano alcune attività, specificamente elencate, di mera "infiltrazione" e controllo da parte dell'autorità giudiziaria; *sul piano processuale*, il mancato rispetto dei limiti assegnati in questo campo alla polizia giudiziaria determinerà sì (…) l'assoluta inutilizzabilità del materiale probatorio acquisito, ma giammai un'immunità *tout court* del criminale "ingiustamente" provocato, il quale ben potrà subire la condanna che gli spetta, quand'essa possa essere adeguatamente fondata su elementi diversi da quelli raccolti nel quadro di un'attività d'indagine viziata *ab origine*». V. A. VALLINI, *Il caso Teixeira de Castro davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., pp. 203-204.

copertura che hanno condotto alla commissione di un reato che altrimenti non sarebbe stato commesso in quanto tali operazioni ledono il diritto all'equo processo garantito dall'art. 6, § 1, della Convenzione[251].

Al contrario, altri ritengono che i requisiti procedurali stabiliti dalle norme in materia di operazioni sotto copertura non implichino alcun implicito divieto di procedere al sequestro o di ammissibilità della prova[252], perlomeno quando gli oggetti sequestrati siano di per sé qualificabili come corpo del reato o come cose pertinenti al reato, indipendentemente dalla modalità della loro acquisizione[253].

Un'altra problematica sul piano processuale riguarda poi la testimonianza dell'agente provocatore, per l'esame della quale si rinvia però ad altra sede[254].

Le soluzioni finora considerate sono tutte collocate sul piano del diritto penale processuale. Non manca, però, chi ritiene inevitabile trarre dalla giurisprudenza di Strasburgo conseguenze anche sul piano *sostanziale*, e giunge pertanto a ritenere non punibile il soggetto che senza il contributo decisivo di un agente della forza pubblica non avrebbe commesso quel reato[255].

Dietro la parvenza strettamente processuale dei *dicta* della Corte EDU si celerebbe una ipotesi di *non punibilità* del provocato fondata sull'art. 6 CEDU, nonché su alcuni principi costituzionali fondamentali in materia penale, in particolare il principio di colpevolezza e quello della funzione rieducativa della pena garantiti rispettivamente dai commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost.[256]. Invero, il provocato non sarebbe rimproverabile per un

---

[251] Così A. BALSAMO, *Operazioni sotto copertura ed equo processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008 (6), p. 2655.

[252] In questi termini, riguardo all'art. 14 l. 269/1998, si esprime C. MARINELLI, *L'attività dell'agente provocatore per il contrasto alla pedopornografia: "straripamenti investigativi e relative implicazioni processuali*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 2687-2688, a cui si rinvia anche per gli ampi riferimenti dottrinali.

[253] Così A. BALSAMO, A. SALEMME, *La criminalità organizzata transfrontaliera (narcotraffico) – Cooperazione internazionale*, in A. BARGI (a cura di), *Il doppio binario nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 79-80.

[254] Anche per gli opportuni riferimenti bibliografici si rinvia a G. AMATO, *La definizione della posizione processuale dell'agente provocatore: riflessi sulla capacità a rendere testimonianza*, in *Cass. pen.*, (7-8), 1996, pp. 2388 ss.; L. RISICATO, *L'acquisto simulato di droga nell'ambigua cornice dell'agente provocatore*, cit., pp. 1592-1609; A. BALSAMO, *Operazioni sotto copertura ed equo processo…*, cit., pp. 2648 ss.; M. LOMBARDO, *voce "Agente provocatore"*, cit., pp. 8-9; A. TAMIETTI, *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 2921 ss.

[255] A. DI MARTINO, *Concorso di persone*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, Giappichelli, Torino,2011, p. 239.

[256] G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., pp. 188-190. L'A dà peraltro conto di come una soluzione nella direzione indicata sia stata introdotta nell'ordinamento britannico grazie a due decisioni del 2000 della *House of Lords*, nelle quali pur essendo stata esclusa la sussistenza di una causa di non punibilità simile all'*entrapment*, è stata tuttavia riconosciuta una fattispecie di abuso del processo tale da paralizzare

reato che non avrebbe commesso in assenza dell'intervento del provocatore, salvo che si vogliano subdolamente legittimare forme di «colpevolezza per lo stile di vita». Di fatto verrebbe stigmatizzata la tendenza del soggetto alla commissione di un certo genere di reati dimostrata dall'accoglimento della provocazione. Secondo questa dottrina, risulterebbe peraltro frustrata non solo la funzione rieducativa della pena, bensì anche quella generalpreventiva della stessa, poiché lo Stato istigherebbe alla commissione di reati invece che impedirla, facendone poi pagare le conseguenze ai cittadini, in contrasto anche con i principi di proporzione e adeguatezza delle pene[257].

In attesa di una scelta del legislatore, tali questioni rimangono aperte. La prospettiva del provocato, negletta nell'ordinamento italiano, è invece da sempre privilegiata nell'ordinamento statunitense, cui è dedicato il Capitolo II.

la pretese punitiva. In argomento si veda A. BALSAMO, *Operazioni sotto copertura ed equo processo*, cit., pp. 2647-2648. Sull'opportunità di escludere la responsabilità del provocato nel rispetto del suo diritto ad un processo equo si veda anche M. LOMBARDO, *voce "Agente provocatore"*, cit., pp. 9-10.

[257] G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., pp. 188-190.

CAPITOLO II

Le operazioni sotto copertura negli Stati Uniti d'America: l'*entrapment defense* e la (ir)responsabilità del provocato

SOMMARIO: 1. Breve storia delle *undercover operations* negli Stati Uniti – 2. L'*entrapment defense* tra sistema statale e sistema federale – 2.1. Il sistema penale statunitense. Alcune coordinate essenziali – 2.2. Origini ed evoluzione dell'*entrapment defense* – 2.2.1. La genesi giurisprudenziale dell'*entrapment* – 2.2.2. Il paradigma soggettivo e quello oggettivo di *entrapment* e la *due process defense* – 2.2.3. L'*entrapment defense* nel *Model penal code* e nei codici statali – 3. Operazioni sotto copertura e corruzione negli Stati Uniti – 3.1. L'operazione *Abscam* – 3.2. L'eredità di *Abscam*: le Linee guida dell'FBI e il rapporto del Comitato speciale del Senato sulle operazioni sotto copertura – 4. Considerazioni conclusive sulle operazioni sotto copertura negli Stati Uniti e sulla circolazione del modello americano in Europa.

Questo secondo capitolo è dedicato alle operazioni sotto copertura negli Stati Uniti, di cui si cercano di far emergere i caratteri peculiari ripercorrendone le origini e l'evoluzione, con l'obiettivo di provare a disegnare un quadro delle analogie e delle differenze rispetto alla storia e alle scelte compiute sul tema nell'ordinamento italiano.

Fin dai tempi dell'assolutismo francese – come già visto[1] – negli ordinamenti europei moderni le indagini sotto copertura hanno ricoperto un ruolo importante, ma nel mondo accademico, sia negli Stati Uniti sia in Europa, il tema sembra essere stato riscoperto soprattutto a partire dagli anni Settanta del secolo scorso. Ciò sembra essere legato anche al *viaggio* compiuto da questo metodo di indagine, dapprima dall'Europa agli Stati Uniti e in seguito sempre attraverso l'oceano Atlantico, in direzione opposta[2].

Il confronto con l'esperienza giuridica statunitense è importante anche perché alcune questioni centrali riguardanti le operazioni sotto copertura vengono affrontate da una prospettiva profondamente diversa – potremmo dire *inversa* – rispetto a quella italiana e, più in generale, dell'Europa occidentale. Uno dei tratti caratterizzanti l'approccio statunitense alle operazioni sotto copertura risiede infatti nella centralità del *provocato*, o – per utilizzare una terminologia più affine a quella americana –

[1] V. *supra*, Cap. I, sez. I, § 1.1.

[2] C. FIJNAUT, G. T. MARX, *Introduction. The Normalization of Undercover Policing in the West: Historical and Contemporary Perspectives*, in C. FIJNAUT, G. T. MARX (a cura di), *Undercover. Police Surveillance in Comparative Perspective*, Kluwer Law International, The Hague, 1995, p. 2.

dell'"intrappolato", del quale in alcuni casi, al ricorrere di determinati presupposti, viene esclusa la responsabilità per il reato commesso (*entrapment defense*).

Al contrario, non viene posto né affrontato il problema della responsabilità dell'agente provocatore in qualità di complice del suddetto crimine. Si pone la questione della necessità di limitare il comportamento della polizia, ma senza giungere ad ipotizzarne una responsabilità *alla pari* di quella del provocato. È, dunque, estraneo alla tradizione americana qualsiasi riferimento alla figura dell'agente provocatore, la quale è anzi presentata in letteratura come emblema della differente prospettiva dalla quale sulle due sponde dell'Atlantico si guarda alle operazioni sotto copertura[3].

Secondo Jacqueline Ross, queste differenze tra Stati Uniti ed Europa occidentale – per ora solo brevemente tratteggiate – affondano le radici in una profonda diversità di approccio che divide le due tradizioni giuridiche. In Europa si muove dal presupposto che agli appartenenti alla forza pubblica si applichino le regole *comuni* valevoli per tutti i consociati, sicché in assenza di una esclusione di responsabilità stabilita dalla legge anch'essi rispondono come compartecipi del reato. Negli Stati Uniti, invece, il punto di partenza è che alla polizia sono riservate regole *speciali*[4]. Per tale ragione in Europa il problema storicamente è stato affrontato dalla prospettiva della responsabilità o irresponsabilità dell'agente provocatore[5].

Prima di iniziare, conviene evidenziare fin da subito che negli Stati Uniti la legge non delimita l'ambito di applicazione delle operazioni sotto copertura, che possono potenzialmente essere svolte per qualsiasi reato. Si vedrà, però, come i reati rispetto ai quali esse sono utilizzate nella prassi coincidono in gran parte con quelli progressivamente inclusi dalla legge italiana nell'ambito di applicazione di tale tecnica investigativa, oggi ricompresi nell'art. 9 l. n. 146/2006[6].

---

[3] Alla diversa prospettiva e alle critiche mosse rispettivamente dalla dottrina italiana, francese, tedesca e statunitense alle operazioni sotto copertura è dedicato lo studio J. E. ROSS, *Undercover Policing and the Shifting Terms of Scholarly Debate: the United States and Europe in Counterpoint*, in *Annual Review Law Social Science*, 2008, pp. 239-273.

[4] Lo sostiene J. E. ROSS, *Impediments to Transnational Cooperation in Undercover Policing: a Comparative Study of the United States and Italy*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2004, (52/3), pp. 577-586. L'A. nota come in Italia gli agenti sotto copertura siano soggetti a quelle che chiama «*societal norms*», ossia le regole che si applicano a tutti i cittadini, mentre negli Stati Uniti vigono delle speciali «*police norms*». In argomento anche J. E. ROSS, *Induzione al reato e garanzie processuali negli Stati uniti e in Italia*, in *Giur. merito*, 2006, (2), p. 497.

[5] V. *supra*, Cap. I, sez. II, § 4.1.

[6] V. *infra*, Cap. III, sez. II.

1. Breve storia delle *undercover operations* negli Stati Uniti

Se nella letteratura europea le origini delle operazioni sotto copertura vengono tradizionalmente collocate in Francia nel sedicesimo secolo, un discorso a parte meritano le ragioni alla base della loro diffusione negli Stati Uniti.

Nei decenni successivi alla dichiarazione di indipendenza, i neonati Stati Uniti non erano dotati di corpi di polizia strutturati, centralizzati, finanziati e con un adeguato numero di addetti per svolgere anche le indagini penali. La polizia delle diverse municipalità era composta da uomini in borghese e disarmati per la paura che si creasse un potere militare e centralizzato in grado di vanificare gli sforzi compiuti per l'indipendenza[7].

Solo alla fine dell'Ottocento sono stati creati i primi uffici investigativi che hanno iniziato a ricorrere alle operazioni sotto copertura, il cui impiego dopo la guerra civile è stato sempre più incoraggiato[8], anche per scopi politici, in particolare per il controllo dei movimenti per i diritti civili.

Nel frattempo, però, lo spazio lasciato vuoto dall'assenza di un forte corpo di polizia centralizzato era stato colmato dai privati, che si servivano di infiltrati per difendere i propri interessi economici. In particolare, alcuni grandi imprenditori affidavano ad agenzie specializzate il compito di controllare l'integrità dei propri dipendenti incaricati del trasporto delle merci da uno stato all'altro attraverso vasti territori spesso deserti o rurali. In città, la medesima tattica veniva invece utilizzata, sempre da soggetti privati (ad esempio da imprenditori titolari di bordelli e di *saloon*) per snidare i poliziotti più inclini ad accettare tangenti.

A partire dal 1830, quindi, le operazioni sotto copertura venivano utilizzate da agenzie private specializzate, quali Burns, Pinkerton, per accertare i c.d. «*crimes of mobility* (delitti di mobilità), vale a dire, truffe, rapine, appropriazioni indebite, così frequenti nell'epoca dell'espansione economica verso Ovest. Presi di mira erano gli interessi delle compagnie ferroviarie, minerarie, e le ditte di servizi finanziari che procuravano massicci spostamenti di lingotti e di danaro. Il moltiplicarsi di grandi imprese, come quelle minerarie, molto distanti dalla sede centrale che le gestiva, creò

[7] La ricostruzione storica è ripresa da G.T. MARX, *Undercover: Police surveillance in America*, University of California Press, Berkeley, 1988, pp. 22-35.

[8] *Ivi*, pp. 10-11.

nuove opportunità criminali destinate a diventare occasioni per il sorgere di nuove imprese investigative adeguate a scoprire tali crimini»[9].

L'ingaggio degli investigatori privati si era diffuso ulteriormente nei decenni successivi all'avvento della ferrovia, con il passaggio dagli assalti alle carrozze «all'assalto dei treni», che trasportavano valori e tesori ben più consistenti di quelli movimentati a cavallo[10]. Il vantaggio dei detective privati era anche quello di poter intervenire ovunque, mentre l'ambito territoriale di competenza della polizia e dei governi locali era per definizione limitato. Jacqueline Ross racconta come, in alcune città, gli investigatori privati avessero prosperato anche grazie alle alleanze intessute con i politici per combattere o eludere la corruzione della polizia.

Vista l'assenza di una forza di polizia pubblica con competenza su tutto il territorio federale, dopo i grandi imprenditori anche il servizio postale federale aveva iniziato ad assumere detective privati per condurre indagini sotto copertura nei confronti dei corrieri sospettati di rubare dai plichi in consegna[11].

Successivamente, durante la cosiddetta *Progressive Era* a cavallo tra Ottocento e Novecento, l'industrializzazione e la crescita demografica hanno favorito la nascita di movimenti contro "il vizio": prostituzione, mescolanza razziale, rapporti omosessuali, solo per citare alcune tra le condotte ritenute moralmente più riprovevoli.

Con l'avvento del Proibizionismo, poi, anche la vendita clandestina di alcolici è diventata un obiettivo degli infiltrati, sempre privati[12]. Di conseguenza, «[n]elle operazioni sotto copertura finirono (…) col mescolarsi cultura puritana, aspirazioni riformistiche, sentimenti anticorruzione: vizi privati e pubbliche virtù»[13].

Come accennato in apertura, le indagini sotto copertura non sono però rimaste a lungo un monopolio dei privati. Esse hanno iniziato ben presto a essere utilizzate anche dalla polizia, dapprima a livello statale e poi a livello federale, in particolare dopo l'istituzione del *Federal Bureau of Investigations* nel 1908 da parte del presidente

[9] J. E. ROSS, *Indagini sotto copertura negli USA e in Italia: esperienze a confronto*, in *disCrimen*, 7 maggio 2020, p. 5.

[10] *Ibidem*.

[11] *Ibidem*.

[12] *Ivi*, p. 8. L'A. spiega come «L'agenda delle forze dell'ordine locali è stata spesso influenzata dalle indagini sotto copertura promosse da organizzazioni private quali la Società newyorkese per la soppressione del vizio di Anthony Comstock: con le sue azioni contro i fornitori di "immoralità pubblica" essa preparò il terreno per il proibizionismo degli anni Venti e Trenta del secolo scorso, riuscendo persino a imbarazzare la polizia di New York».

[13] *Ivi*, p. 9.

Roosevelt, peraltro contro la volontà del Congresso[14]. In quel periodo e durante il Proibizionismo le operazioni sotto copertura venivano usate per fini politici, un uso che ha caratterizzato anche gli anni durante e dopo il secondo conflitto mondiale, specialmente in chiave anticomunista nel contesto della guerra fredda e poi nell'ambito dei movimenti per i diritti civili sorti negli anni Sessanta[15].

L'FBI ha iniziato a svolgere indagini sotto copertura nel 1972 dopo la morte di J. Edgar Hoover, il capo dell'Ufficio, che si era sempre mostrato molto scettico riguardo al ricorso a tale tattica nel contrasto al crimine organizzato e al traffico di droga. Basti considerare che dopo la sua morte, tra il 1977 e il 1985, il numero delle operazioni è passato da 53 a 350, con un picco di 463 nel 1981. Anche altre agenzie federali nel medesimo periodo hanno incrementato l'utilizzo delle indagini sotto copertura, ad esempio il *Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms* (BATF) e l'*Immigration and Naturalization Service* (INS)[16].

Come si vedrà, si tratta degli ambiti criminali rispetto ai quali anche nell'ordinamento italiano sono state progressivamente previste le operazioni sotto copertura.

Nel periodo citato negli Stati Uniti non solo è aumentato il *numero* delle operazioni, ma si è anche ampliato il loro *ambito* di applicazione. Se prima quest'ultimo era circoscritto ai *consensual crimes* commessi in contesti degradati, di marginalità sociale, nell'ambito della criminalità di strada (ad esempio prostituzione, reati di droga, omosessualità, definiti *vice crimes*), l'interesse anche accademico per il tema è fiorito soprattutto nel momento in cui hanno iniziato a essere presi di mira i *colletti bianchi*. Il mutamento del campo di applicazione ha causato altresì un cambiamento del *modus operandi*, poiché con una determinata operazione non si indagava su un reato specifico, ma su *una o più persone sospettate*, per verificare se effettivamente venissero commessi dei reati[17].

L'incremento *quantitativo* e la varietà *qualitativa* delle operazioni sotto copertura a partire dagli anni Settanta hanno fatto emergere anche negli Stati Uniti il problema della

[14] C. FIJNAUT, G.T. MARX, *Introduction. The Normalization of Undercover Policing in the West*, cit., p. 11.
[15] *Ivi*, p. 12.
[16] G.T. MARX, *Undercover: Police surveillance in America*, cit., pp. 4-5.
[17] *Ivi*, pp. 7-8.

giustificazione e dei *limiti* delle stesse. Secondo Gary T. Marx, diversi fattori hanno condotto all'espansione e all'accettazione delle operazioni sotto copertura negli Stati Uniti: il ruolo di figure come Pinkerton e Hoover, il fatto che la paura del crimine abbia progressivamente preso il posto della paura della polizia, i processi di urbanizzazione e industrializzazione, la presenza di *gang* e altri criminali di strada che in città scioccavano gli appartenenti alle classi alte, l'aumento del numero di leggi e dei diritti di proprietà astratti con conseguente incremento del bisogno di informazioni da parte della polizia e, ultimo ma non ultimo, il cambiamento del rapporto tra la polizia e la legge. Inoltre, come si vedrà brevemente nel prosieguo, le norme scritte hanno assunto sempre più importanza nel corso del diciannovesimo secolo e ciò ha naturalmente influito anche sul lavoro della polizia, in particolare sulle caratteristiche delle indagini[18].

Più nel dettaglio, si è notato come il cambiamento della criminalità e la percezione di inadeguatezza del sistema penale, in particolare di fronte all'aumento dei crimini dei colletti bianchi, abbiano stimolato il ricorso alle operazioni sotto copertura. I reati economici infatti spesso sono *reati consensuali*, a *vittima indiretta e diffusa* e quindi difficili da scoprire, anche a causa del loro elevato grado di tecnicismo. In questo contesto, a metà degli anni '70, soprattutto dopo il Watergate, le nuove linee guida dell'FBI hanno previsto che l'attenzione degli investigatori dovesse concentrarsi appunto sui reati dei colletti bianchi[19]. A tal fine, l'FBI ha creato sezioni nazionali e locali specializzate in crimine organizzato e corruzione[20].

Seppure più indirettamente, il maggiore ricorso alle operazioni sotto copertura è altresì legato all'imposizione di limiti più restrittivi alle altre tecniche investigative (ad esempio le regole di inutilizzabilità delle prove, il privilegio di non autoincriminazione, la tutela dell'indagato durante l'interrogatorio…), sicché è diminuito l'uso della costrizione, ma è aumentato quello della simulazione e dell'inganno da parte della polizia.

Ha giocato un ruolo anche il supporto delle Corti, a partire dalla Corte Suprema, che nella maggior parte dei casi non ha condannato l'operato della polizia, prediligendo il test *soggettivo* di *entrapment* (fondato sulla predisposizione dell'accusato) invece di quello *oggettivo* (incentrato sul comportamento della polizia) e affermando che le

[18] G.T. MARX, *Undercover: Police surveillance in America*, cit., pp. 32-35.
[19] *Ivi*, p. 37.
[20] *Ivi*, p. 42.

operazioni sotto copertura, a differenza delle intercettazioni telefoniche, non interferiscono con la tutela della *privacy*[21].

Anche l'ampiezza della formulazione delle fattispecie incriminatrici e le scelte di incriminazione del legislatore possono aver costituito un incentivo per il ricorso alle operazioni sotto copertura, utili a facilitare la ricerca delle prove richieste dalla legge e difficilmente ottenibili con altre tattiche[22].

Gli ultimi tre decenni del Novecento coincidono con il periodo del "ritorno" in auge anche in Europa delle operazioni sotto copertura, a cui ha contribuito la necessità di collaborare con le autorità statunitensi nella *war against drugs* espressamente dichiarata dapprima da Nixon e poi proseguita da Reagan.

I Paesi europei hanno però mostrato molta diffidenza verso questa tecnica di indagine, innanzitutto per ragioni storiche, in secondo luogo perché nel passato relativamente recente – i decenni delle dittature fascista e nazista e del regime comunista in Unione Sovietica – tali timori si erano dimostrati fondati. Nel secondo dopoguerra le indagini sotto copertura erano considerate strumenti da usare solo in casi estremi, come *extrema ratio* e nei limiti eventualmente stabiliti dalla legge, sotto il controllo della magistratura. In Europa, invero, – come già ampiamente visto[23] – l'attenzione era focalizzata sul ruolo e sulla responsabilità dell'agente della forza pubblica, il quale non doveva spingersi a istigare un reato che altrimenti non sarebbe stato commesso, pena la responsabilità come compartecipe del reato.

Nondimeno, in letteratura si ritiene che si sia verificata un'*americanizzazione* delle operazioni sotto copertura[24], perché quando gli agenti della *Drug Enforcement Agency* (DEA) sono arrivati in Europa hanno portato con sé anche le proprie tecniche e la propria formazione specializzata, insieme alla convinzione dell'efficacia e dell'insostituibilità delle operazioni sotto copertura, specialmente nella forma del "*buy*

---

[21] G.T. MARX, *Undercover: Police surveillance in America*, cit., pp. 46-47. In proposito si veda anche J. E. ROSS, *The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2007, (55/3), p. 512. Le origini e i caratteri della distinzione tra paradigma soggettivo e oggettivo di *entrapment* sono approfonditi in seguito: v. *infra*, § 2.2.

[22] G.T. MARX, *Undercover: Police surveillance in America*, cit., pp. 50-55.

[23] V. *supra*, Cap. I.

[24] C. FIJNAUT, G. T. MARX, *Introduction. The Normalization of Undercover Policing in the West*, cit., p. 15.

and bust" (un agente sotto copertura organizza una finta compravendita di droga, ma prima di portarla a termine procede all'arresto del venditore).

Nonostante le resistenze, dunque, le operazioni sotto copertura contro il narcotraffico hanno fatto ingresso in Europa e il loro successo e il sostegno degli Stati Uniti hanno condotto alla loro inclusione nella Convenzione di Vienna del 1988 nella forma delle *controlled deliveries*[25].

Da questo breve *excursus* storico emergono i numerosi legami tra Europa e Stati Uniti riguardo all'evoluzione e alla diffusione delle operazioni sotto copertura, ma anche le differenze che caratterizzano l'approccio a questo tema sulle due sponde dell'Atlantico.

La contestualizzazione storica tratteggiata in questo paragrafo consente di focalizzare l'attenzione sugli aspetti più tecnici e giuridici delle operazioni sotto copertura negli Stati Uniti, per comprendere più nel dettaglio, mediante lo studio dell'*entrapment defense*, in che termini l'attenzione sia concentrata sul "provocato".

2. L'*entrapment defense* tra sistema statale e sistema federale

La complessità e le peculiarità del sistema penale statunitense meritano qualche breve considerazione preliminare al fine di tracciare le coordinate essenziali per orientarsi tra *common law* e *statutes* e tra livello statale e livello federale, e quindi comprendere le origini e l'evoluzione dell'*entrapment defense*.

2.1. Il sistema penale statunitense. Alcune coordinate essenziali

La comparazione tra la disciplina e la prassi delle operazioni sotto copertura nei sistemi giuridici italiano e statunitense richiede innanzitutto di richiamare la classica contrapposizione tra tradizione di *civil law* e tradizione di *common law*[26].

La prima ricomprende le esperienze giuridiche nate in epoca medioevale nell'Europa continentale, da cui sono poi originate la tradizione latina, quella germanica, quella nordica, una post-socialista e una latino-americana. La tradizione di *common law*, invece, affonda le radici nel diritto inglese medioevale e moderno da cui ha avuto origine la tradizione giuridica anglosassone, che – seppure con alcune differenze – accomuna il Canada (escluso il Quebec), gli Stati Uniti, l'Australia e la Nuova Zelanda.

[25] V. *infra*, Cap. III, sez. I, § 1.1.1.
[26] A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, UTET, Milano, 2018, pp. 31 ss.

La netta contrapposizione tra *civil law* e *common law* delineata dalla comparazione giuridica moderna all'inizio del XX secolo, fondata sulle profonde divergenze riguardanti il sistema delle fonti dei sistemi giuridici riconducibili ai due raggruppamenti, si presenta oggi molto meno marcata per «la graduale convergenza» delle esperienze appartenenti alle due famiglie[27]. L'avvento del costituzionalismo e la conseguente assunzione di un'«ottica dei valori» nell'analisi comparata degli ordinamenti ha condotto a scoprirne ed evidenziarne le similitudini a prescindere dalla appartenenza all'una o all'altra tradizione. Comuni sono, infatti, i *principi fondamentali* della democrazia rappresentativa, ma molte similitudini presenta anche la concretizzazione degli stessi nei vari ordinamenti[28].

Senza addentrarsi nell'analisi delle origini e dell'evoluzione dell'esperienza giuridica americana[29], basti qui accennare ad alcuni tratti essenziali del sistema penale statunitense, che ha assunto storicamente caratteristiche molto diverse da quello inglese sia per le evidenti differenze geografiche e demografiche dei due Paesi sia per il diverso assetto istituzionale degli Stati Uniti.

L'ordinamento statunitense si compone, infatti, di cinquantadue sistemi legali: quelli dei cinquanta Stati, a cui si aggiunge il *District of Columbia*, e quello federale. La struttura su due livelli rappresenta uno dei portati della storia degli Stati Uniti d'America, nati come confederazione delle colonie uscite vittoriose dalla guerra contro gli inglesi, le quali hanno poi redatto la Costituzione scritta più antica tra quelle attualmente in vigore nei Paesi occidentali.

La Costituzione americana prevede innanzitutto un sistema di governo federale suddiviso in tre poteri indipendenti, che si controllano vicendevolmente, e si occupa poi della ripartizione dei poteri tra sistema federale e sistema statale[30].

I poteri non attribuiti dalla Costituzione alle istituzioni federali spettano agli Stati o ai cittadini[31]. Il X emendamento del *Bill of Rights* del 1776 prevede, infatti, che «The

[27] A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 35.

[28] *Ivi*, pp. 36-38.

[29] Si veda in proposito, per tutti, il capitolo dedicato all'esperienza giuridica statunitense in A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., pp. 111-167.

[30] *Ivi*, pp. 114-121.

[31] Per approfondire si veda W. R. LAFAVE, *Criminal law: student edition*, West Group. St. Paul, 2000, pp. 131 ss.

powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people».

Ciò vale naturalmente anche per la materia penale[32], ancora oggi regolata innanzitutto a livello statale[33], ad eccezione degli ambiti espressamente attribuiti alla giurisdizione federale dall'art. I, sect. 8 della Costituzione, che elenca i c.d. *enumerated powers*. Tra di essi rientrano, per quanto concerne la materia penale, il potere di provvedere a punire la contraffazione dei titoli e della moneta corrente degli Stati Uniti; di stabilire Uffici postali e Linee postali; di definire e punire gli atti di pirateria e fellonia compiuti in alto mare e le offese contro il Diritto delle Genti. Chiude l'elencazione contenuta nella disposizione citata una clausola aperta, che è risultata fondamentale per l'espansione della legislazione federale. L'ultimo capoverso della sect. 8 attribuisce, infatti, al Congresso il potere di «make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof».

A livello federale, dunque, il potere legislativo spetta al Congresso e le leggi federali sono raccolte nello U.S. Code, composto da diversi Titoli. Alla materia penale è dedicato il Titolo 18, «*Crimes and Criminal Procedure*». A differenza dei codici di cui si è dotata già nel corso dell'Ottocento e nei primi anni del Novecento la maggior parte degli Stati (spesso composti, sul modello europeo, di una parte generale e di una parte speciale)[34], lo U.S. Code non è un codice penale come lo intenderemmo noi. Il diritto penale delle colonie americane e dopo l'indipendenza dei diversi Stati si basa sul *common law of crimes* inglese, divenuto vincolante a seguito del recepimento ad opera dalle disposizioni legislative statali, in cui ciascuno Stato ha scelto quali aspetti accogliere e quali respingere di tale *corpus* normativo[35].

[32] Per la disamina del sistema delle fonti del diritto, con particolare riferimento al diritto processuale penale, si veda E. MILITELLO, *Criminal investigations on corporate liability. A comparative account on Italy and the United States*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, pp. 36 ss., a cui si rinvia anche per l'ampia bibliografia citata in argomento.

[33] Ne dà conto M. PAPA, *Federalismo e diritto penale negli Stati Uniti d'America*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2013, pp. 193-194.

[34] M. CHERIF BASSIOUNI, *Diritto penale degli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 20-24. Si veda anche W. R. LAFAVE, *Criminal law: student edition*, cit., pp. 71-72.

[35] M. CHERIF BASSIOUNI, *Diritto penale degli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 26-27.

Sui codici statali appena citati ha in seguito esercitato una profonda influenza il *Model penal code*, pubblicato nel 1962 dopo trent'anni di lavori dall'*American Law Institute*. Il Modello di codice penale è stato redatto da una Commissione di esperti con l'obiettivo di migliorare le leggi penali sia sotto il profilo formale sia sotto quello sostanziale e di rendere più uniformi e meglio conoscibili le leggi penali su tutto il territorio federale[36]. Il *Model penal code* non è dunque un codice vincolante promulgato dal Congresso, bensì un modello di codificazione a livello federale finalizzato a coadiuvare i legislatori statale e federale nel riordino delle norme penali[37]. In effetti, a seguito della sua pubblicazione molti Stati hanno riformato il proprio codice penale. Il *Model penal code* risulta peraltro particolarmente interessante ai nostri fini in quanto contiene una disposizione dedicata all'*entrapment defense*, che ha così fatto ingresso in molti codici statali.

Prima di concentrare l'attenzione sull'*entrapment*, però, è opportuno dedicare ancora qualche cenno al funzionamento del sistema penale degli Stati Uniti. Come detto, l'obiettivo della codificazione non è mai stato raggiunto a livello federale, nonostante la progressiva espansione della competenza federale in materiale penale.

Tale espansione si deve non solo al Congresso e al potere esecutivo, che ne ha sostanzialmente avallato le scelte, ma anche alle decisioni della Corte Suprema e alle scelte degli *US attorneys*, i procuratori federali titolari di una notevole discrezionalità nelle scelte relative all'applicazione delle leggi[38].

Alcuni provvedimenti legislativi scandiscono le tappe dello spostamento di competenze in materia penale dal livello statale al livello federale già a partire dalla fine dell'Ottocento. Risale invero al 1872 l'introduzione del reato di *mail fraud*, una fattispecie posta a tutela del servizio postale, ma destinata ad assumere il ruolo di strumento repressivo privilegiato dai *prosecutors* per incardinare la competenza al livello federale. Seguono il *Sherman Act* del 1890, tuttora vigente, in materia di *antitrust* e tutela della concorrenza; il *Federal Lottery Act* in tema di vendita e trasporto di biglietti di

[36] M. CHERIF BASSIOUNI, *Diritto penale degli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 27-30.

[37] Per approfondire il tema della genesi e del ruolo del *Model penal code* e per i relativi riferimenti bibliografici si rinvia, *ex multis*, a P. H. ROBINSON, M. D. DUBBER, *The American Model Penal Code: A Brief Overview*, in *New criminal law review*, 2007-2008, Vol.10 (3), pp. 319-341; S. H. KADISH, *Codifiers of the Criminal Law: Wechsler's Predecessors*, in *Columbia Law Review*, 1978, (78/5), pp. 1098-1144.

[38] I passaggi fondamentali del percorso di espansione del diritto penale federale sono ripresi da M. PAPA, *Federalismo e diritto penale negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 195, cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici.

lotterie; il *Mann Act* del 1910 contro il traffico di persone, in particolare di donne «per fini di prostituzione (...) o per altro fine immorale»; il *Dyer Act* del 1919 diretto al contrasto del trasporto di autoveicoli di provenienza furtiva e poi, nello stesso anno, con il *Volstead Act* ha inizio il «proibizionismo» delle bevande alcoliche. Questo elenco risulta peraltro particolarmente interessante ai nostri fini perché si tratta in gran parte di aree criminali interessate dalle operazioni sotto copertura dell'FBI o delle altre agenzie federali competenti.

È poi significativo notare come nelle fattispecie incriminatrici venga spesso inserito l'elemento costitutivo dell'«attraversamento della frontiera», per far sì che ogniqualvolta siano coinvolti almeno due Stati la competenza diventi federale. Ciò costituisce peraltro un segno anche della sempre maggiore consapevolezza del legislatore federale circa l'impossibilità di contrastare a livello statale forme di criminalità complessa come quella organizzata[39].

Ancora, particolarmente incisivi possono considerarsi gli interventi legislativi voluti dal presidente Roosevelt, che – come già ricordato nel paragrafo precedente – oltre ad istituire l'FBI, promuove l'introduzione, tra le moltissime leggi federali, dell'*Anti-Racketeering Act* nel 1934 e dell'*Hobbs Act* del 1946. L'espansione continua nel secondo dopoguerra, soprattutto a partire dagli anni Sessanta. Al 1970 risale il *RICO Act* (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act)*, poi incluso nel Titolo 18 U.S. Code, § 1961-1968. L'attrazione di competenze in materia penale al livello federale è proseguita anche negli ultimi cinquant'anni, come dimostra il fatto che circa il quaranta per cento delle cinquemila fattispecie penali federali vigenti risalgono proprio a tale periodo[40].

Il descritto processo di ascesa verso il livello federale è stato dunque innescato e sostenuto da tutti i poteri, ma certamente quello legislativo ha giocato un ruolo preponderante, a dimostrazione dell'importanza assunta dagli *statutes* negli Stati Uniti. Importanza che si riscontra anche nei cinquanta Stati, ciascuno dotato dei propri *statutes*. Alle Corti è rimasto il compito fondamentale di interpretare e applicare le leggi, una funzione fondamentale alla luce dell'*ampiezza* delle fattispecie incriminatrici.

[39] Ancora una volta si rinvia a M. PAPA, *Federalismo e diritto penale negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 196.

[40] *Ivi*, p. 197.

Tale caratteristica della formulazione delle fattispecie si spiega alla luce del funzionamento del sistema penale statunitense, in cui «la scelta legislativa è solo *il primo momento di una strategia politico-criminale assai più complessa e articolata*» poiché «molti reati, pur risultando, "chiariti", cioè pur giungendo a conoscenza dell'autorità e pur essendone noto l'autore (presunto), non danno poi luogo ad alcuna formale ascrizione di responsabilità. E tale fenomeno si inserisce normalmente ed, in buona misura, ufficialmente nel funzionamento del sistema»[41]. Si ritiene fisiologico che non tutti i reati astrattamente riconducibili a una certa fattispecie saranno perseguiti, vista la discrezionalità di cui godono i *prosecutor*.

Secondo Gary T. Marx, le caratteristiche di alcune leggi penali sostanziali e procedurali hanno costituito un incentivo al ricorso alle operazioni sotto copertura, in quanto il legislatore ne ha indirettamente stimolato l'utilizzo, oltre a non aver direttamente limitato i poteri della polizia, soluzione ritenuta preclusa dal principio di separazione dei poteri[42]. Si cita come esempio emblematico il *Gun Control Act* del 1968 che ha ampliato le condizioni per ottenere una licenza federale per il porto d'armi e criminalizzato alcune condotte secondarie, ritenute facilmente rintracciabili mediante operazioni sotto copertura. Si richiamano inoltre alcune leggi a tutela della fauna e dell'ecosistema e le leggi e le decisioni contro le discriminazioni sessuali e razziali. In tema di corruzione, inoltre, sempre Gary Marx sottolinea come l'introduzione di obblighi di segnalazione possa risultare «in integrity tests being taken to a new extreme: targets may face double testing – first, to see if they will accept a corrupt offer and, second, to see if they will report the offer»[43].

Dalla prospettiva italiana, l'indeterminatezza delle fattispecie – molte delle quali peraltro introdotte dalla legislazione federale nell'ambito del già descritto processo di attrazione verso l'alto di competenze statali – risulta ancora più evidente. Vale la pena riportare qualche altro esempio[44] attinente ad aree criminali rispetto alle quali poi sono state svolte numerose operazioni sotto copertura.

---

[41] M. PAPA, *Federalismo e diritto penale negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 204.
[42] G. T. MARX, *Undercover: Police surveillance in America*, cit., pp. 50-53.
[43] *Ivi*, p. 54.
[44] Gli esempi citati, la traduzione in italiano del testo delle disposizioni americane e i relativi commenti sono ripresi ancora una volta da M. PAPA, *Federalismo e diritto penale negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 201.

La principale fattispecie incriminatrice prevista dal *Mann Act*, noto anche come *White Slave Traffic Act*, in materia di contrasto della prostituzione, puniva chiunque trasportasse una donna (oggi la fattispecie è stata modificata e si riferisce a qualunque individuo) «da uno Stato all'altro per fini di prostituzione o per altro fine immorale», finendo per ricomprendere nel proprio ambito di applicazione sia il traffico di prostitute gestito dalla criminalità organizzata, sia gli spostamenti di residenza delle coppie non sposate o le gite oltre confine delle famiglie poligamiche mormoni. Si consideri poi il sopracitato *Hobbs Act*, che punisce «chiunque, in qualsivoglia modo e misura ostacola, ritarda, pregiudica il commercio o il movimento di una cosa o di merce in commercio, mediante rapina o estorsione, ovvero tenta di fare ciò o si accorda a tal fine; ovvero ancora minaccia violenza fisica a persone o a cose al fine di dare esecuzione a qualsiasi piano che sia contrario alla presente disposizione». Il termine «*extorsion*» ai sensi del § 1951 (2) del Titolo 18 U.S. Code comprende anche le condotte estorsive poste in essere avvalendosi di un pubblico ufficio, sicché l'*Hobbs Act* è stato applicato anche alle condotte di concussione poste in essere da pubblici funzionari.

Infine, merita considerare l'interpretazione del *RICO Act* del 1970, emanato al fine di contrastare l'infiltrazione del crimine organizzato nell'economia legale e assurto nei fatti a strumento di contrasto del crimine economico organizzato *tout court*, in particolare a seguito di un parere reso nel 1981 dalla Suprema Corte[45], la quale ha avallato l'interpretazione secondo cui nella definizione di «*enterprise*» (e in particolare nel riferimento a qualunque «*union or group of individuals associated in fact although not a legal entity*») devono ritenersi comprese le associazioni a delinquere, cioè i gruppi nati per perseguire scopi illegali. A ciò si aggiunge che, in forza della peculiare ipotesi di *conspiracy* prevista dal RICO, può essere punito chi «partecipa» tramite un mero accordo nei due reati comuni (*predicate crimes*) sopra citati[46]. Anche nella letteratura americana si sottolinea come il RICO inauguri un approccio innovativo nella definizione dei reati, visto che non punisce un'azione specifica posta in essere in determinate circostanze di luogo e di tempo, bensì la partecipazione diretta o indiretta agli affari di una persona facente parte di una *enterprise* come sopra definita mediante la commissione di almeno due *predicate crimes* in dieci anni. La legislazione RICO ha peraltro successivamente

[45] Il riferimento è al parere *United States v. Turkette*, 452 U.S. 576 (1981).
[46] M. PAPA, *Federalismo e diritto penale negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 202-203.

costituito un modello seguito dal legislatore federale in materia di riciclaggio di denaro e di altri crimini finanziari e ha profondamente influenzato anche la legislazione degli Stati[47].

2.2. Origini ed evoluzione dell'*entrapment defense*

La complessità dell'ordinamento statunitense espressa dal quadro essenziale appena tratteggiato lascia emergere l'impossibilità concreta di analizzare la disciplina e la prassi in tema di operazioni sotto copertura e di *entrapment defense* in tutti i cinquantadue sistemi giuridici degli Stati Uniti.

In questo paragrafo si concentra dunque l'attenzione sul sistema federale, senza mancare di offrire qualche esempio delle opzioni legislative statali.

Questa scelta si spiega anche alla luce della difficile reperibilità delle pronunce delle corti statali[48] e della considerazione unitaria che la letteratura americana dedica alla questione delle operazioni sotto copertura. Inoltre, come si è visto[49], le operazioni sotto copertura hanno progressivamente guadagnato importanza a livello federale ed è alle agenzie investigative federali che si devono le indagini coperte di maggiore rilievo. Operazioni di importanza tale da aver portato le operazioni coperte all'attenzione del Congresso, dei giuristi e dei sociologi.

2.2.1. La genesi giurisprudenziale dell'*entrapment*

Negli ordinamenti europei la legge stabilisce presupposti, limiti e condizioni di esperibilità delle operazioni sotto copertura. Non è così negli Stati Uniti, dove tali operazioni non sono espressamente regolate dalla legge e possono essere iniziate senza un mandato dell'autorità giudiziaria e senza che sia stata previamente individuata la

[47] Queste considerazioni critiche sulla legislazione RICO sono espresse ad esempio in S. H. KADISH, *Fifty Years of Criminal Law: An Opinionated Review*, in *California Law Review*, 1999, (87/4), pp. 971-972.

[48] M. PAPA, *Federalismo e diritto penale negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 206. L'A. spiega che «le decisioni delle corti di grado inferiore non risultano solo difficilmente reperibili. La loro cognizione non è problematica solo per "ragioni editoriali". Ciò che rende davvero problematica la ricostruzione del diritto giurisprudenziale delle corti di prima istanza è piuttosto un ulteriore duplice ordine di fattori. Innanzitutto, le decisioni degli organi giudicanti di primo grado *non risultano espresse attraverso la motivazione scritta*: mancano insomma i testi attraverso cui prendere cognizione del diritto applicato da tali organi. In secondo luogo, occorre ricordare che al dibattimento (all'unico dibattimento, stante il fatto che in appello non viene mai rinnovato il giudizio) l'organo giudicante è la giuria popolare. La particolare composizione soggettiva delle *trial courts* rende allora verosimile ipotizzare decisioni guidate talora da criteri anche eterogenei rispetto a quelle delle *Courts of Appeals* o della *Supreme Court*».

[49] V. *supra*, § 1.

sospetta commissione di un reato. La legge limita l'utilizzo da parte della polizia di altri mezzi investigativi invasivi come le intercettazioni telefoniche o la sorveglianza elettronica, ma non si occupa delle operazioni sotto copertura, poiché si ritiene che esse non coinvolgano diritti costituzionalmente garantiti[50].

A quest'ultimo proposito la Corte Suprema ha invero affermato che le indagini sotto copertura non rientrano nell'ambito di applicazione del IV emendamento che tutela la libertà personale, di domicilio e dei propri documenti ed effetti personali da perquisizioni e sequestri irragionevoli perché non autorizzati in presenza di un sospetto e in relazione a luoghi, persone e oggetti specifici[51]. I soggetti che si interfacciano con agenti sotto copertura, infatti, rinunciano alla tutela della propria *privacy* perché sono loro stessi, volontariamente, a condividere con altri determinate informazioni e conseguentemente ad assumersi il rischio di essere traditi o di comunicare con la persona "sbagliata", ossia un agente sotto copertura. Diversamente – si afferma – ascoltare segretamente una telefonata viola l'aspettativa di *privacy* dei consociati, sicché le intercettazioni telefoniche devono essere previamente autorizzate e occorre altresì dimostrare che non si possa ricorrere ad un mezzo di ricerca della prova meno invasivo. Le operazioni sotto copertura non collidono neppure con il V emendamento, che vieterebbe solo la costrizione all'autoincriminazione, mentre se un soggetto si rivolge ad un agente sotto copertura nessuna pressione viene esercitata perché egli confessi.

Non essendo ritenute rilevanti rispetto a diritti costituzionalmente garantiti, il Congresso non ha mai legiferato in materia di operazioni sotto copertura. Delle problematiche ad esse connesse si occupano le Corti sia federali sia statali, le quali concentrano la propria attenzione sul "provocato" e sulla possibilità di mandare assolto un soggetto "intrappolato" da agenti della forza pubblica sotto copertura.

L'*entrapment defense* ha dunque un'origine squisitamente giurisprudenziale ed è il frutto di un percorso lungo e tortuoso iniziato già nel diciannovesimo secolo nelle decisioni delle Corti statali e federali e addirittura della Corte Suprema, che in alcune

[50] Si vedano in proposito J. E. ROSS, *Undercover Policing and the Varieties of Regulatory Approaches in the United States*, in *American Journal of Comparative Law*, 2014, (62), pp. 675-677; J. E. ROSS, *The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies*, cit., p. 512.

[51] Il testo del IV Emendamento recita: « The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized». Per approfondirne il significato e per i riferimenti giurisprudenziali si rinvia a W. R. LAFAVE, *Criminal law: student edition*, cit., pp. 183 ss.

pronunce della fine dell'Ottocento si era occupata della questione dell'istigazione da parte della polizia senza "dare un nome" all'istituto in questione[52]. Il dibattito sull'*entrapment defense* per come è intesa oggi comincia – come si vedrà – qualche decennio dopo e approda alla Corte Suprema con le pronunce sui casi *Casey* e *Sorrels*.

Con le parole di un autorevole esponente della dottrina americana, è bene innanzitutto evidenziare che storicamente «*entrapment must be described as a purely American anomaly, and a recent one. Until the last quarter of the nineteenth century courts, both English and American, felt themselves governed by 3 Genesis 13, wherein Eve, under indictment for consumption of fruit from the Tree of Good and Evil (possibly some crude form of early Pure Food and Drug Law), offered as a defense the temptation to which she had been subjected by the Serpent. It was held, as a matter of law, that the pleaded matter constituted no defense to criminal responsibility. This attitude prevailed in the United States until late in the nineteenth century, the concept of entrapment being considered simply irrelevant to questions of guilt or innocence*»[53].

Il momento iniziale della elaborazione e diffusione presso le Corti federali dell'*entrapment defense* è solitamente individuato nella sentenza *Woo Wai c. United States* del 1915 in materia di corruzione di pubblici ufficiali incaricati del controllo dell'immigrazione e del traffico di persone. Prima di tale momento altre Corti federali si occupano della questione, ma senza riconoscere autonomia a tale *defence,* cercando piuttosto di individuare delle analogie con altre giustificazioni radicate nel *common law*, come quella del consenso[54].

Nel caso *Woo Wai*, invece, l'imputato viene prosciolto in quanto ritenuto *intrappolato* dalla polizia. L'indagine coperta aveva preso le mosse da un sospetto della *United States Immigration Commission* in ordine al coinvolgimento di taluni pubblici ufficiali nell'ingresso illegale negli Stati Uniti di cittadine cinesi a fini di prostituzione. Un tale signor Woo Wai, ritenuto dalla polizia in contatto con i suddetti pubblici ufficiali, era stato contattato da un agente sotto copertura e convinto a proporre ad alcuni altri

[52] Le sentenze citate sono elencate in B.L. GERSHMAN, *Abscam, the Judiciary, and the Ethics of Entrapment*, in *The Yale Law Journal*, 1982, 91(8), p. 1567, nota 9.

[53] M.A. DEFEO, *Entrapment As A Defense to Criminal Responsibility: Its History, Theory and Application*, in *University of San Francisco Law Review*, vol. I, 1967, pp. 244.

[54] Per approfondire in ordine ai casi affrontati dalle Corti federali alla fine del diciannovesimo secolo si rinvia a L.B. ORFIELD, *The Defense Of Entrapment In The Federal Courts*, in *Duke Law Journal*, 1967, (39), pp. 40-41.

ufficiali di organizzare l'ingresso illegale di alcune cittadine cinesi. Al momento della proposta Woo Wai veniva però arrestato e accusato di *conspiracy to bribe*. La minaccia del procedimento penale peraltro era stata poi utilizzata per ottenere tutte le informazioni in suo possesso riguardo ai pubblici ufficiali coinvolti.

Woo Wai viene scagionato dalla *Federal Appellate Court* poiché vi era prova dell'opera di convincimento svolta dagli agenti sotto copertura, che avevano assicurato all'imputato l'impunità e avevano dovuto insistere più volte prima di persuaderlo a partecipare all'accordo. La Corte, dunque, non solo ritiene che non vi siano prove della *conspiracy*, ma va oltre e afferma che «*it is against public policy to sustain a conviction obtained in a manner which is disclosed by the evidence in this case [and] (...) a sound public policy can be upheld only by denying the criminality of those who are thus induced to commit acts which infringe the letter of the criminal statutes*»[55].

A partire da tale pronuncia l'*entrapment defense* comincia ad essere accolta anche dalle Corti federali inferiori, non senza critiche e opinioni dissenzienti di alcuni giudici ed esponenti della dottrina, secondo i quali la scusante in parola, non prevista da alcuna legge e mai neppure riconosciuta dalla Corte Suprema, rappresentava uno strumento politico[56].

Tuttavia, la critica del mancato riconoscimento da parte della Corte Suprema è destinata a perdere il proprio fondamento a distanza di qualche anno. Risale, infatti, al 1932 la pronuncia *Sorrels c. USA* della Corte Suprema, considerata tradizionalmente il *leading case* sull'*entrapment*, preceduta di pochi anni dalla pronuncia *Casey*, che si segnala per la *dissenting opinion* del Giudice Brandeis.

L'approdo al più alto consesso della giurisdizione federale è facilitato dall'approvazione di leggi in settori che sarebbero diventati prediletti delle operazioni sotto copertura: trattasi della legislazione contro i già citati cosiddetti *vice-crimes* (prostituzione, omosessualità, scommesse, droga…), accomunati dalla *bassa propensione alla denuncia* dei privati coinvolti, tutti cointeressati alla perpetrazione del reato. La difficoltà di raccogliere prove in ordine ai reati compresi in tali aree criminali incentiva le operazioni sotto copertura, che permettono alla polizia di inserirsi nei contesti dove questi reati venivano commessi e acquisirne le prove.

[55] La citazione è ripresa in L.B. ORFIELD, *The Defense Of Entrapment,* cit., p. 42 e M.A. DEFEO, *Entrapment As A Defense*, cit., p. 249.

[56] M.A. DEFEO, *Entrapment As A Defense*, cit., p. 250.

Di pari passo continuano a diffondersi le critiche all'utilizzo di tali tecniche, non solo nella prospettiva di protezione del singolo soggetto "provocato", ma anche nell'ottica di preservare la *purezza delle istituzioni*, che secondo taluni non dovrebbero macchiarsi della provocazione di reati che altrimenti non sarebbero stati commessi.

Questo dibattito emerge già nel caso *Casey c. United States*, di cui la Corte Suprema si occupa nel 1928[57]. Casey è un avvocato sospettato dalla polizia di introdurre illecitamente stupefacenti in carcere. Per verificare tale sospetto, gli agenti incaricano un detenuto di chiedergli della droga, che effettivamente Casey procura, venendo dunque arrestato.

La maggioranza dei Giudici della Corte Suprema, a cui l'accusato si era appellato dopo essere stato condannato, non si occupa di verificare la liceità della strategia investigativa utilizzata dalla polizia, perché l'accusato non si era difeso invocando l'*entrapment*. Tuttavia, la Corte, afferma tra le righe di non ritenere che Casey fosse stato indotto a commettere il reato, visto che aveva accettato *immediatamente* di procurare la droga, non solo per il detenuto collaboratore della polizia, ma anche per un altro totalmente ignaro dell'indagine[58].

Il Giudice Brandeis, però, nella sua *dissenting opinion* critica alacremente questo approccio, anticipando i termini del dibattito tra paradigma *oggettivo* e *soggettivo* di *entrapment* che animerà le Corti negli anni successivi. Il Giudice evidenzia che nel caso di specie non si pone solo un problema di utilizzabilità delle prove ottenute violando i diritti patrimoniali o personali dell'accusato, bensì di *creazione* da parte dello Stato di un reato che poi lo stesso Stato intende punire. Lo Stato finirebbe così per punire la sua stessa «creatura». Le accuse a carico dell'imputato dovrebbero cadere non a tutela dei diritti dell'imputato stesso, ma per proteggere la *purezza delle istituzioni pubbliche*. Nessun

[57] *Casey v. United States*, 276 U.S. 413 (1928). Si veda in proposito B.L. GERSHMAN, *Abscam, the Judiciary*, cit., p. 1568.

[58] Scrive la Corte Suprema nella decisione adottata a maggioranza: *«according to the story, was in no way induced to commit the crime beyond the simple request of Cicero, to which he seems to have acceded without hesitation and as a matter of course. According to the evidence, he seems to have promised morphine to Nelson, who does not appear to have been in the supposed plot. We are not persuaded that the conduct of the officials was different from or worse than ordering a drink of a suspected bootlegger. Whatever doubts we may feel as to the truth of the testimony, we are not at liberty to consider them on the only question before the Court»*.

pubblico ufficiale ha il potere di violare le leggi del Congresso e nessun giudice può scusare tale violazione[59].

Tuttavia, l'approccio *oggettivo* all'*entrapment defense* viene definitivamente affossato con la sentenza della Corte Suprema *Sorrels v. United States* del 1932[60]. La Corte proscioglie l'accusato, ritenendo che egli fosse stato intrappolato dalla polizia nella commissione del reato di vendita illegale di whiskey, sulla base di un paradigma soggettivo di *entrapment*, attribuendo cioè decisiva importanza alla *non predisposizione* del soggetto alla commissione del reato precedentemente all'intervento della polizia.

Prima di rendersi disponibile alla transazione, infatti, Sorrels aveva rifiutato la richiesta di alcol dell'agente sotto copertura per ben due volte, finché il secondo non era riuscito a guadagnarsi la sua confidenza facendo leva sui ricordi della Prima Guerra Mondiale in cui entrambi avevano (asseritamente) combattuto. Vinto dalla nostalgia, Sorrels aveva accettato di procurare al commensale la bevanda vietata ed era quindi stato arrestato e imputato del reato di possesso e vendita illegale di alcol sotto il *Volstead Act*.

Come anticipato, la Corte Suprema assolve Sorrels applicando «l'esimente della provocazione». Infatti, l'accusato era stato adescato a commettere un reato che altrimenti non avrebbe commesso. Per la Corte è decisivo che «il disegno criminoso sia stato originato dall'ufficiale del governo che ha instillato nell'animo di una persona *non incline*

[59] Vale la pena riportare anche le parole in lingua inglese del Giudice Brandeis: «*I am aware that courts, mistaking relative social values and forgetting that a desirable end cannot justify foul means, have, in their zeal to punish, sanctioned the use of evidence obtained through criminal violation of property and personal rights or by other practices of detectives even more revolting. But the objection here is of a different nature. It does not rest merely upon the character of the evidence or upon the fact that the evidence was illegally obtained. The obstacle to the prosecution lies in the fact that the alleged crime was instigated by officers of the government, that the act for which the government seeks to punish the defendant is the fruit of their criminal conspiracy to induce its commission. The government may set decoys to entrap criminals. But it may not provoke or create a crime and then punish the criminal, its creature. If Casey is guilty of the crime of purchasing 3.4 grains of morphine, on December 31st, as charged, it is because he yielded to the temptation presented by the officers. Their conduct is not a defense to him. For no officer of the government has power to authorize the violation of an act of Congress, and no conduct of an officer can excuse the violation. But it does not follow that the court must suffer a detective-made criminal to be punished. To permit that would be tantamount to a ratification by the government of the officers' unauthorized and unjustifiable conduct. This case is unlike those where a defendant confessedly intended to commit a crime and the government, having knowledge thereof, merely presented the opportunity and set its decoy. So far as appears, the officers had, prior to the events on December 31st, no basis for a belief that Casey was violating the law except that the jailer harbored a suspicion. […] The fact that no objection on the ground of entrapment was taken by the defendant, either below or in this Court, is without legal significance. This prosecution should be stopped not because some right of Casey's has been denied, but in order to protect the government. To protect it from illegal conduct of its officers. To preserve the purity of its courts. In my opinion, the judgment should be vacated with direction to quash the indictment*».

[60] *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932)

al delitto l'idea di commettere un reato, per riuscire a prenderla in trappola»[61]. Il primo impulso alla commissione del reato era stato infatti impartito dall'agente sotto copertura, che aveva incoraggiato o convinto il ricorrente a commettere un reato che prima di quel momento non aveva alcune intenzione di commettere.

La Corte invoca inoltre la *voluntas legis* del Congresso nell'emanare il citato *statute* proibizionista, sostenendo che non fosse «intenzione del Congresso avallare accertamenti di responsabilità fondati su condotte dei funzionari governativi atti a istigare la commissione di reati che il provocato non avrebbe compiuto spontaneamente. Non possiamo essere obbligati dalla lettera a fare violenza allo spirito e allo scopo della norma statutaria»[62]. La Corte respinge anche l'obiezione secondo cui il riconoscimento della difesa della provocazione avrebbe prodotto l'effetto collaterale di incentivare lo svolgimento di altre inchieste sia in ordine alla condotta della polizia sia riguardo al passato dell'imputato per verificare la sua predisposizione a delinquere[63].

Il verdetto di assoluzione viene assunto all'unanimità, ma il Giudice Roberts in una *concurring opinion* fonda la conclusione su una motivazione improntata ad un approccio oggettivo all'*entrapment*, in ossequio al quale non bisognerebbe testare la predisposizione di un soggetto a commettere un reato o la sua resistenza alla tentazione a cui viene sottoposto dalla polizia, bensì le modalità di persuasione e le circostanze in cui la polizia ha agito, al fine di proteggere la lealtà delle istituzioni, che non possono prestarsi a pratiche di «prostituzione della legge penale»[64]. Alla *concurring opinion* del Giudice Roberts si deve peraltro la seguente definizione dell'*entrapment defense*, frequentemente richiamata in letteratura:

> *«Entrapment is the conception and planning of an offense by an officer, and his procurement of its commission by one who would not have perpetrated it except for the trickery, persuasion, or fraud of the officer».*

[61] Le traduzioni dall'inglese sono di C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., pp. 157-158.

[62] Nella sentenza si legge: «*The National Prohibition Act, though denouncing generally as criminal the sale of intoxicating liquor for beverage purposes, was not intended to apply where the sale is instigated by a prohibition agent for the purpose of luring a person, otherwise innocent, to the commission of the crime so that he may be arrested and punished*». Il passo riportato tradotto in lingua italiana è ripreso da J. E. ROSS, *Indagini sotto copertura negli USA e in Italia: esperienze a confronto*, cit., pp. 10-11.

[63] La Corte afferma infatti che «That the issue of entrapment will involve collateral inquiries as to the activities of government agents and as to the conduct and purposes of the defendant previous to the alleged offense is not a valid reason for rejecting entrapment as a defense».

[64] Traduzione di C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 158.

Il dibattito sotteso a questa pronuncia della Corte Suprema degli anni Trenta lascia trasparire la problematicità dell'*entrapment defense* e i nodi che hanno impegnato gli interpreti nei decenni successivi fino ad oggi.

In primo luogo, si delinea immediatamente il contrasto tra l'approccio soggettivo e quello oggettivo all'esimente. Inoltre, emergono alcune caratteristiche strutturali di fondo, come la natura processuale dell'*entrapment*, da considerare tenendo presente la commistione tra dimensione sostanziale e processuale che caratterizza il sistema statunitense. Tra le *legal defenses* americane figurano, invero, sia quelle che in Italia definiremmo cause di giustificazione, sia le scusanti, sia le figure della *double jeopardy* e della *alibi defense*.

L'*entrapment* non può, però, essere considerata né una scriminante né una scusante. Sotto il primo profilo, non vi è un comportamento giustificato a fronte della contraddittorietà tra quanto stabilito dalla norma penale e altre norme dell'ordinamento o con la situazione in cui il soggetto oggettivamente si trova. Neppure si è in presenza di una scusante, poiché altrimenti la colpevolezza di un soggetto intrappolato dovrebbe ritenersi esclusa indipendentemente dalla qualifica di pubblico ufficiale dell'autore della trappola[65].

Al contrario – come già accennato – l'*entrapment* rileva solo in caso di provocazione da parte di un pubblico ufficiale[66], anzi, rappresenta in un certo senso un espediente elaborato dalla giurisprudenza per rimediare alla ritenuta impossibilità di applicare agli agenti di polizia le norme valevoli per tutti i comuni cittadini. In altri termini, una volta esclusa la possibilità di considerare l'agente sotto copertura come partecipe del reato commesso dal "provocato" che ha ceduto appunto alla provocazione, l'*entrapment* consente perlomeno di escludere la responsabilità del provocato, mentre rimane fermo che nessuna conseguenza ricade sul provocatore.

In dottrina, peraltro, non manca chi critica *tout court* l'*entrapment defense*, contestandone il fondamento e la giustificazione politico-criminale:

> *«The defense of entrapment, if it is a defense, is, therefore, sui generis. It is not pleaded against a second conviction but against a first. It excuses the defendant though his will was free and the act and mental state necessary to constitute the crime charged have been abundantly proved against him. It would seem, therefore, that the*

[65] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., pp. 160-161.
[66] *Ivi*, p. 162.

court was on solid ground in repudiating the doctrine of entrapment, a necessary element of that doctrine being that the defendant has committed the crime with which he is charged. […] The injustice involved in applying the statute in the Sorrells case would certainly be less than in the cases in which the accused did not know, and could not know, of the existence of the statute he violated; yet in those cases the courts have no hesitation in saying, notwithstanding the "hardship" and "injustice" resulting, that "ignorance of the law is no excuse". The same is true of that large class of cases in which the accused with innocent mind brought himself within the literal terms of a statute through non-negligent ignorance of some essential fact»[67].

Dalla breve rassegna storica appena svolta, che culmina con la sentenza *Sorrels*, emerge che l'ambito di applicazione delle operazioni sotto copertura coincide essenzialmente con i *victimless consensual crimes* (gioco d'azzardo, prostituzione, traffico di stupefacenti, commercio di alcolici durante il proibizionismo: c.d. criminalità da vizio). L'unica eccezione sembra essere la corruzione, che soprattutto a partire dall'indagine *Abscam* alla fine degli anni Settanta conduce ad accendere i riflettori sulle operazioni sotto copertura, che iniziano a mirare ai "piani alti" e non solo i criminali di strada.

In effetti di reati consensuali si occupano sia il caso *Sherman*[68] sia la pronuncia *Masciale*[69] della Corte Suprema del 1958, in materia di spaccio di sostanze stupefacenti. In entrambe le occasioni il ricorrente si difende sostenendo di essere stato intrappolato dalla polizia. Nella prima pronuncia la Corte Suprema accoglie l'argomento e proscioglie l'imputato, mentre nella seconda la questione viene rimessa alla giuria, che conferma la condanna dell'imputato già precedentemente disposta dalla Corte inferiore. È dunque interessante ripercorrere brevemente le circostanze dei casi di specie per comprendere quali elementi li distinguono.

Il caso *Sherman* è originato da un incontro tra il ricorrente e un informatore del governo presso uno studio medico dove entrambi si recavano per disintossicarsi. In tale occasione l'informatore chiede al signor Sherman di aiutarlo a recuperare delle sostanze per il proprio uso personale, ma il secondo rifiuta. Solo l'insistenza dell'informatore lo convince alla fine a comprare diverse piccole dosi di stupefacente e a vendergliene metà. Sherman viene quindi accusato di spaccio di stupefacenti. Egli ha due precedenti risalenti

[67] Così W.E. MIKELL, *The Doctrine of Entrapment in the Federal Courts*, in *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, 1942, (90/3), pp. 255-257.

[68] *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958).

[69] *Masciale v. United States*, 356 U.S. 386 (1958).

ad alcuni anni prima, ma non vi è alcuna prova che al momento dell'incontro con l'informatore fosse ancora inserito nel traffico illecito.

In primo grado, davanti alla *Federal District Court*, la valutazione circa la predisposizione o meno dell'imputato alla commissione del reato di spaccio, trattandosi di una questione di fatto, viene rimessa alla giuria, che vota per la condanna. La Corte Suprema, invece, considera la questione dell'*entrapment* una questione di diritto di competenza del giudice, visto che i fatti, raccontati anche da testimoni dell'accusa, non sono in discussione. La Corte ribalta quindi la condanna, prosciogliendo Sherman. I Giudici affermano che «Entrapment occurs only when the criminal conduct was "the product of the creative activity" of law enforcement officials».

La Corte si allinea consapevolmente ed esplicitamente a quanto aveva già affermato nel caso *Sorrels*, rifiutando di accogliere l'approccio oggettivo all'*entrapment* a suo tempo già suggerito dal Giudice Roberts. Solo il Giudice Frankfurter nella sua *dissenting opinion* predilige l'approccio oggettivo. Anche costui, infatti, ritiene che la *ratio* del proscioglimento di un soggetto intrappolato dalla polizia risieda nel dovere del potere giudiziario di controllare l'amministrazione della giustizia penale presso le corti federali in modo da preservarne la fiducia e la credibilità, un obiettivo che trascende l'interesse della società alla condanna di un soggetto che pur abbia commesso un reato.

Questo approccio oggettivo non attribuisce alcuna importanza all'accertamento della predisposizione del soggetto alla commissione del reato, dovendosi invece misurare, mediante un test squisitamente oggettivo, l'impatto della condotta della polizia su una sorta di agente modello, non sullo specifico soggetto "provocato" nel caso di specie.

Come già accennato, la Corte Suprema giunge a conclusioni diverse nella pronuncia *Masciale v. United States*, in cui conferma la decisione della giuria, a cui correttamente era stata rimessa la questione, visto che nel caso di specie vi era un contrasto sulle circostanze di fatto. Masciale viene presentato all'agente sotto copertura Marshall da un informatore, tale Kowel. Marshall manifesta subito, sia personalmente sia tramite Kowel, la volontà di acquistare grandi quantitativi di sostanze stupefacenti e il ricorrente gli suggerisce un contatto utile a tale scopo. Nella sua testimonianza, però, il ricorrente, successivamente condannato per spaccio, riconosce di essere un giocatore d'azzardo e di avere quindi contatti con spacciatori, ma afferma di aver dato il contatto a

Marshall solo per fare bella figura con l'amico Kowel, che conosceva da tempo ma della cui collaborazione con la polizia era ovviamente all'oscuro.

La Corte Suprema (ad eccezione di due Giudici autori di una *dissenting opinion* in cui si sostiene che la questione avrebbe dovuto essere decisa dal giudice, non dalla giuria, in quanto questione di diritto e non di fatto) condivide la scelta di rimettere la questione alla giuria in quanto si tratta di una testimonianza non suffragata da altre conformi.

L'approccio soggettivo all'*entrapment* già prediletto in *Sorrels* e *Sherman* viene ribadito nuovamente dalla maggioranza (formata da cinque Giudici) nel caso *Russel* nel 1973[70]. Il caso di specie riguarda sempre il traffico di stupefacenti, nella fattispecie la produzione e la vendita di metanfetamine. Queste ultime erano state fabbricate grazie a una sostanza chimica legale, ma di difficile reperimento, fornita al ricorrente Russel e ad altri due suoi complici da un agente sotto copertura del *Bureau of Narcotics and Dangerous Drugs* in cambio di metà delle pasticche poi ottenute.

La Corte Suprema si trova pertanto a decidere se la fornitura da parte della polizia di una sostanza usata per la commissione del reato costituisca una violazione del principio del giusto processo (*due process*) o un *entrapment*. La maggioranza dei Giudici non accoglie, però, nessuna delle due conclusioni, negando sia la sussistenza di una violazione del giusto processo sia che fosse soddisfatto il test soggettivo di *entrapment* delineato nel caso *Sorrels*.

La sostanza fornita dall'agente viene ritenuta difficile, ma non impossibile, da reperire per altre vie, sicché l'intervento dell'infiltrato viene ritenuto legittimo e posto in essere senza violare i diritti del ricorrente.

Ben quattro giudici nel caso *Russel* scrivono opinioni dissenzienti, e la Corte Suprema si divide di nuovo pochi anni dopo, in occasione del caso *Hampton c. United States*[71]. Anche questa volta la maggioranza esclude la ricorrenza di un intrappolamento o di una violazione del *due process*. L'imputato, poi condannato per spaccio di eroina, si era procurato la droga da un informatore della polizia e l'aveva poi rivenduta ad alcuni agenti infiltrati. Nella motivazione si afferma che risulta provata la predisposizione

[70] *United States v. Russell*, 411 U.S. 423 (1973).
[71] *Hampton v. United States*, 425 U.S. 484 (1976).

dell'imputato a commettere il reato, a cui gli agenti della polizia si erano limitati a partecipare.

Merita considerare anche il caso *Jacobson*[72], che ci consente di ampliare lo sguardo su un'altra area criminale, la pedopornografia, accomunata allo spaccio di stupefacenti dalla presenza di una transazione tra chi compra e chi acquista un oggetto illecito. Si tratta peraltro di un'area criminale spesso prescelta dalle agenzie statali e federali a partire dagli anni Ottanta come obiettivo di operazioni sotto copertura[73].

La vicenda oggetto della pronuncia della Corte Suprema in commento si svolge dopo l'entrata in vigore del *Child Protection Act* del 1984, che aveva reso illegale ricevere per posta immagini sessualmente esplicite di bambini. Quando ciò non costituiva ancora reato sotto la legge federale, il signor Jacobson aveva acquistato due riviste con fotografie di bambini e adolescenti nudi. Trovando Jacobson nella lista dei clienti della libreria dove aveva anni prima comprato le suddette riviste, la polizia gli aveva inviato delle lettere di finte organizzazioni a favore della libertà sessuale, ad alcune delle quali l'imputato aveva risposto, sicché gli agenti gli avevano poi offerto direttamente l'acquisto di materiale pedopornografico, che Jacobson aveva effettivamente ordinato. Costui viene quindi arrestato a seguito della *consegna controllata* del materiale, nonostante durante la successiva perquisizione in casa sua non venga trovata traccia di altro materiale, se non quello speditogli dalla polizia e le due riviste acquistate prima del 1984.

Davanti alla giuria nel corso del successivo processo, Jacobson invoca l'*entrapment* sostenendo di aver risposto alle lettere per curiosità, viste le denunce di censura e le altre battaglie portate avanti dalle organizzazioni (in realtà finte) mittenti. L'accusato racconta anche che quando molti anni prima aveva comprato le riviste era rimasto scioccato perché non si aspettava immagini di minorenni. In primo e secondo grado Jacobson viene condannato, ma in seguito viene prosciolto dalla Corte Suprema. Quest'ultima non ritiene provata la predisposizione di Jacobson a commettere il reato indipendentemente dall'intervento della polizia e afferma che la polizia non deve creare nuovi propositi criminosi nella mente di innocenti che non avrebbero altrimenti commesso il reato solo per perseguirli. Jacobson era stato bersagliato per ventisei mesi di

[72] *Jacobson v. United States*, 503 U.S. 540 (1992).

[73] Lo evidenzia J.B. HARRISON, *Case note: the government as pornographer: government sting operations and entrapment, United States v. Jacobson, 916 f.2d 467 (8th cir. 1990), rev'd, 112 s. ct. 1535 (1992)*, in *University of Cincinnati Law Review*, 1993, pp. 1067-1068.

lettere e comunicazioni dalla polizia sotto copertura, mentre non erano state trovate prove risalenti al periodo precedente.

La pronuncia si segnala perché la Corte pare fare riferimento a una sorta di *doppio test*, laddove evidenzia sia la mancanza di prove della predisposizione di Jacobson sia il comportamento in ogni caso eccessivo della polizia. Pur non accogliendo l'approccio oggettivo, la Corte riconosce comunque che anche la disamina del comportamento della polizia rileva per decidere se accogliere o meno la difesa di provocazione[74].

La casistica restituisce l'immagine di una *legal defense* peculiare, di recente genesi giurisprudenziale e oggetto di dibattito quanto al suo fondamento e ai criteri di applicazione. La Corte Suprema non si è mai discostata dal paradigma soggettivo dell'*entrapment defense*, se non parzialmente nel caso *Jacobson* in cui pare aver confezionato una sorta di *ibrido* tra i due approcci. Tuttavia, si è visto come siano gli stessi Giudici, mediante *dissenting* o *concurring opinion*, a plasmare il modello oggettivo di *entrapment*, preferito dalla dottrina, dal *Model penal code* e dalle legislazioni statali ad esso ispirate[75].

2.2.2. Il paradigma soggettivo e quello oggettivo di *entrapment* e la *due process defense*

Per approfondire la discussione teorica in ordine all'*entrapment*[76], occorre innanzitutto considerare la diversa *ratio* dei due paradigmi. Mentre quello *soggettivo* mira a *proteggere l'accusato non predisposto* a commettere il reato in assenza dell'intervento della polizia, quello oggettivo vorrebbe *prevenire gli abusi dell'autorità*. Per

[74] Ne dà conto M.W. KINSKEY, *American Hustle: Reflections on Abscam and the Entrapment Defense*, in *American Journal of Criminal Law*, 2014, (41), pp. 256-257.

[75] DeFeo dà conto anche di un terzo approccio, detto della «reasonable cause», che però viene discusso raramente, e solo per criticarlo. In questo caso ci si chiede se la polizia abbia agito ragionevolmente in base alle circostanze del caso concreto e si cerca di capire se il sospetto in base al quale la polizia ha avviato l'operazione potesse considerarsi ragionevole. Per approfondire si rinvia a M.A. DEFEO, *Entrapment As A Defense*, cit., pp. 259-260.

[76] La differenza tra approccio soggettivo e oggettivo è approfondita in C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., pp. 166 ss.; G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, cit., pp. 219 ss.; W.R. LAFAVE, *Criminal law: student edition*, cit., pp. 454 ss.; R. J. BONNIE, A.M. COUGHLIN, J.C. JEFFRIES, P.W. LOW, *Criminal law*, Foundation Press, New York, 2004, pp. 500-503; M.A. DEFEO, *Entrapment As A Defense*, cit., pp. 259 ss.; M.W. KINSKEY, *American Hustle*, cit., pp. 242-243; B.L. GERSHMAN, *Abscam, the Judiciary*, cit., pp. 1567-1571; B.T. FEENEY, *Scrutiny For The Serpent: The Court Refines Entrapment Law In Jacobson V. United States*, in *Catholic University Law Review, 1993*, pp. 1027 ss. a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici ivi citati.

quest'ultima, invero, il fatto che non si pervenga a una condanna quando l'accusa origina da occasioni criminose create dalla polizia stessa dovrebbe costituire un *deterrente*.

La diversa *ratio* si traduce in due metodi di accertamento della sussistenza dei presupposti della *defense*, i già menzionati test rispettivamente soggettivo e oggettivo.

Il *test soggettivo*, noto anche come *«"origin of intent" and "creative activity" tests*»[77], si articola in due quesiti: il primo in ordine all'*induzione* da parte del pubblico agente, il secondo circa la *predisposizione dell'accusato* a commettere il reato anche in assenza della suddetta induzione. Quest'ultima è intesa come *condotta con rilevanza causale* rispetto alla commissione del reato, nel senso che si applica l'*entrapment* se il pubblico funzionario ha *creato* l'occasione criminosa, non limitandosi a cogliere un'occasione da sé indipendente.

Quanto alla predisposizione, il riconoscimento della *defense* esige che alla domanda sulla sua sussistenza si possa dare una risposta *negativa*: occorre, cioè, dimostrare la *non predisposizione* al delitto dell'accusato. Il rischio è che tale approccio possa essere letto dalla polizia come «un invito per funzionari ed agenti ad istigare persone che probabilmente cadranno nella trappola e alla quale sarà vietato di eccepire la difesa fondata sull'entrapment a causa della loro predisposizione»[78].

Anche per questa ragione la dottrina si è sempre schierata a favore del *test oggettivo*, che guarda al *comportamento della polizia* nei confronti di una sorta di *cittadino modello*, il cittadino innocente da difendere dagli abusi della forza pubblica.

Ad esempio, la creazione di motivi a delinquere diversi dalle comuni finalità criminose (ad esempio il fine di profitto in un reato contro il patrimonio) e l'induzione di ragioni che rendano la commissione del reato attrattiva per un determinato soggetto normalmente rispettoso della legge integrano senza dubbio delle condotte abusive[79].

---

[77] M.A. DEFEO, *Entrapment As A Defense*, cit., p. 259. L'A. spiega come «*The origin of intent formulation is traceable to O'Brien v. State wherein it was held no crime "if the officer first suggests his willingness to a person to accept a bribe to release a prisoner in his charge, and thereby originates the criminal intent...". This characterization of the test of entrapment was approved and adopted in Woo Wai, the first federal appellate decision accepting the defense, and has been used frequently since". When instructing on this test trial judges ordinarily explain that the question for the jury is whether the defendant was predisposed to commit crimes of the general nature of that into which he was entrapped, for obviously the particular intent to initiate the specific illegal transaction originated with the entrapping officers". The creative activity criterion is of uncertain origin. Its modern popularity derives directly from its use by Chief Justice Hughes in the Sorrells opinion (...)*».

[78] M. CHERIF BASSIOUNI, *Diritto penale degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 320.

[79] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., pp. 171-172.

L'*entrapment* è, invece, esclusa se la polizia interviene per interrompere un'attività criminale in corso o si infiltra nella stessa per raccogliere informazioni.

Rimangono da considerare, a questo punto, i profili relativi alla *prova* e alla *decisione* circa il proscioglimento per *entrapment*, che si atteggiano diversamente a seconda del paradigma prescelto[80].

Mentre secondo l'approccio soggettivo spetta all'accusa provare la predisposizione e all'accusato l'induzione da parte della polizia, il test oggettivo grava interamente sulle spalle dell'accusato. Molto diversi sono altresì i mezzi di prova utilizzabili: tutti per il paradigma soggettivo, compreso quindi il sentito dire; solo quelli consentiti dal *due process* per il paradigma oggettivo, con conseguente esclusione dell'*hearsay* e delle prove indirette e ammissibilità delle testimonianze solo se allegate dall'accusato[81].

Un'altra questione già emersa dalla rassegna giurisprudenziale nel paragrafo precedente concerne la *competenza* a decidere circa il riconoscimento dell'*entrapment*. La decisione, infatti, spetta *al giudice*, se la si ritiene un *matter of law*, *alla giuria* se, invece, la si considera una *quaestio facti*.

Anche in questo caso, l'approccio soggettivo e quello oggettivo divergono: il primo – come si è visto nelle sentenze sopra considerate – assegna alla giuria il compito di valutare la sussistenza della prova dell'intrappolamento oltre il ragionevole dubbio, il test oggettivo è al contrario rimesso al giudice, il quale dovrebbe valutare con imparzialità i limiti da imporre al comportamento della polizia, in modo da prevenire futuri abusi.

In entrambi i casi la decisione è particolarmente gravosa vista l'*impossibilità di graduare la risposta sanzionatoria*: l'intrappolamento può essere ritenuto sussistente o insussistente, con conseguente affermazione o esclusione della responsabilità. Non viene misurata l'influenza della condotta del pubblico funzionario nella situazione concreta.

---

[80] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., pp. 175-177.

[81] Il dibattito in ordine ai mezzi di prova ammissibili può essere così sintetizzato: «*orthodox belief favors admission of any evidence relevant to determining where the criminal intent originated, including evidence of past similar criminal conduct and criminal reputation so long as it bears on defendant's predisposition to commit the specific crime involved. A strict minority objects to this as not only prejudicial in effect on a jury but also necessarily to be excluded as immaterial. This position reflects Donnelly and Frankfurter's purely objective definition of entrapment as police conduct which would tempt even one not habitually engaged in crime, an issue to which criminal reputation, prior crimes and reasonable suspicion are simply unrelated. Another body of opinion tests entrapment by the reasonableness of the police conduct under the particular circumstances and therefore admits rebuttal evidence of reasonable suspicion based on hearsay or criminal reputation*». V. M.A. DEFEO, *Entrapment As A Defense*, cit., p. 267.

Tuttavia, sia la giurisprudenza sia il legislatore sono restii ad adottare soluzioni diverse, che contemplino una regolamentazione *ex ante* delle operazioni sotto copertura o soluzioni *ex post* che consentano anche una graduazione della responsabilità del provocato e che tengano in considerazione la responsabilità del provocatore. E ciò nonostante la ricerca abbia mostrato quanti e quali effetti l'intervento di un agente infiltrato può produrre non solo sulla condotta del o dei soggetti "provocati", ma più in generale sul contesto in cui essa viene posta in essere[82].

L'*entrapment defense* ha dato luogo, nella prassi, ad una *casistica molto ridotta*. Innanzitutto, l'esimente viene invocata raramente, perché presuppone la *confessione dell'accusato* e perché porta con sé l'ammissibilità di prove che normalmente sarebbero inammissibili. In secondo luogo, vi è una sorta di filtro nel fatto che l'*entrapment* è un *mezzo di difesa del provocato*, e quindi di controllo della polizia, che può entrare in azione solo se l'accusa arriva davanti a un giudice. Non vi è invece alcun controllo per le operazioni fallite o che non hanno condotto ai risultati sperati: «*ironically, abuses may be most likely to occur in cases that are not brought to the courts' attention*»[83].

Non è servita a garantire maggiore protezione dalle condotte oltraggiose della polizia neppure l'invocazione del *due process principle*, violato quando un soggetto viene condannato a causa di comportamenti illeciti della forza pubblica. La valenza di tale principio viene in astratto riconosciuta dalla Corte Suprema nei casi *Russel* e *Hampton*[84], alle cui fattispecie concrete, però, non era stato ritenuto applicabile, a differenza di quanto avvenuto qualche anno dopo nel caso *Twigg* del 1978[85], anch'esso in materia di stupefacenti.

I due imputati, Neville e Twigg, erano stati condannati in primo grado per illecita produzione e possesso di stupefacenti. La *United States Court of Appeals, Third Circuit* li aveva poi prosciolti, precisando, però, che:

> «*It should be made clear from the outset that our reversal is not based on the entrapment defense. The entrapment defense requires an absence of predisposition on the part of the defendant to commit the crime. Whether predisposition is present is a question of fact and was properly submitted to the jury in this case. By convicting the*

[82] J. E. ROSS, *Undercover Policing and the Varieties of Regulatory Approaches in the United States*, cit., pp. 673-683.

[83] Queste osservazioni sono riprese da G. T. MARX, *Undercover: Police surveillance in America*, cit., p. 189.

[84] Si sofferma sul punto W.R. LAFAVE, *Criminal law: student edition*, cit., p. 465.

[85] *United States v. Twigg*, 588 F.2d 373 (3d Cir. 1978).

defendants, the jury rejected the entrapment defense. On appeal, we must inquire: viewing the evidence most favorable to the Government, could a jury find predisposition? […]
The contention that defendants raise which we find persuasive is that the nature and extent of police involvement in this crime was so overreaching as to bar prosecution of the defendants as a matter of due process of law. Although no Supreme Court decision has reversed a conviction on this basis, the police conduct in this case went far beyond the behavior found permissible in previous cases.
[…] Considering the cases and principles set forth above, we have no trouble in concluding that the governmental involvement in the criminal activities of this case has reached "a demonstrable level of outrageousness"»[86].

Mentre l'*entrapment* può condurre al proscioglimento soltanto del soggetto coinvolto direttamente da un pubblico funzionario nella commissione di un reato, il *due process principle* in questo caso consente di assolvere anche Twigg, non adescato dall'infiltrato, ma dall'amico Neville. La Corte d'Appello, infatti, ritiene di dover risolvere il problema alla luce delle circostanze del caso concreto, e in particolare del fatto che Twigg si era lasciato coinvolgere da Neville per saldare un debito nei confronti di quest'ultimo. Inoltre, tutte le azioni compiute da Twigg fino all'arresto erano state compiute sotto la direzione di Kubica.

Il principio del *due process*, quindi, rende la provocazione illecita a prescindere dalla soddisfazione dei requisiti sottesi ai test soggettivo e oggettivo. Se si oltrepassa un certo *limite di lealtà processuale*, la provocazione è illecita in sé.

La casistica contempla, ad esempio, le ipotesi in cui il pubblico funzionario non agisce da istigatore, ma da promotore-organizzatore, autore principale o complice necessario nella commissione del reato, come nel caso in cui fornisca uno strumento indispensabile e non altrimenti reperibile. È stata ritenuta oltraggiosa anche l'offerta di una taglia, in denaro o nella forma della garanzia di impunità, da parte della polizia a un pregiudicato per spingerlo a provocare una terza persona a commettere il delitto. Inaccettabile è stata altresì considerata la provocazione al reato di un soggetto nei confronti del quale non vi era alcun sospetto di coinvolgimento in attività criminali prima dell'intervento della pubblica autorità[87]. Altrove si riportano gli esempi della violenza o minaccia perpetrata dal pubblico ufficiale, nonché dello sfruttamento di una relazione sessuale, per costringere un soggetto a commettere il reato[88].

[86] *United States v. Twigg*, 588 F.2d 373 (3d Cir. 1978), sez. II.
[87] La casistica riportata è tratta da C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., pp. 181-182.
[88] W. R. LAFAVE, *Criminal law: student edition*, cit., p. 466.

L'applicazione del *due process principle* alle operazioni sotto copertura riecheggia le sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo, in cui ai sensi dell'art. 6 CEDU i giudici di Strasburgo hanno distinto tra *police incitement* e infiltrazione[89].

Negli Stati Uniti, però, la potenziale portata dirompente del principio del *due process* non ha costituito nei fatti un limite rilevante per le azioni della polizia, neppure «for cases that are "shocking to the universal sense of justice"»[90].

2.2.3. L'*entrapment defense* nel *Model penal code* e nei codici statali

Si è visto che nel caso *Sorrels* del 1932 i Giudici della Corte Suprema si richiamano alla *voluntas legis* del Congresso, affermando che l'obiettivo dello *statute* astrattamente applicabile nel caso concreto non era quello di punire reati provocati dalla polizia che non sarebbero stati altrimenti commessi. Per la verità, a livello federale il Congresso non è mai intervenuto esplicitamente in materia di operazioni sotto copertura.

L'*entrapment defense* è stata però inclusa nel già citato *Model penal code*, assurto a modello per la riforma di molti codici penali statali.

La Sezione 2.13 del *Model penal code* recita:

> « *(1) A public law enforcement official or a person acting in cooperation with such an official perpetrates an entrapment if for the purpose of obtaining evidence of the commission of an offense, he induces or encourages another person to engage in conduct constituting such offence by either:*
> *(a) making knowingly false representations designed to induce the belief that such conduct is not prohibited; or*
> *(b) employing methods of persuasion or inducement that create a substantial risk that such an offense will be committed by persons other than those who are ready to commit it.*
> *(2) Except as provided in Subsection (3) of this Section, a person prosecuted for an offense shall be acquitted if he proves by a preponderance of evidence that his conduct occurred in response to an entrapment. The issue of entrapment shall be tried by the Court in the absence of the jury.*
> *(3) The defense afforded by this Section is unavailable when causing or threatening bodily injury is an element of the offense charged and the prosecution is based on conduct causing or threatening such injury to a person other than the person perpetrating the entrapment*».

Il gruppo di esperti che sotto l'egida dell'*American Law Institute* lavora per trent'anni al *Model penale code* predilige – come si vede – il *paradigma oggettivo dell'entrapment*.

---

[89] V. *infra*, Cap. III, sez. I, § 1.2.2.
[90] L'espressione è di G. T. MARX, *Undercover: Police surveillance in America*, cit., p. 190.

L'esimente viene riconosciuta nei casi in cui un pubblico funzionario, direttamente o tramite interposta persona, allo scopo di ottenere la prova della commissione di un reato, induce o incoraggia la commissione dello stesso, affermando falsamente che una certa condotta non sia illegale o impiegando metodi per convincere o istigare tali da far commettere il reato a una persona che non lo avrebbe altrimenti commesso.

Sotto il profilo procedurale, l'onere della prova grava sull'accusato e la questione è classificata come *matter of law* di competenza del giudice. La terza sottosezione, infine, esclude che un soggetto possa sostenere di essere stato intrappolato qualora abbia commesso un reato che danneggia o mette in pericolo persone diverse dall'agente provocatore.

La disposizione non delinea un ambito di applicazione specifico, ma vengono esclusi i reati contro la persona.

I redattori del *Model penal code* non tradiscono il tradizionale approccio statunitense al tema delle operazioni sotto copertura, scegliendo di mantenere l'attenzione concentrata sul provocato e di non occuparsi delle conseguenze per i provocatori.

Un'opzione politico-criminale condivisa anche da alcuni codici statali che si sono ispirati al modello dell'ALI. Ad esempio, la Sezione 40.05 della *New York Penal Law*, inserita nel Titolo «*Other Defenses Involving Lack Of Culpability*», prevede che

> «*In any prosecution for an offense, it is an affirmative defense that the defendant engaged in the proscribed conduct because he was induced or encouraged to do so by a public servant, or by a person acting in cooperation with a public servant, seeking to obtain evidence against him for purpose of criminal prosecution, and when the methods used to obtain such evidence were such as to create a substantial risk that the offense would be committed by a person not otherwise disposed to commit it. Inducement or encouragement to commit an offense means active inducement or encouragement. Conduct merely affording a person an opportunity to commit an offense does not constitute entrapment*».

La norma non specifica i comportamenti dei pubblici ufficiali (o dei collaboratori degli stessi) che conducono a considerare l'autore del reato *intrappolato*, limitandosi a richiedere che l'induzione o l'istigazione consistano in comportamenti attivi. Si riprende poi l'impossibilità di applicare l'*entrapment* nel caso in cui il reato indotto offenda la persona.

Lo Stato dell'Illinois, invece, sembra discostarsi dall'approccio oggettivo accolto dal *Model penal code* e dalla maggioranza della dottrina. La disposizione in tema di

entrapment, infatti, ne esclude l'applicabilità se il soggetto indotto alla commissione del reato era predisposto alla commissione dello stesso e il pubblico funzionario o la persona interposta si era limitata ad offrire l'opportunità di commettere il reato o a facilitarne la perpetrazione.

La Sezione 7-12 del Capitolo dedicato alle *Criminal offenses* dell'*Illinois Statutes* recita:

> «*A person is not guilty of an offense if his or her conduct is incited or induced by a public officer or employee, or agent of either, for the purpose of obtaining evidence for the prosecution of that person. However, this Section is inapplicable if the person was pre-disposed to commit the offense and the public officer or employee, or agent of either, merely affords to that person the opportunity or facility for committing an offense*».

L'ambivalenza genetica dell'*entrapment defense* non si è quindi sciolta con il passare degli anni e neppure è cambiato l'approccio incentrato sul "provocato", che dalla prospettiva europea costituisce la cifra caratteristica delle operazioni sotto copertura nell'ordinamento statunitense.

A partire dagli anni Settanta, tuttavia, a seguito di alcune operazioni particolarmente complesse dell'FBI contro la corruzione, le indagini coperte hanno iniziato a destare maggiormente l'attenzione dell'accademia e del Congresso. Anche negli Stati Uniti si è posto il problema del *se* e *come* consentire o limitare le operazioni sotto copertura, con riferimento – tra gli altri – al principio della separazione dei poteri.

A queste problematiche, storicamente generate dal mutamento degli obiettivi delle operazioni sotto copertura federali – dalla criminalità di strada alla criminalità dei colletti bianchi – è dedicato il prossimo paragrafo.

3. Operazioni sotto copertura e corruzione negli Stati Uniti

Prima dello scandalo *Watergate*, i *white collar crimes* non costituivano una priorità per l'FBI, che non ricorreva alle operazioni sotto copertura in tale area criminale. Negli anni Settanta, però, alcuni avvenimenti, oltre al citato scandalo, determinano un cambiamento di rotta[91], sfociato in operazioni divenute famose anche fuori dagli Stati Uniti, in particolare l'operazione *Abscam*.

[91] Ne danno conto M. LEVI, *Policing Financial Crimes*, in H.N. PONTELL, G. GEIS (a cura di), *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*, Springer, New York, 2007, pp. 592 ss.; G.

Innanzitutto, nel 1972 muore J. Edgar Hoover, capo dell'FBI fin dalla sua fondazione, il quale era inviso alle operazioni sotto copertura in generale, e in particolare come strumento di controllo delle istituzioni. Del resto, si stavano diffondendo in quegli anni anche le ricerche sui reati dei colletti bianchi, iniziate pionieristicamente da Sutherland.

Al 1970 risale l'emanazione del *RICO Act*, che include nella definizione di «racketeering activity» qualsiasi atto o minaccia di «murder, kidnapping, gambling, arson, robbery, bribery, extortion, dealing in obscene matter, or dealing in a controlled substance or listed chemical (as defined in section 102 of the Controlled Substances Act), which is chargeable under State law and punishable by imprisonment for more than one year», nonché «any act which is indictable under any of the following provisions of title 18, United States Code: Section 201 (relating to bribery) …»[92].

T. MARX, *Undercover: Police surveillance in America*, cit., pp. 42-46; C. FIJNAUT, G. T. MARX, *Introduction. The Normalization of Undercover Policing in the West*, cit., p. 12.

[92] Per maggiore chiarezza espositiva si riporta il testo del § 201 18 U.S.C., il quale recita: «*(a)For the purpose of this section— (1) the term "public official" means Member of Congress, Delegate, or Resident Commissioner, either before or after such official has qualified, or an officer or employee or person acting for or on behalf of the United States, or any department, agency or branch of Government thereof, including the District of Columbia, in any official function, under or by authority of any such department, agency, or branch of Government, or a juror; (2) the term "person who has been selected to be a public official" means any person who has been nominated or appointed to be a public official, or has been officially informed that such person will be so nominated or appointed; and (3) the term "official act" means any decision or action on any question, matter, cause, suit, proceeding or controversy, which may at any time be pending, or which may by law be brought before any public official, in such official's official capacity, or in such official's place of trust or profit. (b) Whoever— (1) directly or indirectly, corruptly gives, offers or promises anything of value to any public official or person who has been selected to be a public official, or offers or promises any public official or any person who has been selected to be a public official to give anything of value to any other person or entity, with intent— (A) to influence any official act; or (B) to influence such public official or person who has been selected to be a public official to commit or aid in committing, or collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or (C) to induce such public official or such person who has been selected to be a public official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official or person; (2) being a public official or person selected to be a public official, directly or indirectly, corruptly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally or for any other person or entity, in return for: (A) being influenced in the performance of any official act; (B) being influenced to commit or aid in committing, or to collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or (C) being induced to do or omit to do any act in violation of the official duty of such official or person; (3) directly or indirectly, corruptly gives, offers, or promises anything of value to any person, or offers or promises such person to give anything of value to any other person or entity, with intent to influence the testimony under oath or affirmation of such first-mentioned person as a witness upon a trial, hearing, or other proceeding, before any court, any committee of either House or both Houses of Congress, or any agency, commission, or officer authorized by the laws of the United States to hear evidence or take testimony, or with intent to influence such person to absent himself therefrom; (4) directly or indirectly, corruptly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally or for any other person or entity in return for being influenced in testimony under oath or affirmation as a witness upon any such trial, hearing, or other proceeding, or in return for absenting himself therefrom; shall be fined under this title or not more than three times the*

Ancora, le nuove Linee guida dell'FBI stabiliscono che le indagini devono orientarsi prioritariamente sulla criminalità organizzata ed economica. L'Ufficio si dota quindi di sezioni locali e nazionali specializzate in queste materie.

In assenza di vincoli legislativi, le autorità americane iniziano a ricorrere alle operazioni sotto copertura anche per l'accertamento di reati diversi da quelli di criminalità organizzata. Oltre ai reati di corruzione, sono presi di mira, ad esempio, l'*insider trading* e altre condotte illecite connesse alla fissazione dei prezzi di mercato[93].

Negli anni Settanta si assiste, dunque, a un cambiamento notevole e profondo, con il numero delle operazioni sotto copertura che passa da 53 nel 1973 a 300 nel 1980, non tutte contro la criminalità economica[94], ma l'aumento quantitativo di per sé pare certamente molto rilevante.

3.1. L'operazione *Abscam*

Nel 1978 ha inizio l'operazione divenuta nota con la denominazione *Abscam*, un acronimo composto dalle iniziali del nome della finta società (Abdul Enterprises, Ltd.) creata all'uopo dall'FBI e dalla parola "scam", un'espressione gergale con cui si indica

monetary equivalent of the thing of value, whichever is greater, or imprisoned for not more than fifteen years, or both, and may be disqualified from holding any office of honor, trust, or profit under the United States. (c) Whoever— (1) otherwise than as provided by law for the proper discharge of official duty— (A) directly or indirectly gives, offers, or promises anything of value to any public official, former public official, or person selected to be a public official, for or because of any official act performed or to be performed by such public official, former public official, or person selected to be a public official; or (B) being a public official, former public official, or person selected to be a public official, otherwise than as provided by law for the proper discharge of official duty, directly or indirectly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally for or because of any official act performed or to be performed by such official or person; (2) directly or indirectly, gives, offers, or promises anything of value to any person, for or because of the testimony under oath or affirmation given or to be given by such person as a witness upon a trial, hearing, or other proceeding, before any court, any committee of either House or both Houses of Congress, or any agency, commission, or officer authorized by the laws of the United States to hear evidence or take testimony, or for or because of such person's absence therefrom; (3) directly or indirectly, demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally for or because of the testimony under oath or affirmation given or to be given by such person as a witness upon any such trial, hearing, or other proceeding, or for or because of such person's absence therefrom; shall be fined under this title or imprisoned for not more than two years, or both. (d) Paragraphs (3) and (4) of subsection (b) and paragraphs (2) and (3) of subsection (c) shall not be construed to prohibit the payment or receipt of witness fees provided by law, or the payment, by the party upon whose behalf a witness is called and receipt by a witness, of the reasonable cost of travel and subsistence incurred and the reasonable value of time lost in attendance at any such trial, hearing, or proceeding, or in the case of expert witnesses, a reasonable fee for time spent in the preparation of such opinion, and in appearing and testifying. (e) The offenses and penalties prescribed in this section are separate from and in addition to those prescribed in sections 1503, 1504, and 1505 of this title».

[93] J. E. ROSS, *Indagini sotto copertura negli USA e in Italia: esperienze a confronto*, cit., p. 3.

[94] Il dato è riportato in M. LEVI, *Policing Financial Crimes*, cit., p. 593.

una truffa o un imbroglio. La finta società è guidata da un finto sceicco arabo, Yassir Habib di Abu Dhabi, in realtà un agente sotto copertura. Melvin Weinberg, noto per essere coinvolto nel traffico di opere d'arte rubate e in altre truffe (era stato condannato per *mail and wire fraud* nel 1977 a tre anni di *probation* in cambio della sua collaborazione nell'operazione *Abscam*), avrebbe dovuto far incontrare lo sceicco/agente sotto copertura con vari politici, al fine di cercare di corromperli. Il finto sceicco, infatti, si presenta dicendosi interessato a investire grandi somme di denaro e a trasferirsi negli Stati Uniti. Weinberg, pagato tremila dollari al mese per partecipare all'operazione, insieme ad altri agenti sotto copertura, comincia quindi a spargere la voce riguardo alla possibilità di ottenere i fondi dello sceicco e organizza vari incontri con uomini politici.

L'operazione si articola in varie fasi e parti, ciascuna con diverse persone coinvolte, a seconda degli incontri che di volta in volta si riescono ad organizzare. Alla fine risultano coinvolti circa venticinque politici sia locali sia federali, compresi alcuni membri del Congresso (sei parlamentari e un senatore), sicché l'operazione diventa famosa non solo negli Stati Uniti, ma anche nel resto del mondo. Basti pensare che nel 2013 è stata ripresa da un film di David O. Russel intitolato *American Hustle*.

Un aspetto interessante è che l'operazione viene inizialmente concepita dalla sezione di Long Island dell'FBI per scoprire alcune truffe e recuperare opere d'arte rubate, ma nel giro di un anno allarga fino a consentire di filmare di nascosto numerosi politici nel momento in cui accettano una tangente dal finto sceicco. L'espansione dell'indagine ha inizio a metà del 1979, quando la voce sulla possibilità di ottenere i fondi dello sceicco giunge a un sindaco del New Jersey, Angelo Enrichetti, il quale contatta alcuni membri del Congresso[95].

Senza soffermarsi oltre sui dettagli dell'operazione *Abscam*, è interessante notare il livello di simulazione a cui l'FBI si è spinto per testare l'integrità di rappresentanti delle istituzioni, creando dal nulla un sistema criminoso che altrimenti non sarebbe esistito. La dottrina sembra non usare mezzi termini per descrivere la "messinscena" organizzata dall'FBI: «Abscam coinvolge i tre poteri dello stato in un teatrino in cui si rappresentano eroi travestiti e delinquenti nascosti, intricati mimi con allusioni alla razza, un panorama sfarzoso in cui le offerte di corruzione costituiscono il motore della scena. Gli inquirenti

[95] Per una descrizione ancora più dettagliata dei fatti si rinvia a W. KINSKEY, *American Hustle*, cit., pp. 235-238.

federali sotto copertura hanno combinato un massiccio investimento nelle risorse umane ed economiche con tentazioni irresistibili, uno sforzo congegnato espressamente per testare l'onestà di altri membri di alto livello appartenenti a un'istituzione pubblica diversa dalla propria»[96].

All'esito dell'operazione, i sette parlamentari coinvolti vengono accusati di corruzione ai sensi del § 201, 18 U.S.C.[97]. Altri capi di imputazione riguardano i reati di *conspiracy to obstruct interstate commerce* punito ai sensi dell'*Hobbs Act* (§ 1951(a) 18 U.S.C.) e *conspiracy in violation of the RICO Act*, (§ 1962(d) 18 U.S.C.)[98].

Nel corso dei procedimenti penali, che si svolgono per la maggior parte a New York, alcuni degli accusati invocano l'*entrapment defense*, altri sostengono che l'FBI abbia oltrepassato i limiti del *due process*. Viste le similitudini tra le circostanze dei vari casi, dei capi d'accusa e la comune competenza territoriale, le linee difensive sono in larga parte sovrapponibili, ma nessuna ha successo[99]. Gli accusati, da un lato, cercano di convincere i giudici ad adottare il paradigma oggettivo di *entrapment* e riconoscere che il comportamento dell'FBI ha causato la commissione di un reato che non sarebbe stato altrimenti commesso. Dall'altro, dalla prospettiva soggettiva sostengono che l'accusa non ha dimostrato la loro predisposizione alla corruzione. Inoltre, evidenziano che il comportamento degli agenti dell'FBI ha certamente superato i limiti derivanti dal *due*

[96] Traduzione nostra di un brano tratto da B.L. GERSHMAN, *Abscam, the Judiciary*, cit., p. 1566. Si riporta anche il testo in lingua originale: «*Abscam cast the three branches of government in a morality play whose plot called for the portrayal of disguised heroes and hidden villains, intricate charades with racial overtones, and lavish scenery against which invitations to corruption set the characters in motion. The federal undercover investigative apparatus combined massive personnel and financial resources with overwhelmingly tempting inducements, all in an effort designed expressly to test the honesty of high-ranking members of a coordinate branch of govern». È critico nei confronti dell'operazione Abscam anche Gary T. Marx, che afferma che essa «stands out because it was not in response to allegations about particular individuals, or in response to known offenses*». Marx ritiene più apprezzabile l'operazione CorCom organizzata in Oklahoma nel 1981, che portò alla condanna di più di duecento politici locali grazie alla collaborazione di un allevatore che filmò il pagamento delle tangenti in occasione di incontri in Comune che si svolgevano anche prima dell'operazione e non creati *ad hoc* per testare l'integrità dei rappresentanti delle istituzioni. V. in proposito G. T. MARX, *When the Guards Guard themselves: Undercover Tactics Turned Inward*, in C. FIJNAUT, G. T. MARX (a cura di), *Undercover. Police Surveillance in Comparative Perspective*, cit., pp. 224-225.

[97] W. KINSKEY, *American Hustle*, cit., p. 238. La disposizione citata si riferisce solo a pubblici ufficiali federali e non vi è nessun'altra disposizione della legge federale che punisca espressamente la corruzione di funzionari statali o locali. Spesso per rimediare a tale mancanza vengono invocati i reati di *mail and wire fraud* di cui ai § 1341, 1343 e 1346 del Titolo 18 U.S.C.

[98] B.L. GERSHMAN, *Abscam, the Judiciary*, cit., pp. 1574-1575, in particolare nota 46.

[99] W. KINSKEY, *American Hustle*, cit., p. 240.

process principle, a maggior ragione considerando il coinvolgimento di individui e informatori loschi come Weinberg[100].

La Corte di New York rigetta tutte le doglianze di violazione del *due process*, sostenendo che i pubblici ufficiali coinvolti non erano stati costretti ad accettare le tangenti, come dimostra il fatto che alcuni loro colleghi avevano in effetti rifiutato l'offerta[101].

Le condanne vengono confermate anche in appello dalla *Second Circuit Court*, che rigetta anche l'obiezione sollevata dal deputato del Congresso Myers[102] in ordine alla violazione del principio di separazione dei poteri esecutivo e legislativo. Il deputato sostiene infatti che indagini come Abscam attribuiscono alla polizia il potere di ostacolare e prendere di mira gli esponenti dell'opposizione più invisi al Presidente. La Corte, invece, ritiene che il deputato avrebbe potuto semplicemente rifiutare la tangente e che i privilegi attribuiti ai detentori del potere legislativo non sono rivolti a vantaggio personale degli stessi, ma alla tutela dell'integrità della funzione legislativa. La Corte nota anche che il Congresso è titolare del potere di modificare la fattispecie incriminatrice della corruzione, ad esempio per escludere i parlamentari in carica o per escludere le operazioni sotto copertura nei confronti di membri del Congresso, limiti però fino a quel momento non contemplati dalla legge[103].

---

[100] W. KINSKEY, *American Hustle*, cit., p. 245.

[101] *Ivi*, p. 248.

[102] *United States v. Myers*, 527 F. Supp. 1206 (E.D.N.Y. 1981).

[103] *Ibidem*. Con le parole della Corte: «*The constitutional attack proceeds primarily from the doctrine of separation of powers, as illuminated by the policy underlying the Speech or Debate Clause to protect Members of Congress from intimidation by the Executive Branch. The statutory argument is simply that Congress has not authorized use of § 201 by agents of the Executive Branch to create fictitious situations to see if a Member of Congress might succumb to the temptation to accept a bribe. Before considering the merits of these constitutional and statutory arguments, it is important to bear in mind that they are conceptually and factually distinct from the traditional defense of entrapment, which will be available to defendant at trial if the evidence shows sufficient inducement by the FBI agents to shift to the Government the burden of proving the defendant's predisposition to commit the offenses charged… At this stage the defendant is not alleging entrapment; his point is that the Constitution forbids or, alternatively, the statute does not authorize the Executive Branch to conduct a "scam" or "sting" operation to see if Members of Congress, without any inducement, will accept bribes. The constitutional argument focuses essentially upon the risk of abuse. If agents of the Government can confront Members of Congress with manufactured opportunities to accept bribes, there is created the risk that malevolent officials of the Executive Branch will one day select as targets for a bribery sting particular Senators or Representatives in political disfavor with the President. The argument further maintains that if this occurs, such political targeting, though doubtless prohibited by the First Amendment, cf. United States v. Steele, 461 F.2d 1148 (9th Cir. 1972), will be infrequently detected. The argument does not assert that Members of Congress have a constitutional immunity from prosecution for bribery. It simply maintains that the public interest in deterring bribery of Members of Congress can be adequately served by prosecution of those who accept bribes under "real" circumstances, without the added threat of prosecution for bribes accepted in response to manufactured*

Ha inizialmente un esito diverso il processo scaturito da un altro filone dell'indagine *Abscam*, nel quale erano imputati i due deputati del Congresso, Kelly e Janrette. Costoro avevano accettato le tangenti a Washington e non a New York, e vengono perciò giudicati in primo grado dalla *District Court* di Washington circa un anno dopo le condanne inflitte dalla Corte di New York[104].

Nel caso Kelly la giuria qualifica l'accusato "*predisposed*" a commettere il reato contestato e l'aveva quindi giudicato colpevole, escludendo la possibilità di riconoscergli l'*entrapment defense*. Il Giudice, però, ritiene che il comportamento dell'FBI abbia ecceduto i limiti imposti dal principio del *due process* e accoglie pertanto la *due process defense* invocata da Kelly, il quale aveva ceduto solo dopo numerose richieste da parte dell'agente Amoroso dell'FBI, di cui ovviamente non conosceva l'identità in quel momento. A convincere il Giudice era più che altro la lettura delle istruzioni dell'FBI per lo svolgimento dell'operazione. L'Ufficio aveva fatto in modo di "selezionare" i soggetti che con più probabilità avrebbero accettato le tangenti, e con alcuni aveva insistito così tante volte da rendere la situazione inverosimile in quanto la legge punisce già l'offerta di una tangente, sicché un privato difficilmente si sarebbe assunto il rischio di compiere tutti quei tentativi, ogni volta correndo peraltro il pericolo di essere denunciato. Pertanto il Giudice della *District Court* aveva concluso che «if no one except the FBI can make such persistent attempts, this procedure does not catch criminals, but creates them»[105].

La sentenza di proscioglimento viene, però, ribaltata in secondo grado. La *Court of Appeals* del *District of Columbia Circuit* ritiene, infatti che, in realtà, il giudice di prime

opportunities. Forceful arguments are available in response to these concerns. Any Member of Congress approached by agents conducting a bribery sting operation can simply say "No." Each Member's capacity to reject bribe opportunities could be regarded as sufficient safeguard against the risk that the Executive Branch would successfully use these tactics for political reprisal. Additionally, as the Government points out, bribery is a secretive enterprise, not likely to be detected as long as the bribe giver and taker maintain their silence. A sting operation, it is urged, provides a needed law enforcement weapon. Finally, emphasis is placed on the high public interest in guarding against corruption in the legislative process. The known availability of a bribery sting can act as a powerful deterrent. Having examined these competing considerations, we conclude that they involve choices of public policy, rather than constitutional imperatives. […] By the same token, if the risks of a bribery sting operation outweigh its benefits, Congress always has the power to make the more limited modification of redefining the offense to exclude, in the case of Members of Congress or others, acceptance of bribes offered by undercover agents of the Government. With the policy choice thus fully within the control of Congress, we cannot conclude that the separation of powers doctrine creates a constitutional barrier to the law enforcement technique selected by the Executive Branch».

[104] W. KINSKEY, *American Hustle*, cit., pp. 249-250.

[105] *United States v. Kelly*, 539 F. Supp. 363 (d.d.C. 1982).

cure abbia prosciolto l'accusato in base al paradigma oggettivo di *entrapment*, contrariamente a quanto imposto dalle sentenze della Corte Suprema[106].

Le argomentazioni delle Corti non differiscono, se non per alcune particolarità legate alle circostanze dei singoli casi di specie, negli altri procedimenti originati dall'operazione *Abscam*. Senza quindi indugiare oltre sulle sentenze[107], si considererà nel prosieguo quanto *Abscam* abbia attratto l'attenzione sulle operazioni sotto copertura, che da quel momento hanno impegnato non solo la riflessione dottrinale, ma anche quella dell'FBI e del Congresso.

3.2. L'eredità di *Abscam*: le Linee guida dell'FBI e il rapporto del Comitato speciale del Senato sulle operazioni sotto copertura

Al 1981 risalgono le Linee guida volute ed elaborate dall'*Attorney General* Benjamin R. Civiletti con l'obiettivo di stabilire procedure chiare e precise per l'autorizzazione e il controllo sulle operazioni sotto copertura svolte dall'FBI e dal *Department of Justice*[108].

---

[106] *United States v. Kelly*, 707 F.2d 1460 (d.C. Cir. 1983). È interessante riportare le conclusioni della Corte d'Appello nella pronuncia in commento. La Corte riprende le parole del Giudice di prime cure, laddove aveva affermato che «*we like to think, and we hope, that our Congressmen and Senators, and indeed all public servants, are strong enough to withstand any imaginable pressure and reject any type of temptation no matter how attractive, and walk away… But in reality, the hard fact is that our public servants are not recruited from the seminaries and monastaries across the land and that they are plagued by the frailties of human nature*» (v. United States v. Kelly, supra, 539 F.Supp. at 375), ma – come detto – ribalta il verdetto: «*Because of this fact and because dishonest public officials, responsive more to money than to their obligations to the nation, may cause grave harm to our society, we recognize the need for law enforcement efforts to detect official corruption. Furthermore, such corruption is "that type of elusive, difficult to detect, covert crime which may justify Government infiltration and undercover activities" (United States v. Alexandro, supra, 675 F.2d at 42). The Supreme Court has made it clear that "a successful due process defense must be predicated on intolerable government conduct which goes beyond that necessary to sustain an entrapment defense" (United States v. Jannotti, supra, 673 F.2d at 607 (emphasis added). Considering the genuine need to detect corrupt public officials, as well as the difficulties inherent in doing so, we conclude that the FBI's conduct in furtherance of its Abscam operation, insofar as it involved Kelly, simply did not reach intolerable levels. Accordingly, having carefully considered all of Kelly's claims that the government's conduct violated due process, we reverse the district court's dismissal of the indictment, as well as its entry of the judgment of acquittal, and direct the district court to reinstate the indictment and the verdict of the jury*». Molto interessanti, in ordine alla *due process defense* e al principio dello *stare decisis*, sono anche le parole della *concurring opinion* della Giudice Ruth Bader Ginsburg, poi nominata alla Corte Suprema e recentemente purtroppo mancata. V. *Ivi*, pp. 1474 ss. (*Ginzburg concurring*).

[107] Per approfondire si rinvia a B.L. GERSHMAN, *Abscam, the Judiciary,* cit., pp. 1579-1585

[108] *Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations*, il cui testo è disponibile a: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/Photocopy/74988NCJRS.pdf> (ultimo accesso ottobre 2020). Per approfondire il tema della legittimazione e dell'evoluzione delle Linee Guida degli *Attorneys General* si veda J.T. ELLIFF, *Attorney General's Guidelines for FBI Investigations*, in *Cornell Law Review*, 1984, (69), pp. 785-815; G. T. MARX, *Undercover: Police surveillance in America*, cit. pp. 181-183.

Le *Guidelines* si aprono con l'affermazione della liceità dell'utilizzo delle operazioni sotto copertura da parte dell'FBI, ma esprimono altresì la consapevolezza della necessità di impiegarle con cautela, visto che per definizione esse comportano un *inganno*[109].

Vengono poi dettate alcune definizioni fondamentali, che vale la pena riportare letteralmente:

> «Un agente sotto copertura è un funzionario dell'FBI - o di un'altra agenzia federale, statale o locale che lavora sotto la direzione e il controllo dell'FBI per una specifica indagine – la cui appartenenza o collaborazione con l'FBI nel corso dell'indagine viene tenuta nascosta all'esterno mediante un'identità di copertura.
> Un'operazione sotto copertura è un'indagine in cui si impiega un agente sotto copertura»[110].

Le operazioni sotto copertura vengono distinte in due categorie, per ciascuna delle quali è prevista una diversa procedura autorizzativa. Alla prima appartengono le operazioni che possono essere autorizzate dallo *Special Agent in Charge* (SAC), ossia dall'agente titolare del fascicolo. Le operazioni che richiedono una spesa di particolare rilievo per le casse pubbliche o che coinvolgono «*sensitive circumstances*», al contrario, devono essere autorizzate dal Direttore o dall'Assistente Direttore incaricato dell'FBI, a seguito di parere positivo del SAC, nonché dall'*Undercover Operations Review Committee*[111].

Si considera che un'operazione implichi «circostanze delicate» quando, tra le molte ipotesi, vi è la ragionevole aspettativa che l'indagine riguardi la corruzione di un pubblico ufficiale o di un candidato alle elezioni, le attività di un governo straniero, di un'organizzazione politica o religiosa o di una redazione giornalistica. Delicate sono altresì le situazioni in cui l'indagine implichi di diffondere una rappresentazione falsa di

---

[109] *Attorney General's Guidelines*, cit., p. 1. Letteralmente l'introduzione delle linee guida recita: «*The FBI's use of undercover employees and operation of proprietary business entities is a lawful and essential technique in the detection and investigation of white collar crime, political corruption, organized crime, and other priority areas. However, use of this technique inherently involves an element of deception, and occasionally may require a degree of cooperation with persons whose motivation and conduct are open to question, and so should be carefully considered and monitored*».

[110] Traduzione nostra. Per maggiore chiarezza si riportano anche le definizioni in lingua inglese: *An "undercover employee", under these guidelines, is any employee of the FBI -- or employee of a federal, state or local law enforcement agency working under the direction and control of the FBI in a particular investigation -- whose relationship with the FBI is concealed from third parties in the course of an investigative operation by the maintenance of a cover or alias identity. An "undercover operation" is any investigative operation in which an undercover employee is used*».*V. Attorney General's Guidelines*, cit., p. 1.

[111] *Ivi*, p. 2.

una persona innocente e l'evenienza in cui l'agente sotto copertura venga coinvolto in un'attività prevista dalla legge statale o federale come crimine grave (*serious crime*). Ancora, si considerano potenzialmente problematici i casi in cui il pubblico funzionario sotto copertura fornisca una sostanza che sarebbe altrimenti difficile da reperire o nei quali vi è il rischio che vengano perpetrate violenze fisiche o psicologiche o che soggetti innocenti subiscano una significativa perdita economica[112].

L'elenco lascia trasparire il riferimento alle più importanti operazioni svolte fino a quel momento dall'FBI, in particolare al caso *Abscam*, e in generale alla giurisprudenza sull'*entrapment defense*.

Le Linee guida contengono una sezione *ad hoc* dedicata alla «*Authorization of the Creation of Opportunities for Illegal Activity*», che si apre con l'affermazione secondo cui «Entrapment should be scrupulously avoided. Entrapment is the inducement or encouragement of an individual to engage in illegal activity in which he would otherwise not be disposed to engage».

Sembra quindi che venga imposto di non coinvolgere soggetti di cui *ex ante* non si conosca la predisposizione criminosa. In realtà, però, i paragrafi successivi aggiungono diverse precisazioni sui criteri in base ai quali valutare l'*entrapment* e sulle ipotesi in cui l'induzione a commettere un reato può essere autorizzata.

Innanzitutto, l'autorità deve autorizzare l'operazione solo se la natura illecita dell'attività proposta risulterà chiara ai soggetti indagati e sia altresì ragionevole aspettarsi che l'operazione porterà in effetti alla luce delle attività criminose. Inoltre, l'induzione non deve essere ingiustificabile rispetto alle caratteristiche della transazione illecita a cui il soggetto indagato viene invitato a partecipare. Una condizione che suona quasi come un invito a rispettare il *principio di proporzione* e a svolgere un ragionevole *bilanciamento degli interessi* in gioco.

Il paragrafo successivo è, invece, più difficile da interpretare:

> «*Under the law of entrapment, inducements may be offered to an individual even though there is no reasonable indication that that particular individual has engaged, or is engaging, in the illegal activity that is properly under investigation. Nonetheless, no such undercover operation shall be approved without the specific written authorization of the Director, unless the Undercover Operations Review Committee determines, insofar as practicable, that either*

[112] Per l'elenco completo delle ipotesi si rinvia al testo integrale delle *Linee guida*: v. *Attorney General's Guidelines*, cit., pp. 3-5.

> *(a) there is a reasonable indication, based on information developed through informants or other means, that the subject is engaging, has engaged, or is likely to engage in illegal activity of a similar type; or*
> *(b) The opportunity for illegal activity has been structured so that there is reason for believing that persons drawn to the opportunity, or brought to it are predisposed to engage in the contemplated illegal activity*»[113].

Il divieto di operazioni che inducano a delinquere soggetti non predisposti a commettere a commettere un reato sembra di fatto trovare molti limiti. Più che cautele sostanziali, le Linee guida – conformemente al loro obiettivo e alla loro intitolazione – sembrano provare a offrire garanzie procedurali allo scopo di evitare abusi. Obiettivo che sembrerebbe confermato dalla conclusione secondo cui «In any undercover operation, the decision to offer an inducement to an individual, or to otherwise invite an individual to engage in illegal activity, shall be based solely on law enforcement considerations»[114].

Le Linee guida contengono anche un'indicazione circa la durata delle operazioni, che non può eccedere sei mesi, alla scadenza dei quali occorre chiedere il rinnovo[115]. Le autorizzazioni devono essere date per iscritto e si prevede un monitoraggio costante da parte degli organi competenti ad autorizzare l'operazione. Ogni anno, inoltre, l'*Undercover Operations Review Committee* deve redigere un rapporto che dia conto delle operazioni autorizzate e delle questioni eventualmente insorte riguardo alle stesse[116].

Nel 1982 anche il Senato americano decide di occuparsi di operazioni sotto copertura. Viene formato un Comitato con il compito di studiare questo metodo investigativo e formulare alcune raccomandazioni per risolvere le problematiche eventualmente riscontrate. Nel 1983 viene pubblicato il rapporto finale, che esprime un giudizio positivo circa l'utilità e l'importanza delle operazioni sotto copertura, ma ne sottolinea anche i rischi, pervenendo a individuare alcune questioni e proposte di modifica[117]. Si ipotizza la possibilità di un intervento legislativo, auspicato anche in dottrina[118], possibilità che, però, ad oggi, non si è concretizzata.

---

[113] *Attorney General's Guidelines*, cit., pp. 13-15. Sottolineatura presente nel testo originale.
[114] *Ibidem*.
[115] *Ivi*, p. 11.
[116] *Ivi*, pp. 15-16.
[117] U.S. Government Printing Office, *Final Report of the Select Committee to Study Undercover Activities of Components of the Department of Justice to the U.S. Senate*, Washington, 1983, disponibile a: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/Digitization/124269NCJRS.pdf> (ultimo accesso ottobre 2020).
[118] Si veda ad esempio B.L. GERSHMAN, *Abscam, the Judiciary*, cit., pp. 1590-1591. L'A. conclude la propria analisi affermando che «*Abscam raised complex and troubling questions about our constitutional form of government. The investigation may have uncovered latent corruption, but at the cost of possibly*

Il Comitato riconosce innanzitutto il contributo fondamentale delle operazioni sotto copertura dello *United States Department of Justice* (quindi non solo dell'FBI, ma anche di altre agenzie, come la DEA) nella individuazione, investigazione e repressione soprattutto del crimine organizzato e di reati consensuali come il traffico di sostanze stupefacenti, la ricettazione e la corruzione. Secondo il Comitato, «some use of the undercover technique is indispensable to the achievement of effective law enforcement», ma è anche vero che affermare l'utilità di questo tipo di indagini non fornisce un'indicazione di *quante* operazioni possano ritenersi utili, se 53 come quelle condotte dall'FBI nel 1977 o 463 come nel 1981[119].

L'utilità delle operazioni sotto copertura non compensa né annulla i rischi insiti nelle stesse, emersi con particolare forza nel corso dell'operazione *Abscam*[120], di talché si rende necessaria un'azione più incisiva del Congresso, sia per coadiuvare l'FBI e le altre agenzie del *Department of Justice* nell'utilizzo efficace ed efficiente delle operazioni sotto copertura, sia per tutelare la vita, i diritti civili e i diritti di proprietà dei cittadini americani. Se, infatti, le Linee guida dell'*Attorney General* hanno senz'altro

impairing the integrity of other legislators and the legislative process generally. And the judicial branch, while purporting to balance the executive's use of power against constitutional commands, failed to articulate constitutional or legal restraints on the government's undercover methods. Restoring the balance of power is now the responsibility of Congress. Through legislation aimed at curbing excesses of law enforcement power, Congress has the opportunity to provide principled and meaningful standards to limit the misuse of such power, as well as to provide a means for citizens to vindicate claims of abuse».

[119] U.S. Government Printing Office, *Final Report of the Select Committee*, cit., p. 11.

[120] *Ivi*, pp. 12 ss. Il Comitato evidenzia che «*the FBI undercover operation known as Abscam paradigmatic ally demonstrates many of the benfits, dangers, and costs of the undercover technique. Nine separate juries heard the testimony of witnesses, saw videotapes, and read documents; each of those juries found guilty each of the Abscam defendants who appeared before it. All appellate courts to date that have reviewed those convictions have found them to have been achieved without any violation of the defendants' constitutional rights. Abscam's successes are likely to deter public officials in the future from readily selling their offices for private gain. Such results could not have been obtained without the use of undercover techniques. On the other hand, the absence during the Abscam investigation of Department of Justice guidelines governing undercover operations, the laxness of the guidelines then in existence governing the use of informants, the failure of the special agents assigned to Abscam in the field to review, to catalogue, and to report recordings and other evidence in a timely and otherwise adequate manner, and the absence of rigorous requirements to keep officials at FBI HQ adequately informed about the nature of and developments in undercover operations created unnecessary and undue risks in Abscam. Some of those risks materialized into real problems, as described later in this report. Other risks remained only latent in Abscam, but are matters for concern in future operations*». Il Comitato rileva in particolare che nell'operazione Abscam le principali mancanze hanno riguardato la selezione e il controllo degli informatori, la procedura di approvazione iniziale, la modifica degli obiettivi dell'operazione in corso d'opera, la gestione e il controllo dell'operazione, la cattiva condotta di Weeinberg e la fiducia riposta in alcuni soggetti corrotti della classe media.

rappresentato un importante passo avanti, esse costituiscono un presidio sufficiente per perseguire i suddetti obiettivi[121].

L'importanza delle Linee guida viene comunque ribadita laddove nelle raccomandazioni *de lege ferenda* si prevede che le operazioni debbano svolgersi conformemente ad esse e che l'*Attorney General* dovrà impegnarsi a pubblicare, aggiornare costantemente e far rispettare gli standard e le procedure ivi stabilite. Inoltre, egli dovrà altresì sottoporre all'attenzione del Congresso un rapporto sulle operazioni terminate e su quello in corso da molto tempo[122].

Il Comitato ha poi elaborato una serie di raccomandazioni al Parlamento in ordine all'*entrapment defense* e ai presupposti la cui sussistenza dovrebbe ritenersi necessaria per iniziare legittimamente un'operazione sotto copertura. A differenza delle Linee guida, dunque, il legislatore dovrebbe occuparsi dei criteri *sostanziali* di liceità e di legittimazione delle operazioni sotto copertura.

Per quanto concerne l'*entrapment*, secondo il Comitato l'attuale conformazione giurisprudenziale della *defense*, fondata sul paradigma soggettivo – fortemente e condivisibilmente, scrive il Comitato[123], criticato dalla dottrina –, non risponde alle esigenze di garanzia, né il *due process* può ovviare a tale mancanza. La stessa Corte

---

[121] U.S. Government Printing Office, *Final Report of the Select Committee*, cit., p. 24.

[122] *Ivi*, pp. 347-361.

[123] *Ivi*, pp. 363-367. Si legge, infatti, nel rapporto: «*The persistence of criticism aimed at the Supreme Court majority's approach is understandable. The Court's reliance on implied Congressional intent does rest upon an obvious fiction, since Congress has never expressed any intention to create such a doctrine. More fundamentally, the prevailing entrapment doctrine is, as jurists have frequently observed, unjustifiable in theory and often perverse in practice. […] While one who commits an illegal act under duress may be acquitted under traditional principles of excuse or justification, there is no coercion when the defendant simply takes advantage of criminal opportunities offered by third parties; that is why defendants who succumb to criminal temptations-even unusually large temptations-offered by private actors are treated in all cases as culpable. […] The undesirability of one form of police conduct does seem certain, although the Court has failed to articulate it: police should refrain from offering inducements that are significantly larger than those actually proffered under similar circumstances in the real world or that are attractive enough to persuade virtually anyone in similar circumstances to commit a crime. […] Unfortunately, the existing entrapment doctine fails to further even these sound efficiency concerns. The entrapment inquiry now focuses on the defendant's predisposition, rather than on the police conduct. […] When it is closely examined, in fact, it becomes evident that the predisposition concept will not constrain police activity in a meaningful way. In modern practice "predisposition" means little more than present willingness to commit crime; it hinges on whether "the defendant was ready and willing to commit crimes such as are charged in the indictment, whenever opportunity was afforded."[…] The existing law of entrapment is flawed for another reason. A defendant who argues entrapment must take his case to the jury, giving the prosecution the opportunity to attempt to establish predisposition by offering evidence of prior bad acts, of poor character, and of shady repntation-the very sort of evidence generally excluded from criminal trials for fear of prejudicing the jury*».

Suprema ha invitato il Congresso a legiferare sulla materia, e tale invito dovrebbe essere accolto prevedendo

> «*an affirmative defense of entrapment, providing for the acquittal of a defendant when a federal law enforcement agent, or a private party acting under the direction of or with the prior approval of federal law enforcement authorities, is shown by a preponderance of the evidence to have induced the defendant to commit an offense, using methods that more likely than not would have caused a normally law-abiding citizen to commit a similar offense. This legislation should establish entrapment per se when it is shown by a preponderance of the evidence that the defendant committed the crime-*
> *1. because of a threat of harm, to the person or property of any individual, made by a federal law enforcement agent or by a private party acting under the direction of or with the prior approval of federal law enforcement authorities,*
> *2. because federal law enforcement agents manipulated the defendant ~ personal, economic, or vocational situation to increase the likelihood of his committing that crime; or*
> *3. because federal law enforcement agents provided goods or services that were necessary to the commission of the crime and that the defendant could not have obtained without government participation*»[124].

L'obiettivo della definizione di *entrapment* proposta dal Comitato risiede, innanzitutto, nella limitazione del potere della polizia a cui si vuole impedire di istigare mediante strumenti di induzione irresistibili soggetti che, in una situazione normale, non avrebbero commesso il do perderebbe di rilevanza.

Allo stesso tempo, la definizione proposta cerca di non restringere troppo le possibilità di movimento della polizia, prevedendo che circostanze come l'indigenza, la tossicodipendenza, difficoltà finanziarie e simili non siano sufficienti a giustificare la violazione della legge da parte dei consociati. Solo il ricorso a strumenti di pressione assolutamente straordinaria può configurare un intrappolamento[125].

A tal proposito, alcuni comportamenti della polizia possono configurare di per sé una trappola (*entrapment per se*). Si fa riferimento in particolare alla minaccia, alla manipolazione di caratteristiche personali o situazionali che accrescono la possibilità che quel singolo soggetto ceda e commetta il reato e il coinvolgimento di persone nella commissione di un reato che non avrebbe potuto essere commesso senza la partecipazione

[124] U.S. Government Printing Office, *Final Report of the Select Committee*, cit., p. 362.
[125] *Ivi*, pp. 373-375.

della polizia. Secondo il Comitato, tali tecniche sono «extraordinarily harmful to the individual, are fundamentally inconsistent with the basic values of our society, and are unnecessary for effective law enforcement»[126].

Il Comitato, dunque, sostanzialmente avalla il paradigma oggettivo di *entrapment*, mentre scarta sia l'ipotesi di eliminare l'esimente sia quella di una legislazione fondata sul *due principle*[127].

Il Comitato – come accennato – raccomanda poi al Congresso di introdurre alcuni presupposti in assenza dei quali un'operazione sotto copertura non può essere iniziata né proseguita. Innanzitutto, se l'indagine è finalizzata a raccogliere informazioni su un *determinato soggetto*, è necessario che ci siano dei *ragionevoli sospetti* basati su *prove inconfutabili* che egli era coinvolto, è coinvolto o sta per essere coinvolto in un'attività criminale. Se, invece, l'indagine ha ad oggetto *particolari reati* ad opera di soggetti non identificati, l'operazione sotto copertura deve essere fondata su prove inconfutabili da cui emerge che i reati sono già stati commessi, sono in corso di esecuzione o stanno per essere commessi. Se durante l'operazione gli agenti intendono rivolgere una *proposta criminosa a un soggetto specifico*, occorre che quest'ultimo sia sospettato di essere già coinvolto o di essere in procinto di porre in essere atti penalmente rilevanti. Infine, alcuni presupposti specifici sono stabiliti con riguardo all'evenienza in cui l'agente sotto copertura debba infiltrarsi ad esempio in un partito politico, in un altro ente religioso o in una redazione giornalistica oppure fingersi medico, prete, procuratore, giornalista, ruoli delicati per la particolare fiducia che la collettività ripone in essi e per la riservatezza delle informazioni che potrebbero essere scambiate. In questi casi l'operazione può essere iniziata o proseguita solo se è *necessaria* per scoprire o prevenire *specifici* atti criminali.

Per il Comitato non è quindi sufficiente che la legge preveda l'*entrapment defense* strutturata in base al paradigma oggettivo, ma è necessario altresì assicurare che la polizia si asterrà *a priori* dal porre in essere comportamenti per far commettere un reato a un soggetto altrimenti innocente. Inoltre, l'*entrapment* non pone rimedio alla violazione dei diritti del provocato, come la *privacy*. Per tali ragioni *ex ante* gli investigatori devono individuare e esplicitare gli interessi in gioco e i motivi per cui prevale l'esigenza di

[126] U.S. Government Printing Office, *Final Report of the Select Committee*, cit., pp. 375-377.
[127] *Ivi*, pp. 369-371.

svolgere l'operazione in considerazione della sussistenza dei presupposti previsti dalla legge[128].

Il Congresso non ha mai accolto l'invito del Comitato del Senato e non ha mai legiferato in tema di operazioni sotto copertura né di *entrapment defense*, che hanno continuato a trovare la propria disciplina nell'autoregolamentazione della polizia e nella giurisprudenza delle Corti.

Nei decenni successivi molte altre operazioni sono assurte agli onori della cronaca negli Stati Uniti, ad esempio l'operazione *Greylord* negli anni Ottanta a Chicago, in materia di corruzione giudiziaria. L'indagine è talora citata in dottrina come esempio virtuoso[129], ma non ha comunque mancato di suscitare un dibattito anche nell'opinione pubblica[130].

L'operazione, durata circa tre anni e mezzo, ha preso il nome dalle parrucche indossate dai giudici inglesi e ha consentito di incriminare novantadue rappresentanti delle istituzioni di *Cook County*, tra cui diciassette giudici, quarantotto avvocati, otto poliziotti, alcuni funzionari della Corte e un membro del Parlamento statale[131]. Vennero

---

[128] U.S. Government Printing Office, *Final Report of the Select Committee*, cit., pp. 377-379. Vista l'importanza del passaggio in commento si riporta anche il testo in lingua originale: «*1. no component of the Department of Justice may initiate, maintain, expand, extend, or renew an undercover operation except,(a) when the operation is intended to obtain information about an identified individual, or to result in the offer to an identified individual of an opportunity to engage in a criminal act, upon a finding that there is reasonable suspicion, based upon articulable facts, that the individual has engaged, is engaging, or is likely to engage in criminal activity, (b) when the operation is intended to obtain information about particular specified types of criminal acts, or generally to offer unspecified persons an opportunity or inducement to engage in criminal acts, upon a finding that there is reasonable suspicion, based on articulable facts, that the operation will detect past, ongoing, or planned criminal activity of that specified type; provided that if, during the course of the operation, agents of the Department of Justice wish to offer to a specific individual-who is identified in advance of the offer-an inducement to engage in a criminal act, they may do so only upon a finding that there is a reasonable suspicion, based upon articulable facts, that the targeted individual has engaged, is engaging, or is likely to engage in criminal activity; (c) when a government agent, informant, or cooperating individual will infiltrate any political, governmental, religious, or news media organization or entity, upon a finding that there is probable cause to believe that the operation is necessary to detect or to prevent specific acts of criminality, (d) when a government agent, informant, or cooperating individual will pose as an attorney, physician, clergyman, or member of the news media, and there is a significant risk that another individual will enter into a confidential relationship with that person, upon a finding that there is probable cause to believe that the operation is necessary to detect or to prevent specific acts of criminality. […]*».

[129] Così G. T. MARX, *Undercover: Police surveillance in America*, cit. p. 224.

[130] Ne è una testimonianza l'articolo di E.R. SHIPP, *What's proper in policing the judiciary?*, in *New York Times*, 1 gennaio 1984, disponibile a: <https://www.nytimes.com/1984/01/01/weekinreview/what-s-proper-in-policing-the-judiciary.html> (ultimo accesso ottobre 2020).

[131] Questi numeri sono tratti dalla pagina dedicata all'operazione del sito dell'FBI, disponibile a: <https://www.fbi.gov/history/famous-cases/operation-greylord> (ultimo accesso ottobre 2020). In un articolo del New York Times dell'epoca sono indicati numeri molto diversi. L'articolo in parola è disponibile a: <https://www.nytimes.com/1984/08/07/us/chicago-area-judge-is-acquitted-in-operation-greylord-trial.html> (ultimo accesso ottobre 2020).

creati *ad hoc* dei procedimenti penali finti: alcuni agenti dell'FBI finsero di essere dei criminali arrestati, altri i loro avvocati. Alcuni giudici non sospettati collaborarono nelle registrazioni della corruzione di colleghi sospettati di aver "aggiustato" alcuni casi in passato.

Sarebbe ovviamente impossibile occuparsi di tutte le operazioni sotto copertura contro la corruzione compiute dall'FBI dal caso *Abscam* ad oggi[132], né ciò rientra tra gli obiettivi di questa trattazione, in cui l'attenzione si è concentrata sulla disciplina e sulle problematiche emerse dalla prassi in occasione dello svolgimento delle indagini mediante tale tattica.

Si è visto che, soprattutto dopo che l'FBI ha rivolto la propria attenzione ai reati dei colletti bianchi, e in particolare alla corruzione con il caso *Abscam*, il tema delle operazioni sotto copertura e delle garanzie rispetto alle stesse ha attirato l'attenzione non solo della stessa polizia, ma anche del Congresso e della dottrina.

Del resto, la diversità di opinioni e interpretazioni emersa nelle sentenze emesse a conclusione dei vari filoni in cui è sfociata l'operazione *Abscam* costituisce una testimonianza lampante della delicatezza e delle problematiche non solo di quella specifica operazione, ma in generale dello svolgimento delle indagini sotto copertura rispetto alla corruzione. Nel caso delle indagini contro la corruzione, infatti, le istituzioni *indagano e controllano se stesse*. Si pone, quindi, innanzitutto, il classico interrogativo «chi controlla i controllori?». Non solo: vengono in considerazione alcuni principi e questioni che potrebbero ostare al corretto espletamento delle indagini: il principio di separazione dei poteri, la paura di incorrere in problemi se si indagano le persone sbagliate, il timore di non ottenere fondi, la presenza di interessi personali e una sorta di tendenza alla protezione reciproca. Senza contare che negli Stati Uniti molte cariche anche in seno all'autorità giudiziaria sono elettive e a termine, per cui potrebbe subentrare il timore di compromettersi la carriera successiva. Ciò contribuisce a spiegare il motivo

[132] Altri esempi sono riportati in J. E. ROSS, *Indagini sotto copertura negli USA e in Italia: esperienze a confronto*, cit., pp. 3-4; G. T. MARX, *When the Guards Guard themselves: Undercover Tactics Turned Inward*, cit., pp. 220-225.

per cui, ad esempio, le operazioni vengono svolte soprattutto dai federali nei confronti di pubblici ufficiali degli Stati, e non il contrario[133].

4. Considerazioni conclusive sulle operazioni sotto copertura negli Stati Uniti e sulla circolazione del modello americano in Europa

Dall'analisi svolta emergono alcuni tratti essenziali circa la teoria e la prassi delle operazioni sotto copertura negli Stati Uniti.

Innanzitutto, le aree criminali interessate dall'impiego di questo tipo di indagini coincidono con i *reati consensuali senza vittima*, a cui si sono aggiunti a partire dagli anni Settanta i *reati dei colletti bianchi* e in particolare la *corruzione*. Tale ambito di applicazione non è stato disegnato e calato dall'alto dal legislatore. Esso è emerso dalla prassi, dalla difficoltà di raccogliere prove in riferimento a tali reati e da alcuni fattori e circostanze che hanno finito per costituire incentivi indiretti all'utilizzo di questa tattica. Si pensi alle restrizioni imposte ad altri mezzi di ricerca della prova e alle scelte di criminalizzazione del legislatore (in particolare in ordine ai cosiddetti *vice-crimes*, come la prostituzione, la vendita di alcol durante il proibizionismo, il piccolo spaccio di sostanze stupefacenti). Recentemente, peraltro, negli Stati Uniti come in Europa, il tema delle operazioni sotto copertura si è riproposto con riferimento alle indagini in tema di terrorismo internazionale, la cui peculiarità ha condotto la dottrina a suggerire, in tale materia, una riconsiderazione dei caratteri dell'*entrapment defense*[134].

Uno scenario, quello statunitense, molto diverso da quello italiano, in cui – come si vedrà nel prossimo capitolo – le aree criminali rispetto alle quali sono esperibili le operazioni sotto copertura, insieme alle altre condizioni di liceità delle stesse, sono state

---

[133] G. T. MARX, *When the Guards Guard themselves: Undercover Tactics Turned Inward*, cit., pp. 216-217.

[134] J. E. ROSS, *Anti-Terror Stings and Human Subjects Research: The Implications of the Analogy for Notions of Entrapment and for the Pursuit of Strategic Deterrence*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2015, (47), pp. 379-407. Con le parole dell'Autrice: «*I argue that concerns about artificial, staged scenarios are often based on assumptions carried over from drug investigations and that these empirical assumptions need to be questioned when they are applied to counterterrorism stings. Such assumptions include the belief that someone who is otherwise law-abiding might be induced to commit a crime if offered an above-market inducement to do so; that the underlying appeal of the crime is profit-driven; that sting operations deter primarily by targeting criminal organizations, rather than individuals prone to recruitment by organized groups; and that effective sting operations target recidivists and sophisticated criminals rather than naïve, first-time offenders. To the extent these assumptions do not apply to aspiring terrorists, I suggest that notions of entrapment that are derived from narcotics investigations and that favor immersive, ethnographic forms of infiltration may not be apposite to counterterrorism stings*».

stabilite dalla legge mediante l'introduzione di una scriminante speciale che esclude la configurabilità di reati a carico degli agenti sotto copertura al ricorrere di una serie di presupposti sostanziali e procedurali.

Un'altra differenza fondamentale tra Italia e Stati Uniti, che – come si è visto – riflette le diverse origini storiche delle operazioni sotto copertura sulle due sponde dell'Atlantico, riguarda la prospettiva da cui vengono osservate le questioni riguardanti le indagini coperte. In Europa l'attenzione è da sempre concentrata sull'agente provocatore, che in assenza di una legge *ad hoc*, qualora tenga un comportamento integrante una fattispecie criminosa, può essere considerato corresponsabile del reato commesso. In America, invece, è prediletto il punto di vista del provocato, *rectius* dell'"intrappolato", senza che la costruzione della trappola rilevi per la responsabilità degli "intrappolatori".

Sembrano accomunare Europa e Stati Uniti le questioni attinenti alla legittimazione, alla *ratio* delle operazioni sotto copertura e al rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento oltre che dei diritti fondamentali dei consociati[135]. Le problematiche sollevate dagli accusati davanti alle Corti e poi vagliate dal Comitato del Senato con riferimento al *due process principle*, ma anche il dibattito sotteso all'*entrapment defense*, riecheggiano – oltre che le riflessioni dottrinali già considerate[136] – le affermazioni della Corte europea dei diritti dell'Uomo. I giudici di Strasburgo, infatti, ricavano dall'art. 6 CEDU in materia di equo processo un divieto di *police incitement*, ossia di provocazione poliziesca, contrapposta alle operazioni sotto copertura, che non si concretano nella istigazione di un reato che altrimenti non sarebbe stato commesso[137].

Questo profilo comune dimostra come per loro stessa natura le operazioni sotto copertura comportino rischi ed effetti collaterali, inevitabilmente legati al *paradosso* che esse sottendono: «fare il bene facendo il male (bugie, inganno e tradimento); vedere la polizia agire alla stregua dei delinquenti e gli informatori delinquenti agire in vece della polizia; cercare di ridurre la criminalità e, di fatto, aumentarla; vedere che le restrizioni

[135] Si veda ad esempio C. FIJNAUT, G. T. MARX, *Introduction. The Normalization of Undercover Policing in the West*, cit., p. 1. In apertura dell'indagine comparativa, i curatori notano come negli ultimi venticinque anni le operazioni sotto copertura siano divenute una questione pubblica sia negli Stati Uniti sia in Europa occidentale e «*Much of the discussion has to do with the "necessary evil" character of this policing strategy within democratic societies*».

[136] V. *supra*, Cap. I, sez. II, § 1.

[137] V. *infra*, Cap. III, sez. I, § 1.2.2.

imposte all'impiego della coercizione si traducono in un aumento del ricorso all'inganno da parte della polizia»[138].

Nonostante le differenze e le problematiche insorte anche negli Stati Uniti in ordine alle operazioni sotto copertura, si è accennato a come le stesse siano state esportate in Europa soprattutto per contrastare il narcotraffico a partire dagli anni Settanta. Più recentemente l'impiego delle stesse contro la corruzione, oltre ad essere stato previsto nella Convenzione di Merida dell'ONU, è stato introdotto dal legislatore italiano con la l. n. 3/2019.

A proposito di circolazione dei modelli giuridici, la comparatistica moderna ha messo in evidenza come essa avvenga per *imposizione* o per *prestigio*. La dottrina più autorevole ha individuato un'analogia tra le dinamiche circolatorie sottese alla codificazione penale americana e il caso della diffusione del processo *adversary* in Italia: «in entrambe le ipotesi il contenuto della circolazione si sostanzia nel puro messaggio politico-filosofico, frutto di un'idealizzazione». Entrambi i modelli, infatti, sono circolati non sul piano delle regole, ma sul piano «dell'immagine associata a quei modelli»[139].

Senza affrettare conclusioni troppo nette, qualcosa di simile sembra essere avvenuto anche con riferimento all'*esportazione delle operazioni sotto copertura in Europa,* e in particolare in Italia, dagli Stati Uniti. L'immagine della *potenza* e dell'almeno apparente *successo* delle operazioni statunitensi ha consentito di presentarle come soluzione di fronte a fenomeni criminali ritenuti pericolosi e invincibili con i mezzi investigativi ordinari. Non sempre, però, sono state evidenziate le problematiche sottese a tale soluzione e, soprattutto, la diversità di prospettiva e di approccio alle indagini coperte nell'ordinamento americano.

---

[138] Traduzione nostra. Vale la pena riportare anche il testo originale in lingua inglese: «*doing good by doing bad (lies, deceit and trickery); to see police act as criminals and criminal informers act as police; to seek to reduce crime and, in fact, to increase it; to see restrictions on police coercion result in increase of police deception*». Così G. T. MARX, *Undercover: Police surveillance in America*, cit., p. 201. In una indagine comparativa tra Stati Uniti e Germania si mette, però, in evidenza che, sebbene entrambi gli Stati guardino le operazioni sotto copertura come un "male necessario", essi non attribuiscono lo stesso significato a tale espressione. Secondo Jacqueline Ross, infatti, a differenza della Germania, gli Stati Uniti non considerano le operazioni sotto copertura come *intrinsecamente problematiche*, ma come pericolose solo nel momento in cui si verifica un *abuso*. In Germania, invece, indipendentemente dagli eventuali abusi, le operazioni sotto copertura sono ritenute in conflitto con valori costituzionali fondamentali individuali e istituzionali, nonché con i compiti dello Stato rispetto alla prevenzione e repressione del crimine. Per approfondire si rinvia a J. E. ROSS, *The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies*, cit., pp. 558 ss.

[139] Così E. GRANDE, *Imitazione e diritto. Ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 147.

Risulta, peraltro, alquanto problematico sostenere la tesi del successo delle operazioni sotto copertura, vista la difficoltà di misurarne i risultati e di comprendere se *nei fatti* l'operazione debba considerarsi riuscita o fallita[140]. E ciò sia per la scarsità dei dati empirici disponibili[141], sia per le peculiarità di ogni situazione, che la rende difficilmente confrontabile con altre[142]. Con particolare riferimento alla corruzione, si evidenzia, inoltre, come il successo di un'operazione serva solo a scoperchiare un vaso di Pandora che continuerà ininterrottamente a riempirsi se non si agisce sulle cause del problema[143].

Il carattere *simbolico* della circolazione del modello statunitense si deve altresì alla diversità del suolo in cui l'istituto è stato trapiantato. Il terreno europeo è, invero, intriso della diffidenza instillata dalle ragioni storiche già considerate[144].

Alle operazioni sotto copertura nelle fonti di livello sovranazionale e nell'ordinamento italiano sono dedicati i prossimi capitoli, che dovrebbero contribuire a far emergere più chiaramente le differenze e le analogie con gli Stati Uniti emerse sino a qu.

---

[140] G. T. MARX, *Undercover: Police surveillance in America*, cit., p. 109. L'A. evidenzia come in realtà non sia chiaro neppure quando un'operazione possa considerarsi riuscita o fallita e come i risultati debbano essere interpretati: «*In many cases, a crime has not yet occured and the goal is to test whether or not someone will take the bait. Does the operation "succeed" if someone takes the bait and is found guilty, and does it "fail" if the corrupt offer is refused? If there are strong grounds for predication, than the former is appropriate. But when the grounds for suspicion are muddier, as is often the case, then failure to take the bait may not mean that the operation failed. Indeed, from the abstract standpoint of justice and where the concern is with due process rather than arrest, a fair test in which the corrupt opportunity is rejected is a "success". A lack of arrests may also be taken as a sign of the tactic's effectiveness as a deterrent*».

[141] *Ivi*, pp. 109-118. L'A. analizza alcuni report disponibili di diverse agenzie e dipartimenti di polizia e conclude osservando la difficoltà di confrontare i dati e di valutare i costi e i benefici delle operazioni. In generale, emerge che le operazioni si concludono spesso con molti arresti e che gli arrestati non sono incensurati. Non sembra emergere un impatto deterrente delle operazioni, anche se ci sono studi che affermano l'esatto opposto.

[142] G. T. MARX, *When the Guards Guard themselves: Undercover Tactics Turned Inward*, cit., pp. 225-226.

[143] *Ibidem*. L'A. riporta le parole dello U.S. Attorney titolare dell'indagine *CorCom* in un'intervista rilasciata al New York Times nel 1981: «*"we can win all these cases, but if the system isn't changed, we've lost the war. It would be business as usual unless the legislature adopted new laws". Action taken to lessen the likelihood of corruption include: limits on campaign contributions and spending; public financing of election campaingns; disclosure laws; restrictions on political party leaders, legislators, and former officials going into a related private business immediately upon leaving government; higher salaries; stricter rules for competitive bidding; centralized purchasing; better accounting and audit procedures; a requirement that bribe offers be reported; and independent ethics committees with enforcement powers*».

[144] Sulle difficoltà di cooperazione internazionale tra Stati Uniti e Italia per le differenze in ordine alla concezione e alla disciplina delle operazioni sotto copertura si veda J. E. ROSS, *Impediments to Transnational Cooperation in Undercover Policing: a Comparative Study of the United States and Italy*, cit., pp. 569-623.

CAPITOLO III

Quadro e cornice: aree criminali interessate e norme di disciplina delle operazioni sotto copertura

SOMMARIO: SEZIONE I. LE OPERAZIONI SOTTO COPERTURA NELLA NORMATIVA SOVRANAZIONALE – 1. Convenzioni e raccomandazioni internazionali – 1.1. Le convenzioni adottate dalle Nazioni Unite – 1.1.1. I trattati in materia di prevenzione e repressione dei reati in materia di stupefacenti – 1.1.2. La Convenzione di Palermo sul crimine organizzato transnazionale – 1.1.3. La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione – 1.2. Gli atti del Consiglio d'Europa e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – 1.2.1. Le convenzioni e le raccomandazioni del Consiglio d'Europa in tema di operazioni sotto copertura – 1.2.2. I criteri di accertamento della legittimità delle operazioni sotto copertura nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – 2. Il diritto eurounitario. Cooperazione giudiziaria, armonizzazione, competenza in materia penale dell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona: le novità nella disciplina delle operazioni sotto copertura e il catalogo degli eurocrimini – 2.1. La disciplina eurounitaria delle operazioni sotto copertura: dalla Convenzione M.A.P. del 2000 alla Direttiva O.E.I. del 2014 – 2.2. Gli eurocrimini: l'art. 83 TFUE e i suoi "predecessori" – SEZIONE II. L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA ITALIANA IN TEMA DI OPERAZIONI SOTTO COPERTURA TRA RECEPIMENTO DELLE ISTANZE SOVRANAZIONALI ED EMERGENZE INTERNE – 1. Emergenza narcotraffico: l'acquisto simulato di droga e il ritardo o omissione di atti d'ufficio – 2. Emergenza criminalità organizzata: la legislazione degli anni del periodo stragista di Cosa Nostra – 2.1. L'art. 7, d.l. n. 8/1991 in tema di sequestro di persona a scopo di estorsione e l'art. 10 d.l. n. 419/1991 sulla possibilità di ritardare i provvedimenti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria nel corso di indagini per riciclaggio – 2.2. L'art. 12-*quarter*, d.l. n. 306/1992 – 3. L'art. 14, l. n. 269/1998. Prostituzione, pedopornografia, turismo sessuale – 4. Emergenza terrorismo internazionale dopo l'11 settembre 2001: l'art. 4, d.l. n. 374/2001 – 5. Emergenza immigrazione, traffico di persone e tratta di esseri umani: la l. n. 228/2003 e l'art. 12, co. 3-*septies*, d.lgs. n. 286/1998 (introdotto con il d.l. n. 241/2004) – 6. La *reductio ad unitatem*: l'art. 9 l. n. 146/2006 e successive modificazioni. Lo «statuto» delle operazioni sotto copertura – 6.1. Crepe nello statuto unitario delle operazioni sotto copertura: l'art. 17, l. n. 124/2007 e l'art. 10, co. 1, d.l. n. 16/2012 (poi abrogato e sostituito dall'art. 29 d.l. 124/2019) – 7. Prima conclusione e rinvio.

Il presente capitolo, strutturato in due sezioni, è dedicato all'*individuazione* delle aree criminali rispetto alle quali è stata prevista dal legislatore la possibilità di impiegare le indagini sotto copertura.

Si considera la *cornice normativa multilivello* costituita dalle norme di diritto internazionale, eurounitario (sezione I) e italiano (sezione II), procedendo lungo due binari: da una parte, la disciplina del *metodo* di indagine sotto copertura, dall'altra, l'individuazione della *materia criminale* per la quale tale metodo è stato ritenuto necessario. L'attenzione sarà rivolta non tanto ai singoli reati e all'analisi delle fattispecie, quanto alla *criminalità*, al comportamento criminale come fenomeno sociale[1]. L'obiettivo

[1] La definizione è ripresa da G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 52

è invero quello di identificare, all'interno della suddetta cornice normativa, il *quadro criminologico* in essa racchiuso, oggetto dell'analisi contenuta nel Capitolo IV.

Agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso, quando erano state emanate solo due delle disposizioni in materia di indagini coperte considerate nel prosieguo (gli artt. 97 e 98 T.U. stup.), Cristina De Maglie aveva descritto lo scenario emerso dalla propria ricerca sull'agente provocatore come un «disegno 'a macchie di leopardo'», in cui delle «macchie di impunità» erano di volta in volta state circoscritte dalla dottrina, dalla giurisprudenza e infine dal legislatore sullo sfondo della regola della punibilità dell'agente provocatore [2].

La rassegna normativa mira a descrivere più ampiamente questo disegno e ad "aggiornarlo", alla luce dei numerosi provvedimenti legislativi intervenuti nel frattempo, che non hanno comunque mai introdotto una disposizione generale che facoltizzi lo svolgimento delle operazioni sotto copertura.

Sezione I
Le operazioni sotto copertura nella normativa sovranazionale

1. Convenzioni e raccomandazioni internazionali

La disciplina normativa multilivello delle operazioni sotto copertura è anzitutto costituita dagli atti internazionali adottati in seno alle Nazioni Unite e al Consiglio d'Europa. Sia per il numero di Stati aderenti sia in base al criterio cronologico conviene prima considerare i trattati adottati dall'ONU a partire dalla fine degli anni Ottanta e successivamente quelli la cui adozione è stata promossa a livello europeo dal Consiglio d'Europa.

1.1. Le convenzioni adottate dalle Nazioni Unite

I trattati internazionali adottati sotto l'egida delle Nazioni Unite riguardano essenzialmente tre macroaree criminali: quella dei *reati in materia di stupefacenti*, quella del *crimine organizzato transnazionale* e quella della *corruzione*. Nelle pagine che

[2] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., pp. 392-393.

seguono si considerano le disposizioni dei suddetti trattati specificamente dedicate alle indagini sotto copertura, approfondendo alcune questioni già in parte emerse nella delimitazione del perimetro linguistico[3].

1.1.1. I trattati in materia di prevenzione e repressione dei reati in materia di stupefacenti

Le origini della tossicodipendenza e dell'uso rituale delle droghe si perdono in epoche antichissime, ma è dal 1500 che iniziano a diffondersi fenomeni di massa tali da destare la preoccupazione dei governanti per i loro effetti sociali. Nei secoli successivi il consumo di alcune sostanze diviene endemico, al punto che nel ventesimo secolo la comunità internazionale inizia a interessarsene[4].

Dopo la seconda guerra mondiale, il contrasto agli illeciti in materia di droga costituisce il settore su cui si è forse più precocemente concentrata l'attività della comunità internazionale sotto l'egida delle Nazioni Unite, in conseguenza della diffusione del consumo di sostanze stupefacenti prima negli Stati Uniti e poi in Europa.

Nel 1961 viene infatti adottata la *Single Convention on Narcotic Drugs*, poi modificata nel 1972. Nel 1971 viene firmata un'altra convenzione relativa alle sostanze psicotrope (*Convention on Psychotropic Substances*), mentre al 1988 risale la già citata *United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*.

Già dai nomi delle convenzioni si può notare un cambiamento di approccio al problema: se infatti le prime due sono dedicate a stabilire controlli internazionali per assicurare la disponibilità delle sostanze narcotiche e psicotrope per fini medici e scientifici e prevenirne la circolazione per altri scopi, la Convenzione del 1988 sposta l'attenzione sui traffici illeciti di tali sostanze e sui metodi per contrastarli a livello internazionale.

---

[3] V. *supra*, Cap. I, sez. I, § 1.

[4] Nel 1909 si tiene un Congresso a Shangai, cui segue nel 1912 la firma all'Aja della Convenzione internazionale sull'oppio. A Ginevra nel 1925 viene firmata un'altra Convenzione internazionale sul traffico di oppio e dei suoi derivati e nel 1931 un altro trattato per limitare la fabbricazione e regolare la distribuzione degli stupefacenti. Per approfondimenti sul tema degli interventi della comunità internazionale nel contrasto al traffico e all'abuso di sostanze stupefacenti si rinvia a F. FERRACUTI (a cura di), *Alcoolismo, tossicodipendenze e criminalità*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, vol. 15, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 1-27; G. AMATO, G. FIDELBO, *L'evoluzione storica e gli obblighi pattizi: dalle "sostanze velenose" alla riforma del 2006*, in A. CAPUTO, G. FIDELBO (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 272-273.

È in quest'ultimo trattato che per la prima volta viene prevista la consegna controllata/sorvegliata[5], che sarà poi ripresa in molti strumenti successivi, sia nell'ambito delle Nazioni Unite, sia di altri consessi internazionali, in particolare il Consiglio d'Europa.

Dopo aver definito la consegna controllata/sorvegliata all'art. 1, lett. g), l'art. 11 detta la disciplina di tale tecnica investigativa:

> «1. Se i principi fondamentali dei loro ordinamenti giuridici interni lo consentono, le Parti prendono i provvedimenti necessari tenendo conto delle loro possibilità per consentire un adeguato ricorso alle consegne sorvegliate a livello internazionale in base ad accordi o intese da esse eventualmente stipulate in vista di identificare gli individui implicati in reati stabiliti conformemente con il paragrafo 1 dell'articolo 3 e di intentare procedimenti contro di essi.
> 2. La decisione di ricorrere a consegne sorvegliate viene adottata in ogni fattispecie e può se del caso tener conto di accordi e di intese finanziarie per quanto riguarda l'esercizio della loro competenza da parte delle Parti interessate.
> 3. Le spedizioni illecite per le quali sia stato convenuto di sorvegliare la consegna possono, con il consenso delle Parti interessate essere intercettate ed autorizzate a proseguire il loro percorso, sia tali quali, sia dopo che gli stupefacenti o le sostanze psicotrope ne siano state sottratte o sostituite in tutto o in parte da altri prodotti»[6].

Queste previsioni rappresentano una novità importante rispetto all'approccio tradizionale, incentrato sulla misura del sequestro, e nascono dalla volontà di smantellare le organizzazioni criminali dedite al traffico di sostanze stupefacenti, colpendo tutti gli anelli della catena e non solo i "pesci piccoli" che operano a contatto diretto con il consumatore[7].

---

[5] In ordine alla discrasia linguistica tra le versioni in lingua inglese e in lingua francese sia della Convenzione di Vienna del 1988 sia della Convenzione di Palermo del 2000 si rinvia al Cap. I, sez. I, § 1.

[6] La traduzione italiana riportata è ripresa dalla versione non ufficiale in lingua italiana della Convenzione disponibile a: <http://www.politicheantidroga.gov.it/media/1237/050-l-5_11_1990-n-328.pdf> (ultimo accesso novembre 2020). Si riporta per maggiore chiarezza anche il testo ufficiale in inglese: «*1. If permitted by the basic principles of their respective domestic legal systems, the Parties shall take the necessary measures, within their possibilities, to allow for the appropriate use of controlled delivery at the international level, on the basis of agreements or arrangements mutually consented to, with a view to identifying persons involved in offences established in accordance with article 3, paragraph 1, and to taking legal action against them. 2. Decisions to use controlled delivery shall be made on a case-by-case basis and may, when necessary, take into consideration financial arrangements and understandings with respect to the exercise of jurisdiction by the Parties concerned. 3. Illicit consignments whose controlled delivery is agreed to may, with the consent of the Parties concerned, be intercepted and allowed to continue with the narcotic drugs or psychotropic substances intact or removed or replaced in whole or in part*».

[7] United Nations, *Commentary on the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, 1988, New York, 1998, disponibile a: <https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Drug%20Convention/Commentary_on_the_united_nations_convention_1988_E.pdf>, p. 236 (ultimo accesso luglio 2020).

Il carattere innovativo e le peculiarità della tecnica investigativa introdotta non mancano di suscitare alcune discussioni tra i rappresentanti di diversi Stati, concluse con l'adozione di un testo in cui si esplicita la "condizionalità" (espressa dalle proposizioni con cui si apre l'art. 11, «*If permitted by the basic principles of their respective domestic legal systems*» e «*within their possibilities*») del ricorso a tale misura in ciascuno Stato. L'art. 11 non deve essere inteso nel senso che ogni Stato è obbligato a prevedere una disciplina *ad hoc* della consegna controllata, ma ciascuno deve adottare le misure necessarie a garantire un uso appropriato di tale tecnica. Rimane ampia, quindi, la discrezionalità dei singoli stati, sicché la regolamentazione specifica dipenderà in ultima istanza dagli accordi stipulati tra le Parti[8].

Le preoccupazioni degli Stati emergono dal preambolo della Convenzione, in cui oltre all'apprensione per la continua crescita della produzione, della domanda e del traffico di sostanze stupefacenti, il cui consumo è considerato una seria minaccia per la salute, affiora la consapevolezza dei collegamenti tra il narcotraffico e altre attività criminali organizzate, che minano le basi dell'economia legale e mettono in pericolo la stabilità, la sicurezza e la sovranità degli Stati. Il traffico è infatti spesso gestito da organizzazioni transnazionali che grazie agli ingenti guadagni tratti da tale attività acquistano la capacità di penetrare e corrompere le istituzioni pubbliche e di infiltrarsi nell'economia legale e nella società a tutti i livelli.

Le Nazioni Unite mirano, dunque, con la Convenzione di Vienna a colpire il *narcotraffico*, sia per il pericolo rappresentato dalle sostanze stupefacenti per la salute dei cittadini (e quindi anche per la salute pubblica, in termini di costi di gestione delle patologie correlate), sia perché tale traffico costituisce la fonte delle risorse necessarie per perpetrare numerose altre attività criminose. Una sorta di primo anello della catena. Per il momento l'unico strumento contemplato è la consegna controllata/sorvegliata, concepita per seguire la droga attraverso i territori di ciascuno Stato e intervenire al momento opportuno.

[8] United Nations, *Commentary on the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, cit., pp. 238-239.

1.1.2. La Convenzione di Palermo sul crimine organizzato transnazionale

Un passo avanti significativo nella considerazione internazionale delle operazioni sotto copertura si registra con la *Convenzione di Palermo contro il crimine organizzato transnazionale* del 2000. Accanto alla consegna controllata, infatti, vengono contemplate altre tecniche investigative speciali.

Innanzitutto, l'art. 2, lett. i) reca la definizione di consegna controllata (in francese consegna sorvegliata), l'unica delle tecniche investigative poi menzionate nell'art. 20 a essere specificamente definita[9]. Come già anticipato[10], inoltre, la consegna controllata sembra essere la tecnica investigativa per il cui utilizzo viene richiesta meno cautela. Nella formulazione dell'art. 20, invero, si impone a ciascuno Stato di adottare le misure necessarie a consentire l'uso appropriato della consegna controllata, senza ulteriori condizionalità. Al contrario, soltanto «where it deems appropriate», gli Stati parte devono adottare anche regole sull'uso di altre tecniche, quali la sorveglianza elettronica e le operazioni sotto copertura.

L'art. 20, rubricato *Special investigative techniques*, recita testualmente:

> *«1. If permitted by the basic principles of its domestic legal system, each State Party shall, within its possibilities and under the conditions prescribed by its domestic law, take the necessary measures to allow for the appropriate use of controlled delivery and, where it deems appropriate, for the use of other special investigative techniques, such as electronic or other forms of surveillance and undercover operations, by its competent authorities in its territory for the purpose of effectively combating organized crime.*
> *2. For the purpose of investigating the offences covered by this Convention, States Parties are encouraged to conclude, when necessary, appropriate bilateral or multilateral agreements or arrangements for using such special investigative techniques in the context of cooperation at the international level. Such agreements or arrangements shall be concluded and implemented in full compliance with the principle of sovereign equality of States and shall be carried out strictly in accordance with the terms of those agreements or arrangements.*
> *3. In the absence of an agreement or arrangement as set forth in paragraph 2 of this article, decisions to use such special investigative techniques at the international level shall be made on a case-by-case basis and may, when necessary, take into consideration financial arrangements and understandings with respect to the exercise of jurisdiction by the States Parties concerned.*
> *4. Decisions to use controlled delivery at the international level may, with the consent of the States Parties concerned, include methods such as intercepting and allowing the goods to continue intact or be removed or replaced in whole or in part».*

[9] Nei Lavori preparatori si dà conto che i rappresentanti di alcuni Stati contraenti avevano richiesto di definire meglio anche le altre tecniche contemplate dal primo paragrafo dell'art. 20, ma si era poi optato per lasciare tale definizione ad altra sede. Si rimanda in proposito a United Nations, *Travaux préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, disponibile a: <https://www.unodc.org/pdf/ctoccop_2006/04-60074_ebook-e.pdf>, p. 204 (ultimo accesso luglio 2020).

[10] V. *supra*, Cap. I, sez. I, § 1.3.2.

Nella *Guida legislativa* elaborata dall'Ufficio delle Nazioni Unite per la droga e il crimine di Vienna (UNODC) per coadiuvare gli Stati nel recepimento della Convenzione di Palermo, si specifica che le tecniche investigative speciali sono accomunate dall'obiettivo di raccogliere informazioni su determinati soggetti senza farsi scoprire dagli stessi. Esse sono ritenute particolarmente utili quando si tratta di indagare su gruppi criminali organizzati «sofisticati», nei confronti dei quali i mezzi di ricerca della prova meno intrusivi si rivelano inefficaci o comportano rischi eccessivi per gli investigatori coinvolti[11].

La specialità di tali tecniche, che le distingue dalle ordinarie tecniche di indagine, è imputata a diversi fattori: «il loro impiego spesso è costoso e complicato, richiede competenze specializzate e, talora, conoscenze e strumenti tecnologici avanzati. In alcuni casi, il loro impiego può sollevare problemi etici, mentre in altri può mettere in pericolo gli operatori; e, cosa ancora più importante, può violare diritti fondamentali della persona (ad es., il diritto alla riservatezza). In teoria, pertanto, tali tecniche dovrebbero essere impiegate solo in assenza di un'alternativa ragionevole per ottenere informazioni o prove»[12]. Spesso – come riconosciuto nella Raccolta redatta dall'UNODC in collaborazione con i governi italiano e colombiano e con Interpol – le tecniche speciali d'investigazione risultano «insostituibili nell'indagare e perseguire la criminalità organizzata»[13].

Nello specifico, la consegna controllata si ritiene proficua per identificare e intercettare traffici illeciti in modo da monitorare tutti i passaggi della merce, mentre le operazioni sotto copertura sono definite come infiltrazioni di soggetti appartenenti alla forza pubblica o di altre persone in un'organizzazione criminale.

Nella prassi tali operazioni richiedono nella maggioranza dei casi la cooperazione e la collaborazione delle agenzie del controllo formale di diversi Paesi, sicché è fondamentale la cooperazione internazionale. Tuttavia, non in tutti gli ordinamenti le

[11] United Nations Office on Drugs and Crime, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, disponibile a: <https://www.unodc.org/documents/treaties/Legislative_Guide_2017/Legislative_Guide_E.pdf>, p. 132 (ultimo accesso luglio 2020).

[12] United Nations Office on Drugs and Crime, *Digesto di casi di criminalità organizzata. Raccolta commentata di casi e lezioni apprese*, 2012, disponibile a: <https://www.unodc.org/documents/organized-crime/ItalianDigest_Final291012.pdf>, p. 45 (ultimo accesso luglio 2020).

[13] *Ibidem*.

indagini sotto copertura sono consentite[14]. Gli Stati contraenti non sono infatti obbligati a prevederle[15], perché è sempre fatta salva un'eventuale incompatibilità con i principi fondamentali di ciascun ordinamento. Qualora decidano di rendere possibile il ricorso a tale tecnica investigativa speciale, devono considerare diversi aspetti[16], ad esempio l'opportunità di prevedere una base legislativa specifica, l'autorizzazione giudiziale preventiva e i presupposti per il suo utilizzo, in modo da bilanciare le esigenze investigative con la tutela della *privacy* e dei diritti umani. Altri profili di particolare rilievo sono l'eventuale immunità civile e penale dell'agente infiltrato, nonché la disciplina dell'utilizzabilità della prova ottenuta.

In base ai paragrafi 2 e 3 dell'art. 20, gli Stati sono invitati a concludere accordi bilaterali o multilaterali sulla cooperazione nell'utilizzo delle tecniche investigative speciali, in assenza dei quali la decisione circa il ricorso alle stesse dovrà essere presa caso per caso. Il paragrafo 4 chiarisce poi che la consegna controllata può esplicarsi secondo diversi metodi, in particolare consentendo alla merce di proseguire il suo tragitto oppure sostituendola segretamente in tutto o in parte a seconda delle circostanze del caso.

La Convenzione ha quindi lasciato un ampio margine di movimento agli Stati nella consapevolezza della delicatezza della materia, ma allo stesso tempo ha cercato di coadiuvarli mediante la guida legislativa citata e anche attraverso l'elaborazione di previsioni legislative modello[17]. I negoziatori della Convenzione erano invero consci della difficoltà di introdurre norme internazionali specifiche sull'impiego delle tecniche, ma allo stesso tempo l'assenza di un livello minimo di armonizzazione tra le legislazioni nazionali avrebbe potuto rendere più difficoltosa la cooperazione internazionale[18].

Senza ripetere quanto già evidenziato a suo tempo, nella fase di delimitazione del perimetro linguistico dell'indagine[19], è sufficiente qui rammentare che le previsioni legislative modello elaborate per il recepimento dell'UNTOC suggeriscono una regolamentazione autonoma di ciascuna tecnica investigativa. L'art. 13 è dedicato alla

[14] United Nations Office on Drugs and Crime, *Legislative guide*, cit., pp. 132-133.

[15] Lo dicono espressamente i lavori preparatori della Convenzione. V. United Nations, *Travaux préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, cit., p. 206.

[16] United Nations Office on Drugs and Crime, *Legislative guide*, cit., pp. 133-134.

[17] V. *supra*, Cap. I, sez. I, § 1.3.1.

[18] United Nations Office on Drugs and Crime, *Digesto di casi di criminalità organizzata*, cit., p. 46. In dottrina si veda B. PIATTOLI, *Tecniche speciali di investigazione nel crimine organizzato transnazionale. La riscrittura delle "undercover operations" e le ricadute nel processo*, cit., pp. 358-359.

[19] V. *supra*, Cap. I, sez. I, § 1.

consegna controllata, l'art. 14 alla identità di copertura (*assumed identity*), l'art. 15 all'infiltrazione. Tutte e tre le previsioni invitano alla cautela nell'utilizzo delle tecniche investigative che hanno ad oggetto.

L'art. 13 specifica che l'attività criminale per la quale si chiede l'autorizzazione a procedere con la consegna controllata deve essere di natura e dimensione tale da giustificare il ricorso a tale metodo di indagine. Nel rispetto del *principio di necessità e di proporzione*, il compimento di attività illecite durante l'operazione di consegna controllata deve essere limitato al minimo necessario per assicurare l'efficacia dell'operazione e occorre garantire che i beni illegali giungano sotto il controllo dell'autorità al termine dell'operazione. Si aggiunge, infine, un'ulteriore precisazione fondamentale: la consegna controllata non deve indurre a commettere un reato un soggetto che non l'avrebbe altrimenti commesso.

Tale importante puntualizzazione si ritrova anche nell'art. 15, laddove nel primo paragrafo si dispone che gli agenti infiltrati non possono agire in modo tale da istigare taluno alla commissione di un reato. Le condotte facoltizzate sono l'acquisto, la detenzione, il trasporto, la copia o la spedizione di oggetti, prodotti, documenti e informazioni derivanti dalla commissione di reati inclusi nell'ambito di applicazione della Convenzione o che sono serviti per commetterli. È inoltre lecito mettere a disposizione i mezzi legali, finanziari, di trasporto, vitto, alloggio e di comunicazione necessari per porre in essere le suddette condotte. Si specifica che non sono responsabili penalmente tutti i soggetti legalmente richiesti, i quali devono essere appositamente addestrati.

In sintesi, dunque, la Convenzione di Palermo sul contrasto al crimine organizzato transnazionale dedica alle tecniche investigative speciali una norma *ad hoc*, la quale comprende sia metodi di monitoraggio come la consegna controllata sia la tecnica "attiva" delle operazioni sotto copertura. La delicatezza e i complessi bilanciamenti sottesi all'impiego di queste tecniche costituiscono la cifra qualificante delle stesse e rendono necessaria una regolamentazione precisa, nella quale si stabiliscano gli organi competenti ad autorizzare e ad agire nonché le condizioni e i limiti entro i quali è possibile ricorrervi.

1.1.3. La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione.

La *Convenzione ONU di Merida contro la corruzione* (UNCAC) del 2004 riprende la definizione di consegna controllata e la disciplina delle tecniche speciali di

investigazione previste dalla Convenzione di Palermo. Per la precisione, la definizione di consegna controllata di cui all'art. 2, lett. i) è perfettamente identica a quella della UNTOC, mentre qualche differenza intercorre tra l'art. 20 UNTOC e l'art. 50 UNCAC.

Il primo comma di quest'ultima disposizione recita:

> *«In order to combat corruption effectively, each State Party shall, to the extent permitted by the basic principles of its domestic legal system and in accordance with the conditions prescribed by its domestic law, take such measures as may be necessary, within its means, to allow for the appropriate use by its competent authorities of controlled delivery and, where it deems appropriate, other special investigative techniques, such as electronic or other forms of surveillance and undercover operations, within its territory, and to allow for the admissibility in court of evidence derived therefrom».*

Diverso è, innanzitutto, l'obiettivo delle tecniche investigative speciali, individuato nella necessità di *combattere efficacemente la corruzione*. Di particolare rilievo è, inoltre, l'ultima proposizione in cui si specifica che ciascuno Stato deve disciplinare l'utilizzabilità in giudizio delle prove ottenute grazie all'impiego di tecniche investigative speciali. Ancora una volta, come già nella UNTOC, si precisa che il ricorso sia alla consegna controllata sia alle altre tecniche deve essere valutato da ciascun Paese in relazione ai principi fondamentali del proprio ordinamento interno.

Come si vedrà[20], la Convenzione di Merida è particolarmente importante ai nostri fini poiché è richiamata a sostegno della praticabilità delle operazioni sotto copertura contro la corruzione, prevista in Italia con la l. n. 3/2019.

1.2. Gli atti del Consiglio d'Europa e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Il Consiglio d'Europa si è occupato di operazioni sotto copertura sia in generale, in trattati riguardanti l'assistenza giudiziaria, sia, in particolare, con riferimento al riciclaggio e alla corruzione.

Come già più volte accennato, ha poi assunto fondamentale importanza a partire dalla fine degli anni Novanta la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in relazione all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

[20] V. *infra*, Cap. V.

1.2.1. Le convenzioni e le raccomandazioni del Consiglio d'Europa in tema di operazioni sotto copertura

Alcune disposizioni del *Secondo protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale* e delle *Raccomandazioni del 2005 e del 2017 in tema di operazioni sotto copertura*[21] sono già state opportunamente ricordate. A fini di completezza, vale comunque la pena prenderle nuovamente in considerazione insieme alle altre Convenzioni del Consiglio d'Europa che si sono occupate di operazioni sotto copertura, al fine di metterne in chiaro ulteriori aspetti

I primi atti normativi stipulati dagli Stati del Consiglio d'Europa in cui è stata prevista la possibilità di impiegare tecniche investigative speciali hanno significativamente ad oggetto i temi del riciclaggio e della corruzione. La *Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime* del 1990 è il primo trattato internazionale dopo la Convenzione di Vienna delle Nazioni Unite del 1988 a menzionare l'impiego di tecniche investigative speciali.

Il paragrafo 2 dell'art. 4, rubricato *Special investigative powers and techniques*, recita:

> *«Each Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to enable it to use special investigative techniques facilitating the identification and tracing of proceeds and the gathering of evidence related thereto. Such techniques may include monitoring orders, observation, interception of telecommunications, access to computer systems and orders to produce specific documents».*

Si riferisce alle operazioni sotto copertura anche l'art. 23 della *Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption* del 1999, sotto la rubrica *Measures to facilitate the gathering of evidence and the confiscation of proceeds*[22]. Il riferimento alle operazioni sotto copertura non è esplicito nella disposizione, ma nella relazione ne viene spiegata la *ratio* e se ne specificano i contenuti[23].

---

[21] V. *supra*, Cap. I, sez. I, § 1.

[22] La disposizione recita: «*Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary, including those permitting the use of special investigative techniques, in accordance with national law, to enable it to facilitate the gathering of evidence related to criminal offences established in accordance with Article 2 to 14 of this Convention and to identify, trace, freeze and seize instrumentalities and proceeds of corruption, or property the value of which corresponds to such proceeds, liable to measures set out in accordance with paragraph 3 of Article 19 of this Convention*».

[23] Council of Europe, *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption*, 27.1.1999, disponibile a: <https://rm.coe.int/16800cce441999, pp. 22-23> (ultimo accesso aprile 2020).

Quanto al catalogo delle tecniche investigative speciali, la relazione precisa che i compilatori della disposizione intendevano fare riferimento all'impiego di agenti sotto copertura, alle intercettazioni telefoniche e ambientali e all'accesso ad altri dispositivi informatici, tecniche a cui si riferiscono la Convenzione di Vienna delle Nazioni Unite del 1988 e implicitamente la Convenzione del Consiglio d'Europa contro il riciclaggio.

La disposizione nasce dalla consapevolezza delle difficoltà di raccogliere prove della commissione di reati di corruzione, delle cui diverse forme la Convenzione fornisce le definizioni ai primi articoli. La corruzione è caratterizzata da un accordo tra corrotto e corruttore che nessuno dei due ha interesse a portare alla luce. Considerata la natura intrusiva di tali mezzi, la scelta se prevederli o meno è rimessa alla discrezionalità di ciascuno Stato, come evidenziato dall'inciso «in accordance with national law».

Nel 2001 il tema delle operazioni sotto copertura è nuovamente emerso nel *Secondo protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale*[24], i cui artt. 18 e 19 sono dedicati rispettivamente alla consegna controllata e alle operazioni coperte. Trattandosi di un protocollo sulla mutua assistenza tra Stati, le norme si occupano non tanto delle tecniche in sé, quanto della cooperazione nell'impiego delle stesse. Vengono puntualizzati alcuni aspetti attinenti alla richiesta di collaborazione indirizzata da uno Stato all'altro e ciascuna Parte contraente è invitata a indicare l'autorità nazionale competente per l'esame delle richieste[25].

Le Raccomandazioni provano a fornire indicazioni più concrete e operative agli Stati, dopo aver comunque sottolineato l'importanza di disciplinare le tecniche speciali di investigazione tenendo conto dei delicati equilibri che esse sottendono, nel rispetto dei principi di necessità, sussidiarietà e proporzionalità.

Nella Raccomandazione del 2005 si pone l'accento sull'importanza di un adeguato impegno finanziario da parte degli Stati per garantire risorse economiche, umane e tecnologiche aggiornate. Fondamentale è infatti tener conto dell'avanzamento

[24] *Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale*, Strasburgo, 8.11.2001.

[25] I successivi artt. 21 e 22, invece, riguardano la responsabilità civile e penale degli officiali che partecipano alle operazioni. L'art. 21 dispone che in caso di operazioni congiunte tra più Stati gli ufficiali di uno Stato diverso da quello sul cui territorio è condotta l'operazione devono essere considerati come se fossero ufficiali del secondo per quanto riguarda i reati commessi da loro o a loro danno, salvo diverso accordo tra gli Stati. Ai sensi dell'art. 22, quando gli ufficiali di uno Stato operano sul territorio di un altro, il primo è tenuto a risarcire i danni causati dai propri uomini durante le operazioni in conformità alle leggi del luogo.

tecnologico continuo anche per preservare la riservatezza dei dati personali. Inoltre, di vitale importanza è la formazione dei soggetti coinvolti a tutti i livelli, dal punto di vista tecnico, giuridico e con riguardo ai diritti umani garantiti dalla Convenzione EDU. Alcune disposizioni in chiusura sono dedicate alla cooperazione internazionale[26].

Nel 2017, a seguito della conferenza tenutasi a Strasburgo sull'uso delle tecniche investigative speciali per combattere il terrorismo e altre forme gravi di criminalità, il Comitato dei Ministri è tornato sul tema formulando una nuova Raccomandazione[27]. Quest'ultima è incentrata in particolare sul terrorismo, ma detta principi generali validi anche rispetto ad altre forme gravi di criminalità. Ancora una volta si evidenzia che gli Stati devono stabilire precisamente le condizioni in presenza delle quali le autorità competenti possono decidere di impiegare tecniche investigative speciali in luogo di quelle ordinarie. La legge deve inoltre garantire i cittadini da un uso arbitrario o abusivo di tali tecniche e assicurare il rispetto del diritto a un equo processo e alla vita privata e famigliare. Alla luce dell'evoluzione criminologica più recente si raccomanda, inoltre, di impiegare tecniche speciali di investigazione nell'ambito di indagini finanziarie e di prestare attenzione alla continua evoluzione tecnologica.

1.2.2. I criteri di accertamento della legittimità delle operazioni sotto copertura nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Come anticipato[28], la Corte europea dei diritti dell'uomo a partire dal *leading case* del 1998 *Teixeira de Castro c. Portogallo* ha tracciato una fondamentale distinzione tra provocazione di polizia (*police incitement*) e infiltrazione[29]. Tale distinzione è funzionale a verificare se sia stato violato il diritto a un processo equo garantito dall'art. 6 CEDU.

Pur riconoscendo l'importanza dell'impiego di tecniche investigative anche invasive per l'accertamento di reati quali il traffico di droga, la corruzione e i reati di criminalità organizzata, in tale pronuncia i giudici di Strasburgo delimitano l'area di liceità di tali tecniche entro i *confini dell'infiltrazione*. La forza pubblica non può infatti

[26] *Council of Europe recommendation Rec(2005)10 on "special investigation techniques" in relation to serious crimes including acts of terrorism*, disponibile a: <https://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/organisedcrime/Rec_2005_10.pdf> (ultimo accesso luglio 2020).

[27] *Recommendation CM/Rec(2017)6 of the Committee of Ministers to member States on "special investigation techniques" in relation to serious crimes including acts of terrorism*, 5.7.2017, disponibile a: <https://rm.coe.int/1680730408> (ultimo accesso luglio 2020).

[28] V. *supra*, Cap. I, sez. I, § 1.3.2.

[29] Il riferimento è alla già citata sentenza Corte EDU, 9.6.1998, Teixeira de Castro c. Portogallo.

istigare alla commissione di reati che non sarebbero stati altrimenti commessi. In quest'ultima evenienza, il diritto a un processo equo dell'autore del reato risulta violato e le prove raccolte contro di lui non possono essere utilizzate.

Tale sentenza aveva però suscitato in dottrina alcuni dubbi interpretativi sulla causa decisiva della inammissibilità della provocazione poliziesca. La motivazione non consentiva, infatti, di comprendere se essa fosse da considerarsi inammissibile *in sé* o solo se realizzata *fuori dal controllo dell'autorità giudiziaria*. Specularmente, ci si era chiesti se l'infiltrazione fosse sempre legittima, anche se impiegata in assenza di un controllo giudiziale[30]. Tali interrogativi sembrano trovare risposta nella evoluzione giurisprudenziale successiva, che è utile esaminare in ordine cronologico privilegiando i casi in cui emerge con maggior rigore il metodo di accertamento della Corte di Strasburgo, nonché quelli in materia di corruzione.

Già a partire dalla sentenza *Calabrò c. Italia/Germania*[31] inizia il percorso che conduce la Corte EDU a perfezionare il proprio metodo di accertamento del *police incitement*, che si consolida progressivamente in un «*Substantive test of incitement*» e in una verifica della «*Procedure deciding on the plea of incitement*»[32]. In altri termini, dal punto di vista sostanziale, la Corte verifica se si sia verificato un caso di vera e propria provocazione e, dal punto di vista procedurale, se la doglianza di provocazione (*plea of incitement o plea of entrapment*) eventualmente sollevata dal ricorrente sia stata esaminata in maniera equa dai giudici dell'ordinamento interno.

La distinzione tra i due piani si è fatta strada gradualmente nella giurisprudenza della Corte EDU divenendo sempre più chiara e netta[33].

Particolare rilievo assume in proposito la sentenza emessa dalla Grande Camera nel 2008 nel caso *Ramanauskas c. Lituania*, particolarmente interessante perché riguarda

[30] Si vedano in particolare le notazioni di A. VALLINI, *Il caso Teixeira de Castro davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi "legali" di infiltrazione poliziesca*, cit., pp. 200-201; G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, cit., p. 159. Più recentemente anche P. P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2018, (1), p. 31.

[31] Corte EDU, 21.3.2002, *Calabrò c. Italia/Germania*. Si veda in proposito la nota A. TAMIETTI, Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in Cass. pen., 2002, pp. 2921 ss.

[32] La distinzione e la considerazione separata dei due profili non emergono dalla sentenza in commento, ma dalla giurisprudenza successiva, che si considererà nell'immediato prosieguo della trattazione. Per maggiore chiarezza espositiva è citata all'inizio del paragrafo.

[33] Si vedano in proposito, *ex pluribus*, le seguenti sentenze della Corte EDU: sez. XII, 7.9.2004, *Eurofinacom v. France*; sez. I, 15.12.2005, *Vanyan v. Russia*; sez. III, 26.10.2006, *Khudobin c. Russia*; 21.2.2008, *Pyrgiotakis c. Grecia*; sez. IV, 24.4.2007, V. c. Finlandia.

specificatamente un'operazione contro la corruzione. A ricorrere alla Corte EDU è un *ex* procuratore della Lituania, il quale, tra la fine del 1998 e l'inizio del 1999, era stato avvicinato tramite un conoscente da un tale A.Z., che gli aveva chiesto di garantire l'assoluzione di una terza persona in cambio di 3.000 dollari. Il ricorrente aveva inizialmente rifiutato l'offerta, ma a seguito delle pressanti richieste di A.Z. aveva accettato una tangente di 2.500 dollari. Il ricorrente era stato condannato in via definitiva e destituito, ma in seguito l'interdizione dai pubblici uffici era stata revocata e così anche la condanna nel 2003 (la Corte EDU non spiega il motivo di tali decisioni).

Alla luce delle dimensioni assunte dalla corruzione e della difficoltà di scoprirla[34], la Corte, pur non censurando integralmente il ricorso a tecniche investigative speciali, si impegna a definirne i limiti: l'azione della polizia deve essere *sostanzialmente passiva* e non esercitare sull'indagato un'influenza tale da fargli commettere un reato che altrimenti non avrebbe commesso allo scopo di instaurare un procedimento penale a suo carico[35].

La Corte si impegna, quindi, innanzitutto, ad accertare se gli agenti di polizia intervenuti abbiano mantenuto un contegno *passivo*.

Tale accertamento impone di considerare, innanzitutto, sotto il profilo *sostanziale*, i *precedenti del ricorrente*, in particolare quelli specifici e, in secondo luogo, la *condotta della polizia*, al fine di verificare chi ha preso l'iniziativa degli incontri poi divenuti occasione della commissione del reato. Nel caso di specie, la Corte non trova prove né del precedente coinvolgimento del ricorrente in fatti di corruzione né del fatto che sia

[34] Corte EDU, Grande Camera, 5.2.2008, *Ramanauskas c. Lituania*, § 49-51. Vale la pena riportare testualmente le parole dei giudici: «*The Court observes at the outset that it is aware of the difficulties inherent in the policés task of searching for and gathering evidence for the purpose of detecting and investigating offences. To perform this task, they are increasingly required to make use of undercover agents, informers and covert practices, particularly in tackling organised crime and corruption. Furthermore, corruption – including in the judicial sphere – has become a major problem in many countries, as is attested by the Council of Europés Criminal Law Convention on the subject (see paragraph 35 above). This instrument authorises the use of special investigative techniques, such as undercover agents, that may be necessary for gathering evidence in this area, provided that the rights and undertakings deriving from international multilateral conventions concerning "special matters", for example human rights, are not affected. That being so, the use of special investigative methods – in particular, undercover techniques – cannot in itself infringe the right to a fair trial. However, on account of the risk of police incitement entailed by such techniques, their use must be kept within clear limits (...)*».

[35] Si riportano le parole dei giudici di Strasburgo: *«Police incitement occurs where the officers involved – whether members of the security forces or persons acting on their instructions – do not confine themselves to investigating criminal activity in an essentially passive manner, but exert such an influence on the subject as to incite the commission of an offence that would otherwise not have been committed, in order to make it possible to establish the offence, that is, to provide evidence and institute a prosecution».* V. Corte EDU, Grande Camera, 5.2.2008, *Ramanauskas c. Lituania*, § 55.

stato lui a decidere di incontrare A.Z. Al contrario, i tabulati telefonici mostrano come l'iniziativa fosse stata presa da quest'ultimo per tutti gli incontri[36].

La Corte continua poi con l'accertamento di carattere *procedurale*, per verificare se la doglianza di provocazione sollevata dall'imputato nel corso dei processi davanti ai giudici nazionali sia stata compiutamente esaminata. Ogniqualvolta la doglianza dell'imputato non possa essere ritenuta manifestamente infondata, grava invero sulla pubblica accusa dimostrare di non aver raccolto le prove mediante una provocazione. Se l'accusa non fornisce tale prova, il Giudice deve esaminare i fatti e prendere tutte le iniziative necessarie per accertare se vi sia stata o meno provocazione. È fondamentale, inoltre, accertare che tutte le prove siano state messe a disposizione anche della difesa o che gli agenti coinvolti vengano ascoltati come testimoni con possibilità della difesa di controesaminarli, in ossequio al principio di parità delle armi[37]. Nel caso concreto, invece, tutte le autorità e le corti nazionali non avevano intrapreso alcuna attività di analisi approfondita dei fatti[38], sicché la conclusione della Corte è che la Lituania abbia violato l'art. 6, § 1, della Convenzione.

I criteri enunciati dalla Grande Camera vengono ripresi e sistematizzati dalla giurisprudenza successiva[39].

Per la chiarezza e l'ordine delle argomentazioni desta interesse la sentenza *Bannikova c. Russia* del 2010[40], in cui sono specificati i passaggi di cui si compongono rispettivamente il *test sostanziale* e quello *procedurale*.

Il primo è funzionale a stabilire se il reato sarebbe stato commesso comunque. Esso si articola in diversi passaggi, a cominciare dalla verifica della *mera passività dell'attività della polizia*, desunta dalla sussistenza di *sospetti oggettivi* circa il fatto che un individuo possa essere già stato coinvolto in attività criminose oppure – e qui il criterio pare per la verità alquanto vago – appaa "predisposto" a commettere un reato[41]. I sospetti possono essere desunti da qualsiasi tipo di informazione che l'autorità competente sia in

[36] Corte EDU, Grande Camera, 5.2.2008, *Ramanauskas c. Lituania*, § 67-68.

[37] Nella giurisprudenza precedente in punto di disponibilità delle prove per tutte le parti del processo si veda in particolare la seguente pronuncia Corte EDU, sez. IV, 22.7.2003, *Edwards e Lewis c. Regno Unito*.

[38] Corte EDU, Grande Camera, 5.2.2008, *Ramanauskas c. Lituania*, § 70-72.

[39] Si considerino sul punto le seguenti pronunce della Corte EDU: sez. II, 1.7.2008, *Malininas c. Lituania*; sez. II, 1.3.2011, *Lalas c. Lituania*; sez. I, 2.10.2012, *Veselov And Others v. Russia*; sez. IV, 8.1.2013, *Baltins c. Lettonia*.

[40] Corte EDU, sez. I, 4.11.2010, *Bannikova c. Russia*.

[41] *Ivi*, § 37-38.

grado di provare. Non basta che un soggetto abbia precedenti penali; in assenza di questi ultimi possono essere considerati altri indicatori, quali la conoscenza da parte del soggetto dei prezzi attuali delle sostanze stupefacenti sul mercato e la capacità di procurare la droga in poco tempo[42].

L'altra verifica da cui desumere il carattere passivo dell'attività della polizia riguarda l'*iniziativa*. Occorre comprendere se la polizia abbia preso parte a un'attività criminosa già in corso o abbia istigato a commetterla prendendo per prima l'iniziativa. Ad esempio, la Corte EDU ha ritenuto che il contegno della polizia non potesse considerarsi passivo di fronte a comportamenti come quello di prendere l'iniziativa «*in contacting the applicant, renewing the offer despite his initial refusal, insistent prompting, raising the price beyond average…or appealing to the applicant's compassion by mentioning withdrawal symptoms*»[43]. L'onere di provare il carattere passivo del contegno della polizia grava sempre sull'autorità pubblica[44].

Dalla pronuncia in commento si evince più chiaramente che il test sostanziale comprende in realtà anche un profilo procedurale: la necessità che in ogni ordinamento nazionale le tecniche investigative speciali siano impiegate in ossequio a una *procedura chiara e prevedibile di autorizzazione* e sotto la *supervisione di un organo indipendente*, preferibilmente di tipo giudiziale[45].

Al termine del test sostanziale la Corte passa a esaminare il modo in cui i giudici nazionali hanno vagliato la doglianza del ricorrente riguardante la provocazione (*plea of incitement* o *plea od entrapment*). Tale verifica diviene peraltro decisiva nei casi in cui, per l'impossibilità di accedere a tutta la documentazione necessaria, non prodotta dal Governo dello Stato convenuto, i giudici di Strasburgo si trovino nell'impossibilità di completare il test sostanziale. L'accertamento procedurale riguarda innanzitutto le conseguenze sul piano sostanziale della responsabilità penale o sotto il profilo procedurale dell'utilizzabilità della prova che possono prodursi nell'ordinamento interno per il soggetto che lamenti di essere stato provocato[46].

[42] Corte EDU, sez. I, 4.11.2010, *Bannikova c. Russia*, § 40-42.
[43] *Ivi*, § 47.
[44] *Ivi*, § 48.
[45] *Ivi*, § 49-50.
[46] *Ivi*, § 54.

Spesso, tra l'altro, non è facile peraltro avere accesso al fascicolo delle prove per poter sollevare una doglianza di provocazione[47]. Sotto questo profilo, la Corte EDU ammette la possibilità di restrizioni del pieno contraddittorio per tutelare un prevalente interesse pubblico come la sicurezza nazionale, ma questa limitazione dei diritti degli imputati deve essere compensata nel procedimento penale consentendo all'agente sotto copertura di testimoniare ed essere controesaminato dalla difesa. Solo per fondati motivi tale possibilità può essere negata[48].

La necessità di un accertamento duplice emerge in tutte le pronunce della Corte, in molte delle quali si marca come "eccezione" proprio il *leading case Teixeira de Castro*, in cui il test sulla provocazione era stato condotto esclusivamente sul piano sostanziale. I due criteri – sostanziale e procedurale – vanno intesi come *complementari*[49].

Tra le sentenze più recenti si segnala il caso *Matanović c. Croatia* del 2017 in tema di corruzione[50]. Il ricorrente era il vicepresidente del Fondo croato per la privatizzazione ed era stato condannato in via definitiva nel 2010 per aver accettato una tangente di 50.000 euro oltre a un ulteriore deposito "cauzionale" di 150.000 euro in cambio del proprio supporto al progetto di un investitore russo nella regione croata di Zara.

I fatti erano venuti alla luce dopo che un consulente dell'investitore aveva segnalato alla procura anticorruzione croata di aver ricevuto richieste di tangenti da molti soggetti, tra cui il ricorrente, e aveva da quel momento in poi agito in qualità di informatore sotto la direzione della procura, con l'autorizzazione del giudice. Sempre previa autorizzazione del giudice erano inoltre state disposte altre misure di sorveglianza segreta, segnatamente l'intercettazione delle conversazioni telefoniche e il pedinamento.

Dopo essere stato condannato da tutte le corti nazionali, il signor Matanovic propone ricorso a Strasburgo sostenendo di essere stato provocato dall'informatore e

[47] Corte EDU, sez. I, 4.11.2010, *Bannikova c. Russia*, 61-62.

[48] *Ivi*, § 64-65.

[49] In molte sentenze compare infatti la seguente affermazione: «With the possible exception of Teixeira de Castro (cited above), where the Court found sufficient grounds to establish the entrapment on the basis of the substantive test only, as a general rule the Court will also examine the way the domestic courts dealt with the applicant's plea o incitement. In fact, as the case-law currently stands, the Court considers the procedural aspect a necessary part of the examination of the agent provocateur complaint». Cfr. Corte EDU, sez. I, 4.11.2010, *Bannikova c. Russia*, § 51; Corte EDU, sez. IV, 14.2.2017, *Pătraşcu c. Romania*, § 36; Corte EDU, sez. IV, 15.5.2018, *Virgil Dan Vasile c. Roumanie*, § 43. In dottrina si veda S. BASILICO, *L'agente sotto copertura: il confine tra tecnica investigativa legittima e istigazione a delinquere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 1821-1822.

[50] Corte EDU, sez. II, 4.4.2017, *Matanović c. Croatia*.

lamentando che i giudici nazionali non avevano adeguatamente esaminato la propria doglianza di provocazione. La Corte esclude sotto il profilo sostanziale la violazione dell'art. 6, ma ritiene non soddisfatto il test procedurale.

In ordine al primo profilo, da una precedente indagine della procura anticorruzione croata era emerso il possibile coinvolgimento del ricorrente in attività criminose, senza considerare che la denuncia della richiesta corruttiva era pervenuta alla procura prima che lo stesso denunciante assumesse la qualità di informatore[51]. La Corte EDU ritiene, dunque, che in questo caso l'autorità inquirente abbia preso parte a un'attività criminosa *già in corso* per iniziativa del ricorrente stesso[52].

Come anticipato, viene invece riscontrata una violazione dell'art. 6 sotto il profilo procedurale in quanto il ricorrente non aveva potuto visionare le prove ottenute dalla procura grazie alle intercettazioni e al pedinamento, pur non utilizzate per fondare la condanna, per trarne eventuali elementi favorevoli alla difesa[53].

La breve rassegna giurisprudenziale appena svolta rende più nitida la cornice normativa sovranazionale in tema di operazioni sotto copertura, grazie alla individuazione dei *limiti di liceità* di una tecnica investigativa di cui la Corte di Strasburgo riconosce l'*utilità*, ma anche l'*invasività*. La distinzione tra agente provocatore e agente sotto copertura e i criteri di accertamento della violazione dell'art. 6, § 1, CEDU sono il risultato di un *delicato bilanciamento di interessi* di cui anche il legislatore e gli interpreti italiani sono chiamati a tenere conto al fine di rendere convenzionalmente conformi le norme e la prassi interne.

Per completare l'analisi del panorama normativo multilivello occorre ora concentrare l'attenzione sul diritto eurounitario e sull'evoluzione ordinamentale vissuta dall'Unione europea, che ha determinato profondi cambiamenti nella materia penale.

[51] Corte EDU, sez. II, 4.4.2017, *Matanović c. Croatia*, §138-139.

[52] L'utilizzo delle prove raccolte mediante l'attività dell'informatore non viola l'art. 6 perché «*the Court finds that the available material allows it to establish, with a sufficient degree of certainty, that the prosecuting authorities investigated the applicant's activities in an essentially passive manner and did not incite him to commit offences he would not have otherwise committed*». *Ivi*, § 144-146.

[53] *Ivi*, § 170-188.

2. Il diritto eurounitario. Cooperazione giudiziaria, armonizzazione, competenza in materia penale dell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona: le novità nella disciplina delle operazioni sotto copertura e il catalogo degli eurocrimini

L'Unione europea si è occupata di operazioni sotto copertura in diversi atti finalizzati precipuamente a incentivare e semplificare la cooperazione tra gli Stati membri. La disamina delle fonti di diritto eurounitario è pertanto indispensabile per completare la cornice delle fonti sovranazionali di disciplina delle operazioni sotto copertura.

La rassegna normativa consente altresì di ripercorrere la genesi dei cosiddetti eurocrimini di cui all'art. 83 TFUE: tali illeciti costituiscono peraltro uno dei termini di riferimento per lo svolgimento dell'analisi criminologica, in quanto molte delle aree criminali rispetto alle quali il legislatore italiano ha reso lecito l'impiego delle operazioni sotto copertura coincidono proprio con i reati contemplati nel sopracitato art. 83.

2.1. La disciplina eurounitaria delle operazioni sotto copertura: dalla Convenzione M.A.P. del 2000 alla Direttiva O.E.I. del 2014

Per inquadrare la tematica delle operazioni sotto copertura nel diritto eurounitario giova ripercorrere brevemente l'evoluzione dell'ordinamento europeo con specifico riferimento alla materia penale.

Il primo passo nella direzione di una cooperazione europea in tale ambito risale al 1975 con l'istituzione dei *TREVI groups*, una rete intergovernativa di rappresentanti degli Stati membri creata allo scopo di combattere il terrorismo facilitando lo scambio di informazioni tra i governi. Successivamente, nel 1985, il campo di azione viene ampliato anche al contrasto dell'immigrazione clandestina e del crimine organizzato[54].

Il *Single European Act* del 1986, perseguendo l'obiettivo del mercato unico europeo, pone le basi dell'abolizione dei confini nazionali e conseguentemente di una accresciuta cooperazione per controllare i sempre più agevoli e frequenti spostamenti delle persone, soprattutto dopo la caduta del muro di Berlino nel 1989[55]. Nel frattempo peraltro, nel 1985, alcuni Stati (Germania, Francia e Benelux) concludono a Schengen un accordo sull'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni. A tale accordo aderiscono successivamente altri Stati membri della Comunità europea, tra i quali nel 1990 l'Italia.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht nel 1993 il meccanismo dei *TREVI groups* viene smantellato per lasciare spazio all'istituzione del Terzo pilastro *Giustizia e Affari interni* (GAI), con l'obiettivo di istituzionalizzare la cooperazione tra Stati per realizzare il principio di libera circolazione

[54] La letteratura sull'evoluzione delle competenze e degli atti dell'Unione europea in materia penale è vastissima. Tra gli altri, si rinvia in proposito a M. FLETCHER, *EU criminal justice: beyond Lisbon*, in C. ECKES, T. KONSTADINIDES (a cura di), *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice: A European Public Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp.12 ss.; C. FIJNAUT, L. PAOLI, *Introduction to part III: the initiatives of the European Union and the Council of Europe*, cit., p. 633; M. ELVINS, *Europe's response to transnational organised crime*, in A. EDWARDS, P. GILL (a cura di), *Transnational Organized Crime. Perspectives on Global Security*, Routledge, London-New York, 2003, p. 32.

[55] M. FICHERA, *Organised crime: developments and challenges for an enlarged European Union*, in C. ECKES, T. KONSTADINIDES (a cura di), *Crime within the Area*, cit., p. 162.

delle persone[56]. A differenza delle materie del primo pilastro, quelle del secondo e del terzo rimangono affidate a *meccanismi di cooperazione intergovernativa*, fondati essenzialmente sulle negoziazioni diplomatiche tra i rappresentanti dei governi degli Stati membri.

Già con il Trattato di Amsterdam, però, rimane nel terzo pilastro solo la cooperazione di polizia e giudiziaria, mentre le altre materie sono attratte nel primo (comunitarizzazione). Lo stretto legame esistente tra i vari settori – ora divisi tra primo e terzo pilastro – comporta una maggiore proattività in materia penale, come dimostra lo speciale Consiglio europeo tenutosi a Tampere nell'ottobre del 1999 proprio sul tema della giustizia e affari interni, conclusosi con l'approvazione di un programma quinquennale finalizzato a realizzare l'area di libertà, sicurezza e giustizia[57].

Al periodo in esame risale la *Convenzione stabilita dal Consiglio conformemente all'articolo 34 del trattato sull'Unione europea, relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea* del 2000[58], vigente solo dal 2005 a seguito della ratifica di 8 Stati membri e attuata in Italia nel 2017. Rispetto alle forme di cooperazione giudiziaria adottate negli anni precedenti, la Convenzione in parola rappresenta un'innovazione perché prevede varie forme di assistenza tra Stati[59]. Per quanto qui interessa, la Convenzione citata contiene due disposizioni, gli articoli 12 e 14 – già considerate sotto il profilo linguistico[60] – rispettivamente dedicati alle *Consegne sorvegliate* e alle *Operazioni di infiltrazion*e.

L'art. 12 impegna ciascuno Stato membro a garantire che sul proprio territorio possano essere effettuate consegne sorvegliate su richiesta di un altro Stato nel quadro di indagini su reati passibili di estradizione. Alla consegna si applica la disciplina dettata nello stato richiesto, alle cui autorità competenti spetta decidere nel singolo caso se impiegare o meno la tecnica della consegna sorvegliata.

L'art. 14 postula una collaborazione più stretta tra gli Stati, che possono decidere di collaborare tra loro per lo svolgimento di operazioni di infiltrazione, definite dal primo comma come «indagini sulla criminalità da parte di infiltrati o sotto falsa identità». Anche in questo caso competente a decidere è lo Stato richiesto e si devono rispettare le norme

[56] I settori interessati erano le politiche su asilo e immigrazione, la disciplina delle frontiere, la lotta contro la tossicodipendenza, la lotta contro le frodi internazionali, la cooperazione nel campo giudiziario, civile e penale, la cooperazione doganale e la cooperazione nel campo della pubblica sicurezza.

[57] Consiglio europeo, *Conclusioni della presidenza*, Tampere, 15-16 ottobre 1999, disponibile a: <https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm> (ultimo accesso luglio 2020). Si vedano sul punto M. FLETCHER, *EU criminal justice, cit.*, p. 13; E. APRILE, *Nuovi strumenti e tecniche investigative nell'ambito U.E.: intercettazioni all'estero, operazioni di polizia oltre frontiera, attività sotto copertura e videoconferenze con l'estero*, in *Cass. pen.*, 2009, (1), pp. 440 ss.

[58] *Convenzione stabilita dal Consiglio conformemente all'articolo 34 del trattato sull'Unione europea, relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, 12.7.2000.

[59] Si vedano sul punto i primi due articoli della Convenzione e in dottrina R. BELFIORE, *Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria nell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2008, (10), pp. 3904-3905.

[60] V. *supra*, Cap. I, sez. I, § 1.

e le procedure dello Stato nel cui territorio l'operazione deve avere luogo. Inevitabilmente, però, lo svolgimento di siffatte attività investigative richiede che le autorità competenti di ciascuno Stato collaborino nella preparazione e nel controllo dell'operazione, innanzitutto «al fine di garantire la sicurezza degli agenti infiltrati o sotto falsa identità» (co. 3). Nella consapevolezza della delicatezza del tema, il co. 4 prevede la facoltà di ogni Stato membro di dichiarare in sede di ratifica che non applicherà l'art. 14, dichiarazione che può essere ritirata in qualsiasi momento.

L'Italia ha attuato la *Convenzione* in commento con l'art. 16 d.lgs. n. 52/2017[61]. Nel frattempo è intervenuta nel 2014 la *Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, attuata con il d.lgs. n. 108/2017. L'art. 16 cit. rinvia integralmente all'art. 9 l. n. 146/2006, sebbene tale disposizione legislativa interna non si occupi dei profili attinenti alla cooperazione con altri Stati nello svolgimento delle operazioni sotto copertura. E la stessa opzione legislativa è stata prescelta dal legislatore – come si vedrà – con il d.lgs. n. 108/2017.

In dottrina si è sottolineato che per effetto dei due decreti legislativi «l'assistenza giudiziaria in materia penale assumerà una configurazione a "geografia variabile"»[62]. Il d.lgs. n. 52/2017, infatti, continuerà a operare per le richieste di assistenza giudiziaria che interessano gli Stati non vincolati dalla direttiva (in particolare la Danimarca, visto che l'Irlanda non ha aderito alla direttiva, ma non ha neppure ratificato la Convenzione, mentre per il Regno Unito occorrerà considerare gli effetti della Brexit) e per i Paesi firmatari della Convenzione che non sono membri dell'Unione europea (Islanda e Norvegia).

Al di là del ritardo italiano nell'attuazione della Convezione, quest'ultima non ha comunque portato a risultati di rilievo, perché la natura dello strumento (la convenzione) richiedeva la ratifica di metà degli Stati membri per entrare in vigore (art. 34, par. 2, lett. d), TUE), numero raggiunto solo nel 2005[63].

---

[61] Per una maggiore chiarezza espositiva si riporta il testo della disposizione citata: Art. 16 - *Ritardo o omissione degli atti di sequestro, arresto e fermo e attività di indagine sotto copertura*: «1. Le consegne sorvegliate di cui all'articolo 12 della convenzione e le operazioni di infiltrazione di cui all'articolo 14 della convenzione sono regolate dall'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146».

[62] Così L. CAMALDO, *L'attuazione della Convenzione di Bruxelles del 2000: l'assistenza giudiziaria in materia penale assume una configurazione a "geografia variabile"*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, (7-8), 2017, p. 204.

[63] R. BELFIORE, *Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria nell'Unione europea*, cit., pp. 3907-3908.

Grazie all'evoluzione ordinamentale successiva[64], in particolare all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il diritto eurounitario è diventato più incisivo anche in materia penale[65].

Il Trattato abolisce definitivamente il Terzo pilastro comunitarizzando tutta la materia penale e consentendo – come si vedrà nel dettaglio nel prossimo paragrafo – al Parlamento e al Consiglio di legiferare seguendo la procedura legislativa ordinaria per favorire il riavvicinamento delle legislazioni penali sostanziale e processuale (artt. 67, par. 3 e 82-83 TFUE).

A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il Consiglio europeo ha elaborato nel dicembre 2009 il Programma di Stoccolma, che delinea le priorità dell'Unione europea per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il periodo 2010-2014[66]. Nel paragrafo dedicato alla lotta alle forme più gravi di criminalità organizzata compare il riferimento alla «sistematizzazione dello scambio di informazioni, lo sfruttamento generalizzato delle possibilità offerte dalle agenzie dell'Unione e dagli strumenti europei d'indagine nonché, ove necessario, lo sviluppo di tecniche investigative e preventive comuni e l'intensificazione della cooperazione con i paesi terzi»[67].

---

[64] Al programma di Tampere è seguito nel 2005 il programma dell'Aja, focalizzato soprattutto sulla cooperazione di polizia e sull'obiettivo di fortificare Europol e Eurojust nella lotta al crimine transfrontaliero e al terrorismo. V. *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, Il programma dell'Aia: dieci priorità per i prossimi cinque anni. Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia*, 10.5.2005, disponibile a: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al16002> (ultimo accesso luglio 2020). Sull'evoluzione delle competenze dell'Unione europea in materia penale a partire proprio dal programma dell'Aja si rinvia a A. BALSAMO, A. SALEMME, *La criminalità organizzata transfrontaliera (narcotraffico) – Cooperazione internazionale*, in A. BARGI (a cura di), *Il doppio binario nell'accertamento dei fatti di mafia*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 58 ss.

[65] Carlo Sotis ha scritto che con il Trattato di Lisbona «l'Unione europea diviene *definitivamente competente a svolgere il giudizio di necessità di pena, ma non ad esercitare la potestà punitiva*», un'affermazione definita dall'A. stesso contraddittoria, ma che rispecchia fedelmente il quadro normativo complesso scaturito dal trattato. La contraddizione, invero, deriva dall'«incontro tra il principio di prevalenza del diritto eurounitario e quello di riserva di legge del diritto penale». V. C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen*., 2010, (3), p. 1146-1166.

[66] Consiglio europeo, *Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadin*i, 4.5.2010, disponibile a: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:52010XG0504(01)> (ultimo accesso luglio 2020). L'obiettivo è rafforzare la cooperazione europea nel contrasto alla criminalità transfrontaliera, facendo di Europol lo snodo fondamentale dello scambio di informazioni tra le autorità degli Stati membri, insieme a Eurojust. La cooperazione dovrebbe riguardare anche la prevenzione della criminalità mediante l'instaurazione di uno stretto legame tra le politiche riguardanti la giustizia e tutte le altre politiche messe in campo dall'Unione in campo sociale, prediligendo un approccio interdisciplinare. Dal punto di vista più strettamente penalistico, viene auspicata una condivisione di buone prassi tra i diversi Paesi.

[67] Consiglio europeo, *Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, 4.5.2010, cit., p. 21.

Nei *Considerando* della direttiva del 2014 sull'ordine europeo di indagine penale è citato proprio il Programma di Stoccolma, in attuazione del quale la stessa si prefigge di riordinare la frammentaria disciplina in tema di acquisizione delle prove, introducendo un unico strumento – l'ordine europeo di indagine penale (OEI) – per tutti i tipi di prova e stabilendo termini e limiti al rifiuto dell'esecuzione dello stesso. Un ordine europeo di indagine penale deve essere emesso da uno Stato per chiedere a un altro di compiere uno o più atti di indagine specifici per l'acquisizione di prove, incluse quelle già in possesso dell'autorità di esecuzione. Questa procedura dovrebbe applicarsi a tutti gli atti di indagine finalizzati all'acquisizione di prove, con la possibile eccezione delle squadre investigative comuni, che rimangono disciplinate separatamente (art. 3). Similmente la direttiva non dovrebbe applicarsi alle osservazioni transfrontaliere previste dall'art. 41 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 2000. Viene prediletta ancora una volta una cooperazione di tipo orizzontale, incentrata su un rapporto diretto tra le autorità giudiziarie degli Stati membri[68].

Tra le tipologie di indagini per cui può essere emesso un OEI rientrano anche le consegne controllate e le operazioni di infiltrazione. Nel Capo della direttiva dedicato alle disposizioni specifiche su alcune tecniche di indagine, l'art. 28 – il primo a riferirsi univocamente in tutte le traduzioni ufficiali alle consegne controllate[69] – sotto la rubrica *Atti di indagine che implicano l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale, in modo continuo e per un periodo determinato* prevede che quando un ordine di indagine è emesso per l'esecuzione di una consegna controllata nel territorio dello Stato di esecuzione, «l'esecuzione può essere rifiutata, oltre che per i motivi di non riconoscimento o di non esecuzione di cui all'articolo 11, qualora l'esecuzione dell'atto di indagine non sia autorizzata in un caso interno analogo» (par. 1, lett. b). Il paragrafo 2 precisa che le modalità pratiche della consegna controllata sono concordate tra lo Stato di emissione e lo Stato di esecuzione. Il primo deve inoltre specificare i motivi per cui considera le informazioni richieste utili per un determinato procedimento penale (par. 3). Pur implicitamente, il legislatore europeo introduce i principi di *necessità* e di

[68] Per un commento più approfondito della direttiva si rinvia a M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. Lgs. n. 108 del 2017*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, (7-8), pp. 208 ss.; N. PIACENTE, *Overview of Italian legislation and case law on judicial cooperation*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, (9), pp. 33 ss.

[69] Sulla discrasia linguistica tra consegna controllata / sorvegliata nelle versioni in lingua inglese e francese della Convenzione di Vienna del 1988 v. *supra*, Cap. I, sez. I, § 1.3.1.

proporzione per l'impiego di tale strumento investigativo. Si tratta di principi la cui importanza per l'interpretazione anche dell'art. 9 l. n. 146/2006 è stata sottolineata dalla dottrina a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 3/2019[70].

L'art. 29 della direttiva è poi dedicato alle operazioni di infiltrazione, rispetto alle quali l'ordine europeo si atteggia in maniera peculiare, in quanto viene emesso per *chiedere assistenza* per svolgere indagini da parte di agenti infiltrati o sotto falsa identità. Anche in questo caso è necessario che lo Stato di emissione spieghi i motivi per cui ritiene che l'operazione di infiltrazione sia utile per un certo procedimento penale, dopodiché spetta alle autorità competenti dello Stato di esecuzione decidere nel singolo caso se riconoscere e eseguire l'ordine nel rispetto del diritto e delle procedure nazionali.

Oltre che per le ragioni di non riconoscimento e di non esecuzione di cui all'art. 11, l'autorità di esecuzione può rifiutarsi di assistere lo Stato di emissione nello svolgimento di operazioni di infiltrazione quando l'operazione non sarebbe stata autorizzata in un caso interno analogo. Il rifiuto può altresì intervenire qualora non si raggiunga un accordo sulle modalità di espletamento dell'operazione stessa.

Infine, il paragrafo 4 prevede che le operazioni di infiltrazione siano effettuate «in conformità del diritto e delle procedure nazionali dello Stato membro nel cui territorio è effettuata l'operazione di infiltrazione» e che il diritto di azione, direzione e controllo delle operazioni legate alle operazioni di infiltrazione spetti unicamente alle autorità competenti dello Stato di esecuzione. D'altro canto, dispone anche che la durata dell'operazione, le condizioni particolareggiate e lo status giuridico degli agenti coinvolti siano convenuti dallo Stato di emissione e da quello di esecuzione nel rispetto dei rispettivi diritti e procedure nazionali[71].

È significativo che la norma faccia riferimento non solo – come nelle Convenzioni delle Nazioni Unite – al rispetto dei principi fondamentali dello Stato di esecuzione, bensì all'intera disciplina nazionale[72]. Nell'ordinamento italiano, tale riferimento si sostanzia

[70] V. *infra*, Cap. V, § 3.2.3.

[71] Autorevole dottrina evidenzia come «Diffidenze e ritrosie tra le autorità coinvolte sono infatti prevedibili in una materia così delicata. Potrebbero pesare culture e regole differenti, prassi investigative sedimentate, sensibilità più o meno marcate per il rispetto dei protocolli operativi o per la tutela di chi è sottoposto all'indagine, posizioni più o meno rigide circa l'uso processuale dei dati reperiti». Così P. P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, cit., p. 26.

[72] Lo evidenzia G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo: da Eurojust all'ordine di indagine*, cit., pp. 316-317, al quale si rinvia anche per l'analisi di altre interessanti questioni interpretative nate dalla trasposizione della direttiva nell'ordinamento interno.

essenzialmente in un rinvio all'art. 9 l. n. 146/2006. La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale è stata, infatti, recepita con il citato d.lgs. 108/2017, che strutturalmente «presenta la classica partizione tra procedura passiva (l'autorità italiana riconosce ed esegue un ordine di indagine proveniente dall'estero) e procedura attiva (l'autorità italiana emette un ordine d'indagine da eseguire all'estero)»[73]. Si possono in particolare riconoscere due gruppi di norme: gli artt. 21 e 41 con riferimento alla procedura "passiva" e gli artt. 22 e 42 dedicati al ritardo o all'omissione degli atti di arresto o di sequestro. Il tratto comune di tutte le disposizioni citate è che contengono un rinvio integrale all'art. 9 l. 146/2006[74].

L'art. 21 specifica che il riconoscimento e l'esecuzione da parte delle autorità italiane di un ordine europeo di indagine penale per il compimento di operazioni sotto copertura è subordinato al rispetto dell'art. 9 cit. Tuttavia, come già evidenziato[75], quest'ultima disposizione nulla prevede riguardo al regime di utilizzabilità delle informazioni raccolte grazie alle indagini sotto copertura e ciò si ricollega a «un problema che investe l'ordine investigativo europeo nel suo complesso», ossia «l'assenza di un nucleo minimo di regole condivise in materia di rapporti tra investigazioni, prove, sanzioni, decisioni. Non vi sono modelli comuni per il compimento di atti e per l'ammissione delle prove, né, tantomeno, regole di esclusione volte ad espungere dati

[73] P. P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, cit., pp. 33-34.

[74] Ai sensi dell'art. 21, co. 2 (che rinvia all'art. 20, co. 3), qualora l'ordine di indagine non illustri i motivi per i quali gli atti sono rilevanti nel procedimento, prima di darvi esecuzione il Procuratore della Repubblica deve richiedere all'autorità di emissione di fornire la relativa indicazione e ogni altra informazione utile ai fini della tempestiva ed efficace esecuzione. Il co. 3 dispone poi che per eseguire la richiesta può essere promossa la costituzione di una squadra investigativa comune. Gli ultimi commi dell'art. 21 – conformemente a quanto disposto dagli artt. 17 e 18 della direttiva – si occupano della responsabilità penale e civile dei funzionari dello Stato membro di emissione che partecipano all'operazione sotto copertura in territorio italiano. Il funzionario dello Stato di emissione è parificato a un pubblico ufficiale italiano e gli si applica la «speciale causa di non punibilità di cui all'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146». Il comma 5 prevede poi che l'Italia risarcisca i danni causati a terzi dai funzionari dello Stato di emissione che partecipano alle attività nel territorio nazionale, salvo il diritto di rivalsa nei confronti dello Stato di emissione. Quanto agli artt. 22, 41 e 42 d.lgs. n. 108/2017, essi si limitano a richiamare integralmente i presupposti e i requisiti dettati dall'art. 9 l. n. 146/2006. Competenti a emettere l'ordine investigativo sono il pubblico ministero o il giudice che procede e, come nella procedura passiva, se si tratta di indagini per i delitti di cui agli artt. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. l'emissione dell'ordine deve essere comunicata al procuratore antimafia e antiterrorismo. L'ordine può essere emesso dalle autorità italiane competenti solo nei casi e con le modalità previste dall'art. 9 l. n. 146 del 2006. Resta però l'incognita circa lo *status* dell'agente italiano che compie attività d'infiltrazione all'estero: tale «delicatissimo profilo dovrebbe rientrare nell'ambito di accordi preventivi tra le autorità coinvolte. Ed è ovviamente essenziale che l'agente italiano sia informato delle attività consentite e vietate nel territorio di esecuzione». Così P. P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, cit., p. 38.

[75] V. *supra*, Cap. I, sez. II, § 4.2.

illegittimamente acquisiti dall'area della decisione»[76]. Né potrebbe ovviare a tale vuoto normativo il principio di proporzione che postula il contemperamento tra le ragioni dello Stato e i diritti individuali[77].

La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale è l'ultimo atto di diritto eurounitario a essersi occupato espressamente di operazioni sotto copertura, se si esclude la menzione delle consegne controllate tra le misure investigative che possono essere disposte o richieste dai procuratori europei delegati ai sensi del Regolamento del 2017 sulla istituzione della Procura europea.

In chiusura del paragrafo giova però considerare le direttive strategiche dettate dal Consiglio europeo di Ypres in ossequio all'art. 68 TFUE alla scadenza del quinquennio oggetto del programma di Stoccolma[78].

Dalla lettura degli orientamenti strategici per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il quinquennio 2015-2020 risalta la vaghezza degli obiettivi prefissati. Ad esempio, sul tema della cooperazione di polizia per la prevenzione e la lotta contro la criminalità organizzata e le forme gravi di criminalità – tra cui la tratta e il traffico di esseri umani, la corruzione, il terrorismo – si afferma che l'Unione è chiamata a «sostenere le autorità nazionali mobilitando tutti gli strumenti di cooperazione giudiziaria e di polizia, con un maggior ruolo di coordinamento per Europol e per Eurojust, tra l'altro mediante: il riesame e l'aggiornamento della strategia di sicurezza interna entro il primo semestre del 2015; il miglioramento dello scambio transfrontaliero di informazioni, compreso sui casellari giudiziari; l'ulteriore sviluppo di un approccio globale alla cibersicurezza e al cibercrimine; la prevenzione della radicalizzazione e dell'estremismo e azioni volte ad affrontare il fenomeno dei combattenti stranieri…».

L'impressione di una diminuita importanza della definizione di obiettivi strategici da parte del Consiglio europeo pare confermata anche dall'agenda strategica elaborata per il quinquennio 2019-2024, in cui sono stabilite solo alcune generiche coordinate di

[76] P. P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, cit., p. 29.

[77] *Ivi*, p. 30.

[78] Quest'ultimo è stato in realtà l'ultimo "programma" adottato dal Consiglio europeo, che per i quinquenni successivi si è limitato ad adottare dei documenti riassuntivi degli orientamenti strategici, molto più ridotti sul piano quantitativo e conseguentemente con una pregnanza contenutistica inferiore. A ben vedere, il *self-restraint* mostrato dal Consiglio può essere letto anch'esso come un passo indietro a favore del Parlamento in conseguenza della comunitarizzazione del terzo pilastro. Lo evidenzia E. COTTU, *Il Consiglio europeo adotta i nuovi orientamenti strategici per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il quinquennio 2015-2020*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2014.

azione e – per quanto qui interessa – si ribadisce la volontà di sviluppare e intensificare «la lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera, migliorando la cooperazione e la condivisione di informazioni e portando avanti la messa a punto dei nostri strumenti comuni»[79].

L'analisi dell'art. 83 TFUE consentirà di apprezzare l'accresciuta importanza del Parlamento e del Consiglio dell'Unione europea e l'affermazione sempre più netta della necessità che alla cooperazione tra le autorità di polizia e giudiziarie degli Stati membri si affianchi l'armonizzazione delle norme penali sostanziali.

2.2. Gli eurocrimini: l'art. 83 TFUE e i suoi "predecessori"

Come già accennato, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha costituito un punto di svolta con riferimento alle competenze in materia penale dell'Unione europea, come emerge innanzitutto dall'art. 83 TFUE, il cui par. 1 dispone che

> «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni. Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata. In funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo».

Tralasciando gli aspetti procedurali e la disciplina dettata dai paragrafi 2 e 3 della disposizione citata[80], è utile concentrare l'attenzione sull'elenco delle «forme di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale». La norma enuncia due criteri, fondamentali anche per definire le altre materie a cui il Consiglio, tramite una decisione all'unanimità, può estendere la possibilità che siano emanate direttive con la procedura legislativa ordinaria:

---

[79] Consiglio europeo, *Una nuova agenda strategia. 2019-2024*, 20.6.2019, disponibile a: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2019/06/20/a-new-strategic-agenda-2019-2024/> (ultimo accesso luglio 2020).

[80] Sul principio «necessità/indispensabilità di pena» previsto all'art. 83, par. 2, TFUE si rinvia a C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, (1), pp. 120-121.

(a) la *particolare gravità*;

(b) la *dimensione transnazionale* del reato.

Quest'ultima può essere desunta, a sua volta, alternativamente da due parametri:

(aa) il fatto che quella sfera di criminalità abbia carattere o implicazioni transnazionali;

(bb) la circostanza che necessiti di un'attività di contrasto su basi comuni.

La norma, per la verità, non si limita a enunciare tali criteri, ma detta anche un elenco delle aree criminali che il legislatore ha ritenuto a essi rispondenti.

Come nota la stessa Commissione europea, si tratta di sfere di criminalità in gran parte già coperte dalla normativa europea pre-Lisbona: basti pensare alla *Decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo*, alla *Decisione quadro 2004/757/GAI riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti*, alla *Decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI sulla lotta alla tratta degli esseri umani*, alla *Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee*[81], tutti atti normativi aggiornati a seguito della abolizione del Terzo pilastro con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Pur essendo l'art. 83 TFUE una norma fortemente innovativa, l'elenco ricompreso nella disposizione suona famigliare anche perché molte delle sfere di criminalità contemplate coincidono con quelle che il legislatore aveva già in passato considerato *speciali* in ordine a vari profili attinenti alla cooperazione di polizia e giudiziaria.

Alcuni dei reati menzionati nell'art. 83 sono innanzitutto inclusi nell'ambito di applicazione dell'osservazione transfrontaliera prevista dall'art. 40 della *Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen* stipulata nel 2000 dai governi del Benelux, della Germania e della Francia.

Il par. 1 dell'art. 40 cit. prevede come regola generale che gli agenti di una delle Parti contraenti, i quali nell'ambito di un'indagine giudiziaria stiano tenendo sotto osservazione nel proprio paese una persona che si presume abbia partecipato alla

[81] L'elenco è ripreso dalla *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Verso una politica penale dell'unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'unione attraverso il diritto penale*, Bruxelles, 20.9.2011, disponibile a: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0573&from=IT>, p. 6 (ultimo accesso luglio 2020).

commissione di un reato che può dar luogo a estradizione, possano continuare l'osservazione nel territorio di un'altra Parte contraente se quest'ultima li autorizza preventivamente a farlo.

Il par. 2, invece, introduce alcune deroghe *in melius* valevoli solo per i reati elencati nel par. 7, tra i quali, oltre ad alcuni reati contro la persona come l'omicidio e lo stupro, rientrano anche – per quanto rileva ai nostri fini – l'estorsione, il sequestro di persona, la tratta di persone, il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, l'infrazione alle normative in materia di armi ed esplosivi, il trasporto illecito di rifiuti tossici e nocivi.

Se l'osservazione oltre frontiera riguarda una persona che si presume abbia commesso uno o più reati elencati nel par. 7 e per motivi particolarmente urgenti non può essere richiesta l'autorizzazione preventiva dell'altra Parte contraente, gli agenti incaricati sono comunque autorizzati a continuare, a due condizioni. In primo luogo, il passaggio della frontiera deve essere immediatamente comunicato all'autorità competente nel territorio della quale l'osservazione deve continuare; il secondo requisito consiste nella trasmissione senza indugio di una richiesta di assistenza giudiziaria conformemente al par.1 con l'indicazione dei motivi alla base dell'impossibilità di chiedere un'autorizzazione preventiva.

Ancora più significativa è la deroga che l'art. 2, co. 2, della *Decisione quadro del 2002 sul mandato d'arresto europeo*[82] introduce per una serie di reati, tra i quali ancora una volta molti coincidono con quelli contemplati dall'art. 83 TFUE attualmente vigente.

La disposizione citata prevede infatti che alcuni reati diano luogo a consegna in base al mandato d'arresto europeo *indipendentemente dalla doppia incriminazione*, se nello Stato membro emittente il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali reati è pari o superiore a tre anni. L'elenco in questo caso comprende, tra gli altri, la partecipazione a un'organizzazione criminale, il terrorismo, la tratta di esseri umani, lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, il traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi, la corruzione, il riciclaggio di proventi di reato, la criminalità informatica, la criminalità ambientale, il favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali, il

[82] *Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*, 13.7.2002.

rapimento, sequestro e presa di ostaggi, il traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti d'antiquariato e le opere d'arte, racket e estorsioni, contraffazione e pirateria in materia di prodotti.

I reati elencati nell'art. 2, co. 2, della decisione sul mandato d'arresto europeo hanno mantenuto la loro specialità sul piano procedurale anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, come dimostra l'art. 11 della *Direttiva sull'ordine di indagine europeo* (OEI) del 2014. A mente di quest'ultimo, l'autorità di esecuzione può rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI qualora il fatto per cui è stato emesso l'ordine non costituisca reato in base al diritto dello Stato di esecuzione, *salvo che* si tratti di un reato rientrante nell'elenco di cui all'allegato D e purché si tratti di un reato punibile nello Stato di emissione con una pena o una misura di sicurezza detentiva della durata massima di almeno tre anni. L'allegato D riporta in maniera pressoché coincidente l'elenco previsto dalla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo (le uniche differenze sono che si parla di incendio doloso invece che di incendio volontario e di violenza sessuale anziché di stupro).

In chiusura di questa breve rassegna, giova considerare che negli ultimi vent'anni si è progressivamente affermato in ambito europeo anche l'utilizzo del termine ombrello «*serious crime*», il cui significato risulta per molti versi oscuro, come dimostrato dalla dottrina più attenta[83].

Un tentativo di definizione si ritrova nell'ormai abrogata *Direttiva relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo* del 2005[84]. Essa stabiliva che costituiscono reati gravi quelli in materia di terrorismo, di stupefacenti, le attività delle organizzazioni criminali, la corruzione e in generale tutti i reati puniti con una pena detentiva superiore nel massimo a un anno e nel minimo a sei mesi[85]. Anche altri atti normativi e di politica

[83] l. PAOLI, A. ADRIAENSSEN, V. A. GREENFIELD, M. CONICKX, *Exploring Definitions of Serious Crime in EU Policy. Documents and Academic Publications: A Content Analysis and Policy Implications*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2017, (23), pp. 274-275.

[84] *Direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo*, 26.10.2005. Tale direttiva è stata in seguito abrogata dalla *Direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione*.

[85] La definizione è dettata dall'art. 3, par. 5. della *Direttiva 2005/60/CE* cit., il quale recita: «costituiscono 'reati gravi' almeno: a) gli atti definiti agli articoli da 1 a 4 della decisione quadro

interna, nonché studi della dottrina, si riferiscono ai *serious crimes*, e, seppure con parole diverse, convergono nell'individuare come criteri di identificazione degli stessi la *natura* e l'*impatto* dei reati e la *necessità di combatterli su basi comuni*[86], parametri che riecheggiano quelli menzionati nell'art. 83 TFUE.

La *gravità* dei fenomeni criminali costituisce una delle ipotesi di lavoro formulate nel prosieguo per provare a comprendere se e cosa accomuni le aree criminali rispetto alle quali in Italia sono previste le operazioni sotto copertura.

Sezione II

L'evoluzione della normativa italiana sulle operazioni sotto copertura tra recepimento delle istanze sovranazionali ed emergenze interne

Dopo aver esaminato la disciplina normativa dettata dalle convenzioni internazionali e dal diritto eurounitario, si considerano ora le *aree criminali* in relazione alle quali nell'ordinamento interno è stata ritenuta opportuna la previsione normativa del ricorso alle operazioni sotto copertura, per comprendere perché il legislatore abbia ritenuto opportuno consentirle proprio e soltanto rispetto a esse.

Unitamente alle indicazioni della dottrina vengono considerati i lavori preparatori dei provvedimenti legislativi che a partire dagli anni Novanta del secolo scorso hanno progressivamente ampliato l'ambito di applicazione delle indagini coperte, al fine di

2002/475/GAI; b) ognuno dei reati definiti nell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a) della convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope del 1988; c) le attività delle organizzazioni criminali quali definite nell'articolo 1 dell'azione comune 98/733/GAI del Consiglio, del 21 dicembre 1998, relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea; d) la frode, perlomeno la frode grave, quale definita nell'articolo 1, paragrafo 1 e nell'articolo 2 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; e) la corruzione; f) i reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata massima superiore ad un anno ovvero, per gli Stati il cui ordinamento giuridico prevede una soglia minima per i reati, i reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata minima superiore a sei mesi». La Direttiva (UE) 2015/849, invece, non parla più di "*serious crimes*" ("reati gravi" nella versione in lingua italiana), bensì di "*criminal activity*", "attività criminosa" nella traduzione italiana, definita come «qualsiasi tipo di coinvolgimento criminale nella perpetrazione dei seguenti reati gravi» e viene poi riproposto senza alcuna modifica l'elenco di cui all'art. 3, par. 5. della direttiva 2005/60/C.

[86] Lo sostengono l. PAOLI, A. ADRIAENSSEN, V. A. GREENFIELD, M. CONICKX, *Exploring Definitions of Serious Crime in EU Policy…*, cit., p. 280. Gli Autori concludono, però, evidenziando l'esigenza di studi empirici e – ancora prima – la necessità di elaborare criteri univoci per studiare l'impatto dei reati e "certificarne" la gravità.

cogliere l'intenzione del legislatore storico[87]. Spesso si tratta dei medesimi atti normativi con cui sono state previste o ampliate le disposizioni di diritto penale sostanziale e processuale che hanno istituito il cosiddetto *secondo binario*, inizialmente pensato per i reati in materia di criminalità organizzata di tipo mafioso[88].

La rassegna delle aree criminali inizia con la l. n. 162/1990 in materia di stupefacenti e procede poi in ordine cronologico fino alla *reductio ad unum* di tutte le ipotesi operata con l'art. 9 l. n. 146/2006 e successive modificazioni.

1. Emergenza narcotraffico: l'acquisto simulato di sostanze stupefacenti e il ritardo o omissione di atti d'ufficio

Con la l. n. 162/1990 il legislatore italiano per la prima volta ha introdotto una disposizione specifica dedicata al *fictus emptor di sostanze stupefacenti*, una figura ricondotta dalla dottrina del tempo alla *ampia nozione di agente provocatore* e già emersa nella giurisprudenza.

In precedenza, la giurisprudenza aveva tracciato confini di liceità molto ristretti della condotta della polizia, ritenendo applicabile la scriminante dell'adempimento di un dovere imposto alla polizia giudiziaria dall'art. 55 c.p.p. solo nelle ipotesi in cui la polizia si fosse limitata a svolgere un'attività di osservazione e contenimento[89]. Fino all'introduzione dell'art. 97 T.U. stup. la polizia non era quindi legittimata ad acquistare droga, pena l'integrazione della relativa fattispecie incriminatrice allora prevista dall'art. 71 l. n. 685/1975.

La legislazione italiana in materia di sostanze stupefacenti si è sempre orientata in senso proibizionista, anche in adempimento di obblighi internazionali[90]. Topograficamente, la repressione, non

[87] Per la verità, le discussioni sulle operazioni sotto copertura nelle commissioni parlamentari e in aula sono spesso molto sintetiche e non consentono di comprendere con chiarezza come sia emersa l'idea di prevederle. In molti casi le disposizioni sul tema sono state introdotte da decreti legge o in leggi di conversione di decreti legge emanati del Governo sull'onda di varie emergenze. Si rinvia sin d'ora per approfondire l'analisi delle singole disposizioni in tema di operazioni sotto copertura a A. FALCONE, *L'agente sotto copertura: Profili sostanziali e processuali*, Dike giuridica, Roma, 2014, p. 23 ss.

[88] In effetti, già dall'intitolazione di molti provvedimenti emanati negli anni Novanta emerge la finalità di contrastare la criminalità di tipo mafioso o altri fenomeni di particolare allarme sociale mediante interventi che incidono sul codice penale, sul codice di procedura penale, ma anche sugli ordinamenti giudiziario e penitenziario e sui poteri di polizia giudiziaria. Basti pensare all'evoluzione normativa che ha condotto all'attuale art. 240-*bis* c.p. sulle ipotesi particolari di confisca, erede dell'art. 12-*sexies* d.l. 306/1992 (*Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*), ma anche agli artt. 51, co. 3-*bis*, e 407, co. 2, lett. a), c.p.p. e all'art. 4-*bis*, l. n. 354/1975 sull'ordinamento penitenziario. V. in argomento A. SCAGLIONE, *I nuovi poteri della polizia giudiziaria nella strategia di prevenzione e repressione della criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1993, (3), pp. 734-735.

[89] Si rinvia per tutti a R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 86-89.

[90] G. AMATO, G. FIDELBO, *L'evoluzione storica e gli obblighi pattizi: dalle "sostanze velenose" alla riforma del 2006*, cit., pp. 272-276. Già dal 1923 (l. n. 396/1923) la produzione e la vendita al pubblico senza autorizzazione di sostanze stupefacenti, la cui individuazione era rimessa all'interprete (ad esempio morfina, cocaina e loro composti e derivati, nonché altre sostanze velenose aventi effetto stupefacente se

solo penale ma anche amministrativa degli illeciti in materia di sostanze stupefacenti, ha trovato collocazione non già nel codice penale Rocco, che prevedeva solo il commercio clandestino o fraudolento di sostanze stupefacenti come delitto di comune pericolo mediante frode, bensì nella legislazione penale complementare. Neppure i recenti decreti legislativi attuativi della cosiddetta riserva di codice hanno avuto l'effetto di collocare i reati in materia di droga all'interno del codice penale[91].

L'intervento normativo dei primi anni Novanta deve essere letto alla luce dell'evoluzione legislativa dei decenni precedenti. A seguito della crescente diffusione del fenomeno del consumo di stupefacenti era stata emanata la l. n. 1041/1954, più rigorosa delle leggi previgenti. Il consumatore veniva di fatto equiparato al produttore e allo spacciatore, essendo punita anche la detenzione finalizzata all'uso personale.

Tale corpo normativo era stato però criticato in quanto criminalizzava il consumatore senza includere alcuna disposizione in tema di riabilitazione e cura dei tossicodipendenti[92]. La l. n. 685/1975 aveva cercato di porre rimedio a tali mancanze affiancando alle disposizioni penali anche quelle amministrative e prevedendo programmi di prevenzione sociale e assistenza socio-sanitaria, muovendo dalla presa di consapevolezza della situazione di disadattamento sociale dei soggetti tossicodipendenti. La stessa consapevolezza aveva condotto anche a escludere la rilevanza penale del consumo personale anche non terapeutico se in modica quantità.

La dottrina più attenta aveva evidenziato come l'impianto della legge del 1975 si fosse rivelato fallimentare[93], tant'è che si erano susseguite diverse proposte di modifica, fino all'approvazione della legge 26 giugno 1990, n. 162, data dalla forte valenza simbolica (il 26 giugno è la giornata internazionale contro l'abuso e il traffico di droghe).

Le disposizioni in tema di sostanze stupefacenti e psicotrope sono state in seguito riordinate nel testo unico d.P.R. n. 309/1990.

Tra le varie modifiche, l'art. 25 l. n. 162/1990 prevedeva l'inserimento nella legge del 1975 degli artt. 84-*bis* ss. in tema di poteri della polizia giudiziaria. Secondo il Governo, la norma di cui all'art. 84-*bis*

> «si era resa necessaria per consentire eventuali infiltrazioni e per scoprire le diramazioni delle organizzazioni operanti nel settore, senza correre il rischio di essere considerati agenti provocatori punibili per l'illiceità del traffico o dell'acquisto fatto; vi è infatti una giurisprudenza secondo cui l'agente cosiddetto provocatore non è punibile solo quando svolga opera prevalentemente di controllo, di osservazione e di contenimento dell'attività illecita altrui. Dalle stesse ragioni (necessità di cercare di scoprire le diramazioni delle organizzazioni che praticano il traffico della droga) è sorretto l'articolo *84-ter,* che prevede la possibilità di ritardare o omettere atti di cattura, di arresto o di sequestro, previa informazione, da parte degli ufficiali di polizia

assunte in piccole dosi), costituivano reato, mentre non era punito il consumatore, tranne nei casi di consumo contemporaneo da parte di più persone, situazione ritenuta viziosa o lesiva dell'ordine pubblico. Non si trattava comunque di evenienze frequenti, considerata la scarsa incidenza sociale del consumo voluttuario di droga in quel periodo. Con il testo unico delle leggi sanitarie del 1934 vennero definite più precisamente le condotte punibili e per la prima volta venne introdotto il sistema tabellare di individuazione delle sostanze. Il consumatore era punibile solo qualora avesse disturbato l'ordine pubblico per il suo stato di alterazione psico-fisica dovuto all'assunzione di droga che fosse pericoloso per sé o provocasse pubblico scandalo.

[91] Il riferimento è al d. lgs. 1 marzo 2018, n. 21, attuativo dell'articolo 1, co. 85, lett. q), della c.d. Riforma Orlando (legge 23 giugno 2017, n. 103).

[92] G. AMATO, G. FIDELBO, *L'evoluzione storica e gli obblighi pattizi: dalle "sostanze velenose" alla riforma del 2006*, cit., pp. 277-278.

[93] F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti. Profili penali*, CEDAM, Padova, 1994, pp. 37-39.

giudiziaria addetti alle unità antidroga, all'autorità giudiziaria e al servizio centrale antidroga per il necessario coordinamento anche in ambito internazionale»[94].

Il disegno di legge presentato dall'Esecutivo era stato oggetto di discussione nelle Commissioni riunite per la Giustizia e per l'Igiene e la Sanità pubbliche del Senato[95]. In particolare, il sen. Strik Lievers del gruppo Federalista europeo ecologista aveva illustrato due emendamenti, uno soppressivo dell'art. 84-*bis* legge n. 685 del 1975 e l'altro finalizzato a introdurre sanzioni penali per i funzionari di polizia che non avessero dato seguito agli ulteriori adempimenti di legge dopo l'acquisto simulato. Il senatore aveva in particolare rilevato che «la possibilità di acquisto simulato di droga da parte della polizia è coerente con la logica proibizionista; però proprio questa norma dimostra l'estrema pericolosità di tale modo di pensare, perché determina il rischio di abusi ed inquinamenti dell'intero sistema giuridico». Il sen. Battello del Gruppo comunista aveva invece sottolineato l'importanza di disciplinare la figura dell'agente provocatore per garantire maggiore certezza. Era intervenuto anche il senatore Gallo della Democrazia cristiana, facendo notare al senatore Strik Lievers che «in realtà il testo in esame non prevede[va] alcuna commissione di delitti, in quanto l'acquisto di droga è puramente strumentale all'acquisizione di prove».

Altre obiezioni sollevate sempre del senatore Strik Lievers avevano riguardato l'articolo 84-*ter* in tema di ritardo od omissione degli atti di cattura, arresto o sequestro. Egli aveva evidenziato la commistione di compiti tra l'autorità giudiziaria e le forze di polizia, ritenendo peraltro inammissibile che gli uffici di polizia potessero ritardare atti doverosi, dando solo comunicazione telefonica all'autorità giudiziaria.

Gli emendamenti soppressivi o modificativi non erano però approvati e gli artt. 84-*bis* e 84-*ter* erano quindi introdotti nella l. n. 685/1975, per poi transitare negli artt. 97 e 98 T.U. stup.

La dottrina riteneva che le disposizioni sulle indagini di polizia contenute nella l. n. 162/1990 rispondessero all'*esigenza pratico-investigativa* di consentire l'infiltrazione

[94] *Relazione al d.d.l. n. 1509 comunicato alla presidenza del Senato il 12 gennaio 1989*, p. 6. Per descrivere il clima politico del tempo, autorevole dottrina ricorda come l'allora Presidente del Consiglio dei Ministri Giulio Andreotti avesse definito la droga come «il nemico più subdolo e violento di tutti i tempi». Una siffatta atmosfera contribuirebbe a spiegare anche la limitata discussione parlamentare sul disegno di legge presentato dal Governo. Così E. CELOTTI, *Disposizioni processuali e preprocessuali specifiche in materia di stupefacenti*, in G. FLORA (a cura di), *La nuova normativa sugli stupefacenti. Commento alle Norme penali del Testo Unico*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 34-35.

[95] Commissioni 2a (Giustizia) e 12a (Igiene e sanità) riunite, 10 ottobre 1989, 32a seduta, p. 6.

degli ufficiali di polizia giudiziaria nelle organizzazioni criminali dedite al traffico di droga, cercando allo stesso tempo di ovviare ai rischi insiti in operazioni di tal specie. Rischi da un lato legati alla possibile rilevanza penale delle condotte degli appartenenti alla forza pubblica, dall'altro ai pericoli per l'incolumità degli operatori stessi.

Molti interpreti evidenziavano che da quel momento non avrebbero più dovuto essere usati i parametri elaborati dalla giurisprudenza (il carattere indiretto e marginale dell'intervento), peraltro forieri di numerose incertezze, bensì i requisiti previsti dalla nuova scriminante, ritenuta «più ampia» di quella prevista dal combinato disposto degli artt. 51 c.p. e 55 c.p.p. Invero – si sosteneva – «in base all'art. 97 (…) l'ufficiale di polizia giudiziaria operante può, con le cautele dettate dalla legge in modo da garantire la genuinità dell'intervento, andare oltre, infiltrarsi nell'organizzazione criminale sollecitando una vendita o un trasporto, magari non ancora deciso, al fine di realizzare l'acquisto simulato e con esso l'acquisizione della prova del reato»[96]. L'acquisto si poneva infatti in rapporto di causazione diretta con la vendita e quindi travalicava necessariamente i confini della mera osservazione e controllo dell'altrui attività criminosa[97].

Gli artt. 97 e 98 avevano un ambito di applicazione differente. L'acquisto simulato poteva essere impiegato al fine di acquisire prove su uno qualsiasi dei reati previsti dal testo unico, quindi anche alle fattispecie di cui agli articoli 72, 79, 82 e 83. L'art 98, invece, faceva riferimento solo ai delitti di cui agli articoli 73 e 74, ossia alla produzione

[96] G. AMATO, G. FIDELBO, *La disciplina penale degli stupefacenti*, cit., p. 530. Nello stesso senso anche F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti. Profili penali*, cit., pp. 231-232; M. GARAVELLI, G. CASELLI, *Droga: in nome della legge*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 1990, pp. 29-30; E. CELOTTI, *Disposizioni processuali e preprocessuali specifiche in materia di stupefacenti*, in G. FLORA (a cura di), *La nuova normativa sugli stupefacenti. Commento alle Norme penali del Testo Unico*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 38; L. RISICATO, *L'acquisto simulato di droga nell'ambigua cornice dell'agente provocatore*, cit., pp. 1599-1600; GIUSEPPE AMATO, *I traffici illeciti di sostanze stupefacenti*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 443-445; G. AMATO, *Teoria e pratica degli stupefacenti*, Laurus Robuffo, Roma, 2000, p. 220; M. GARAVELLI, *Meccanismi processuali repressivi e interventi preventivi nella nuova disciplina relativa agli stupefacenti*, in *Leg. pen.*, 1992, p. 192; R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore*, cit., p. 106; A. MANICCIA, *La non punibilità dell'agente provocatore nel contrasto al traffico di droga: soluzioni ancora a confronto, tra irrilevanza causale della condotta e difetto dell'elemento soggettivo*, in *Cass. pen.*, 2017, (2), p. 784.

[97] Così G. AMATO, *Sull'ambito di operatività sostanziale e processuale della scriminante dell'acquisto simulato di sostanze stupefacenti*, in *Cass. pen.*, (5), 1999, p. 1609. Un altro autorevole esponente della dottrina evidenziava che «nella varietà delle sue possibili forme di manifestazione concreta, l'"acquisto" non implica necessariamente un comportamento dotato di efficacia "provocatoria" della commissione di un reato da parte di un terzo, come è constatabile in tutti i casi in cui l'ufficiale di polizia giudiziaria si limiti ad accettare l'offerta di vendita fattagli *sua sponte* dall'ignaro spacciatore». Così F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti. Profili penali*, CEDAM, Padova, 1994, p. 234.

e al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope e alla associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope.

A mente del testo originario dell'art. 97, gli elementi costitutivi della fattispecie, ritenuta dalla dottrina prevalente una *causa di giustificazione*[98], erano la qualifica soggettiva (solo gli ufficiali di polizia giudiziaria addetti alle unità specializzate antidroga), l'autorizzazione del Servizio centrale antidroga o, d'intesa con questo, dagli organi territoriali di vertice delle forze di polizia, ai quali si aggiungeva, per effetto della modifica introdotta con l'art. 12-*ter* d.l. 8 giugno 1992, n. 306, anche il direttore della

[98] Tale qualificazione era condivisa dalla maggioranza della dottrina. Si vedano, *ex multis*, G. AMATO, G. FIDELBO, *La disciplina penale degli stupefacenti*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 528; G. MARINI (a cura di), *Stupefacenti. Sostanze psicotrope. Stati di tossicodipendenza*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 149; E. FORTUNA, *Stupefacenti (dir. interno)*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, p. 1221; G. CASELLI, M. GARAVELLI, *Gli acquisti simulati di droga*, in AA. VV., *Il testo unico delle leggi in materia di stupefacenti. Un'analisi critica*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 166; M. GARAVELLI, *Meccanismi processuali repressivi e interventi preventivi nella nuova disciplina relativa agli stupefacenti*, in *Leg. pen.*, 1992, p. 189; G. AMATO, *Droga e attività di polizia*, Laurus Robuffo, Roma, 1992, p. 212; G. RITUCCI, *La disciplina dell'acquisto simulato ex art, 97 T.U. n. 309/1990*, in *Cass. pen.*, 1993, (4), p. 993; M. G. COPPETTA, *La normativa speciale*, cit., p. 453; R. RICCIOTTI, M. M. RICCIOTTI, *Gli stupefacenti: commento del T. U. 9 ottobre 1990, n. 309 giurisprudenza, decreti ministeriali, tabelle, relazioni parlamentari*, CEDAM, Padova, 2000, p. 304; F. PULEIO, *Traffico di droga: così si combattono mafia e narcos. Strategie, tecniche investigative e strumenti processuali*, in *Dir. e giust.*, 2005, (3), p. 68; M. BRANCACCIO, voce *Stupefacenti (profili sostanziali)*, cit., p. 46; F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti. Profili penali*, cit., p. 235. L'A. era però dubbioso riguardo alla possibilità di considerare l'art. 97 T.U. stup. come una *species* della causa di giustificazione comune dell'adempimento di un dovere *ex* art. 51 c.p., in quanto la provocazione non poteva essere ritenuta appunto un "dovere" della polizia giudiziaria. Piuttosto, il legislatore del 1990 aveva introdotto la facoltà della polizia giudiziaria di procedere all'acquisto, non necessariamente all'esito di un comportamento provocatorio (inteso qui come istigazione all'acquisto). Nello stesso senso anche S. GRILLO, *Commento agli artt. 97 e 98 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 - Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*, in C. E. PALIERO, F. PALAZZO (a cura di), *Commentario breve alle Leggi penali complementari*, CEDAM, Padova, 2007, p. 2894, secondo il quale l'art. 97 T.U. stup. costituiva una ipotesi speciale di esercizio di una facoltà legittima. In argomento si veda anche a F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., p. 152, in particolare la nota 100. L'A. ritiene che «La disciplina dell'art 97 d.p.r. 309/1990 dimostra invece la natura meramente dichiarativa, priva di ricadute pratiche, dell'art. 51 c.p.: l'effetto scriminante consegue solo alla presenza della disposizione extra codicistica; se nell'ordinamento non vi fosse una norma del tenore dell'art. 97, ben difficilmente la vuota disposizione dell'art. 51 c.p. sarebbe in grado di garantire l'impunità al c.d. agente provocatore». Non sono mancati anche orientamenti contrari alla qualificazione come causa di giustificazione dell'art. 97. Sulla base dei lavori preparatori, Ronco riteneva che la disposizione sull'acquisto simulato introdotta nel 1990 non avesse introdotto alcuna nuova scriminante speciale, essendosi il legislatore limitato a stabilire i limiti rigorosi che gli appartenenti alla forza pubblica dovevano rispettare quando agivano in veste di agenti provocatori con riferimento a determinati tipi di condotta. Vedi M. RONCO, *Il controllo penale degli stupefacenti*, Jovene, Napoli, 1990, pp. 372-373. Anche altri esponenti della dottrina hanno optato per la qualificazione dell'art. 97 come una causa di non punibilità o una causa di esclusione del tipo, sulla base di diversi argomenti per l'esame dei quali si rinvia a R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Agente provocatore,* cit., pp. 24-28; M. PETRELLA, *L'acquisto simulato di droga*, in G. INSOLERA (a cura di), *Le sostanze stupefacenti*, UTET, Torino, 1998, pp. 334-335; G. AMATO, *I traffici illeciti di sostanze stupefacenti*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 446-447.

Direzione investigativa antimafia[99]. Infine, in seguito all'acquisto doveva essere data immediata e dettagliata comunicazione al Servizio centrale antidroga e all'autorità giudiziaria.

La norma inizialmente menzionava solo la condotta di acquisto e non contemplava l'intervento di ulteriori soggetti oltre a quello degli ufficiali di p.g. Almeno sotto il profilo oggettivo, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti si erano però sin da subito mostrate propense ad accogliere un'interpretazione estensiva della norma, più conforme alle esigenze della prassi, ricomprendendo tra le condotte scriminate anche i naturali antefatti e post-fatti dell'acquisto[100].

Fin dalla versione originaria, l'art. 97 si apriva con la clausola «Fermo il disposto dell'art. 51 c.p.», che si ritrovava poi anche in molte norme successive, fino all'art. 9 l. n. 146/2006. Secondo la tesi prevalente, tale clausola di salvezza non doveva essere intesa nel senso che in caso di mancata integrazione della scriminante speciale si applicasse automaticamente la scriminante comune dell'adempimento di un dovere. Dovevano infatti ricorrerne i presupposti, come precisati dalla giurisprudenza già prima dell'introduzione dell'art. 97.

L'attività della forza pubblica doveva limitarsi all'osservazione e al contenimento, non rientrando altrimenti tra le funzioni della polizia giudiziaria *ex* art. 55 c.p.p. Opinando diversamente, «tutto lo sforzo di precisione sostenuto dal legislatore, per contenere

[99] In dottrina vi era chi sosteneva che la mancanza dell'autorizzazione potesse anche essere sanata *ex post*, mediante la ratifica di uno dei soggetti competenti: G. RITUCCI, *La disciplina dell'acquisto simulato*, cit., pp. 999-1000.

[100] Si vedano ad esempio Cass. pen., sez. VI, 3 dicembre 1998, n. 669, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1608; Cass. pen., sez. IV, 29 maggio 2001, n. 33561, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2448. In dottrina A. BALSAMO, A. SALEMME, *La criminalità organizzata transfrontaliera (narcotraffico) – Cooperazione internazionale*, cit., p. 104; F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti. Profili penali*, cit., p. 234; S. GRILLO, *Commento agli artt. 97 e 98 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309*, cit., p. 2897.

l'ingerenza dello strumento della provocazione, verrebbe totalmente vanificato»[101]. Anche la giurisprudenza aveva avallato questo orientamento[102].

Nel 2006[103], pochi mesi prima dell'entrata in vigore della l. n. 146/2006 (il cui art. 9 inizialmente non aveva toccato l'art 97 T.U. stup., assorbito solo nel 2010), il legislatore aveva modificato l'art. 97, a partire dalla nuova rubrica *Attività sotto copertura*. A seguito della riforma, l'ambito di applicazione della norma risultava ampliato sia sotto il profilo soggettivo sia sotto quello oggettivo.

Le condotte scriminate non erano più limitate al solo l'acquisto, ma comprendevano anche la ricezione e l'occultamento di sostanze stupefacenti o psicotrope e il compimento di attività prodromiche e strumentali. Veniva inoltre consentito sostituire

---

[101] La dottrina già all'indomani dell'introduzione dell'art. 97 aveva evidenziato come il legislatore avesse voluto fare salvo il rigoroso orientamento giurisprudenziale della Cassazione in tema di agente provocatore e art. 51 c.p. Così C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 386. Più recentemente, nello stesso senso, G. AMATO, *Le specifiche attività di polizia giudiziaria*, in A. CAPUTO, G. FIDELBO (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., pp. 502-503; A. MANICCIA, *La non punibilità dell'agente provocatore nel contrasto al traffico di droga: soluzioni ancora a confronto, tra irrilevanza causale della condotta e difetto dell'elemento soggettivo*, in *Cass. pen.*, 2017, (2), p. 786; S. GRILLO, *Commento agli artt. 97 e 98 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309…*, cit., p. 2894. Sui rapporti tra art. 51 c.p. e art. 97 T.U. stup. si vedano anche M. PETRELLA, *L'acquisto simulato di droga*, cit., pp. 345-347; G. AMATO, *Qualche puntualizzazione sulla figura dell'"agente provocatore" in materia di "acquisto simulato" di sostanze stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 1995, (3), pp. 713 ss.; A. LANDOLFI, *L'acquisto simulato di stupefacente*, in *Cass. pen.*, 1994, (7), pp. 1982-1983; M. ZOCCO, *Agente provocatore, acquisto simulato di stupefacenti e legge penale*, in *Quest. Giust.*, 1995, p. 964. Si vedano anche gli altri contributi citati nella nota 98.

[102] Cass. pen., Sez. VI, 11 aprile 2014 (u.p. 20 marzo 2014), n. 16157, in *Dir. pen. proc.*, 2014, (5), p. 524. Secondo la Cassazione, «[a]i sensi dell'art. 51 c.p. deve ritenersi lecita, pur fuori dall'ipotesi di cui all'art. 97 d.P.R. n. 309 del 1990, la condotta dell'agente che, attraverso un indiretto e marginale intervento nell'ideazione e nell'esecuzione del reato, si concretizzi prevalentemente in un'attività di osservazione, di controllo e di contenimento delle azioni illecite altrui». Il caso di specie riguardava fatti denunciati alla Polizia di Stato da un cittadino marocchino, informatore dei carabinieri come informatore e acquirente simulato di droga in cambio di aiuto nell'ottenimento del permesso di soggiorno. Il giudice delle indagini preliminari aveva disposto la misura degli arresti domiciliari nei confronti dei militari in relazione ai reati di induzione indebita a dare o promettere utilità, falso ideologico e calunnia. A partire dal 2007, nel corso di diverse operazioni di polizia l'informatore, su indicazione degli operanti, aveva contattato dei soggetti sospettati di essere fornitori di droga, chiedendo di acquistarla, in modo che i militari potessero poi procedere al loro arresto al momento della consegna. La Cassazione in sede cautelare censura la motivazione del Tribunale del riesame, che aveva escluso l'integrazione della scriminante *ex* art. 97 T.U. stup. per la mancanza della qualifica soggettiva di ufficiali dei carabinieri intervenuti, per l'assenza di autorizzazione degli organi competenti e perché i militari avevano preso l'iniziativa e causato la commissione di reati che non sarebbero stati altrimenti commessi. La Suprema Corte concorda sulla inapplicabilità dell'art. 97 cit., ma ritiene carente la motivazione in quanto non era stata considerata la possibilità che la condotta degli operanti potesse essere scriminata dall'art. 51 c.p., astrattamente configurabile nel caso di specie. Secondo la Corte, occorre infatti distinguere l'ipotesi di un agente provocatore che solleciti la controparte a procacciarsi la droga da cedergli da quella in cui si sia in presenza di soggetti già noti come trafficanti-spacciatori, che in qualche modo abbiano già manifestato la loro intenzione di vendere la droga di cui dispongono. Nello stesso senso in precedenza anche Cass., Sez. I, 14 gennaio 2008, *D'Amico*; Cass., Sez. VI, 6 luglio 1990, *Carpentieri*.

[103] Art. 4-*terdecies*, d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49.

la sostanza stupefacente, in modo da scongiurare il pericolo per la salute pubblica insito nella ulteriore circolazione della stessa. Tali condotte potevano essere messe in atto anche per *interposta persona*[104]. Il co. 4 oltre alle persone interposte menzionava anche gli *ausiliari*, che non potevano però porre in essere condotte integranti una fattispecie di reato (ossia quelle previste dal co. 1)[105].

Soddisfacendo gli auspici della dottrina[106], nel co. 2 il legislatore del 2006 aveva specificato che gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria potevano utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura. Il co. 5 tutelava la segretezza di tali identità segrete, incriminando la condotta di chiunque le rivelasse indebitamente, ma solo nel corso dell'operazione. Tale limitazione aveva suscitato perplessità in dottrina, per l'ovvio rischio che anche una rivelazione successiva potesse esporre a ritorsioni o comunque mettere in pericolo l'ufficiale di polizia giudiziaria o gli altri soggetti coinvolti.

Passando ora a considerare l'art. 98, quest'ultimo, a differenza dell'art. 97, non aveva subito modifiche dal momento della sua entrata in vigore fino all'abrogazione ad opera della l. n. 136/2010, la quale – come si vedrà – ha ricondotto all'art. 9 l. n. 146/2006 anche la materia delle operazioni sotto copertura rispetto ai reati di droga.

Nonostante la dottrina avesse da subito evidenziato le inesattezze della formulazione della disposizione in commento (che si riferiva ai mandati di cattura e di arresto di cui al codice di procedura penale previgente, non previsti nel nuovo codice di procedura penale), il legislatore non era mai intervenuto sul punto. Di conseguenza, si era ovviato al problema in via interpretativa, intendendo la norma come riferita all'ordinanza che dispone la custodia cautelare in carcere e al fermo di indiziato di delitto di cui all'art.

---

[104] Per un commento approfondito sulle attività scriminate, nonché sull'ampliamento soggettivo dell'art. 97 T.U. stup., si rinvia a G. AMATO, *Le specifiche attività di polizia giudiziaria*, cit., pp. 506-507; G. AMATO, *Teoria e pratica degli stupefacenti*, Laurus Robuffo, Roma, 2000, pp. 424 ss.; G. AMATO, *L'acquisto simulato di droga da parte dei privati*, in *Guida dir.*, 2006, n. 12, pp. 114 ss.; S. GRILLO, *Commento agli artt. 97 e 98 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309*, cit., p. 2895 ss.; S. RIONDATO (a cura di), *Commento pratico sistematico alle modifiche al Testo unico sugli stupefacenti: d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, conv. in l. 21 febbraio 2006, n. 49*, CEDAM, Padova, 2006, pp. 107-112¸ A. BALSAMO, A. SALEMME, *La criminalità organizzata transfrontaliera (narcotraffico)*, cit., p. 105.

[105] A. BALSAMO, A. SALEMME, *La criminalità organizzata transfrontaliera (narcotraffico)*, cit., p. 106.

[106] V. G. RITUCCI, *La disciplina dell'acquisto simulato ex art, 97 T.U. n. 309/1990*, cit., pp. 1000-1001. A due anni dell'entrata in vigore dell'art. 97 T.U. stup., l'A. aveva evidenziato come in tale disposizione mancassero una codificazione e un'armonizzazione delle attività funzionali allo sviluppo dell'operazione di infiltrazione, con particolare riferimento all'impiego di falsa documentazione di copertura. L'A. riteneva che tali attività dovessero comunque ritenersi scriminate ex art. 51 c.p., ma auspicava un intervento normativo (perlomeno un decreto ministeriale) che garantisse sul punto la certezza del diritto.

384 c.p.p.[107]. Anche il co. 2 dell'art. 98 aveva destato perplessità tra i commentatori, in quanto un'interpretazione strettamente letterale dello stesso avrebbe consentito alla polizia giudiziaria ciò che il comma 1 non consentiva neppure al pubblico ministero: *omettere*, non semplicemente ritardare, qualsiasi atto di propria competenza.

I presupposti di liceità del ritardo erano diversi rispetto all'art. 97. Non era sufficiente che si perseguisse il «solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti dal TU». Il ritardo doveva essere «necessario per acquisire rilevanti elementi probatori ovvero per l'individuazione o la cattura dei responsabili dei delitti di cui agli articoli 73 e 74». L'impiego dell'aggettivo «rilevanti» mirava, secondo autorevole dottrina, a evidenziare l'*eccezionalità* del ritardo per le particolari difficoltà di raccogliere prove con i metodi ordinari. Era espressione, in altri termini, dei *principi di sussidiarietà e di proporzione*[108].

Quanto alla *natura giuridica* della norma espressa dall'art. 98 T.U. stup., si erano fin da subito contrapposti due orientamenti. Il primo favorevole a qualificarla come una *causa di giustificazione*, al pari dell'art. 97[109], il secondo incline a considerarla una *norma regolatrice* dell'esercizio dei poteri relativi all'adozione dei provvedimenti processuali menzionati dalla norma medesima[110]. L'art. 98 aveva sostanzialmente recepito la Convenzione di Vienna delle Nazioni Unite del 1988, prevedendo l'istituto della consegna sorvegliata, che consentiva alla polizia di tracciare gli spostamenti e i passaggi di mano della droga per estendere il più possibile l'indagine a tutti gli anelli della catena coinvolti[111].

La breve analisi dell'evoluzione delle norme specificamente dedicate alle operazioni sotto copertura nella legislazione in materia di stupefacenti ha consentito di individuare la prima area criminale rispetto alla quale tale tecnica investigativa è stata prevista. L'espansione, o almeno la percezione dell'espansione del traffico di

---

[107] Da più parti in dottrina è stato sottolineato il mancato coordinamento della norma con il nuovo codice di procedura penale del 1989. Si vedano in proposito G. AMATO, *Le specifiche attività di polizia giudiziaria*, in A. CAPUTO, G. FIDELBO (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., pp. 522-523; G. MARINI (a cura di), *Stupefacenti. Sostanze psicotrope. Stati di tossicodipendenza*, cit., p. 152; E. CELOTTI, *Disposizioni processuali e preprocessuali specifiche in materia di stupefacenti*, cit., pp. 44-45.

[108] A. BALSAMO, A. SALEMME, *La criminalità organizzata transfrontaliera (narcotraffico) – Cooperazione internazionale*, cit., p. 109.

[109] C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 274.

[110] F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti. Profili penali*, cit., p. 237.

[111] Così, ad esempio, G. AMATO, *Teoria e pratica degli stupefacenti*, cit., p. 263. V. anche *supra*, Cap. I, sez. I, § 1.3.1.

stupefacenti, anche a livello internazionale, e l'obiettivo di risalire gli anelli della catena dei soggetti coinvolti hanno condotto il legislatore a ritenere necessario l'impiego di mezzi investigativi più invasivi, già invalsi nella prassi, ma limitati per l'assenza di un quadro normativo chiaro, sicché la valutazione della liceità delle condotte degli investigatori finiva per essere rimessa alla discrezionalità della magistratura.

2. Emergenza criminalità organizzata: la legislazione degli anni del periodo stragista di Cosa Nostra

Dopo il narcotraffico, la seconda area criminale rispetto alla quale sono state previste le operazioni sotto copertura è la criminalità organizzata di tipo mafioso, *rectius* alcuni reati ritenuti prediletti da tali associazioni e importanti per la loro sopravvivenza.

2.1. L'art. 7, d.l. n. 8/1991 in tema di sequestro di persona a scopo di estorsione e l'art. 10 d.l. n. 419/1991 sulla possibilità di ritardare i provvedimenti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria nel corso di indagini per riciclaggio

L'art. 7 del d.l. 15 gennaio 1991, n. 8 (conv. con modificazioni con l. 15 marzo 1991, n. 82) racchiudeva la disciplina, articolata in tre commi, di due distinte tecniche di indagine. Al ricorrere di precisi presupposti, il co. 1 introduceva la possibilità di compiere «operazioni controllate di pagamento del riscatto», mentre il co. 3 consentiva al pubblico ministero di ritardare (o di disporre che la polizia ritardasse quelli che le competevano) l'esecuzione dei provvedimenti che applicavano una misura cautelare, dell'arresto, del fermo dell'indiziato di delitto o del sequestro[112].

[112] Per maggiore chiarezza espositiva si riporta il testo della disposizione: «1. Quando é necessario per acquisire rilevanti elementi probatori, ovvero per la individuazione o cattura dei responsabili del delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, il pubblico ministero può richiedere che venga autorizzata la disposizione di beni, denaro o altra utilità per l'esecuzione di operazioni controllate di pagamento del riscatto, indicandone le modalità. Il giudice provvede con decreto motivato. 2. L'autorizzazione a disporre di beni, denaro o altra utilità può essere comunque richiesta dal pubblico ministero per i sequestri di persona a scopo di estorsione in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto. 3. Ai medesimi fini di cui al comma 1 il pubblico ministero può, con decreto motivato, ritardare l'esecuzione o disporre che sia ritardata l'esecuzione dei provvedimenti che applicano una misura cautelare, dell'arresto, del fermo dell'indiziato di delitto o del sequestro. Nei casi d'urgenza il ritardo dell'esecuzione dei predetti provvedimenti può essere disposto anche oralmente, ma il relativo decreto deve essere emesso entro le successive quarantotto ore».

La norma in commento, come gli artt. 97 e 98 T.U. stup., era inizialmente sopravvissuta all'entrata in vigore dell'art. 9 l. n. 146/2006, ma è stata poi abrogata e inserita in quest'ultima disposizione con la l. n. 136/2010.

L'art. 7 cit. era già presente nel decreto varato dal Governo e non aveva subito modificazioni in sede di conversione parlamentare. Nella relazione governativa al d.d.l. di conversione si legge che l'introduzione della disposizione era finalizzata ad «evitare che il provvedimento di sequestro dei beni [potesse] compromettere, contrariamente allo scopo per il quale [era] stato disposto, il risultato dell'azione investigativa e al contempo innescare iniziative autonome dei familiari della vittima, mossi comprensibilmente dal coinvolgimento umano ed affettivo nella vicenda»[113]. Per tale ragione, il pubblico ministero poteva chiedere al giudice l'autorizzazione a disporre dei beni e del denaro sequestrati per eseguire operazioni controllate di pagamento del riscatto, che la dottrina aveva ritenuto di qualificare, riprendendo la terminologia prescelta nel testo unico in materia di stupefacenti, come «pagamento simulato» del riscatto[114].

La lettura del testo della disposizione consentiva di notare immediatamente come la finalità a cui dovevano rispondere le due tecniche di indagine previste rispettivamente nel co. 1 e nel co. 3 fosse la medesima e coincidesse con quella indicata nell'art. 98 T.U. stup. Anche nel caso del pagamento simulato, quindi, non era sufficiente il «solo fine di acquisire elementi di prova», bensì si richiedeva che l'operazione controllata di pagamento fosse *necessaria* «per acquisire rilevanti elementi probatori, ovvero per la individuazione o cattura dei responsabili del delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione».

Il co. 3 si inseriva nella medesima strategia di indagine di cui al co. 1[115], prevedendo la possibilità di ritardare l'esecuzione di provvedimenti cautelari, pre-cautelari e di sequestro similmente all'art. 98 T.U. stup., questa volta con maggiore precisione terminologica e con due differenze, immediatamente evidenziate dalla dottrina[116]: il ritardo poteva essere deciso solo dal pubblico ministero, non dal giudice né

[113] *Relazione al d.d.l. n. C-5375*, cit., p. 4.
[114] D. MANZIONE, *sub art. 7 d.l. 15/1/1991 n. 8*, in *Leg. pen.*, 1992, p. 668.
[115] Relazione al d.d.l. n. C-5375 *Conversione in legge del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, recante nuove misure in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia*, presentato alla Camera il 15.1.1991, p. 4.
[116] D. MANZIONE, *sub art. 7*, cit., pp. 671-672.

dalla polizia giudiziaria e poteva riguardare – stando al dato letterale – solo l'esecuzione e non l'emissione dei provvedimenti.

A differenza delle disposizioni in materia di narcotraffico e di quelle in tema di acquisti simulati e di operazioni sotto copertura emanate negli anni successivi, il legislatore del 1991 aveva previsto una *garanzia giurisdizionale rafforzata*, necessaria – secondo la dottrina – per proteggere non solo l'incolumità degli agenti di polizia giudiziaria impegnati nell'operazione, ma anche la vita degli ostaggi[117].

In sede di discussione del d.d.l. di conversione alla Camera si erano confrontate opinioni molto diverse circa l'utilità e la giustificazione delle strategie del blocco dei beni e del pagamento controllato. Da un lato, il relatore del provvedimento, l'on. Vairo della *Democrazia cristiana*, aveva ribadito con forza la finalità perseguita mediante il decreto legge in discussione, ossia «l'esigenza ormai ineludibile di rispondere decisamente, di avviare una controffensiva istituzionale nei confronti delle cosche criminali che hanno fatto di questo tipo di delitto orrendo, diabolico e micidiale una sorta di specialità della cultura della morte, una sorta di *holding* finanziaria caratterizzata da atrocità veramente uniche. Intendo dire che trarre un lucro per mezzo di un'azione criminosa dal dolore altrui è una caratteristica delinquenziale abbastanza unica. Non si tratta di una spinta criminosa – per non andare a scomodare i testi classici del Romagnosi – dovuta ad un impeto delittuoso»[118]. Bloccare i beni del sequestrato e dei suoi congiunti più prossimi avrebbe dovuto condurre i sequestratori a ritenere inutile il rapimento dal punto di vista della razionalità economica, divenendo impossibile trarne profitto[119].

Il deputato Mellini del gruppo *Federalista europeo* aveva, invece, espresso la propria contrarietà all'art. 7 cit., perché «Il pagamento controllato è un'ulteriore atrocità nei confronti dei familiari delle vittime, che non possono pagare per liberare i loro congiunti, aumentando così i rischi ai quali è sottoposta la persona sequestrata. In ogni caso, è in ballo il patrimonio degli interessati: non è lo Stato a pagare se il controllo non

[117] G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, cit., p. 93.

[118] *Resoconto stenografico della seduta della Camera dei deputati di giovedì 14.2.1991*, pp. 79200-79201.

[119] Sempre secondo il relatore, rispetto al blocco, l'art. 7 rappresentava una «previsione equilibratrice» in quanto rendeva possibile all'autorità giudiziaria, sulla base di una valutazione del caso concreto, disporre lo sblocco dei beni «quando il pagamento [fosse] finalizzato non alla liberazione dell'ostaggio ma all'individuazione e alla cattura dell'autore del reato». V. *Resoconto stenografico della seduta della Camera dei deputati di giovedì 14.2.1991*, cit., p. 79202.

funziona ed i soldi finiscono altrove»[120]. L'on. Mellini aveva altresì proposto un emendamento che prevedeva la necessità del consenso dei famigliari come condizione per poter eseguire pagamenti controllati, essendo peraltro gli stessi i titolari del denaro utilizzato. La modifica contemplava poi un risarcimento da parte dello Stato per il caso in cui la consegna non vada a buon fine. L'emendamento veniva però respinto[121].

Di diverso tenore era stato l'intervento dell'on. Vincenzo Ciconte, allora deputato del gruppo comunista e tutt'ora professore di storia della criminalità organizzata, il quale aveva esordito mettendo in risalto come il decreto-legge in discussione fosse stato oggetto di «una martellante campagna di stampa», che aveva declamato l'urgenza e la necessità che il governo adottasse una linea dura sui sequestri di persona. L'onorevole si era poi impegnato a evidenziare la complessità del fenomeno dei sequestri di persona, invalsi fin dagli anni Sessanta e Settanta e fonte di notevole ricchezza per le associazioni criminali, in particolare per la 'ndrangheta calabrese. A incentivare i sequestri non era, tuttavia, solo la logica del profitto, bensì anche la loro visibilità e di conseguenza la possibilità per le cosche di mostrare il proprio controllo del territorio:

> «Ancora oggi i sequestri di persona (…) svolgono una funzione importante, anche se sono meno remunerativi rispetto agli anni sessanta: vi sono infatti più rischi e maggiori complicazioni. Del resto, la 'ndrangheta ha in piedi altre attività ben più lucrose (…). Nonostante ciò, nonostante il relativo rendimento economico, i sequestri continuano. Le ragioni sono evidenti: vi sono organizzazioni che da sempre svolgono simili attività e continuano ad operare in tal modo perché sono incapaci di fare altro. Vi sono alcune "'ndrine" che hanno una vera e propria specializzazione in questo settore: esse hanno infatti manifestato notevole professionalità sull'Aspromonte (…). Il vero problema è che i sequestri continuano perché con essi si manifesta in modo clamoroso e visibile il controllo del territorio»[122].

Secondo Ciconte, la soluzione non risiedeva nel blocco dei beni, ma in una strategia incentrata su due obiettivi fondamentali: superare la disorganicità degli interventi delle forze di polizia e impedire l'utilizzo del denaro proveniente dai sequestri.

Circa un anno dopo il decreto sul pagamento controllato del riscatto, in effetti il legislatore era intervenuto con il cosiddetto «decreto anti-racket» (d.l. 31 dicembre 1991, n. 419, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 febbraio 1992, n. 172) in tema di

---

[120] *Resoconto stenografico della seduta della Camera dei deputati di giovedì 14.2.1991*, cit., p. 79224.

[121] Nondimeno, secondo la dottrina il requisito del consenso doveva ritenersi implicito nella disposizione. Un'operazione di pagamento coatta sarebbe stata, invero, inammissibile, poiché il sequestro non toglieva la titolarità dei beni, ma impediva solo di disporne. Così D. MANZIONE, *sub art. 7*, cit., p. 670.

[122] *Resoconto stenografico della seduta della Camera dei deputati di giovedì 14.2.1991*, pp. 79235-79239.

riciclaggio e *impiego di denaro, beni o altra utilità di provenienza illecita*, nonché sul delitto di *estorsione*, introducendo una norma simile all'art. 98 T.U. stup. L'art. 10, in seguito abrogato dall'art. 9 l. n. 146/2006, infatti prevedeva che

> «1. Quando é necessario per acquisire rilevanti elementi probatori ovvero per la individuazione o cattura dei responsabili dei delitti di cui agli articoli 629, 648-bis e 648-ter del codice penale, il pubblico ministero può, con decreto motivato, ritardare l'esecuzione dei provvedimenti che applicano una misura cautelare, dell'arresto, del fermo dell'indiziato di delitto o del sequestro. Nei casi di urgenza il ritardo dell'esecuzione dei predetti provvedimenti può essere disposto anche oralmente, ma il relativo decreto deve essere emesso entro le successive quarantotto ore.
> 2. Per gli stessi motivi di cui al comma 1 gli ufficiali di polizia giudiziaria possono omettere o ritardare gli atti di propria competenza, dandone immediato avviso, anche oralmente, al pubblico ministero competente per le indagini, e provvedono a trasmettere allo stesso motivato rapporto entro le successive quarantotto ore»[123].

La relazione governativa al d.d.l. di conversione presentava la norma come una «sostanziale estensione alle indagini condotte in materia estorsiva, di riciclaggio e di reimpiego illecito, di un istituto già introdotto nell'ordinamento con l'art. 98 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti (…) che viene mutuato tenendo conto degli adeguamenti che con l'art. 7 del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8 (…) in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione sono stati apportati all'istituto allorché è stato proficuamente applicato anche a tale materia»[124].

In effetti, nell'art. 10 cit., come già nell'art. 7, si riscontrava una maggiore precisione terminologica, corrispondente a quella del codice processuale penale vigente. D'altro canto, come nell'art. 98, emergeva la discrasia tra il primo e il secondo comma, laddove si ammetteva che il pubblico ministero potesse solo ritardare gli atti di propria competenza, mentre la polizia giudiziaria – stando al dato letterale – avrebbe anche potuto ometterli.

---

[123] L'unica modifica apportata a tale disposizione in sede di conversione era la conseguenza della mancata approvazione da parte del Parlamento dell'art. 9 del medesimo d.l., che introduceva dopo l'art. 629 c.p. l'art. 629-bis c.p. *Altre attività estorsive*, in base al quale, salvo che il fatto costituisse più grave reato, la pena prevista dall'art. 629, primo comma, doveva applicarsi anche a chiunque avesse realizzato profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis. Era inoltre prevista una circostanza aggravante per l'ipotesi in cui i fatti fossero commessi da persona appartenente a un'associazione di tipo mafioso. L'art. 9 fu soppresso in Commissione giustizia alla Camera in quanto ritenuto troppo vago e quindi contrastante con il principio di determinatezza e tassatività ex art. 25, co. 2, Cost. e venne coerentemente eliminato anche il riferimento a tale disposizione nell'art. 10.

[124] *Relazione al d.d.l. n. C-6259,* Conversione in legge del decreto-legge 31 dicembre 1991, n. 419, recante istituzione del Fondo di sostegno per le vittime di richieste estorsive, presentato alla Camera il 2 gennaio 1992, p. 7.

La relazione governativa è utile anche per comprendere la *ratio* della norma e il clima che si respirava in quegli anni. Il Governo evidenziava infatti di aver «assunto diverse iniziative finalizzate ad imprimere (…) un più elevato grado di efficienza all'attività di prevenzione e repressione delle cosche criminali che, in varie forme, attentano alla stabilità delle condizioni di convivenza civile e di sicurezza del paese», di fronte ai diversi fatti di sangue occorsi e in particolare considerato il «sensibile incremento quantitativo e qualitativo dell'impiego della forza intimidatrice, utilizzata allo scopo di acquisire in modo anche indiretto la gestione o il controllo di attività economiche, o comunque per realizzare profitti ingiusti in danno di chi conduce, spesso con sacrificio, tale attività». La necessità di reinvestire capitali illeciti, da un lato, e il ricorso all'estorsione per ingerirsi nella vita economico-produttiva, dall'altro, denotavano un «salto di qualità del fenomeno del racket, che è perseguito dalle organizzazioni non solo quale forma di guadagno illecito, ma anche quale mezzo di riconoscimento concreto dell''autorità' vantata in determinate zone del territorio»[125].

In effetti, al 1991 risalgono ad esempio l'introduzione dell'art. 4-*bis* l. n. 354/1975 in materia di ordinamento penitenziario e del comma 3-*bis* dell'art. 51 c.p.p.[126].

L'ambito di applicazione dell'art. 10 in commento negli anni successivi alla sua introduzione era stato esteso anche ad altre fattispecie criminose. L'art. 8, co. 2, l. n. 108/1996 in materia di usura aveva aggiunto l'art. 644 c.p.; successivamente con la l. n. 228/2003 contro la tratta di persone erano stati inseriti i delitti di cui agli artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinquies*, 601, 602 e quelli in materia di prostituzione di cui all'art. 3 l. n. 75/1958.

Si tratta – come si vedrà[127] – del medesimo intervento normativo con cui nel 2003 il legislatore aveva dichiarato applicabili le disposizioni dell'art. 4, co. 1, 2, 4, 5, 6 e 7, d.l. n. 374/2001, a tutti i delitti previsti dal Libro II, Titolo XII, Capo III, Sez. I, del codice penale e dall'art. 3 della l. n. 75/1958, facendo comunque salvo quanto previsto dall'art. 14 l. n. 269/1998. Quest'ultima disposizione, introdotta nel frattempo, prevede (i primi

[125] *Relazione al d.d.l. n. C-6259*, cit., pp. 1-2.

[126] L'art. 4-*bis* cit. è stato introdotto con l'art. 1, co. 1, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, intitolato *Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa*, mentre il comma 3-*bis* dell'art. 51 c.p.p. è stato inserito dall'art. 3 d.l. 20 novembre 1991, n. 367, *Coordinamento delle indagini nei procedimenti per reati di criminalità organizzata*.

[127] V. *infra*, § 5.

tre commi sono tuttora in vigore) la possibilità di impiegare attività di contrasto sotto copertura per alcuni delitti in materia di pedopornografia, prostituzione minorile e turismo sessuale.

Come si vede, iniziava a crearsi una notevole *stratificazione normativa* con conseguente difficoltà di individuazione della disciplina applicabile alla singola fattispecie concreta.

In seguito, l'art. 9, l. n. 146/2006 ha abrogato l'art. 10 d.l. n. 419/1991 e l'art. 4 d.l. 374/2001, mentre i primi tre commi dell'art. 14 l. n. 269/1998 sono rimasti in vigore.

2.2. L'art. 12-*quater,* d.l. n. 306/1992

All'inizio dell'estate del 1992, ai mesi devastanti e dolorosi ricompresi tra la strage di Capaci e quella di via D'Amelio, risale il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 1992, n. 356.

L'*iter* parlamentare per la conversione del decreto del governo si era snodato proprio nel breve periodo che separa le due stragi. Il decreto del Governo, intitolato *Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*, riguardava molti istituti di diritto penale sia sostanziale sia processuale e prevedeva anche la possibilità (introdotta dal Parlamento in sede di conversione) per la polizia giudiziaria di intervenire sotto copertura in relazione ai reati di riciclaggio e impiego di denaro, beni o altra utilità di provenienza illecita e ai delitti in materia di armi, munizioni ed esplosivi.

La disposizione di riferimento era l'art. 12-*quater*, il quale, sotto la rubrica *Ricettazione di armi, riciclaggio e reimpiego simulati*, recitava:

> «1. Fermo quanto disposto dall'articolo 51 del codice penale, non sono punibili gli ufficiali di polizia giudiziaria della Direzione investigativa antimafia o dei servizi centrali e interprovinciali di cui all'articolo 12 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, i quali, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti di cui agli articoli 648-bis e 648-ter del codice penale, procedono alla sostituzione di denaro, beni o altre utilità provenienti da taluno dei delitti indicati nei suddetti articoli, o altrimenti procedono in modo da ostacolarne l'identificazione della provenienza ovvero in modo da consentirne l'impiego.
> 2. Fermo quanto disposto dall'articolo 51 del codice penale, non sono altresì punibili gli ufficiali di polizia giudiziaria della Direzione investigativa antimafia o dei servizi centrali e interprovinciali di cui all'articolo 12 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 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.
3. Delle operazioni indicate nei commi 1 e 2 é data immediata notizia all'autorità giudiziaria; questa, se richiesta dagli ufficiali di polizia giudiziaria procedenti, può con decreto motivato, differire il sequestro del denaro, dei beni o delle altre utilità, ovvero delle armi, delle munizioni o degli esplosivi fino alla conclusione delle indagini disponendo se necessario specifiche prescrizioni per la conservazione.
4. L'esecuzione delle operazioni indicate nei commi 1 e 2 é disposta dal capo della polizia-direttore generale della pubblica sicurezza, dal comandante generale dell'Arma dei carabinieri ovvero della Guardia di finanza a seconda che si tratti di servizio appartenente all'una o all'altra forza di polizia; é disposta dall'Alto commissario per il coordinamento della lotta alla delinquenza di tipo mafioso quando ad essa procedono ufficiali di polizia giudiziaria della Direzione investigativa antimafia».

Il testo originario del decreto-legge aveva subito numerose modifiche durante l'esame parlamentare e con il consenso del Governo stesso. Invero quest'ultimo, dopo aver in un primo momento richiesto la conversione senza modifiche, aveva presentato un maxi emendamento, formulato – come spiegato in aula dal sen. Pinto della *Democrazia cristiana* – raccogliendo le indicazioni della Commissione Giustizia. Tra le modifiche proposte figurava anche l'introduzione dell'art. 12-*quater*, che assicurava «l'impunità ad ufficiali di polizia giudiziaria nello svolgimento dell'attività di agenti provocatori, in tema di ricettazione di armi, riciclaggio e reimpiego simulato»[128].

In aula erano intervenuti anche il Ministro dell'interno Mancino e il Ministro di grazia e giustizia Martelli per sottolineare la gravità del momento e l'importanza di adottare celermente le misure particolarmente incisive contenute nel decreto come modificato dalla Commissione giustizia del Senato. Il ministro Martelli aveva richiamato l'attenzione sui «nuovi spazi investigativi aperti dalla previsione riguardante gli agenti provocatori: uno strumento che non esisteva, se non limitatamente alla materia della droga, e che va espressamente definito in un ordinamento come il nostro al quale il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale conferisce tratti di rigidità ignoti ad altri paesi»[129].

Sull'elaborazione del quadro normativo interno in materia di riciclaggio hanno influito anche la consapevolezza della dimensione internazionale e multinazionale dei fenomeni della criminalità organizzata e del riciclaggio[130] e la necessità di una risposta

[128] *Resoconto stenografico della seduta pubblica del Senato della Repubblica italiana del 21.7.1992*, p. 7.

[129] *Ivi*, p. 54.

[130] Il riciclaggio è al centro dell'attenzione anche della comunità internazionale. Come già evidenziato (v. *supra*, sez. I, § 1.2.1.), la *Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds*

coerente con tali caratteristiche, oltre all'esigenza di contrastare la criminalità organizzata sul terreno economico, oltre che su quello dell'ordine pubblico e del controllo del territorio[131]. Seguire i flussi di denaro a partire da operazioni sospette, magari anche vistose per l'ingente quantità di denaro che le organizzazioni hanno bisogno di ripulire, consentiva di ricostruire a ritroso i movimenti dei capitali e così di condurre ai vertici dei gruppi criminali, spesso estranei alla commissione materiale dei reati presupposti. In questo senso si è detto che il riciclaggio potrebbe costituire il «tallone d'Achille» della criminalità organizzata[132].

Queste considerazioni sembrano non discostarsi molto da quelle sottese alla lotta al narcotraffico e in effetti, a prima vista, l'art. 12-*quater* pareva rispecchiare fedelmente

---

from Crime adottata in seno al Consiglio d'Europa nel 1990 è stato il primo trattato internazionale dopo la Convenzione di Vienna delle Nazioni Unite sul narcotraffico del 1988 a menzionare l'impiego di tecniche investigative speciali. La stessa Convenzione di Vienna aveva dato mandato di istituire un programma globale contro il riciclaggio di denaro e altri proventi da reato e il finanziamento del terrorismo, programma poi stabilito nel 1997 e tutt'oggi perseguito mediante la *Law Enforcement, Organized Crime and Anti-Money-Laundering Unit* dell'Ufficio delle Nazioni unite per la droga e il crimine. Successivamente, nel 2005, è stata stipulata un'altra convenzione in materia, *la Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism*. Per quanto riguarda il diritto eurounitario, nel 2018 è stata emanata la cosiddetta V direttiva antiriciclaggio (*Direttiva UE 2018/1673 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2018 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale*). La prima direttiva, risalente al 1991 (direttiva 91/308/CEE del Consiglio), definiva il riciclaggio dei proventi di attività illecite in relazione ai reati connessi con il traffico di stupefacenti e imponeva obblighi soltanto al settore finanziario. In seguito la direttiva 2001/97/CE ne ha esteso l'ambito d'applicazione sotto diversi profili: la tipologia di reati, le professioni, le attività coinvolte. Successivamente è stata adottata la direttiva 2005/60/CE, la quale tiene conto delle raccomandazioni del gruppo di azione finanziaria internazionale (GAFI) aggiornate nel 2003 con riferimento al finanziamento del terrorismo. La IV direttiva del 2015 (Direttiva (UE) 2015/849) ha abrogato quella del 2005 ed è poi stata affiancata nel 2018 dalla succitata direttiva in materia penale. Il recepimento delle direttive citate da parte del legislatore italiano non ha però inciso sulle norme del codice penale, bensì ha interessato il d.lgs. n. 231/2007, che prevede una serie di meccanismi e di obblighi degli intermediari finanziari e di altri soggetti per prevenire l'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo. In attuazione della IV e della V direttiva il decreto legislativo citato è stato aggiornato introducendo anche la definizione di valuta virtuale e inserendo disposizioni apposite per prevenire il riciclaggio connesso all'impiego di tali valute L'impianto del codice penale è dunque rimasto immutato dopo le riforme degli anni Novanta, salvo per l'introduzione nel 2014 del delitto di autoriciclaggio, in ogni caso non interessato dalle operazioni sotto copertura, che invece sono tutt'oggi previste dall'art. 9 l. n. 146/2006 per i delitti di cui agli artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p. Il cammino europeo nel contrasto al riciclaggio e l'impianto del d.lgs. n. 231/2007 sono descritti in G. M. SOLDI, voce *Riciclaggio*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, II agg., 2011, § 7-10. Per un commento delle novità introdotte con il d.lgs. 4 ottobre 2019 n. 125 di recepimento della V direttiva antiriciclaggio si rinvia alla scheda R. M. VADALÀ, *Criptovalute e cyberlaundering: novità antiriciclaggio nell'attesa del recepimento della Direttiva (UE) 2018/1673 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale*, in *Sistema penale*, 6 maggio 2020.

[131] Questi fattori sono stati a suo tempo individuati da G. M. FLICK, *Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, (4), pp. 1289-1290. Per approfondimenti sulla risposta internazionale al riciclaggio a partire dagli anni Ottanta si rinvia anche a M. ANGELINI, voce *Riciclaggio*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, I agg., 2005.

[132] M. ZANCHETTI, voce *Riciclaggio*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, 1997.

l'art. 97 T.U. stup., prevedendo la medesima limitazione finalistica, un ambito ristretto di soggetti non punibili, pur se autori di certe condotte astrattamente costituenti reato, l'obbligo di comunicare immediatamente le operazioni effettuate all'Autorità giudiziaria.

Sotto quest'ultimo profilo, però, nell'art. 12-*quater* non si ritrovava la regola dettata dall'art. 98, co. 3, T.U. stup. Anzi, il co. 4 dell'art. 12-*quater* prevedeva che le operazioni fossero disposte dai vertici delle strutture competenti indicate dalla norma, alle quali afferiscono i diversi corpi di polizia e militari.

Le altre differenze tra l'art. 12-*quater* e l'art. 97 T.U. stup. necessitano di una lettura più approfondita, poiché riguardano l'ambito di applicazione e la tipologia di condotte scriminate, che ne erano un immediato riflesso.

Il co. 1 dell'art. 12-*quater*, infatti, dichiarava non punibili proprio alcune condotte astrattamente integranti le fattispecie di cui agli artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p.[133].

La bipartizione nel codice penale tra la fattispecie di riciclaggio e quella di impiego di denaro, beni o altre utilità affonda le proprie radici nello schema classico del riciclaggio degli anni Ottanta, solitamente articolato nelle due fasi del *money laundering* e del *recycling*.

La prima comprende le operazioni a breve termine finalizzate a camuffare l'origine dei beni, la seconda quelle a termine più lungo per reimmettere i capitali nell'economia lecita. La tipologia di operazioni impiegate è difficilmente determinabile a priori, potendosi raggiungere l'obiettivo della ripulitura del denaro mediante *qualsiasi meccanismo* idoneo a mascherarne la provenienza illecita e consentirne l'ingresso nei circuiti leciti[134]. Negli anni successivi e in misura sempre maggiore – basti pensare al c.d. *cyberlaundering* e alle opportunità offerte dalle valute virtuali – le tecniche di riciclaggio sono divenute ancora più complesse e stratificate.

L'art. 648-*bis* c.p. – introdotto nel 1978 e modificato nel 1990[135] – al tempo dell'introduzione dell'art. 12-*quater* in commento puniva, fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisse denaro con altro denaro, altri beni o altre utilità, ovvero ostacolasse l'identificazione della loro provenienza, ma solo in relazione ad alcuni delitti individuati tassativamente: la rapina aggravata, l'estorsione aggravata, il sequestro di persona a scopo di estorsione e, per effetto della riforma del 1991, anche i delitti concernenti la produzione o il traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope.

La scelta dei delitti presupposti appariva legata alla loro gravità, al fatto di essere tipici reati-fine della criminalità organizzata, nonché alla loro idoneità a produrre ingenti flussi di denaro, e costituiva un chiaro indice della spinta emergenziale che aveva ispirato l'intervento normativo del 1978[136].

---

[133] Ne dà conto S. DEL CORSO, *L'art. 12-quater della l. 356/1992*, in *Leg. pen.*, 1993, (1), p. 154.

[134] M. ZANCHETTI, voce *Riciclaggio*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, 1997.

[135] L'art. 648-*bis* c.p. è stato introdotto con l'art. 3, d.l. 21 marzo 1978, convertito nella l. 18 marzo 1978, n. 191 e successivamente modificato dall'art. 23, l. 19 marzo 1990, n. 55. Il testo originario, sotto la rubrica *Sostituzione di denaro o valori provenienti da rapina aggravata, estorsione aggravata e sequestro di persona a scopo di estorsione*, delineava un delitto contro il patrimonio a consumazione anticipata, integrato dal compimento di fatti o atti diretti a sostituire il denaro o i valori provenienti da uno dei delitti specificamente elencati nella rubrica. Era inoltre richiesto il dolo specifico, consistente nel fine di procurare a sé o ad altri un profitto oppure di aiutare gli autori del delitto principale ad assicurarsi il relativo profitto. Due distinte ipotesi, dunque, che richiamavano l'elemento soggettivo rispettivamente della ricettazione e del favoreggiamento reale. Sul punto per approfondire e per i riferimenti bibliografici si rinvia a M. ZANCHETTI, voce *Riciclaggio*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, 1997.

[136] A. R. CASTALDO, M. NADDEO, *Il denaro sporco: prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, CEDAM, Padova, 2010, pp. 66-70. Altri indici della logica emergenziale alla base dell'originario art. 648-bis c.p. sono individuati dagli Autori nella forte anticipazione della soglia di punibilità e nella

In seguito con la l. 9 agosto 1993, n. 328 che ha ratificato la *Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato* del 1990 la disposizione è stata completamente riscritta. Il catalogo tassativo di reati presupposti è stato sostituito dal riferimento a tutti i delitti non colposi, discernendo quindi le attività punibili e non punibili sulla base dell'elemento soggettivo, diversamente da quanto auspicato dalla dottrina.

Il notevole ampiamento del novero dei reati presupposti attribuiva alla norma un maggiore potenziale repressivo, ma secondo alcuni aveva allo stesso tempo condotto a uno «snaturamento della fattispecie», in quanto di riciclaggio – termine che dal 1990 compare nella rubrica dell'art. 648-*bis* c.p. – si era fino a quel momento parlato «con riferimento alla movimentazione di ingenti capitali, avendo riguardo in particolare alle attività proprie della criminalità organizzata o comunque al 'lavaggio' di consistenti somme o valori derivanti da reati di notevole gravità perpetrati su larga scala, 'lavaggio' idoneo ad inquinare, nelle varie fasi, il mercato economico-finanziario»[137].

Rispetto all'originaria formulazione del 1978, la riforma del 1990 aveva poi abbandonato il modello del delitto a consumazione anticipata, richiedendo, quanto alle condotte, *l'effettiva sostituzione* del denaro o dei proventi di delitti non colposi. È stata inoltre aggiunta l'incriminazione delle condotte di ostacolo all'individuazione della provenienza, intesa come clausola di chiusura per sanzionare tutte le condotte di ripulitura del denaro che pur non "riconvertendolo" in denaro pulito, rendono più difficile identificarne l'origine illecita. Ad esempio, le intestazioni fittizie di beni immobili o mobili registrati o l'intrapresa di un'attività economica che funga da schermo ad altre attività criminose, consentendo di mascherarne i proventi[138]. A seguito dell'espunzione del dolo specifico dagli elementi costitutivi della fattispecie, l'art. 648-*bis* risultava pacificamente applicabile anche alle ipotesi di provenienza mediata dai delitti presupposti del denaro e degli altri oggetti indicati dalla norma.

Un ulteriore ampiamento delle condotte penalmente rilevanti si deve alla citata riforma del 1993, che ha nuovamente riformulato l'art. 648-*bis*, da allora immutato. La nuova fattispecie punisce chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato, «sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto

---

conformazione delle condotte. L'opzione di politica criminale di limitare la rilevanza penale del riciclaggio solo a un catalogo ristretto di delitti presupposti era stata criticata in dottrina da parte di chi riteneva che in tal modo venissero escluse dalla repressione molte forme di riconversione di denaro sporco da parte della criminalità organizzata. In particolare si riteneva opportuna la previsione dei delitti di concussione, corruzione, bancarotta fraudolenta, dei reati societari e della truffa, per colpire anche le forme di criminalità non caratterizzate dal ricorso alla violenza e alla minaccia, ma comunque espressione di disvalore sociale anche per il coinvolgimento di soggetti istituzionali. *De iure condendo* veniva anche prospettata la possibilità di adottare di un criterio basato sulla pena edittale o sul valore della transazione finanziaria. Cfr. sul punto F. TOSCHI, *Le disposizioni relative ai delitti di riciclaggio, impiego di denaro, beni o altre utilità di provenienza illecita, favoreggiamento e ricettazione introdotte o modificate dalle leggi nn. 55/1990 e 328/1993*, in G. INSOLERA, L. STORTONI (a cura di), *Mafia e criminalità organizzata*, UTET, Torino, 1995, p. 390, il quale riporta anche le posizioni espresse da altri autorevoli commentatori. Il criterio della pena edittale è stato peraltro in seguito accolto dalla *Decisione quadro del Consiglio 2001/500/GAI, del 26 giugno 2001, concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato*, il cui (art. 1, lett. *b*) impone agli Stati membri di includere tra i reati presupposto del riciclaggio quelli punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata massima superiore ad un anno ovvero, per gli Stati il cui ordinamento giuridico preveda una soglia minima per i reati, i reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata minima superiore a sei mesi. Il criterio edittale è enunciato anche dall'art. 2 della *Direttiva (UE) 2018/1673 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2018 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale*, il quale prevede che gli Stati membri debbano considerare «attività criminosa» presupposta al riciclaggio «qualsiasi tipo di coinvolgimento criminale nella commissione di un qualsiasi reato punibile, conformemente al diritto nazionale, con una pena detentiva o con una misura privativa della libertà di durata massima superiore a un anno ovvero, per gli Stati membri il cui ordinamento giuridico prevede una soglia minima per i reati, di un qualsiasi reato punibile con una pena detentiva o con una misura privativa della libertà di durata minima superiore a sei mesi», a cui si aggiungono alcuni reati che devono essere considerati «in ogni caso» come delitti presupposti (ad esempio, partecipazione a un gruppo criminale organizzato e al racket, terrorismo, tratta di esseri umani e traffico di migranti, sfruttamento sessuale, traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, traffico illecito di armi, traffico illecito di beni rubati e altri beni, corruzione, frode).

[137] F. TOSCHI, *Le disposizioni relative ai delitti di riciclaggio*, cit., p. 394.

[138] *Ivi*, pp. 397-398.

non colposo, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa».

Le condotte sono oggi tutte accomunate dal requisito secondo cui esse devono essere realizzate in modo da ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del loro oggetto[139]. Quanto alla condotta di trasferimento, si è specificato in dottrina che deve trattarsi non di qualsiasi spostamento del denaro, ma del passaggio a un altro soggetto, tale quindi da «confondere le acque» sulla provenienza e reale appartenenza delle risorse[140].

Passando all'art 648-*ter*, esso è stato introdotto nel 1990 (e poi modificato nel 1993) e punisce chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli articoli 648 e 648-*bis*, impieghi in attività economiche o finanziarie denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto. La fattispecie ha vissuto un ampiamento dell'ambito di applicazione simile a quello sperimentato dall'art. 648-*bis*. Il testo originario restringeva, infatti, il catalogo dei reati presupposti ai medesimi contemplati nell'art. 648-*bis*, mentre la riforma del 1993 l'ha esteso a qualsiasi delitto, in questo caso anche colposo. Mediante l'introduzione di questa fattispecie, il legislatore ha dunque voluto tenere distinto il vero e proprio «lavaggio dei capitali» dal loro mero reimpiego[141], in modo da ricomprendere anche l'ipotesi di iniezione nell'economia legale di risorse provenienti da reato pur in assenza (o nell'impossibilità di provare) il ricorso a particolari modalità decettive integranti le condotte di sostituzione e di ostacolo di cui all'art. 648-*bis* c.p. Si spiega così anche la sussidiarietà dell'art. 648-*ter* rispetto a quest'ultimo, espressa dalla clausola di salvezza con cui si apre la disposizione.

È significativo evidenziare che prima dell'introduzione dell'art. 648-*ter* c.p. all'impiego di capitali di provenienza delittuosa in attività economiche lecite si riferiva l'art. 416-*bis*, co. 6, c.p. prevedendolo come circostanza aggravante del delitto associativo, con conseguente impossibilità di colpire il riciclaggio dei proventi di reati commessi in ambiti diversi[142].

A proposito di delitti associativi, l'art. 12-*quater* non li comprendeva espressamente nel proprio ambito di applicazione, ma nella prassi era verosimile che spesso un'operazione sotto copertura iniziata per indagare su fatti di riciclaggio portasse a disvelare una realtà associativa, e non sembra che ciò determinasse l'illegittimità dell'operazione, soprattutto nel caso di indagini condotte ai sensi del più generico secondo comma dell'art. 12-*quater*[143]. Mentre infatti il primo comma dell'art. 12-*quater* prevedeva che non fossero punibili esattamente le condotte punite dagli artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p. – come l'art. 97 T.U. stup. scriminava originariamente solo la condotta di acquisto, che integra la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 73 T.U. stup. – il co. 2 si riferiva genericamente ai delitti in materia di armi, munizioni e esplosivi.

Occorreva dunque fare riferimento alla stratificata disciplina di tale settore, inizialmente contenuta nel Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (r.d. 18 giugno 1931, n. 773) e nel relativo regolamento di esecuzione per quanto concerneva i profili

[139] F. TOSCHI, *Le disposizioni relative ai delitti di riciclaggio*, cit., pp. 397-398.

[140] M. ZANCHETTI, voce *Riciclaggio*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, 1997. Per approfondire si rinvia anche a A. R. CASTALDO, M. NADDEO, *Il denaro sporco*, cit., pp. 71-251.

[141] F. TOSCHI, *Le disposizioni relative ai delitti di riciclaggio*, cit., pp. 389-390.

[142] *Ivi*, p. 410.

[143] B. PETRALIA, G. SALERNO, *Le operazioni sottocopertura in materia di armi e riciclaggio*, in *RGuarFin.*, 2003, (3), pp. 952-953.

amministrativi, nonché in alcune contravvenzioni previste dal codice penale per reprimere la violazione degli obblighi amministrativi. Negli anni successivi, tuttavia, si era avvertita l'esigenza di una normativa penale più severa sulle armi da sparo, da guerra o comuni, ed era quindi stata emanata una prima legge speciale, la l. 2 ottobre 1967, n. 895, modificata dalla l. 14 ottobre 1974, n. 497, e seguita da un'ulteriore legge speciale, la l. 18 aprile 1975, n. 110.

Il sistema penale delle armi è tutt'oggi caratterizzato da una stretta interdipendenza tra la disciplina amministrativa e quella penale. La maggioranza delle disposizioni penali in materia di armi sanzionano infatti le violazioni degli obblighi amministrativi strumentali al controllo[144]. Questa impostazione ha caratterizzato anche l'evoluzione successiva al 1975, stimolata dalla crescita degli illeciti inerenti al commercio internazionale dei materiali di armamento. Era stata infatti emanata la l. n. 185/1990 sul controllo dell'esportazione, importazione e transito dei materiali di armamento, le cui disposizioni penali presidiano il rispetto degli obblighi stabiliti dalla stessa legge, affiancandosi agli illeciti meramente amministrativi già previsti dalla precedente legislazione e sostituendosi nella gran parte dei casi alle figure di reato esistenti in precedenza[145].

All'inizio del nuovo millennio, di traffico di armi, specificamente di armi da fuoco, si è occupato il Terzo Protocollo annesso alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale (*Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*). Dopo la fine della guerra fredda, infatti, si è risvegliata l'attenzione della comunità internazionale sul traffico illecito di armi da fuoco in conseguenza della «recrudescenza di reati implicanti l'uso di armi», e in particolare all'aumento degli omicidi perpetrati dalle organizzazioni criminali per il controllo del territorio, ai conflitti etnici in alcuni contesti territoriali e al terrorismo internazionale[146].

Già in precedenza erano stati considerati i legami tra i fenomeni di criminalità organizzata e transnazionale e il traffico di armi, specialmente nella Convenzione di Vienna del 1988 contro il narcotraffico.

Il sistema derivante dal Protocollo delle Nazioni Unite sopra citato è strutturalmente simile a quello caratterizzante l'ordinamento interno. È infatti previsto

[144] F. C. PALAZZO, voce *Armi, esplosivi e munizioni nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, 1987, § 1-3.

[145] Per approfondire si rinvia a L. DELLA RAGIONE, *La disciplina penale in materia di armi, esplosivi e munizioni*, in V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, cit., pp. 603-733; R. GUERRINI, E. ANTONINI, voce *Armi, esplosivi e munizioni nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, I agg., 1996. La dottrina più autorevole ha individuato una tripartizione delle disposizioni incriminatrici in tema di armi, munizioni ed esplosivi, distinguendo le norme che sanzionano attività vietate in modo assoluto da quelle che puniscono le attività clandestine perché esercitate senza la prescritta autorizzazione. Infine, nella terza categoria rientrano le norme residuali previste per facilitare un controllo efficace. Ad esempio possono ricondursi alla prima categoria i reati di furto e rapina di armi, munizioni ed esplosivi nelle armerie o i delitti di distrazione e sottrazione di armi ed esplosivi a fine eversivo, di fabbricazione e detenzione di materiale esplosivo al fine di attentare alla pubblica incolumità, nonché le condotte incompatibili con il sistema di controllo di polizia delineato dalla legge, quali la cancellazione, contraffazione e alterazione dei segni di catalogazione e di immatricolazione. Sono, invece, passibili di licenza le condotte di fabbricazione, introduzione nello stato, vendita e cessione a qualsiasi titolo, l'esportazione, la detenzione e il porto di armi.

[146] Delle citate ragioni di politica criminale e del percorso diplomatico del Protocollo sul traffico di armi da fuoco dà conto F. SPIEZIA, *Il protocollo sul traffico di armi da fuoco*, in E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, IPSOA, Milano, 2007, pp. 452-453.

che ogni Stato debba rilasciare specifiche autorizzazioni nell'ambito delle procedure per l'importazione, l'esportazione e il traffico di armi da fuoco, di loro componenti e di munizioni accertando che anche negli altri Stati coinvolti siano stati adottati i provvedimenti necessari. Lo stretto collegamento normativo esistente tra il Protocollo e la Convenzione rende applicabili anche ai crimini previsti nel primo alcune disposizioni obbligatorie della seconda, tra cui l'art. 20 sulle tecniche investigative speciali, incluse le operazioni sotto copertura[147]. Da questo punto di vista, quindi, l'art. 12-*quater* d.l. n. 306/1992 aveva anticipato l'evoluzione della normativa internazionale.

Come anticipato con riferimento al profilo linguistico[148], le caratteristiche delle condotte dichiarate non punibili dall'art. 12-*quater* avevano condotto la dottrina più attenta a distinguere l'*acquirente simulato* e il *riciclatore simulato o ricettatore simulato di armi, munizioni o esplosivi*, in quanto solo quest'ultimo si atteggiava alla stregua di un vero e proprio *infiltrato* in un'organizzazione criminale. Infatti, Cristina De Maglie aveva sottolineato come «in tutte le condotte di riciclaggio e reimpiego simulati, non solo risulti impalpabile qualsiasi influenza psicologica tra il provocatore e il provocato, ma neppure esista alcun contatto, alcuna relazione sociale tra i due protagonisti, tale da far ravvisare una parvenza di trasmissione di un messaggio istigatorio. […] [P]iù che ad un agente provocatore, ci troviamo di fronte ad un *infiltrato*, che non tanto provoca reati quanto, piuttosto, partecipa direttamente alla loro preparazione e/o esecuzione in veste di *concorrente* e/o di *autore materiale*»[149]. A differenza dell'istigatore, l'infiltrato «è spesso costretto a lasciarsi provocare alla commissione di delitti, che esegue lui stesso, sia per non rivelare la sua vera identità e funzione, sia per penetrare più a fondo nell'organizzazione»[150].

L'Autrice in ogni caso aveva riconosciuto che queste distinzioni nette mal si prestavano alla lettura della realtà criminologica. Le varie "figure", *rectius* condotte, contemplate dalle norme, dipendevano dai tratti distintivi fenomeni criminali che si volevano indagare, identificati nel narcotraffico e nella criminalità mafiosa[151]. Sebbene nessuna norma menzionasse l'art. 416-*bis* c.p., i delitti di riciclaggio, reimpiego e quelli

[147] F. SPIEZIA, *Il protocollo sul traffico di armi da fuoco*, cit., p. 460.
[148] V. *supra*, Cap. I, sez. I, § 1.
[149] C. DE MAGLIE, *Gli "Infiltrati" nelle organizzazioni criminali,* cit., p. 1060.
[150] *Ivi*, p. 1061.
[151] *Ibidem*.

in materia di armi, munizioni, esplosivi erano infatti letti come *attività predilette dalle associazioni di tipo mafioso*. Ciò in effetti sembrava trovare conferma nell'art. 12-*ter* d.l. n. 306/1992, come modificato dalla legge di conversione, laddove riformava l'art. 97 T.U. stup. attribuendo anche al direttore della Direzione investigativa antimafia la possibilità di autorizzare un acquisto simulato.

Altri esponenti della dottrina consideravano invece l'infiltrato alla stregua di un vero e proprio agente provocatore inserito stabilmente nell'organizzazione criminosa al fine di distruggerla dall'interno[152]. Una figura di agente provocatore «che certamente [andava] al di là delle definizioni già proposte in dottrina e giurisprudenza», e forse ricondotta per una mera consuetudine terminologica all'agente provocatore[153]. I sostenitori di questa tesi ritenevano che il fine dell'esclusione della punibilità fosse permettere alla polizia di «insinuarsi nel 'mondo dei riciclatori di denaro sporco'» per individuare gli autori di tali reati e acquisire prove nei loro confronti. Anche in questo caso veniva sottolineato il legame tra riciclaggio e associazioni mafiose, dal momento che ripulire il denaro è fondamentale per perseguire uno degli scopi 'classici' delle associazioni di cui all'art. 416-*bis*: acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o il controllo di attività economiche. I delitti *ex* artt. 648-*bis* e 648-*ter* potrebbero inoltre costituire i reati-fine di associazioni per delinquere comuni[154].

Considerazioni simili venivano svolte anche con riferimento al secondo comma dell'art. 12-*quater*, che secondo questa lettura avrebbe consentito alla polizia di *infiltrarsi* nei gruppi criminali coinvolti nel traffico di armi, munizioni e esplosivi. Ancora una volta, ciò veniva desunto dalle caratteristiche della realtà criminologica, che mostrava come «gran parte del materiale bellico presente sul mercato in seguito alle note congiunture internazionali, è destinato a concentrarsi all'interno alle associazioni criminali presenti sul territorio nazionale»[155].

Quanto alla natura giuridica delle cause di esclusione della pena introdotte con l'art. 12-*quater* d.l. 306/1992, come per l'art. 97 T.U. stup. la tesi prevalente era che si

---

[152] G. PETRAGNANI GELOSI, *Le disposizioni in tema di agente provocatore*, in P. CORSO, G. INSOLERA, L. STORTONI (a cura di), *Mafia e criminalità organizzata*, UTET, Torino, 1995, p. 942. Di entrambe le tesi dà conto E. BELFIORE, *Commento all'art. 12-quater d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in C. E. PALIERO, F.C. PALAZZO (a cura di), *Commentario breve alle Leggi penali complementari*, CEDAM, Padova, 2007, p. 920.

[153] G. PETRAGNANI GELOSI, *Le disposizioni in tema di agente provocatore*, cit., pp. 944-945.

[154] *Ibidem*.

[155] *Ivi*, p. 946.

trattasse di *cause di giustificazione speciali* rispetto all'art. 51 c.p., *personali*, condizionate all'autorizzazione di alcune autorità designate dalla legge e in cui assumeva rilevanza il solo fine di acquisire prove in ordine a determinati reati[156]. Si riteneva infatti che la norma sottendesse un bilanciamento di interessi tra il compimento di atti penalmente rilevanti e la necessità di acquisire elementi probatori, con la prevalenza di quest'ultima solo nel corso di operazioni specificamente disposte dalle autorità indicate e solo in relazione a determinati reati.

Lo scopo dei provvedimenti emergeva anche dal co. 3 dell'art. 12-*quater*, che consentiva di differire il sequestro fino alla conclusione delle indagini, perché in presenza dei presupposti l'interesse prevalente era quello di portare a termine l'operazione iniziata, magari rimandando un risultato di portata minore per cercare di ottenere in un secondo momento prove di maggiore rilevanza[157].

Anche l'art. 12-*quater* peraltro recava in apertura la clausola «Fermo restando quanto disposto dall'art. 51 c.p.», a conferma del fatto che il legislatore introducendo norme *ad hoc* aveva inteso scriminare le condotte attive, non rientranti nel combinato disposto degli artt. 51 c.p. e 55 c.p.p., che invece si applicavano solo agli interventi marginali e indiretti[158].

La scelta del legislatore di introdurre norme dedicate a specifici settori criminali sulla falsariga dell'art. 97 T.U. stup., e il rifiuto di una clausola generale in materia di provocazione poliziesca e operazioni sotto copertura[159] sono stati confermati anche dall'evoluzione legislativa successiva.

---

[156] V. C. DE MAGLIE, *Gli "Infiltrati" nelle organizzazioni criminali: due ipotesi d'impunità*, cit., pp. 1063-1065. Nello stesso senso anche E. BELFIORE, *Commento all'art. 12-quater d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, cit., p. 922; G. PETRAGNANI GELOSI, *Le disposizioni in tema di agente provocatore*, cit., pp. 956-957. Un altro commentatore ritiene tuttavia che la tesi della natura personale della scriminante debba essere accolta con cautela, in quanto i soggetti indicati nell'art. 12-*quater* potrebbero anche ordinare lo svolgimento delle attività ivi previste a soggetti a sé subordinati, la cui condotta risulterebbe quindi scriminata ex art. 51 c.p., fatto salvo dalla norma stessa. Così S. DEL CORSO, *L'art. 12-quater della l. 356/1992*, cit., p. 157.

[157] Così S. DEL CORSO, *L'art. 12-quater della l. 356/1992*, cit., p. 154.

[158] G. PETRAGNANI GELOSI, *Le disposizioni in tema di agente provocatore*, cit., p. 954.

[159] C. DE MAGLIE, *Gli "Infiltrati" nelle organizzazioni criminali: due ipotesi d'impunità*, cit., p. 1067.

3. L'art. 14, l. n. 269/1998. Prostituzione, pedopornografia, turismo sessuale

Il legislatore è tornato a occuparsi di operazioni sotto copertura alla fine degli anni Novanta includendo nella l. n. 269/1998 (recante *Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*) una disposizione specificamente dedicata alle «*Attività di contrasto*»[160], la quale è tutt'oggi parzialmente in vigore, poiché l'art. 9 l. n. 146/2006 ne ha abrogato solo il quarto comma.

Alla stessa l. n. 269/1998 si deve l'introduzione degli articoli da 600-*bis* a 600-*septies* c.p. (inseriti nella sez. I, dedicata ai *Delitti contro la personalità individuale*, del Capo III *Dei delitti contro la libertà individuale* del Titolo XII sui *Delitti contro la persona* del Libro II del codice), dopo l'art. 600 che punisce la riduzione o il mantenimento in schiavitù o servitù[161].

L'art. 1 della legge citata specifica che l'introduzione di tali fattispecie criminose e operata in adesione ai principi della *Convenzione sui diritti del fanciullo* e della

[160] Il testo della norma introdotta nel 1998 era il seguente: «1. Nell'ambito delle operazioni disposte dal questore o dal responsabile di livello almeno provinciale dell'organismo di appartenenza, gli ufficiali di polizia giudiziaria delle strutture specializzate per la repressione dei delitti sessuali o per la tutela dei minori, ovvero di quelle istituite per il contrasto dei delitti di criminalità organizzata, possono, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 600-ter, commi primo, secondo e terzo, e 600-quinquies del codice penale, introdotti dalla presente legge, procedere all'acquisto simulato di materiale pornografico e alle relative attività di intermediazione, nonché partecipare alle iniziative turistiche di cui all'articolo 5 della presente legge. Dell'acquisto è data immediata comunicazione all'autorità giudiziaria che può, con decreto motivato, differire il sequestro sino alla conclusione delle indagini. 2. Nell'ambito dei compiti di polizia delle telecomunicazioni, definiti con il decreto di cui all'articolo 1, comma 15, della legge 31 luglio 1997, n. 249, l'organo del Ministero dell'interno per la sicurezza e la regolarità dei servizi di telecomunicazione svolge, su richiesta dell'autorità giudiziaria, motivata a pena di nullità, le attività occorrenti per il contrasto dei delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 600-ter, commi primo, secondo e terzo, e 600-quinquies del codice penale commessi mediante l'impiego di sistemi informatici o mezzi di comunicazione telematica ovvero utilizzando reti di telecomunicazione disponibili al pubblico. A tal fine, il personale addetto può utilizzare indicazioni di copertura, anche per attivare siti nelle reti, realizzare o gestire aree di comunicazione o scambio su reti o sistemi telematici, ovvero per partecipare ad esse. Il predetto personale specializzato effettua con le medesime finalità le attività di cui al comma 1 anche per via telematica. 3. L'autorità giudiziaria può, con decreto motivato, ritardare l'emissione o disporre che sia ritardata l'esecuzione dei provvedimenti di cattura, arresto o sequestro, quando sia necessario per acquisire rilevanti elementi probatori, ovvero per l'individuazione o la cattura dei responsabili dei delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 600-ter, commi primo, secondo e terzo, e 600- quinquies del codice penale. Quando è identificata o identificabile la persona offesa dal reato, il provvedimento è adottato sentito il procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni nella cui circoscrizione il minorenne abitualmente dimora. 4. L'autorità giudiziaria può affidare il materiale o i beni sequestrati in applicazione della presente legge, in custodia giudiziale con facoltà d'uso, agli organi di polizia giudiziaria che ne facciano richiesta per l'impiego nelle attività di contrasto di cui al presente articolo».

[161] In argomento si rinvia per tutti a G. CIAMPA, *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*, Jovene, Napoli, 2008.

Dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma, in ossequio ai quali «la tutela dei fanciulli contro ogni forma di sfruttamento e violenza sessuale a salvaguardia del loro sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale, costituisce obiettivo primario perseguito dall'Italia»[162].

La facoltà di impiegare le attività di contrasto di cui all'art. 14 è stata però circoscritta solo ad alcuni dei delitti introdotti. Per comprendere le scelte del legislatore, è utile considerare i lavori preparatori della legge e l'evoluzione conosciuta successivamente alla sua introduzione non solo dall'art. 14, ma anche dai delitti ricompresi nel suo ambito di applicazione. Il legislatore ha infatti apportato numerose modifiche ai delitti contemplati nell'articolo 14 sia nel 2006, per contrastare i reati commessi sfruttando le moderne tecnologie, sia nel 2012, in attuazione della Convenzione di Lanzarote.

L'art. 14 è nato come art. 11-*bis*, introdotto a seguito dell'approvazione di un emendamento presentato dalla senatrice Bonfietti e dal senatore Fassone (entrambi del gruppo *Sinistra democratica, l'Ulivo*) in Commissione speciale in materia di infanzia del Senato. Le attività di contrasto sono state pensate per «rendere effettive le capacità degli organi di polizia delle telecomunicazioni». La relatrice del disegno di legge sosteneva di essere consapevole della intrusività della possibilità di utilizzare indicazioni di copertura anche per attivare «siti» nelle reti, ma riteneva che questo metodo fosse l'unico idoneo a far scoprire i responsabili di reati commessi attraverso il sistema telematico, il quale rende possibile tenere nascosta la propria identità, impedendo di risalire agli autori delle condotte delittuose.

Diversi membri della Commissione temevano che senza il filtro dell'autorità giudiziaria le competenti strutture del Ministero dell'interno avrebbero potuto trasformarsi in una sorta di Grande Fratello, all'insaputa dei cittadini e della stessa magistratura[163]. Per questa ragione nel testo del primo comma è stata prevista la necessità che le operazioni si svolgano *previa richiesta dell'autorità giudiziaria*, una novità rispetto

[162] Per i riferimenti specifici alle norme di maggiore interesse degli strumenti di diritto internazionale citati si rinvia a P. PITTARO, G. SPANGHER, *Le norme contro la pedofilia*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1223, e alle opere ivi citate. Si veda anche O. FORLENZA, *Un pacchetto di misure a tutto campo per una legge dalle grandi aspettative*, in *Guida dir.*, 1998, n. 33, pp. 40 ss.

[163] *Resoconto stenografico della seduta della Commissione speciale in materia di infanzia del Senato di mercoledì 3 giugno 1998*, p. 22.

all'art. 97 T.U. stup. e all'art. 12-*quater* che – come visto – prevedevano una immediata comunicazione successiva all'inizio dell'operazione[164].

Alla seconda lettura della Camera dei deputati si devono l'inserimento nel secondo comma della necessità che la richiesta dell'autorità giudiziaria sia *motivata* a pena di nullità e la sostituzione, quanto all'ambito di applicazione delle attività di contrasto, del riferimento ai «delitti previsti dalla presente legge» con l'elenco di alcuni delitti introdotti nel codice penale dallo stesso decreto legislativo: quelli di cui agli articoli 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, commi primo, secondo e terzo, e 600-*quinquies* del codice penale. La sen. Bonfietti spiegava in Commissione speciale infanzia che si era preferito limitare la possibilità di impiegare le attività di contrasto di cui all'art. 14 alla raccolta di prove soltanto in ordine alle condotte *più gravi*[165].

Si tratta del delitto di prostituzione minorile (art. 600-*bis* c.p.) limitatamente al co. 1, che nella formulazione originaria (modificata nel 2012) puniva chiunque inducesse alla prostituzione una persona di età inferiore agli anni diciotto ovvero ne favorisse o sfruttasse la prostituzione con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 15.493 a euro 154.937. L'esclusione del delitto di cui al co. 2 dell'art. 600-*bis* c.p. si può comprendere considerando anche la tipologia di condotta prevista dallo stesso – il compimento di atti sessuali con un minore di età inferiore a diciotto anni in cambio di denaro – la cui rilevanza penale rappresenta peraltro una «novità assoluta» introdotta con la legge del 1998[166]. Il comportamento del fruitore di prostituzione minorile è più

[164] Alcuni senatori esprimevano comunque perplessità sulla norma, ritenendo eccessivo applicare un sistema vigente in materia di criminalità organizzata, in particolare in materia di armi e droga, ai reati introdotti con il decreto legislativo in discussione, ma riconoscendo anche che impedire l'impiego delle tecniche di indagine previste dal proposto art. 11-*bis* rischiava di rendere vana la legge stesso. L'emendamento veniva, quindi, approvato con le modifiche inerenti al controllo dell'autorità giudiziaria. La previsione della necessità dell'autorizzazione dell'autorità giudiziaria aveva indotto alcuni esponenti della dottrina a ritenere che l'art. 14, a differenza dell'art. 97 T.U. stup. e dell'art. 12-*quater* d.l. n. 306/1992 fosse maggiormente conforme alle indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tuttavia, si era anche evidenziato come le modalità concrete di esplicazione delle condotte simulate da parte della polizia potessero facilmente prestarsi nella prassi a *sconfinare nella istigazione* di reati, in particolare quando vengono creati i cosiddetti «siti civetta» o quando gli agenti entrano in una conversazione *online* creando degli appositi *nickname* di copertura. Di entrambe le letture dà conto C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, cit., pp. 410-413. Della questione si occupa anche la nota a sentenza di D. DELL'ORTO, *Pedopornografia on line e indagini informatiche. Complessità e peculiarità tecnico-giuridiche della materia*, in *Cass. pen.*, 2007, (7-8), pp. 3042 ss., da cui emerge come nella prassi possa essere difficile tracciare un confine. Recentemente, a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 3/2019, taluno in dottrina ha auspicato che il legislatore per le operazioni sotto copertura contro la corruzione segua il modello dell'art. 14. V. *infra*, Cap. V, § 3.2.3.

[165] *Resoconto stenografico della seduta della Commissione speciale in materia di infanzia del Senato di giovedì 30 luglio 1998*, p. 5.

[166] P. PITTARO, G. SPANGHER, *Le norme contro la pedofilia*, cit., p. 1225.

verosimilmente posto in essere da singoli individui. Peraltro, il secondo comma esprime una norma sussidiaria rispetto al primo, di talché, qualora un soggetto fosse coinvolto anche nell'induzione, nello sfruttamento o nel favoreggiamento, ossia nelle attività di carattere più tipicamente *imprenditoriale* che ineriscono alla prostituzione minorile[167], si applicherebbe appunto il primo comma.

I primi tre commi dell'art. 600-*ter* c.p., sotto la rubrica *Pornografia minorile*, puniscono rispettivamente le condotte di sfruttamento di minori degli anni diciotto al fine di realizzare esibizioni pornografiche o di produrre materiale pornografico, di commercio del materiale pornografico di cui al primo comma e di distribuzione, divulgazione o pubblicizzazione con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, del materiale pornografico nonché di distribuzione o divulgazione di notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto.

L'inclusione del reato previsto dal co. 3 dell'art. 600-*ter* nonostante la sua minore gravità si può invece spiegare considerando che le attività di distribuzione, divulgazione o pubblicizzazione del materiale pedopornografico sono rivolte a una *pluralità di soggetti*, peraltro titolari di un interesse alla riservatezza di tale diffusione tanto quanto gli autori del reato e pertanto nella maggioranza dei casi scarsamente propensi a denunciare. Il co. 4, invece, punisce la cessione nell'ambito di un *rapporto bilaterale* o comunque tra pochi soggetti, nell'ambito di una *relazione privata* tra gli stessi[168].

Attività tipicamente imprenditoriale e organizzata è anche quella inerente al *turismo sessuale*, ossia «lo sfruttamento sessuale, da parte di turisti nostrani, di minori di Nazioni più povere nel contesto di veri e propri tour organizzati da agenzie turistiche con questa, più o meno palese, finalità»[169]. Si comprende, quindi, perché la legge consenta di ricorrere alle attività di contrasto di cui all'art. 14 per acquisire elementi di prova (co. 1) o per contrastare (co. 2) il delitto di *Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile ex* art. 600-*quinquies* c.p., che punisce chiunque organizza o

[167] Al carattere imprenditoriale «per quanto rozzo e semplificato» delle condotte punite dai primi due commi dell'art. 600-*ter* c.p. si fa riferimento in P. PITTARO, G. SPANGHER, *Le norme contro la pedofilia*, cit., p. 1226.

[168] La direzione verso una pluralità di soggetti delle attività punite dal terzo comma dell'art. 600-*ter* c.p. è evidenziata in P. PITTARO, G. SPANGHER, *Le norme contro la pedofilia*, cit., p. 1226. Si veda anche D. DELL'ORTO, *Pedopornografia on line,* cit., pp. 3042 ss.

[169] P. PITTARO, G. SPANGHER, *Le norme contro la pedofilia*, cit., p. 1227.

propaganda viaggi finalizzati alla fruizione di attività di prostituzione a danno di minori o comunque comprendenti tale attività.

La distinzione tra le varie ipotesi di reato tuttavia non è sempre così netta, soprattutto all'inizio delle indagini, tant'è che in giurisprudenza si è posta la questione della possibilità di impiegare le attività di contrasto di cui all'art. 14 anche rispetto agli altri reati contro la libertà individuale[170].

Come accennato, l'ambito di applicazione dell'art. 14 cit. deve essere integrato alla luce del disposto dell'art. 16, co. 3, l. n. 38/2006, ai sensi del quale le attività di contrasto si applicano anche quando i delitti di cui all'art. 600-*ter* commi 1, 2 e 3, c.p. sono commessi in relazione al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater*.1 c.p., introdotto dalla medesima legge. Quest'ultima disposizione estende l'oggetto materiale dei delitti di cui agli articoli 600-*ter* e 600-*quater* al materiale pornografico che rappresenta «immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse», ma la pena è diminuita di un terzo. Il secondo comma chiarisce che le immagini virtuali sono quelle «realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali»[171].

La medesima legge del 2006 ha modificato anche il testo del co. 3 dell'art. 600-*ter* c.p., aggiungendo alle condotte di distribuzione, divulgazione e pubblicizzazione anche la diffusione del materiale pedopornografico di cui al primo comma.

Successivamente la l. n. 172/2012 di *Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale* ha apportato numerose modifiche alle norme in commento.

La Convenzione di Lanzarote persegue gli obiettivi della prevenzione dello sfruttamento e dell'abuso sessuale di ogni persona minore degli anni diciotto, alla protezione delle vittime degli sfruttamenti o abusi e della promozione della cooperazione nazionale ed internazionale contro tali crimini (art. 1).

In attuazione dell'art. 19 della Convenzione citata, il legislatore ha sostituito il co. 1 dell'art. 600-*bis* c.p., menzionando espressamente le condotte di reclutamento, gestione, organizzazione e controllo della prostituzione minorile, nonché il fatto di trarre altrimenti profitto dalla prostituzione. Per recepire, invece, gli artt. 20 e 21 del trattato è intervenuto sull'art. 600-*ter* c.p. introducendo il riferimento agli spettacoli, oltre che alle esibizioni pornografiche, e attribuendo rilevanza penale alle condotte consistenti nel reclutare i minori e nel trarre altrimenti profitto dagli spettacoli pornografici.

[170] Sul punto si sono formati diversi orientamenti. Secondo una prima tesi, l'art. 14 costituirebbe una deroga ai limiti previsti dall'ordinamento processuale in tema di mezzi di ricerca della prova, sicché in ossequio al principio di tassatività esso potrebbe applicarsi solo ed esclusivamente ai delitti menzionati dal testo della norma. Altre sentenze hanno invece abbracciato un approccio meno restrittivo, valorizzando le similitudini tra le attività di contrasto ex art. 14 e i rapporti tra perquisizione e sequestro e il principio «*male captum bene retentum*», giungendo alla conclusione che l'inutilizzabilità del materiale appreso mediante l'art. 14 in assenza dei relativi presupposti non impedisce comunque di sottoporlo a sequestro probatorio *ex* art. 253 c.p.p. e di considerarlo come una notizia di reato da cui far partire nuove indagini. Per la presentazione più approfondita dei due orientamenti citati e i relativi riferimenti giurisprudenziali e dottrinali si rinvia a N. MADÌA, *Particolari disposizioni penali e processuali*, in F. COPPI (a cura di), *I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 602-604. In argomento si rinvia anche alle seguenti note a sentenza: C. MARINELLI, *L'attività dell'agente provocatore per il contrasto alla pedopornografia: "straripamenti investigativi e relative implicazioni processuali*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 2684 ss.; D. DELL'ORTO, *Pedopornografia on line,* cit., pp. 3042 ss.

[171] In ordine all'oscurità dell'oggetto materiale della condotta di cui all'art. 600-*quater*.1 si rinvia a C. SOTIS, *Diritto penale della rete e prospettiva europea: il caso della pedopornografia virtuale* in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, (4-5), pp. 561-570.

Le cornici edittali delle pene detentive dei delitti inclusi nell'ambito di applicazione dell'art. 14 non sono state toccate, mentre sono state leggermente ridotte le pene pecuniarie.

Ad esclusione del co. 3 dell'art. 600-*ter* c.p., che prevede la pena della reclusione da uno a cinque anni, gli altri delitti presentano quindi fin dalla loro introduzione la medesima pena detentiva, compresa tra sei e dodici anni di reclusione. Da questa prospettiva la scelta operata dalla Commissione Giustizia della Camera di indicare solo alcuni delitti adducendo la giustificazione circa la gravità degli stessi parrebbe dunque coerente.

L'art. 14 non è stato oggetto di modifiche a seguito della ratifica della Convenzione di Lanzarote da parte dell'Italia con l. n. 172/2012, ma ha trovato nella stessa una sorta di *legittimazione*, visto che l'art. 30, par. 5, del trattato prevede che ciascuna delle Parti, in conformità ai principi fondamentali di diritto interno, adotti le misure legislative necessarie «per garantire indagini e azioni penali efficaci per i reati fissati conformemente alla presente Convenzione, che consentano, se del caso, di condurre operazioni di infiltrazione».

In ordine all'*ambito di applicazione soggettivo*, l'art. 14 è simile agli articoli 97 T.U. stup. e art. 12-*quater* d.l. n. 306/1992. Esso infatti si applica esclusivamente agli ufficiali di polizia giudiziaria delle strutture specializzate per la repressione dei delitti sessuali o per la tutela dei minori o di quelle istituite per il contrasto dei delitti di criminalità organizzata. Si tratta di unità specializzate istituite presso la squadra mobile di ogni questura dal Ministro dell'interno in ossequio allo stesso d.lgs. 269/1998, precisamente dell'art. 17, co. 5-6, il quale a sua volta si pone sulla scia dell'accordo adottato dai Ministri di giustizia europei nel 1996 volto ad estendere la competenza di Europol anche ai reati di sfruttamento sessuale di minori.

Come nell'art. 12-*quater* d.l. n. 306/1992, si può scorgere una corrispondenza tra le *condotte* che integrano le fattispecie rispetto alle quali si possono impiegare le operazioni sotto copertura e le attività sotto copertura consentite.

Il primo comma menziona l'acquisto simulato di materiale pornografico, le relative attività di intermediazione e la partecipazione a iniziative turistiche finalizzate al turismo sessuale. L'acquisto rimanda alla condotta punita dall'art. 600-*quater* c.p. consistente nel procurarsi consapevolmente materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento di minori. Evidente è poi la corrispondenza tra l'art. 600-*quinquies* e la partecipazione a iniziative finalizzate al turismo sessuale. Più difficile sembra trovare una corrispondenza tra le condotte di cui al co. 1 dell'art. 14 e l'art. 600-*ter*, che richiamando il commercio sembra implicare la presenza di una organizzazione evidentemente assente quando si parla di attività della polizia. Il riferimento all'intermediazione più che il

commercio riguarderebbe tutte quelle attività che permettono di mettere in contatto chi cede e chi riceve il materiale pedopornografico[172].

Il comma 2 permette poi, nella consapevolezza della varietà di contesti e in particolare della appetibilità del mondo virtuale per l'esplicazione delle condotte legate alla pornografia e alla prostituzione minorili, di svolgere una serie di attività *online*[173], che anche in questo caso trovano una corrispondenza con le fattispecie dei reati obiettivo dell'indagine.

Differentemente, invece, dalle norme sull'acquisto simulato di droga e sul riciclaggio e i delitti in materia di armi, l'art. 14 non si apre con una clausola di salvezza dell'art. 51 c.p., assenza che ha condotto a dubitare circa la sua natura giuridica di scriminante speciale. Valorizzando il riferimento all'acquisto simulato, alcuni interpreti hanno sostenuto che in questo caso il legislatore abbia voluto imporre che l'acquisto sia «radicalmente non voluto dall'agente provocatore», sì da impedire l'esistenza del reato per mancanza dell'elemento soggettivo[174]. Secondo un'altra tesi, invece, l'assenza del richiamo all'art. 51 c.p. e la previsione della autorizzazione preventiva dell'autorità giudiziaria indurrebbero a ritenere che l'art. 14, a differenza delle norme settoriali che l'hanno preceduto, non introduca una causa di giustificazione, ma si ponga invece come norma processuale di disciplina di un mezzo di ricerca della prova[175].

Come accennato in apertura, i primi tre commi dell'art. 14 sono tutt'oggi in vigore e si è quindi posto il problema dei rapporti con l'art. 9 l. n. 146/2006, questione su cui si soffermerà l'attenzione nel prosieguo[176].

4. Emergenza terrorismo internazionale dopo l'11 settembre 2001: l'art. 4, d.l. n. 374/2001

A partire dal 2001, la disciplina «speciale» di diritto processuale penale prevista fino a quel momento precipuamente in materia di fatti di criminalità organizzata di tipo mafioso è stata estesa ai processi riguardanti i delitti di terrorismo internazionale. Il legislatore è intervenuto mediante una serie di provvedimenti che per il loro carattere

[172] C. DI BUGNO, *Art. 14 L. 3.8.1998 n. 269 (norme anti-pedofilia)*, in *Leg. pen.*, 1999, pp. 150-152.
[173] *Ivi*, p. 153-158.
[174] R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, cit., pp. 77-78.
[175] Così C. DI BUGNO, *Art. 14 L. 3.8.1998 n. 269*, cit., pp. 162-163.
[176] V. *infra*, § 6.

emergenziale ricordavano la legislazione approvata a partire dagli anni Settanta contro il terrorismo interno.

Tuttavia, la disciplina predisposta in quegli anni era strettamente legata alle caratteristiche del fenomeno criminale avuto di mira[177], di talché, con l'inizio del nuovo millennio, nuove norme si sono rese necessarie per contrastare il diverso fenomeno del terrorismo internazionale. Le riforme introdotte sembrano essersi mosse nel senso di una sempre più accentuata parificazione del terrorismo alla criminalità organizzata, in particolare di tipo mafioso[178].

Già prima degli attentati dell'11 settembre 2001 negli Stati Uniti, il d.l. 5 aprile 2001 n. 98, convertito con l. 14 maggio 2001 n. 196, aveva esteso ai delitti con finalità di terrorismo i più ampi termini di durata delle indagini preliminari e la procedura per le proroghe dei predetti termini, già previsti per i reati di criminalità organizzata.

Dopo i suddetti attentati, nell'ambito delle politiche sovranazionali di contrasto alla nuova emergenza terroristica[179], sono stati emanati il d.l. 28 settembre 2001, n. 353, conv. con l. 27 novembre 2001, n. 415 (recante *Disposizioni sanzionatorie per le violazioni delle misure adottate nei confronti della fazione afgana dei Talebani*), e il d.l. 12 ottobre 2001, n. 369, conv. con l. 14 dicembre 2001, n. 431 (*Misure urgenti per reprimere e contrastare il finanziamento del terrorismo internazionale*), che ha istituito il *Comitato di sicurezza finanziaria* per contrastare il finanziamento del terrorismo internazionale.

[177] A. PICCI, voce *Terrorismo*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, 2010, § 1; D. FALCINELLI, voce *Terrorismo (Profili sostanziali)*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, 2010, § 1. L'Autrice evidenzia che il termine terrorismo è stato utilizzato per la prima volta nell'ordinamento penale italiano nella l. 18-5-1978, n. 191, e in seguito dalle Leggi n. 15/1980 e n. 304/1982, «tutte non scevre da fattori emotivi, o meglio da scelte contingenti, tutte fortemente implementate dalla convinta settorializzazione del fenomeno come fatto politico e nazionale. Tant'è che il concetto, cardine portante delle varie disposizioni contenute nelle normative richiamate, sembra scomponibile in due termini, la finalità di terrorismo l'uno, quella di eversione dell'ordine democratico (costituzionale) l'altro. Sui cui rapporti nel senso dell'omogeneità ed infine identità concettuale, piuttosto che eterogeneità e distinzione contenutistica a lungo si è soffermata la dogmatica penalistica, costretta ad attingere nel corso della relativa indagine sulla nozione di terrorismo a quanto già elaboratosi nelle altre discipline, da cui l'assoluta novità della previsione penale impediva certo di prescindere». Le stesse difficoltà definitorie si riscontrano riguardo alla nozione «terrorismo internazionale», come evidenziato in E. ROSI, voce *Terrorismo internazionale*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, 2005, § 1.

[178] La suddetta tendenza alla parificazione legislativa del terrorismo alla criminalità organizzata è evidenziata in G. MELILLO, *Le recenti modifiche alla disciplina dei provvedimenti relativi ai delitti con finalità di terrorismo o di eversione*, in *Cass. pen.*, 2002, (3), pp. 904 ss.; A. SCAGLIONE, *Il regime processuale e penitenziario differenziato per i fatti di terrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, (2-3), pp. 575 ss. Per un'analisi dei contenuti dei vari decreti-legge emanati dal Governo nel 2001 si rinvia a E. ROSI, *Terrorismo internazionale. Le nuove norme interne di prevenzione e repressione - Profili di diritto sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, (2), pp. 150-163; L. FILIPPI, *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione – Profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, (2), pp. 163-176.

[179] Per l'individuazione delle fonti sovranazionali in tema di terrorismo si rinvia *ex multis*, anche per i relativi riferimenti bibliografici, a D. FALCINELLI, voce *Terrorismo*, cit., § 7. Per un'analisi più recente e la proposta di una interessante prospettiva sulle interazioni tra i diversi livelli di legislazione v. F. ROSSI, *La circolarità dei modelli nazionali nel processo di armonizzazione europea delle legislazioni penali antiterrorismo*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, (1), pp. 176-190.

Circa un mese dopo gli attentati dell'11 settembre 2001 è stato emanato il d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, recante *Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale*, in seguito convertito, con modificazioni, con l. 15 dicembre 2001, n. 438, il cui art. 4 dettava una norma in tema di indagini coperte, per la prima volta sotto la rubrica *Attività sotto copertura*[180].

L'art. 4 d.l. 374/2001 si inseriva in un comparto normativo già da tempo caratterizzato dal notevole peso degli *strumenti premiali*[181].

Secondo Elisabetta Rosi, con i decreti-legge del 2001 il legislatore ha dimostrato di iniziare a prestare particolare attenzione agli aspetti finanziari del terrorismo e in particolare delle associazioni con finalità di terrorismo, e proprio l'art. 4 era una prova di tale scelta politico-criminale. Infatti, doveva essere «sembrato particolarmente significativo, soprattutto dal punto di vista della strategia di investigazione, partire dagli

[180] L'art. 4 aveva subito varie modifiche in sede di conversione, all'esito delle quali il testo coordinato era così formulato: «1. Fermo quanto disposto dall'articolo 51 del codice penale, non sono punibili gli ufficiali di Polizia giudiziaria che nel corso di specifiche operazioni di polizia disposte ai sensi del comma 5, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti commessi con 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. 2. Per le stesse indagini di cui al comma 1, gli ufficiali ed agenti di Polizia giudiziaria possono utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura anche per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione, informandone il pubblico ministero al più presto e comunque entro le 48 ore successive all'inizio delle attività. 3. Nei procedimenti per i delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4 del codice di procedura penale, si applicano le disposizioni dell'articolo 10 del decreto-legge 31 dicembre 1991, n. 419, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 1992, n. 172. 4. Le operazioni indicate nei commi 1 e 2 sono effettuate dagli 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 della Guardia di finanza competenti nelle attività di contrasto al finanziamento del terrorismo anche internazionale. 5. L'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2 é disposta, secondo l'appartenenza del personale di Polizia giudiziaria, dal Capo della Polizia o dal Comandante generale dell'Arma dei carabinieri o della Guardia di finanza per le attribuzioni inerenti ai propri compiti istituzionali, ovvero, per loro delega, rispettivamente dal questore o dal responsabile di livello provinciale dell'organismo di appartenenza, ai quali deve essere data immediata comunicazione dell'esito della operazione. 6. L'organo che dispone l'esecuzione dell'operazione deve dare preventiva comunicazione al pubblico ministero competente per le indagini, indicando, se necessario o se richiesto, anche il nominativo dell'ufficiale di Polizia giudiziaria responsabile dell'operazione nonché il nominativo degli eventuali ausiliari impiegati. Il pubblico ministero deve comunque essere informato senza ritardo a cura del medesimo organo nel corso della operazione delle modalità e dei soggetti che vi abbiano partecipato, nonché dei risultati della stessa. 7. Gli ufficiali di Polizia giudiziaria possono avvalersi di ausiliari, ai quali si estende la causa di non punibilità di cui al comma 1. Per l'esecuzione delle operazioni può essere autorizzata l'utilizzazione temporanea di beni mobili ed immobili, nonché di documenti di copertura secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della giustizia e con gli altri Ministri interessati. Con lo stesso decreto sono definite le forme e le modalità per il coordinamento, a fini informativi e operativi, tra gli organismi investigativi di cui al comma 4».

[181] In materia si veda, recentemente, F. DIAMANTI, *Misure premiali e terrorismi. Dall'esperienza italiana all'ultima evoluzione del terrorismo islamista*, in *Leg. pen.*, 6 dicembre 2019, a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici.

elementi idonei a costituire una prova diretta e documentale costituiti dai riscontri delle transazioni finanziarie e bancarie e da qui ispirare la creazione di "cavalli di Troia", in grado di intercettare la rete dei finanziatori (che del resto il contributo associativo di alto livello si svolga "a distanza" è valutazione quasi scontata: la globalizzazione, con l'abbattimento delle distanze, ha indubbiamente provocato l'abbandono della "fisicità" dell'aggregazione criminale, che caratterizzava l'associazionismo a delinquere di stampo tradizionale)»[182].

In effetti, in sede di discussione del disegno di legge di conversione al senato, il relatore del provvedimento, il sen. Luigi Bobbio del partito *Alleanza Nazionale*, aveva identificato nelle operazioni sotto copertura il principale strumento investigativo previsto dal decreto. L'art. 4, secondo il relatore, «riproduce[va] sostanzialmente la normativa già vigente in tema di contrasto al traffico di stupefacenti», svincolando però l'attività sotto copertura dalla necessità di un'autorizzazione iniziale del pubblico ministero. Secondo il sen. Bobbio l'art. 4 andava oltre l'art. 97 T.U. stup., migliorando la disciplina e «rendendola ancora più utile dal punto di vista del conseguimento dei risultati investigativi»[183].

Tutti i commi dell'art. 4 erano stati modificati in sede di conversione[184], al fine di perseguire due obiettivi: da un lato, incrementare i poteri degli organi di polizia nello svolgimento delle attività sotto copertura; dall'altro, non elidere completamente il controllo dell'autorità giudiziaria[185]. Inoltre, al co. 1, l'originario riferimento al terrorismo

---

[182] Così E. ROSI, *Terrorismo internazionale. Le nuove norme interne di prevenzione e repressione - Profili di diritto sostanziale*, cit., p. 160.

[183] *Resoconto stenografico della seduta del Senato di giovedì 6 dicembre 2001*, pp. 90-92.

[184] Limitando l'analisi agli aspetti più rilevanti, giova innanzitutto evidenziare l'espunzione dal co. 1 del riferimento alla preventiva autorizzazione delle operazioni da parte del p.m., sostituito da un rimando alla procedura autorizzativa di cui al co. 5. Si è inoltre eliminata la necessità che le attività sotto copertura fossero poste in essere per acquisire elementi di prova in ordine a delitti di terrorismo per cui si stava già procedendo. Nel sesto comma si è però aggiunto il secondo periodo in base al quale il il p.m. deve comunque essere informato senza ritardo nel corso della operazione delle modalità e dei soggetti che vi abbiano partecipato, nonché dei risultati della stessa». In dottrina si è evidenziato che in ogni caso la subordinazione della non punibilità dei soggetti sotto copertura alla circostanza alla finalità di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti commessi con finalità di terrorismo rende l'attività degli stessi «soggettivamente e oggettivamente *post delictum*», sicché essa «deve essere disposta e svolta in stretto raccordo operativo con il pubblico ministero, per consentirgli sia di assumere la direzione delle indagini preliminari ai sensi dell'art. 327 c.p.p., sia di disporre il differimento dell'esecuzione di provvedimenti coercitivi o del sequestro probatorio», conformemente a quanto disposto dall'art. 10 d.l. 31 dicembre 1991 n. 419, conv. nella l. 18 febbraio 1992 n. 172, a cui rinvia l'art. 4 stesso al comma 3, limitatamente però alle operazioni riguardanti i delitti di cui all'art. 407 comma 2, lett. a), n. 4, c.p.p. V. A. SCAGLIONE, *Il regime processuale e penitenziario differenziato per i fatti di terrorismo*, cit., p. 578.

[185] C. PIEMONTESE, *Commento all'art. 4 d.l. 18.10.2001, n. 374*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 791.

«anche internazionale» era stato soppresso e si era specificato che le condotte potevano essere poste in essere «per interposta persona» invece che «indirettamente»[186].

In ordine all'ambito di applicazione soggettivo della norma, coerentemente con le disposizioni emanate in precedenza in materia di stupefacenti e di criminalità organizzata, l'art. 4, co. 1, si riferiva solo agli ufficiali di polizia giudiziaria. Senonché il secondo comma includeva anche gli agenti, autorizzati a «utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura anche per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione» per le stesse indagini di cui al comma 1. Al co. 4, invece, tornava il riferimento ai soli ufficiali della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e della Guardia di finanza appartenenti alle strutture specializzate nelle attività di contrasto al finanziamento del terrorismo anche internazionale. La contraddizione tra i tre commi andava risolta in senso restrittivo, onde evitare una dilatazione interpretativa dell'esimente[187].

Come gli artt. 97 T.U. stup. e 12-*quater* d.l. n. 306/1992, anche l'art. 4 si apriva con una clausola di salvezza dell'art. 51 c.p. ed era ritenuto dalla maggioranza della dottrina una *speciale causa di giustificazione*[188], che facoltizzava attività della polizia non riconducibili alle funzioni enumerate dall'art. 55 c.p.p.

Quanto alle condotte autorizzate, nell'elenco di cui al co. 1 («denaro, armi, documenti, 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») in sede di conversione erano stati aggiunti come possibile oggetto materiale delle condotte sotto copertura anche gli stupefacenti. L'ampia gamma di condotte contemplate (acquisto, ricezione, sostituzione e occultamento) sembrava voler

[186] Si trattava di una modifica importante «poiché implica la possibilità di un più incisivo controllo giudiziario e difensivo sulle modalità di simulazione delittuosa, esigendosi la specifica indicazione del canale di interposizione soggettiva, ma, soprattutto, la possibilità di ricondurre l'azione del soggetto interposto direttamente alla sfera di controllo della struttura di polizia che svolge l'attività di infiltrazione, sì da agevolare, attraverso la precisa delimitazione dei contorni obiettivi e soggettivi dell'intermediazione, l'accertamento delle condotte effettivamente ascrivibili ai partecipi delle attività delittuose oggetto d'indagine». Così G. MELILLO, *Le recenti modifiche alla disciplina dei provvedimenti relativi ai delitti con finalità di terrorismo o di eversione,* cit., p. 909.

[187] G. MELILLO, *Le recenti modifiche alla disciplina dei provvedimenti relativi ai delitti con finalità di terrorismo o di eversione*, cit., p. 910. L'A. giungeva alla suddetta conclusione, ma precisava anche che «La delicatezza della materia avrebbe comunque suggerito maggiore rigore espressivo del legislatore».

[188] E. ROSI, *Terrorismo internazionale. Le nuove norme interne di prevenzione e repressione - Profili di diritto sostanziale,* cit., p. 160.

«abbracciare ogni possibilità di intervento di acquisizione probatoria derivante dalla concreta immissione del pubblico ufficiale in circuiti e relazioni illeciti»[189].

L'art. 4 non prevedeva che l'attività sotto copertura dovesse essere finalizzata a raccogliere elementi di prova in ordine a fattispecie delittuose tassativamente indicate, bensì si riferiva «al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti con finalità di terrorismo». A differenza di quelle previste dalle norme precedentemente introdotte, quindi, le operazioni di cui all'art. 4 potevano essere impiegate per indagare su *qualsiasi reato posto in essere con una finalità terroristica*. Si perdeva il *collegamento biunivoco* tra la condotta scriminata e la fattispecie incriminatrice dei reati oggetto delle indagini sotto copertura[190]. Ciò faceva sì che l'ambito di applicazione della scriminante potesse di fatto estendersi a qualsiasi reato aggravato *ex* art. 1, d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, convertito con modificazioni con l. 6 febbraio 1980, n. 15 [191], circostanza aggravante trasferita nell'art. 270-*bis*.1 c.p. dal d.lgs. n. 21/2018 attuativo del principio della riserva di codice.

Tuttavia, non è facile definire che cosa si intenda per terrorismo. Neppure tra gli studiosi esiste una definizione univoca di tale «fenomeno sfuggente»: il terrorismo «appare in forme molto differenziate sia per modalità strutturali che operative. L'unica cosa certa è che ci si trova dinanzi a una manifestazione di violenza, tipica dell'essere umano, attraverso la quale si cerca di raggiungere ciò che diversamente non si potrebbe ottenere»[192].

---

[189] G. MELILLO, *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a delitti con finalità di terrorismo*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 66.

[190] Si veda sul punto R. MINNA, *Terrorismo 2001*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, (8), p. 1027. Scriveva l'A. che «l'attività di copertura ex l. n. 438 del 2001 non tratta più il singolo episodio anche molto rilevante, come potrebbe essere quell'acquisto o quel riciclaggio o quella animalità pedofila. Gli operanti non hanno limiti (che non siano di logica ragionevolezza ed intrinseca utilità) né temporali né spaziali né modali; anzi, dirigendosi contro «delitti commessi per finalità di terrorismo», la quale, ex art. 1 l. n. 15 del 1980, involge più o meno tutto il codice penale, le Polizie hanno come obiettivo il gruppo di terroristi in quanto tale. Fra l'altro, la somma, ex art. 4 l. n. 438 del 2001, delle intromissioni della Polizia in più episodi che riguardino armi, denaro, documenti e stupefacenti non è affatto escluso sia tale da poter essere vagliata come sintomatica di un concorso esterno in altrui attività associative, secondo le regole comuni. Si smaterializza, allora, il rapporto fra "soggetto provocato" e "agente provocatore"».

[191] G. MELILLO, *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a delitti con finalità di terrorismo*, cit., p. 45.

[192] A. PICCI, voce *Terrorismo*, cit., § 1. In argomento si veda anche D. FALCINELLI, voce *Terrorismo*, cit., § 3.

Il legislatore italiano nel 2005 ha nondimeno tentato di definire la finalità di terrorismo introducendo una norma *ad hoc*, l'art. 270-*sexies* c.p., il quale specifica che

> «sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia».

Al d.l. del 1979 che ha introdotto l'aggravante della finalità di terrorismo si deve anche l'inserimento dell'art. 270-*bis* c.p., *Associazioni con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico,* tra i *Delitti contro la personalità dello Stato*. Il delitto è stato poi sostituito dal d.l. n. 374/2001. La «maggiore innovazione»[193] risiede nell'ampliamento della finalità di terrorismo anche agli atti di violenza «rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione e un organismo internazionale» (art. 270-*bis*, co. 3, c.p.), una scelta non condivisa da una parte della dottrina, in quanto finirebbe per collocare anche il contrasto al terrorismo internazionale «nel solco di quel processo di *subiettivizzazione*, proprio della preesistente legislazione di eccezione ed in grado di ricalcare e di potenziare quasi i moduli repressivi del codice Rocco»[194].

Il legislatore è intervenuto di nuovo incisivamente sulle norme in materia di terrorismo internazionale nel 2015, a seguito della «notevole trasformazione» vissuta da tale fenomeno negli ultimi anni, con il passaggio da associazioni «basate su strutture rigide, pesanti e verticali» a «strutture flessibili, leggere e orizzontali, in cui hanno assunto un ruolo decisivo le c.d. cellule, vale a dire il contributo del singolo o di piccoli gruppi». Anche la natura degli attacchi è mutata e pare essersi affievolito il «nesso strumentale che lega le condotte violente alle finalità sovversive e destabilizzanti». Gli attacchi non sono più diretti a obiettivi simbolicamente o materialmente connessi allo scopo di

[193] E. ROSI, *Terrorismo internazionale. Le nuove norme interne di prevenzione e repressione - Profili di diritto sostanziale*, cit., p. 156.

[194] Così C. PIEMONTESE, *Ragioni della forza e ragioni del diritto nelle norme in materia di terrorismo internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, (8), pp. 1035, che cita anche i commenti espressi da altri autorevoli esponenti della dottrina. Si vedano anche D. FALCINELLI, voce *Terrorismo*, cit., § 4; L.D. CERQUA, *La nozione di «condotte con finalità di terrorismo» secondo le fonti internazionali e la normativa interna*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, CEDAM, Padova, 2007, pp. 55-123.

destabilizzazione delle istituzioni e della società, ma colpiscono in momenti di ordinaria vita quotidiana persone indeterminate[195].

In chiusura merita evidenziare come il d.l. n. 374/2001 in commento avesse introdotto per la prima volta una fattispecie incriminatrice *ad hoc* avente ad oggetto la condotta di chi nel corso delle operazioni sotto copertura di cui all'art. 4, indebitamente rivelasse ovvero divulgasse i nomi degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria che effettuano le operazioni stesse (art. 5, co. 3-*ter*). La limitazione temporale della tutela al periodo di durata delle operazioni pareva discutibile, perché non considerava che il pericolo per l'incolumità fisica dell'ufficiale di polizia perdura certamente anche in seguito e risultava altresì sacrificata la possibilità di ricorrere di nuovo al medesimo soggetto per altre indagini.

5. Emergenza immigrazione, traffico di persone e tratta di esseri umani: la l. n. 228/2003 e l'art. 12, co. 3-*septies*, d.lgs. n. 286/1998 (introdotto con il d.l. n. 241/2004)

Come anticipato[196], la l. 11 agosto 2003, n. 228, recante *Misure contro la tratta di persone*, aveva ampliato l'ambito di applicazione oggettivo dell'art. 10 d.l. n. 419/1991 e dell'art. 4 d.l. n. 374/2001 – le norme oggi abrogate riguardanti rispettivamente la possibilità di ritardare i provvedimenti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria nel corso di indagini per riciclaggio e le operazioni sotto copertura rispetto al terrorismo internazionale – ad alcuni delitti contro la persona previsti nel codice penale e ai reati in materia di prostituzione.

Più precisamente, l'art. 10 cit. era stato esteso anche ai delitti di cui agli artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinquies*, 601, 602, e *ex* art. 3 l. 20 febbraio 1958, n.

[195] R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, (3), pp. 234 ss., a cui si rinvia per approfondire il tema del contrasto del terrorismo internazionale mediante gli strumenti di diritto penale in particolare in seguito alla riforma del 2015, nonché per i relativi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali. Sull'evoluzione della legislazione italiana antiterrorismo a partire dagli anni settanta del secolo scorso si veda anche R. MINNA, *Terrorismo 2001*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, (8), pp. 1020-1030. Per una rassegna storica e criminologica sui terrorismi si rinvia anche a F. DIAMANTI, *Misure premiali e terrorismi. Dall'esperienza italiana all'ultima evoluzione del terrorismo islamista*, cit., pp. 19 ss., anche per gli abbondanti riferimenti dottrinali sull'argomento; A. PICCI, voce *Terrorismo*, cit., § 3; F. FASANI, voce *Terrorismo islamico*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, 2016; A. SPATARO, *Le forme attuali di manifestazione del terrorismo nella esperienza giudiziaria: implicazioni etniche, religiose e tutela dei diritti umani*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, cit., pp.163-235.

[196] V. *supra*, § 2.1.

75 (art. 8, l. n. 228/2003). Le disposizioni dell'articolo 4, co. 1, 2, 4, 5, 6 e 7, d.l. n. 374/2001 erano divenute applicabili ai procedimenti previsti per i delitti contro la personalità individuale previsti dal codice penale, nonché dall'articolo 3 l. n. 75/1958, facendo salvo quanto previsto dall'articolo 14 l. 3 agosto 1998, n. 269 (art. 10, l. n. 228/2003).

L'art. 10 l. n. 228/2003 ometteva di rinviare al co. 3 dell'art. 4, comma che a sua volta rinviava all'art. 10 d.l. n. 419/1991. Un rinvio a quest'ultima disposizione era però contenuto nell'art. 8 della medesima legge, con riferimento solo ad alcuni dei delitti contro la personalità individuale.

A ben vedere, considerando le disposizioni allora in vigore, l'ambito di applicazione delle due norme finiva comunque per coincidere perché l'art. 8 non menzionava gli articoli 600-*sexies* in materia di circostanze e l'art. 600-*septies* in tema di confisca, che non erano rilevanti per definire il perimetro di applicazione delle attività di contrasto autorizzabili *ex* art. 10 d.l. n. 419/1991.

In definitiva, gli ambiti oggettivi di applicazione degli artt. 10 d.l. n. 419/1991, 4 d.l. n. 374/2001 e 14 l. n. 269/2003 si sovrapponevano parzialmente. La clausola di salvezza dell'art. 14 cit. contenuta nel secondo comma dell'art. 10 l. n. 228/2003 veniva intesa nel senso che per le operazioni antiterrorismo era sufficiente dare all'autorità giudiziaria una previa comunicazione, mentre per i delitti contemplati dall'art. 14 è necessaria la preventiva autorizzazione[197].

Successivamente, con il d.l. n. 241/2004, convertito con modificazioni con la l. n. 271/2004, l'ambito di applicazione dell'art. 4 d.l. n. 374/2001 era stato ulteriormente ampliato per mezzo di un doppio rinvio. L'art. 1-*ter*, aggiunto in sede di conversione su proposta delle Commissioni riunite, aveva introdotto il co. 3-*septies* dell'art. 12 d.lgs. n. 286/1998 (*T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*), ai sensi del quale

> «In relazione ai procedimenti per i delitti previsti dal comma 3, si applicano le disposizioni dell'articolo 10 della legge 11 agosto 2003, n. 228, e successive modificazioni. L'esecuzione delle operazioni è disposta d'intesa con la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia, delle frontiere».

[197] Ne danno conto F.P. GIORDANO, *Le indagini preliminari. Poteri e limiti del Pubblico Ministero e della Polizia giudiziaria*, CEDAM, Padova, 2006, pp. 96-97; A. IASILLO, *Agenti provocatori e sequestro probatorio. Male captum, (non) bene retentum?*, in *Dir. e giust.*, 2004, (40), pp. 40 ss.

Il co. 3 dell'art. 12, al quale venivano estese le operazioni sotto copertura previste in funzione antiterrorismo, era stato a sua volta modificato nel 2004. All'esito della riforma esso puniva, salvo che il fatto costituisse più grave reato, chiunque, al fine di trarre profitto anche indiretto, compiesse atti diretti a procurare l'ingresso di taluno nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del testo unico, ovvero a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non fosse cittadina o non avesse titolo di residenza permanente con la reclusione da quattro a quindici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona. A detta del relatore del disegno di legge di conversione, per effetto dell'emendamento introdotto in commissione le operazioni sotto copertura sarebbero state estese alle ipotesi più gravi di reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina[198].

Con l'intervento normativo del 2004 era stato inoltre specificato che le operazioni indicate nei co. 1 e 2 del medesimo art. 4 potevano essere effettuate dagli 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.

La scelta di affidare la competenza a svolgere le operazioni sotto copertura in questa materia alla Direzione nazionale antimafia anziché alle strutture specializzate in materia di terrorismo aveva costituito una delle ragioni addotte da alcuni senatori a favore dell'introduzione di una norma *ad hoc* (al posto di un rinvio all'art. 4), in base alla quale le attività sotto copertura avrebbero potuto essere svolte solo per acquisire elementi di prova in ordine ai delitti di cui agli articoli 600, 601, 602 e 602-*bis* del codice penale, quindi non tutti i delitti menzionati nella norma poi entrata in vigore[199].

Anche in un commento "a caldo" della nuova disposizione in materia di indagini sotto copertura era stata espressa perplessità sul mero rinvio all'art. 4, auspicando che le relative competenze venissero affidate alla Direzione nazionale antimafia e non alle strutture specializzate in materia di antiterrorismo internazionale. Il mero rinvio operato dall'art. 10 in commento era stato criticato altresì con riferimento alle condotte

[198] *Resoconto stenografico della seduta della Camera dei Deputati del 19.10.2004*, p. 25.
[199] In proposito si veda *Resoconto stenografico della seduta di mercoledì 26 febbraio 2003*, pp. 56 ss.

autorizzabili ai sensi dell'art. 4, non aderenti alle esigenze cognitive delle associazioni criminali dedite al traffico di persone[200].

Colpire le organizzazioni criminali rappresentava in effetti l'obiettivo del legislatore. Dalla relazione al progetto di legge presentato alla Camera dal Governo emerge infatti che l'introduzione di nuove misure contro la tratta di persone e le proposte di modifica dei reati in materia affondavano le radici nel «crescente allarme nell'opinione pubblica» destato dal fenomeno del traffico di persone e, in particolare, della tratta delle donne che aveva resto «quanto mai necessaria l'adozione da parte del Governo di misure di contrasto delle gravi forme di criminalità organizzata ad esso connesse»[201].

Il disegno di legge si proponeva invero di intervenire sui reati già previsti dal codice penale al fine di risolvere i problemi interpretativi e di tipicità derivanti dalla loro applicazione e di recepire le indicazioni contenute nei Protocolli annessi alla Convenzione delle Nazioni sul crimine organizzato transnazionale (*Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children* e *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air)*.

I due protocolli affrontano tematiche certamente intrecciate, ma distinte sul piano della *definizione criminologica* e conseguentemente degli *strumenti di prevenzione e contrasto*, come si evince considerando le misure previste dagli stessi. Innanzitutto le definizioni: in italiano si distingue tra tratta di esseri umani e traffico di persone, che, in modo alquanto ingannevole, corrispondono rispettivamente all'espressione inglese *Trafficking in Persons* e alla locuzione *Smuggling of Migrants. Smuggling* letteralmente si tradurrebbe con «contrabbando», parola che però in italiano non viene riferita agli esseri umani, sicché – come nelle altre lingue neolatine (in particolare francese e spagnolo) – si preferiscono le traduzioni già indicate.

In ciascun Protocollo è dettata la definizione dei crimini che si intendono contrastare. Precisamente, la tratta di persone è così definita dall'art. 3 del primo protocollo citato:

> «*"Trafficking in persons" shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the*

[200] Se, da un lato, veniva apprezzata la riproposizione del modello *ex* art. 4 d.l. 374/2001 per quanto riguarda l'impiego di identità di copertura e l'ausilio di persone interposte, dall'altro si evidenziava che sarebbe stato preferibile «prevedere condotte di "simulato concorso" ai delitti di cui agli articoli da 600 a 601 e 602, nonché 416 del Cp, così come modificati o integrati dal testo di legge in esame, immaginando ad esempio, un simulato acquisto di esseri umani da parte di una simulata organizzazione dedita allo sfruttamento della prostituzione, per poter procedere non solo alla disarticolazione di trafficanti di schiavi ma alla concreta liberazione di vittime della tratta». V. A. JANNONE, *Infiltrati a rischio senza la specifica delle condotte*, in *Guida dir.*, 2003, n. 35, pp. 55 ss. Nello stesso senso anche L.D. CERQUA, *Le nuove norme contro il traffico di persone: profili di carattere processuale*, in *Il Merito*, 2004, n. 5, pp. 46 ss.

[201] *Relazione al d.d.l. C-1584 presentato alla Camera il18 settembre 2001*, p. 1.

prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs».

Del traffico di esseri umani, invece, il secondo protocollo fornisce la seguente ampia definizione, che comprende anche le condotte di produzione, ricezione, fornitura o possesso di documenti di viaggio o identità fraudolenti e il favoreggiamento della permanenza illegale di un soggetto nel territorio di uno Stato:

«*"Smuggling of migrants" shall mean the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident*».

Nel caso della tratta, lo scopo è lo *sfruttamento della persona*, *vittima* di un traffico che può anche non essere finalizzato all'attraversamento di una frontiera. Nel caso del traffico di persone, invece, sono di solito queste ultime a pagare per farsi condurre a raggiungere una certa meta, ma anche costoro sono poi esposti a reti di sfruttamento lavorativo o sessuale[202]. Un ruolo fondamentale gioca dunque la presenza o meno di un *valido consenso* del soggetto all'espatrio[203].

I due protocolli devono essere letti di concerto con la Convenzione di Palermo, sicché la transnazionalità dei crimini costituisce uno dei requisiti per delinearne l'ambito di applicazione.

Altri vincoli più stringenti per l'Italia derivano dal diritto eurounitario, a partire dal cosiddetto «pacchetto sui favoreggiatori», composto dalla *Direttiva 2002/90/CE del Consiglio volta a stabilire una definizione comune del reato di favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali* e la *Decisione quadro 2002/946/GAI che stabilisce sanzioni penali per tale condotta*[204]. Più recentemente è poi intervenuta la *Direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*[205].

Nel *Piano d'azione contro il traffico di migranti* per il quinquennio 2015-2020 la Commissione europea dà conto di come

«Spietate reti criminali organizzano i viaggi dei numerosissimi migranti che tentano disperatamente di raggiungere l'UE e, mettendone a rischio la vita, ne ricavano profitti considerevoli. Per aumentare al massimo questi profitti, i trafficanti ammassano spesso centinaia di migranti su camion o su imbarcazioni insicure (come piccoli gommoni o navi da carico da rottamare). Innumerevoli migranti annegano in mare, soffocano nei container o periscono nei deserti. I trafficanti trattano i migranti come merci, al pari della droga e delle armi da fuoco che contrabbandano lungo le stesse rotte. Cambiano rapidamente le rotte per adeguarsi alla situazione della sicurezza nei paesi di transito o alla reazione delle autorità di contrasto e fanno un uso illecito delle procedure di ingresso e soggiorno legali… Il traffico di migranti è un'attività altamente lucrativa, per le reti criminali, che approfittano delle scarse probabilità di

[202] In questi termini G. CONZO, M. DE MARCO, *Riduzione in schiavitù e tratta degli esseri umani*, in A. BARGI (a cura di), *Il doppio binario*, cit., p. 219; Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Piano d'azione dell'UE contro il traffico di migranti (2015-2020)*, Bruxelles, 27.5.2015, disponibile a <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0285&from=IT>, p. 3, nota 4.

[203] G. CONZO, M. DE MARCO, *Riduzione in schiavitù*, cit., p. 220. In proposito si veda anche E. ROSI, *La tratta di esseri umani e il traffico di migranti*, in *Cass. pen*, 2001, (6), pp. 1991-1992.

[204] *Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a stabilire una definizione comune del reato di favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, 28.11.2002; Decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali*, 28.11.2002

[205] *Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI*, 5.4.2011.

essere scoperti e puniti. Anche se non sono disponibili dati globali sui profitti ricavati dalle reti di trafficanti, i casi isolati mostrano che sono sostanziosi»[206].

La Commissione, inoltre, qualifica la tratta di esseri umani alla stregua di una «forma moderna di schiavitù», perché le «vittime sono spesso reclutate, trasportate o alloggiate con la forza, la coercizione o la frode a fini di sfruttamento, anche sessuale, del lavoro o dei servizi forzati, accattonaggio, attività criminali o espianto di organi. La tratta di esseri umani è una grave lesione della libertà personale e della dignità della persona e una fattispecie di reato grave, con implicazioni che vanno spesso al di là della capacità dei singoli Stati di farvi fronte efficacemente»[207].

Nell'ordinamento di diritto penale sostanziale interno, i fenomeni dello sfruttamento degli esseri umani – fenomeno «ad un tempo, antico e moderno», già oggetto in passato di numerose convenzioni internazionali – e del traffico di esseri umani chiamano in causa diverse fattispecie criminali, in particolare gli artt. 600, 601, 602, 605, 630 c.p., l'art. 12 d.lgs. n. 286/1998, gli artt. 416 e 416-*bis* c.p., l'art. 3 l. n. 175/1958 in materia di prostituzione.

La l. n. 228/2003 ha riformulato i delitti contro la personalità individuale specificamente dedicati alla riduzione o al mantenimento in schiavitù e servitù (art. 600 c.p.), alla tratta di persone (art. 601 c.p.) e all'acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.) per adeguarli alle caratteristiche criminologiche della schiavitù moderna, che la giurisprudenza aveva già riscontrato in diverse occasioni. In assenza di una fattispecie che esprimesse il disvalore dei fatti di tratta di persone scoperti negli anni più recenti, i giudici fino a quel momento avevano applicato l'art. 600 c.p. Nei casi di specie, invero, le vittime erano state sottoposte a violenze tali da essere ritenute riconducibili all'esercizio del diritto di proprietà su una persona[208].

Si comprende, quindi, come il nuovo art. 600 c.p., la cui pena è stata peraltro notevolmente incrementata, non comprenda solo la riduzione e il mantenimento in schiavitù, ma anche in *servitù*, intesa come stato di soggezione continuativa ottenuto

[206] Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Piano d'azione dell'UE contro il traffico di migranti (2015-2020)*, cit., p. 2.

[207] Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. La strategia dell'UE per l'eradicazione della tratta degli esseri umani (2012 – 2016)*, Bruxelles, 19.6.2012, disponibile a https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0286&from=EN, p. 2 (ultimo accesso maggio 2020).

[208] Per approfondimenti e per gli opportuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali si rinvia a G. CONZO, M. DE MARCO, *Riduzione in schiavitù*, cit., pp. 224-247; M. G. GIAMMARINARO, *Il protocollo sulla tratta degli esseri umani*, in E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, cit., pp. 445-448; P. PITTARO, G. SPANGHER, *Le norme contro la pedofilia*, cit., p. 1224.

mediante la costrizione a prestazioni lavorative o sessuali, all'accattonaggio, al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento o a sottoporsi al prelievo di organi.

L'art. 601 c.p. è poi specificamente dedicato alla tratta di persone ed è stato nuovamente riformulato nel 2014.

Infine, la l. n. 228/2003 ha sostituito il testo dell'art. 602 c.p. sull'acquisto e alienazione di schiavi. Le nuove fattispecie, rispetto alle previgenti e in confronto all'art. 3 della legge Merlin, delineano quindi un sistema di tutela più ampio e a cui si ricollega un trattamento sanzionatorio ben più severo.

Molto significativi ai nostri fini sono poi anche gli interventi operati dal legislatore del 2003, con cui è stato ampliato l'ambito di applicazione delle norme che delineano il c.d. doppio binario, concepito originariamente per i delitti di criminalità organizzata in particolare di tipo mafioso.

I delitti in materia di traffico e tratta di persone sono stati inseriti tra quelli di competenza delle Direzioni distrettuali antimafia, *ex* art. 51, co. 3-*bis* c.p.p. (art. 6, lett. b). Sono state inoltre estese ai delitti di tratta sia la confisca *ex* art. 12-*sexies* d.l. 306/1992 sia la l. n. 575/1965 in materia di misure di prevenzione patrimoniali (art. 7)..

Le disposizioni in materia di immigrazione, traffico di persone e tratta di esseri umani appena considerate costituiscono gli ultimi interventi normativi in materia di operazioni sotto copertura prima della riconduzione a unità della disciplina con l'introduzione dell'art. 9 l. n. 146/2006, il quale ha contestualmente abrogato la maggioranza delle norme precedentemente emanate.

6. La *reductio ad unitatem*: l'art. 9 l. n. 146/2006 e successive modificazioni. Lo «statuto» delle operazioni sotto copertura

Soddisfacendo gli auspici espressi da taluno in dottrina[209], il legislatore ha colto l'occasione della legge di attuazione della *Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale* per ricondurre a unità (quasi) tutte le disposizioni in tema di attività investigativa sotto copertura.

[209] G. MELILLO, C. MOTTA, *Linee di una possibile evoluzione normativa della figura dell'agente provocatore*, in *Arch. nuov. proc. pen.*, 2001, p. 131.

Inizialmente, il d.d.l. presentato dal Ministro degli affari esteri Frattini e dal Ministro della giustizia Castelli di concerto con il Ministro dell'interno Pisanu aveva optato ancora una volta, similmente alla l. n. 228/2003, per un rinvio all'art. 4 d.l. n. 374/2001[210], ormai assurto a modello di disciplina delle indagini sotto copertura.

Si deve alle Commissioni riunite Giustizia e Affari esteri, e Immigrazione del Senato l'introduzione di una *norma autonoma* con contestuale abrogazione delle disposizioni settoriali, seppure con qualche eccezione. Le Commissioni avevano elaborato un testo che comprendeva anche le indagini in materia di stupefacenti, che, invece, sono state poi espunte con conseguente sopravvivenza degli artt. 97 e 98 d.P.R. n. 309/1990.

Dopo aver subito alcune modifiche nel corso della discussione in aula in entrambi i rami del Parlamento, il testo proposto dalle Commissioni è stato approvato definitivamente nei primi mesi del 2006. Da allora, l'art. 9 è stato oggetto di quattro interventi di riforma, di cui tre finalizzati solo ad ampliarne l'ambito di applicazione e uno, quello del 2010, riguardante anche altri aspetti, in particolare procedurali.

Per comodità di lettura si riporta il testo integrale dell'art. 9 attualmente vigente, che contiene lo statuto delle operazioni sotto copertura nell'ordinamento italiano:

> «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 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 452-quaterdecies, 453, 454, 455, 460, 461, 473, 474, 629, 630, 644, 648-bis e 648-ter, nonchè nel libro secondo, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale, ai delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi, ai delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nonché ai delitti previsti dal testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e dall'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958,

[210] Il riferimento è all'art. 7, Operazioni sotto copertura, del disegno di legge S-2351 comunicato alla presidenza il 26 giugno 2003. Il testo proposto era il seguente: «Le disposizioni dell'articolo 4 del decreto-legge 18 ottobre 2001, n. 374, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2001, n. 438, si applicano anche per acquisire elementi di prova in ordine ai reati di cui all'articolo 600 del codice penale ed a quelli di cui all'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, e successive modificazioni, commessi da gruppi di criminalità organizzata anche solo in ambito nazionale. 2. Le operazioni di cui al comma 1 possono essere eseguite soltanto da ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti ad organismi istituiti per il contrasto alla criminalità organizzata».

n. 75, anche per interposta persona, danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro o altra utilità, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto, prezzo o mezzo per commettere il reato o ne accettano l'offerta o la promessa o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego ovvero corrispondono denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, promettono o danno denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerarlo o compiono attività prodromiche e strumentali;
b) gli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti agli organismi investigativi della Polizia di Stato e dell'Arma dei carabinieri specializzati nell'attività di contrasto al terrorismo e all'eversione e del Corpo della guardia di finanza competenti nelle attività di contrasto al finanziamento del terrorismo, i quali, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione, anche per interposta persona, compiono le attività di cui alla lettera a).
1-bis. La causa di giustificazione di cui al comma 1 si applica agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria e agli ausiliari che operano sotto copertura quando le attività sono condotte in attuazione di operazioni autorizzate e documentate ai sensi del presente articolo. La disposizione di cui al precedente periodo si applica anche alle interposte persone che compiono gli atti di cui al comma 1.
2. Negli stessi casi previsti dal comma 1, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria possono utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura, rilasciati dagli organismi competenti secondo le modalità stabilite dal decreto di cui al comma 5, anche per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione, informandone il pubblico ministero al più presto e comunque entro le quarantotto ore dall'inizio delle attività.
3. L'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2 è disposta dagli organi di vertice ovvero, per loro delega, dai rispettivi responsabili di livello almeno provinciale, secondo l'appartenenza del personale di polizia giudiziaria impiegato, d'intesa con la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere per i delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni. L'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2 in relazione ai delitti previsti dal testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, di seguito denominate "attività antidroga", è specificatamente disposta dalla Direzione centrale per i servizi antidroga o, sempre d'intesa con questa, dagli organi di vertice ovvero, per loro delega, dai rispettivi responsabili di livello almeno provinciale, secondo l'appartenenza del personale di polizia giudiziaria impiegato.
4. L'organo che dispone l'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2 deve dare preventiva comunicazione all'autorità giudiziaria competente per le indagini. Dell'esecuzione delle attività antidroga è data immediata e dettagliata comunicazione alla Direzione centrale per i servizi antidroga e al pubblico ministero competente per le indagini. Se necessario o se richiesto dal pubblico ministero e, per le attività antidroga, anche dalla Direzione centrale per i servizi antidroga, è indicato il nominativo dell'ufficiale di polizia giudiziaria responsabile dell'operazione, nonchè quelli degli eventuali ausiliari e interposte persone impiegati. Il pubblico ministero deve comunque essere informato senza ritardo, a cura del medesimo organo, nel corso dell'operazione, delle modalità e dei soggetti che vi partecipano, nonchè dei risultati della stessa.
5. Per l'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono avvalersi di agenti di polizia giudiziaria, di ausiliari e di interposte persone, ai quali si estende la causa di non punibilità prevista per i medesimi casi. Per l'esecuzione delle operazioni può essere autorizzata l'utilizzazione temporanea di beni mobili ed immobili, di documenti di copertura, l'attivazione di siti nelle reti, la realizzazione e la gestione di aree di comunicazione o scambio su reti o sistemi informatici, secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'interno, di

concerto con il Ministro della giustizia e con gli altri Ministri interessati. Con il medesimo decreto sono stabilite altresì le forme e le modalità per il coordinamento, anche in ambito internazionale, a fini informativi e operativi tra gli organismi investigativi.
6. Quando è necessario per acquisire rilevanti elementi probatori ovvero per l'individuazione o la cattura dei responsabili dei delitti previsti dal comma 1, per i delitti di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, limitatamente ai casi previsti agli articoli 70, commi 4, 6 e 10, 73 e 74, gli ufficiali di polizia giudiziaria, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, e le autorità doganali, limitatamente ai citati articoli 70, commi 4, 6 e 10, 73 e 74 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990, e successive modificazioni, possono omettere o ritardare gli atti di propria competenza, dandone immediato avviso, anche oralmente, al pubblico ministero, che può disporre diversamente, e trasmettendo allo stesso pubblico ministeromotivato rapporto entro le successive quarantotto ore. Per le attività antidroga, il medesimo immediato avviso deve pervenire alla Direzione centrale per i servizi antidroga per il necessario coordinamento anche in ambito internazionale.
6-bis. Quando è necessario per acquisire rilevanti elementi probatori, ovvero per l'individuazione o la cattura dei responsabili dei delitti di cui all'articolo 630 del codice penale, il pubblico ministero può richiedere che sia autorizzata la disposizione di beni, denaro o altra utilità per l'esecuzione di operazioni controllate per il pagamento del riscatto, indicandone le modalità. Il giudice provvede con decreto motivato.
7. Per gli stessi motivi di cui al comma 6, il pubblico ministero può, con decreto motivato, ritardare l'esecuzione dei provvedimenti che applicano una misura cautelare, del fermo dell'indiziato di delitto, dell'ordine di esecuzione di pene detentive o del sequestro. Nei casi di urgenza, il ritardo dell'esecuzione dei predetti provvedimenti può essere disposto anche oralmente, ma il relativo decreto deve essere emesso entro le successive quarantotto ore. Il pubblico ministero impartisce alla polizia giudiziaria le disposizioni necessarie al controllo degli sviluppi dell'attività criminosa, comunicando i provvedimenti adottati all'autorità giudiziaria competente per il luogo in cui l'operazione deve concludersi ovvero attraverso il quale si prevede sia effettuato il transito in uscita dal territorio dello Stato ovvero in entrata nel territorio dello Stato delle cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere i delitti nonchè delle sostanze stupefacenti o psicotrope e di quelle di cui all'articolo 70 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni.
8. Le comunicazioni di cui ai commi 4, 6 e 6-bis e i provvedimenti adottati dal pubblico ministero ai sensi del comma 7 sono senza ritardo trasmessi, a cura del medesimo pubblico ministero, al procuratore generale presso la corte d'appello. Per i delitti indicati all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale, la comunicazione è trasmessa al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo.
9. L'autorità giudiziaria può affidare il materiale o i beni sequestrati in custodia giudiziale, con facoltà d'uso, agli organi di polizia giudiziaria che ne facciano richiesta per l'impiego nelle attività di contrasto di cui al presente articolo ovvero per lo svolgimento dei compiti d'istituto.
9-bis. I beni informatici o telematici confiscati in quanto utilizzati per la commissione dei delitti di cui al libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale sono assegnati agli organi di polizia giudiziaria che ne abbiano avuto l'uso ai sensi del comma 9.
10. Chiunque indebitamente rivela ovvero divulga i nomi degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria che effettuano le operazioni di cui al presente articolo è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da due a sei anni.
[…]»

Ispirandosi all'art. 4 d.l. n. 374/2001 in materia di terrorismo e riprendendo quanto previsto anche dalla maggioranza delle altre norme emanate prima del 2006, l'art. 9 l. n.

146/2006 si apre con una clausola di salvezza dell'art. 51 c.p. ed elenca poi le condotte che gli ufficiali di polizia giudiziaria dei diversi corpi, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia, nei limiti delle proprie competenze, possono porre in essere, nel corso di specifiche operazioni di polizia, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine a una serie di reati. Gli ufficiali di p.g. possono avvalersi di agenti, di ausiliari e di interposte persone, ai quali si estende la causa di non punibilità (co. 5 e co. 1-*bis*, rispettivamente il primo modificato e il secondo introdotto con la l. n. 136/2010). È inoltre prevista fin dalla formulazione originaria la necessità di una preventiva comunicazione all'autorità giudiziaria (co. 4).

Quanto alle aree criminali ricomprese nell'ambito di applicazione dell'art. 9, si possono notare alcune differenze rispetto al quadro normativo previgente.

Il primo comma menziona innanzitutto il riciclaggio e l'impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p.) e i delitti contro la personalità individuale. Al momento dell'entrata in vigore dell'art. 9 erano ricompresi la riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600), la prostituzione minorile (art. 600-*bis* c.p.), la pornografia minorile (art. 600-*ter*), la detenzione di materiale pornografico (art. 600-*quater*), la pornografia virtuale (art. 600-*quater.1*), le iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinquies*), la tratta di persone (art. 601), l'acquisto e alienazione di schiavi (art. 602). Successivamente sono stati introdotti l'art. 600-*octies*, che punisce l'impiego di minori nell'accattonaggio (nel 2009), l'art. 601-*bis* sul traffico di organi prelevati da persona vivente (nel 2016) e l'art. 603-*bis* sul cosiddetto caporalato, in rubrica *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, (introdotto nel 2011 e sostituito nel 2016). Il rinvio ai delitti ricompresi nella Sez. I del Capo III, Titolo XII, Libro II, del codice penale è dunque mobile e ciò ha già determinato – come visto – vari movimenti dei confini di applicazione delle operazioni sotto copertura.

Il co. 1 dell'art. 9 menziona poi i delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12, co. 3, 3-*bis* e 3-*ter* d.lgs. n. 286/1998 e i delitti in materia di prostituzione *ex* art. 3 l. n. 75/1958.

Quanto al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, a differenza del d.l. n. 271/2004, che aveva esteso l'art. 4 d.l. n. 374/2001 solo all'art. 12, co. 3, T.U. imm.[211],

[211] V. *supra*, § 5.

nell'art. 9 vengono menzionati anche i commi 3-*bis* e 3-*ter*. Dopo la riforma del 2004, infatti, l'art. 12 è stato di nuovo modificato, ma nella sostanza ciò non ha comportato una modifica dei reati per cui vengono consentite le operazioni sotto copertura.

Infatti, il comma 3 nel 2006 puniva (sempre salvo che il fatto costituisse più grave reato) chiunque, al fine di trarre profitto anche indiretto, compiesse atti diretti a procurare l'ingresso di taluno nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del testo unico o a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente. I commi 3-*bis* e 3-*ter* prevedevano invece una serie di circostanze aggravanti[212], la cui menzione nell'art. 9 non comportava variazioni sostanziali del perimetro di applicazione delle operazioni sotto copertura. Poiché la fattispecie base era già inclusa nella disciplina previgente, si può ritenere che anche prima del 2006 le indagini coperte potessero avere la finalità di acquisire prove sulle fattispecie aggravate. All'inizio delle indagini può non essere semplice, peraltro, qualificare il fatto così precisamente.

Con il cosiddetto «pacchetto sicurezza» del 2009 (l. n. 94/2009), l'art. 12 è stato, ancora una volta, profondamente modificato con la completa riscrittura del co. 1 e dei co. 3, 3-*bis* e 3-*ter*. Nei commi primo e terzo vengono specificate le condotte di favoreggiamento, con l'aggiunta nel co. 3 dei fatti prima previsti come aggravanti nei co. 3-*bis* e 3-*ter*.

A seguito di tale riformulazione si era quindi posto il problema della natura di fattispecie autonoma o di circostanza aggravante del co. 3, anche in considerazione del fatto che i co. 3-*bis* e 3-*ter*, anch'essi riscritti, continuavano a prevedere ulteriori innalzamenti di pena rispetto al co. 3. Sul punto si sono pronunciate le Sezioni Unite della Cassazione, che hanno affermato il principio di diritto secondo cui *«le fattispecie previste nell'art. 12, co. 3, T.U.I. configurano circostanze aggravanti del reato di pericolo di cui al comma 1 del medesimo articolo»*[213]. Le operazioni sotto copertura possono quindi essere impiegate solo al fine di acquisire elementi di prova in ordine alle *fattispecie aggravate* previste dai commi dell'art. 12 menzionati nell'art. 9.

Proseguendo nella individuazione delle aree criminali, nella lett. b) del primo comma dell'art. 9 sono ricompresi fin dal 2006 i delitti con *finalità di terrorismo*. In questo caso il rinvio non solo è *mobile*, dovendosi rapportare con le norme che menzionano tale finalità e in particolare con l'art. 270-*sexies* c.p., ma anche *aperto e indeterminato*, poiché, come già nell'art. 4 d.l. n. 374/2001, non sono indicati a priori i delitti indagabili[214].

L'art. 9 ha inglobato anche la disciplina in materia di ritardo e omissione di atti della polizia giudiziaria e del pubblico ministero, ma ne è stato ridotto l'ambito di applicazione. Non è infatti stato riprodotto l'ampliamento che l'art. 4, co. 3, d.l. n.

[212] Il co. 3-*bis* prevedeva una serie di circostanze aggravanti a effetto comune integrate se il fatto riguardava l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone, se per procurare l'ingresso o la permanenza illegale la persona era stata esposta a pericolo per la sua vita o la sua incolumità o era stata sottoposta a trattamento inumano o degradante, oppure il fatto era stato commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti. Il co. 3-*ter* tipizzava, invece, una aggravante a effetto speciale per il caso in cui i fatti di cui al comma 3 fossero compiuti al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale ovvero riguardassero l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento.

[213] Cass., Sez. Un., sent. 21 giugno 2018 (dep. 24 settembre 2018), n. 40982.

[214] V. *supra*, § 4.

374/2001 aveva apportato all'art. 10 d.l. n. 419/1991. Mentre quest'ultimo è rimasto in vigore fino al 2010, il co. 3 dell'art. 4 cit. è stato abrogato nel 2006, ma il riferimento ai procedimenti per i delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4 c.p.p. non si ritrovava nell'art. 9. Dal 2006 al 2010 non erano dunque consentiti il ritardo o l'omissione di atti d'ufficio per i delitti commessi con finalità di eversione, per la partecipazione a un'associazione sovversiva e per la banda armata[215]. Con la riforma del 2010 il legislatore ha posto rimedio a tale lacuna aggiungendo nella lett. b) del co. 1 il riferimento alla finalità eversiva e inserendo nel co. 6 un rinvio al co. 1.

Coerentemente con la disciplina previgente (art. 10 d.l. n. 419/1991, come modificato con la l. n. 108/1996), l'estorsione e l'usura erano inizialmente menzionate solo nei co. 6 e 7 con riferimento al ritardo o omissione di provvedimenti della polizia giudiziaria e del pubblico ministero. Solo nel 2010 gli artt. 629 e 644 c.p., insieme all'art. 630 c.p. sul sequestro di persona a scopo di estorsione, sono stati inseriti anche nel co. 1.

Le condotte facoltizzate dall'art. 9 sono molto numerose e ampliate rispetto a quelle previste dalle norme settoriali previgenti, anche perché viene *spezzata* la corrispondenza biunivoca tra condotta sotto copertura e reato in ordine al quale acquisire prove. Sotto questo profilo, l'introduzione di un'unica norma ha conseguenze notevoli perché le attività menzionate possono essere poste in essere per scoprire *qualsiasi reato*, non solo quello che astrattamente integrerebbero, purché ovviamente il reato rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 9[216]. Ambito di applicazione che, peraltro – come si è visto – è più ampio e meno puntualmente circoscritto di quanto possa sembrare a una prima lettura.

Il legislatore del 2006 aveva originariamente mantenuto in vigore gli artt. 97 e 98 T.U. stup. Come accennato, nel d.d.l. proposto dalle Commissioni riunite del Senato Giustizia e Affari esteri, immigrazione essi erano inclusi nel co. 1, lett. a), ma sono stati in seguito espunti.

Sebbene l'intento del legislatore fosse quello di mettere ordine nella disciplina delle operazioni sotto copertura, erano rimasti esclusi dall'abrogazione anche l'art. 7 d.l.

---

[215] F. GANDINI, *Lotta alla criminalità organizzata, le operazioni sotto copertura*, in *Dir. giust.*, 2006, (20), p. 102.

[216] A. DI MARTINO, *Criminalità organizzata e reato transazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della cd. Convenzione di Palermo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 24.

n. 8/1991[217] e i primi tre commi dell'art. 14 l. n. 269/1998, che si applica ad alcuni delitti contro la persona, sicché il suo ambito di applicazione si sovrappone in parte a quello di cui all'art. 9. Si è quindi posto il problema del rapporto tra le due disposizioni, problema variamente affrontato in dottrina[218] e tuttora aperto, perché l'art. 14 è tutt'oggi in vigore.

La l. n. 136/2010, il cosiddetto «*piano straordinario contro le mafie*», apporta numerose modifiche all'art. 9, riformulando integralmente alcuni commi[219]. In questa sede interessa focalizzare l'attenzione sulle modificazioni attinenti alle aree criminali rispetto alle quali le operazioni sotto copertura possono essere impiegate.

In ordine a tale profilo, già nel 2009 il legislatore era intervenuto inserendo nel co. 1, lett. a), anche gli artt. 473 e 474 c.p. in tema rispettivamente di *Contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni* e *Introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi*, dunque una novità anche rispetto alle disposizioni previgenti abrogate nel 2006.

Nel 2010 vengono invece aggiunti anche al primo comma i delitti di estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione e usura (artt. 629, 630, 644 c.p.), i delitti previsti dal testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e il delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti *ex* art. 260 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. Viene inoltre disposta l'abrogazione dell'art. 7 d.l. n. 8/1991, con contestuale introduzione del co. 6-*bis* sul pagamento controllato del riscatto.

Successivamente, l'art. 1, co. 3, d.lgs. 21 giugno 2016, n. 125 ha inserito nel co. 1 dell'art. 9 anche il riferimento ai delitti di cui agli artt. 453, 454, 455, 460 e 461, in tema di falsificazione, alterazione, spendita e introduzione nello Stato di monete o carta filigranata per la fabbricazione di carte di pubblico credito o valori di bollo.

---

[217] F. GANDINI, *Lotta alla criminalità organizzata*, cit., p. 102. L'A. nota come le disposizioni inizialmente rimaste escluse dal riordino operato con l'art. 9 riguardassero comunque attività della criminalità organizzata.

[218][218] Si rinvia in proposito a A. CISTERNA, *Attività sottocopertura, arriva lo statuto*, cit., p. 80; A. DI MARTINO, *Criminalità organizzata e reato transazionale, diritto penale nazionale…*, cit., p. 24, nota 41; L. RUSSO, *Le «operazioni sotto copertura» e le «attività di contrasto» in materia di delitti sessuali o per la tutela dei minori*, in *Giur. merito*, (12), 2008, pp. 3346 ss; N. MADÌA, *Particolari disposizioni penali e processuali*, cit., p. 609; A. ROSSETTI, *Commento all'art. 9 l. 16 marzo 2006, n. 146*, in C. E. PALIERO, F. C. PALAZZO (a cura di), *Commentario breve alle Leggi penali complementari*, CEDAM, Padova, 2007, p. 877; G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, cit., pp. 68-71.

[219] Per approfondire si veda A. BALSAMO, A. SALEMME, *La criminalità organizzata transfrontaliera*, cit., pp. 65-68, 112-124. Un altro Autore auspica che l'art. 9 venga rimodulato in modo da comprendere tutti i delitti richiamati dall'art. 51, co. 3-*bis*, c.p.p. Così G. NANULA, *Tecniche speciali d'investigazione nella lotta alla criminalità organizzata transnazionale: le operazioni sotto copertura e le consegne controllate*, in *RGuarFin*, 2007, (6), pp. 818-819.

Nel catalogo dei reati a cui si riferisce l'art. 9 spicca la *perdurante assenza* dei delitti di cui agli artt. 416 e 416-*bis* c.p., mentre è inclusa dal 2010 la fattispecie di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui all'art. 74 T.U. stup.[220]. L'esclusione delle fattispecie associative pare peraltro una discrasia rispetto alla Convenzione di Palermo che la l. n. 146/2006 si propone di attuare, visto che il trattato mira a combattere proprio il crimine organizzato transnazionale[221].

Per quanto riguarda il catalogo delle condotte, all'esito delle riforme degli ultimi anni, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono essere autorizzati nell'ambito di specifiche operazioni preventivamente comunicate al pubblico ministero a dare rifugio o prestare assistenza agli associati, acquistare, ricevere, sostituire od occultare 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[222]. Oltre a tali *condotte sotto copertura*, è poi prevista una serie di *attività di copertura*[223], precisamente l'utilizzo di documenti, identità o indicazioni di copertura per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione e l'impiego temporaneo di beni mobili e immobili (co. 4 e 5).

Sulla scia di quanto già previsto dall'art. 4 d.l. n. 374/2001, il co. 10 dell'art. 9 punisce chiunque indebitamente rivela ovvero divulga i nomi degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria che effettuano le operazioni sotto copertura con la reclusione da due a sei anni, salvo che il fatto costituisca più grave reato. Come auspicato dalla dottrina, è stato quindi eliminato il riferimento al solo periodo di durata delle operazioni, che restringeva irragionevolmente l'ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice.

---

[220] Lo nota con curiosità due autorevoli esponenti della dottrina che auspica che «vi sarà occasione per rimettere, ultimativamente, le cose a posto (…)». Così A. BALSAMO, A. SALEMME, *La criminalità organizzata transfrontaliera*, cit., pp. 117-118.

[221] Così B. PIATTOLI, *Tecniche speciali di investigazione nel crimine organizzato transnazionale. La riscrittura delle "*undercover operations*" e le ricadute nel processo*, cit., p. 362; A. ROSSETTI, *Commento all'art. 9*, cit., p. 876; F. GANDINI *Lotta alla criminalità organizzata*, cit., p. 102.

[222] Vi è chi in dottrina ritiene la norma «estremamente succinta nella descrizione delle condotte scriminate, con riferimento alle attività di riciclaggio, reimpiego e ricettazione, rispetto alla descrizione che ne era fatta dalle norme abrogate». In particolare, sottolinea che «per il riciclaggio e il reimpiego non è specificato che le condotte devono avere per oggetto denaro, beni o altre utilità provenienti da uno dei delitti indicati negli articoli 648-bis e 648-ter c.p.», la condotta di ostacolo è descritta in modo improprio ed erroneo, non è previsto espressamente il riciclaggio o il reimpiego di utilità diverse dal denaro o dai bei, non è prevista la ricettazione mediante intromissione, non è prevista espressamente la ricettazione delle munizioni e degli esplosivi. V. F. GANDINI, *Lotta alla criminalità organizzata*, cit., p. 103.

[223] La distinzione tra le due categorie di condotte è ripresa da G. INSOLERA, V. MANES (a cura di), *La disciplina penale degli stupefacenti*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 248.

Come già evidenziato[224], neppure nell'art. 9 l. n. 146/2006 il legislatore ha preso posizione sulle conseguenze del mancato rispetto della disciplina delle operazioni sotto copertura dalla prospettiva dell'autore del reato oggetto di indagine, nonostante nel 2006 fossero ormai intervenute diverse pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sul punto.

Già in passato taluni esponenti della dottrina si erano preoccupati di sottolineare la necessità di interpretare conformemente all'art. 6 CEDU la normativa interna, la quale altrimenti avrebbe dovuto considerarsi passibile di una censura di incostituzionalità per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost[225]. La stessa dottrina ha rinvenuto nella scelta della rubrica dell'art. 9 da parte del legislatore un indice della volontà di conformarsi alla distinzione tra provocazione poliziesca e attività sotto copertura tracciata dalla Corte di Strasburgo[226]. Altrove l'elencazione tassativa delle attività scriminate è letta come «un insieme di comportamenti che integrano quelli meramente passivi o agevolatori», riconducibili all'agente infiltrato, mentre sono rimasti fuori «quelli attivi, diretti a stimolare o a determinare causalmente la commissione di un reato»[227]. Tuttavia, non si fa cenno al rimedio dell'inutilizzabilità della prova individuato dalla Corte di Strasburgo come conseguenza della violazione del diritto all'equo processo.

Il legislatore, nel solco della disciplina previgente, prevede una *causa di giustificazione* per le operazioni sotto copertura, ma in dottrina viene evidenziata la peculiarità per cui «le condizioni previste per escludere l'antigiuridicità di un'attività di contrasto risultano elevate a momenti di disciplina di uno strumento investigativo»[228].

Spicca, invero, la forte «componente procedurale» dell'art. 9[229]. Come già accennato, recentemente tale conformazione ha indotto autorevole dottrina a qualificare

---

[224] V. *supra*, Cap. I, sez. II, § 4.2.

[225] C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, cit., p. 421.

[226] *Ivi*, p. 403.

[227] Così G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 173. L'A. ritiene che l'art. 9 cancelli dall'ordinamento italiano «la categoria dommatica dell'agente provocatore, confinandola, al più, negli angusti e residuali margini ricavabili dalla eventuale applicazione nei suoi confronti della sola causa di giustificazione comune dell'adempimento del dovere.

[228] V. C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, cit., p. 403.

[229] Così A. CISTERNA, *Attività sottocopertura, arriva lo statuto*, cit., p. 79, il quale sottolinea come fosse «inevitabile che il profilo di diritto sostanziale (quello della scriminante) assumesse nel tempo consistenza vicaria rispetto a quello scaturente dal rispetto dei presupposti procedurali che conducono alla formazione della prova penale mediante operazioni controllate, ritardate o undercover» considerata «l'evoluzione dei sistemi criminali e la complessità delle connesse investigazioni». A. ROSSETTI, *Commento all'art. 9*, cit., p. 876; M. LOMBARDO, voce *Agente provocatore*, cit., § 4.

quella prevista dall'art. 9 come scriminante endopenale regolatoria «a forma vincolata», e non manca anche chi riconduca le scriminanti in materia di operazioni sotto copertura alle c.d. *scriminanti procedurali*[230].

6.1. Crepe nello statuto unitario delle operazioni sotto copertura: l'art. 17, l. n. 124/2007 e l'art. 10, co. 1, d.l. n. 16/2012 (poi abrogato e sostituito dall'art. 29 d.l. n. 124/2019)

Negli anni successivi al 2006, il legislatore ha spezzato l'unità della disciplina delle operazioni sotto copertura prevedendo al di fuori dell'art. 9, nell'art. 17 l. n. 124/2007, una speciale causa di giustificazione applicabile esclusivamente al personale dei Servizi di informazione per la sicurezza e il cui ambito di applicazione è definito *in negativo*, escludendo cioè che possano essere giustificate attività che pongano in pericolo o ledano beni giuridici considerati intoccabili per la loro rilevanza personale o istituzionale[231].

Il comma 2 infatti esclude che la scriminante possa applicarsi nell'ipotesi in cui la condotta integri delitti diretti a mettere in pericolo o ledere la vita, l'integrità fisica, la personalità individuale, la libertà personale, la libertà morale, la salute o l'incolumità di una o più persone. Altre esclusioni sono previste dal comma 3 con riguardo ai delitti di attentato contro organi costituzionali e contro le assemblee regionali (art. 289 c.p.) e di attentato contro i diritti politici dei cittadini (art. 294 c.p.), nonché ai delitti contro l'amministrazione della giustizia con l'eccezione del favoreggiamento reale o personale che sia indispensabile. Manca anche un'elencazione tassativa delle condotte giustificabili. Il diverso tenore delle due norme si spiega alla luce della diversità dei destinatari delle stesse, che ne spiega anche la differente collocazione normativa[232].

Il legislatore ha collocato fuori dall'art. 9 l. n. 146/2006 anche la disciplina delle operazioni di gioco effettuabili dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli e dalle forze

---

[230] V. *supra*, Cap. I, sez. II, § 4.1.

[231] Giovanni Barrocu ritiene che la norma riecheggi «la distinzione dei delitti tra *mala in se* e *mala prohibita*, per cui lo Stato non potrebbe comunque giungere sino ad autorizzare il compimento di reati che comportano gravi conseguenze per i quali, per così dire, sia esclusa ogni possibilità di *restitutio in integrum*». Cfr. G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, cit., p. 97.

[232] Si vedano sul punto G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., pp. 168-169; F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., pp. 157-159. Quest'ultimo considera la scriminante in commento un esempio di «'degenerazione' delle scriminanti regolatorie» per via della sua indeterminatezza. Anche la scriminante in materia di giochi e scommesse introdotta nel 2012 denoterebbe tale degenerazione, per l'irragionevolezza insita nell'utilizzo delle operazioni sotto copertura per reprimere fatti di gravità modesta.

dell'ordine in collaborazione con quest'ultima «al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine alle eventuali violazioni in materia di gioco pubblico, ivi comprese quelle relative al divieto di gioco dei minori». L'impiego di tali operazioni era stato inizialmente previsto dall'art. 10, co. 1, d.l. n. 16/2012 (conv. con modificazioni dalla l. 26 aprile 2012, n. 44), poi abrogato dall'art. 29 d.l. n. 124/2019 (conv. con modificazioni dalla l. 19 dicembre 2019, n. 157).

La norma più recente specifica che la *ratio* della previsione di questa attività dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli è «prevenire il gioco da parte dei minori ed impedire l'esercizio abusivo del gioco con vincita in denaro, contrastare l'evasione fiscale e l'uso di pratiche illegali in elusione del monopolio pubblico del gioco». Per tale scopo viene costituito presso l'Agenzia un fondo di al massimo centomila euro annuali, da utilizzare in base a quanto previsto con provvedimento dal Direttore dell'Agenzia.

7. Prima conclusione e rinvio

La rassegna normativa si conclude per ora con le modifiche apportate all'art. 9 l. n. 146/2006 prima del 2019, anno a cui risale l'ultimo ampiamento dell'ambito di applicazione delle operazioni sotto copertura. La l. n. 3/2019 ha infatti esteso la possibilità di impiegarle ad alcuni reati contro la pubblica amministrazione[233]. All'analisi di tale più recente riforma è dedicato il Capitolo V.

Quanto all'analisi sin qui condotta, essa sembra restituire ancora oggi l'immagine del «disegno 'a macchie di leopardo'» individuato agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso da Cristina De Maglie. Tale descrizione pare ancora calzante, seppure, ovviamente, con i dovuti adattamenti, alla luce dell'evoluzione conosciuta dalla questione della provocazione sia dal punto di vista teorico sia nella prassi. Un notevole impatto ha avuto, innanzitutto, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In secondo luogo, il legislatore è intervenuto con numerose ipotesi normative – poi ricondotte ad unità (almeno parzialmente) nel 2006 – che delineano il perimetro di liceità delle operazioni sotto copertura.

[233] Si tratta dei delitti di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, co. 1, 320, 321, 322, 322-*bis*, 346-*bis*, 353 e 353-*bis* del codice penale. In materia di reati ambientali, è stato inoltre eliminato il riferimento all'art. 260 cod. ambiente, sostituito da quello all'art. 452-*quaterdecies* c.p., in quanto il delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti è oggi previsto (a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 21/2018 attuativo del principio della riserva di codice) da quest'ultima disposizione.

Oggi le «macchie del leopardo» sono quindi rappresentate dagli spazi di liceità aperti dalle norme settoriali in tema di operazioni sotto copertura e in seguito riuniti nel catalogo *ex* art. 9 l. n. 146/2006, il quale ha sì realizzato una parziale riconduzione a unità, ma non assurge a norma generale applicabile per raccogliere elementi di prova in ordine a qualunque reato[234]. L'ambito di applicazione delle operazioni sotto copertura è rimasto limitato a un *catalogo circoscritto* di aree criminali, pur progressivamente ampliato nel corso degli anni. L'ampiamento sembra essere avvenuto in una *logica emergenziale,* forse con l'idea di continuare a limitare il ricorso a queste operazioni così *rischiose* a *pochi reati*.

A suo tempo De Maglie aveva ipotizzato due possibili spiegazioni della scelta del legislatore di intervenire in modo *selettivo* e *mirato*. La prima possibilità era che tale scelta denotasse «la cautela del legislatore nell'utilizzare questo istituto ibrido e tradizionalmente screditato», come sembrava confermato dalla previsione del suo impiego per i delitti in materia di stupefacenti e per il riciclaggio e i delitti in materia di armi. Si tratta invero di «delitti che presuppongono una struttura organizzativa intricata e molto articolata, difficilmente penetrabile e dominabile con l'uso dei metodi ordinari di investigazione. La seconda ipotesi era che l'introduzione dell'esimente solo in certi settori rappresentasse una «scelta sperimentale da parte del legislatore, quasi per osservare le reazioni della comunità giuridica (…) prima di proporre una formula generale: una sorta di mossa diplomatica (…)»[235].

Che si trattasse o meno di una mossa diplomatica, la strategia del legislatore non è mutata. Considerata la stringatezza dei lavori preparatori, è difficile dire con certezza se il legislatore abbia considerato *fallito* l'esperimento e abbia perciò optato per emanare altre norme settoriali, e non una norma generale, o se, invece, fosse corretta la prima ipotesi.

Ciò che può in effetti desumersi dai lavori preparatori è la sottolineatura di alcuni caratteri dei fenomeni criminali rispetto ai quali di volta in volta vengono previste le indagini coperte. In particolare, si citano spesso – come si è visto – il ruolo delle organizzazioni criminali, la gravità e la pericolosità per la sopravvivenza stessa dello

[234] Nello stesso senso anche M. LOMBARDO, voce *Agente provocatore*, cit., § 2; A. F. MASIERO, *Profili sostanziali delle operazioni sotto copertura in materia di criminalità organizzata: prospettive nazionali ed europee*, cit., p. 12.

[235] Così C. DE MAGLIE, *Gli "Infiltrati" nelle organizzazioni criminali,* cit., pp. 1067-1069.

Stato, la transnazionalità, l'elevato allarme sociale. Tutti segnali enfatizzati anche dalla dottrina, che frequentemente richiama anche la criminalità di tipo mafioso, sebbene l'art. 416-*bis* non sia mai stato incluso nel catalogo dei reati rispetto ai quali sono esperibili le operazioni coperte.

Le scriminanti introdotte paiono comunque in grado di dispiegare una *forza espansiva*, in particolare laddove l'ambito di applicazione sia delimitato mediante il riferimento generico ai delitti con finalità di terrorismo o ai delitti attinenti a una certa materia (ad esempio delitti in materia di armi, munizioni, esplosivi). La *vis espansiva* sembra poi capace di giungere a ricomprendere anche altre fattispecie e fenomeni attigui a quelli espressamente menzionati, sia per la difficoltà di qualificare precisamente a priori i fatti, sia per i collegamenti spesso esistenti con altre attività criminose[236].

Anche recentemente, con la l. n. 3/2019, il legislatore ha confermato di preferire interventi settoriali, come si vedrà[237].

Il prossimo capitolo è dedicato ad approfondire la conoscenza dal punto di vista criminologico delle aree criminali fin qui individuate, per comprendere se le eventuali affinità e le relazioni tra le stesse possano contribuire a spiegare la scelta del legislatore di circoscrivere soltanto a esse l'esperibilità delle operazioni sotto copertura.

[236] G. MELILLO, *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a delitti con finalità di terrorismo*, cit., p. 43.
[237] V. *infra*, Cap. V.

CAPITOLO IV

Analisi criminologica
Affinità e intersezioni criminologiche tra gli illeciti compresi nell'ambito di esperibilità delle operazioni sotto copertura

SOMMARIO: 1. Il *fil rouge* che lega le aree criminali incluse nell'ambito di applicazione delle operazioni sotto copertura. Ipotesi di lavoro – 1.1. Attori, attività e architettura dei mercati illegali – 1.2. Il ruolo delle organizzazioni e delle reti criminali e i reati sintomo della presenza mafiosa – 1.2.1. *Excursus*. Le origini del concetto di crimine organizzato e la perdurante ambivalenza della definizione (*set of actors*/*set of activities*). Il problema della distinzione tra crimine organizzato e mafie – 1.2.2. Aree criminali interessate dalle operazioni sotto copertura e crimine organizzato – 1.2.3. Reati sintomatici della presenza delle mafie – 1.3. La gravità dei crimini (i c.d. *serious crimes*) – 1.3.1. La gravità dei crimini negli atti normativi sovranazionali e interni: il criterio del massimo edittale di pena detentiva – 1.3.2. La gravità dei crimini nella letteratura criminologica: le conseguenze per la collettività e per le istituzioni pubbliche – 1.4. La transnazionalità – 2. Il campo oscuro e il ruolo proattivo della polizia – 3. Un bilancio provvisorio: indizi di razionalità oltre l'orizzonte delle emergenze?

Questo capitolo contiene un'analisi criminologica delle aree criminali ricomprese nell'ambito di applicazione delle operazioni sotto copertura per verificare se presentino dei *profili di affinità*.

L'analisi dei singoli fenomeni criminali è finalizzata a una metanalisi volta a comprendere se le eventuali affinità e le relazioni tra le aree criminali precedentemente individuate possano contribuire a spiegare la scelta del legislatore di circoscrivere soltanto a esse l'esperibilità delle operazioni sotto copertura.

In altri termini, poiché – come si è visto – il legislatore italiano non ha mai introdotto una disposizione generale che facoltizzi lo svolgimento delle operazioni sotto copertura, occorre chiedersi *perché* e in base a *quali caratteristiche* il legislatore le abbia previste rispetto a un catalogo circoscritto di aree criminali. Per rispondere a tali interrogativi si analizzano la letteratura e i rapporti di vari enti e organismi nazionali e internazionali.

L'analisi criminologica è scandita in quattro ipotesi di lavoro, parametrate sull'affinità criminologica tra le aree criminali interessate dalle operazioni sotto copertura:

(a) mercati illegali;

(b) criminalità organizzata (semplice e mafiosa);

(c) particolare gravità;

(d) transnazionalità.

Un breve approfondimento è poi dedicato alla problematica del *campo oscuro* e della bassa propensione alla denuncia.

1. Il *fil rouge* che lega le aree criminali incluse nell'ambito di applicazione delle operazioni sotto copertura. Ipotesi di lavoro

Come anticipato, l'analisi criminologica è finalizzata a far emergere le *cause*[1] dei fenomeni criminali e le relative *conseguenze* per verificare l'esistenza di un *fil rouge* che attraversa e lega le aree criminali interessate dall'impiego delle indagini sotto copertura.

L'indagine è scandita nelle sopra citate quattro ipotesi di lavoro, vagliate da una prospettiva sia sincronica sia diacronica, in modo da dare conto, pur brevemente, non solo delle caratteristiche attuali dei fenomeni in questione, ma anche dei mutamenti che li hanno interessati nel corso del tempo.

1.1. Attori, attività e architettura dei mercati illegali

La prima ipotesi è che le aree criminali interessate dalle operazioni sotto copertura costituiscano dei *mercati illegali*.

Integrano un mercato illegale sia le transazioni aventi ad oggetto prodotti *tout court* illegali, sia gli scambi illeciti nell'ambito di mercati legali. In altre parole, si parla di mercato illegale non solo con riferimento al commercio di prodotti dei quali *non esiste un mercato legale* (emblematico l'esempio delle sostanze stupefacenti), ma anche alle operazioni che non hanno ad oggetto un bene "proibito", ma sono poste in essere *senza rispettare le regole* che dovrebbero presiedere allo scambio (ad esempio il traffico illecito di rifiuti o il contrabbando di sigarette o di armi).

Recentemente è stata proposta in dottrina una classificazione dei mercati illegali in cinque tipologie:

(a) quelli aventi ad oggetto *prodotti o servizi in sé proibiti*;

(b) il mercato dei *prodotti rubati*;

(c) il mercato dei *prodotti contraffatti*;

[1] La descrizione mediante la raccolta e l'osservazione di fatti relativi a reati e delinquenti nonché la ricerca delle cause del crimine rientrano tra i compiti tradizionali della criminologia, come evidenziato in G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., pp. 10-11.

(d) il traffico di prodotti in sé leciti, ma il cui *commercio è illecito* (ad esempio il traffico di organi umani);

(e) infine, la quinta tipologia riguarda prodotti perfettamente leciti e dei quali esiste un mercato legale, che vengono però scambiati *senza rispettare la disciplina che li riguarda* (il contrabbando di sigarette) [2].

Come anticipato, i mercati illegali sono accomunati da alcune caratteristiche:

(a) Innanzitutto, la *segretezza*, la quale consente di sfuggire tanto alle agenzie del controllo formale quanto agli "scrupoli morali" che l'ambiente circostante potrebbe instillare nei soggetti coinvolti.

(b) Conseguenza della segretezza e dell'assenza di legalità è il problema della *stabilità* e della possibilità di garantire il *rispetto degli accordi stipulati*. L'asimmetria informativa tra le parti dello scambio, invero, rischia di minare la stabilità dello stesso perché risulta difficile dimostrare e avere certezza della qualità dei prodotti. Inoltre, l'impossibilità di adire i tribunali rende necessario ricorrere ad altri meccanismi di *enforcement*, che finiranno per dipendere nella maggioranza dei casi dalla *reputazione* e dalla *capacità di violenza* (anche solo potenziale) di ciascun attore. Un'ulteriore possibilità risiede nella «*cooperazione selettiva*» con organi dello Stato. Il riferimento è ovviamente alla *corruzione* di soggetti mediante i quali ci si assicura la tolleranza delle attività illegali in cambio di una spartizione almeno parziale dei guadagni.

(c) Infine, un'ultima caratteristica dei mercati illegali è che essi, rispetto ai mercati legali, dipendono in misura maggiore dalla *domanda*[3].

Le caratteristiche strutturali dei mercati illegali sopra descritte si ritrovano in alcune delle aree criminali rispetto alle quali sono previste le operazioni sotto copertura, che è bene ora analizzare separatamente ma in sintesi.

1.1.1. Il *mercato della droga* rappresenta – per così dire – il mercato illegale per eccellenza, riconducibile alla prima tipologia tra quelle sopra elencate.

[2] La classificazione riportata è tratta dall'introduzione del volume J. BECKERT, M. DEWEY, *The Architecture of Illegal Markets: Towards an Economic Sociology of Illegality in the Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 4-8, a cui si rinvia per i relativi approfondimenti e per i riferimenti bibliografici.

[3] J. BECKERT, M. DEWEY, *The Architecture of Illegal Markets*, cit., pp. 17-22.

L'analisi empirica ha trovato scarse evidenze a suffragio della diffusa percezione secondo la quale i mercati illegali sarebbero dominati da imprese criminali altamente organizzate, le quali mirano a conquistare una posizione di monopolio o oligopolio sfruttando la propria capacità di intimidazione e di violenza. Il «mito dell'organizzazione» ha dovuto lasciare il posto a una fotografia più *complessa*, innanzitutto con riguardo al *numero* e all'*organizzazione interna* dei gruppi criminali, che all'esito delle ricerche sono stati descritti come «crimine disorganizzato» o «imprese familiari». È stata infatti riscontrata «la prevalenza di reti piccole, flessibili e mutabili con un numero limitato di imprenditori»[4], con le quali talvolta interagiscono anche le organizzazioni più strutturate, e che difficilmente riescono a conseguire e mantenere una posizione di oligopolio o monopolio proprio a causa delle caratteristiche del narcotraffico.

I soggetti coinvolti nelle transazioni illecite, infatti, devono costantemente prestare attenzione a sfuggire alle indagini delle autorità statali e internazionali, e pertanto investire notevoli risorse nella *minimizzazione del rischio di essere scoperti*. Senza contare l'impossibilità di avvalersi delle regole di diritto civile e commerciale per gestire il lavoro dei collaboratori, i movimenti delle merci e ottenere l'esecuzione dei contratti e i pagamenti concordati. In sintesi, emerge che «le caratteristiche strutturali dei mercati prevalgono generalmente sulle peculiarità organizzative degli operatori del mercato. È il mercato che plasma gli attori criminali e non il contrario»[5].

La *struttura* del mercato della droga è stata schematizzata in *sei livelli*. Il primo è occupato dai *coltivatori*, dagli imprenditori proprietari di impianti di raffinazione e dai produttori di sostanze sintetiche. Seguono gli *importatori*, che si occupano di solito di quantità di droga superiore ai dieci chilogrammi, la quale viene poi divisa tra i *grossisti*, ciascuno dei quali acquista di solito tra due e dieci chili di sostanze. Al quarto livello si trovano i *distributori intermedi*, al quinto i cosiddetti *spacciatori di peso o da appartamento*, che costituiscono l'anello di congiunzione tra commercio all'ingrosso e commercio al minuto e, infine, al sesto livello gli *spacciatori di strada* o talvolta *spacciatori-consumatori*[6].

[4] Gli studi empirici in commento sono citati in F. CALDERONI, *Le reti delle mafie: le relazioni sociali e la complessità delle organizzazioni criminali*, Vita e pensiero, Milano, 2018, pp. 34 ss.

[5] F. CALDERONI, *Le reti delle mafie*, cit., p. 36. Si veda anche M. BARBAGLI, A. COLOMBO, E. SAVONA, *Sociologia della devianza*, il Mulino, Bologna 2003, pp. 88-89.

[6] M. BARBAGLI, A. COLOMBO, E. SAVONA, *Sociologia della devianza*, cit., pp. 87-89.

Trattasi di uno schema che ha trovato riscontro con riferimento a diverse epoche e diverse sostanze, ma non deve essere considerato rigidamente, dovendo essere adattato ad esempio in base alla distanza tra il luogo di coltivazione e la piazza di spaccio. A questa linea verticale si affiancano le *relazioni orizzontali* che si dipanano in corrispondenza di ogni livello e che rappresentano le collaborazioni di cui si avvale ciascun anello della catena.

Europol ha recentemente rilevato che i mercati della droga sono tutt'oggi i mercati illegali di *maggiore entità* nell'Unione europea, con un valore stimato di 24 miliardi di euro all'anno, introiti che poi possono essere *reinvestiti* in numerose ulteriori attività criminali o *ripuliti* mediante le tecniche di riciclaggio. Il 65% delle organizzazioni criminali coinvolte nel traffico di droga è contestualmente implicato in altre attività criminali, come il commercio di beni contraffatti e il traffico di persone. La droga stessa rappresenta peraltro un mezzo di pagamento scambiato dai soggetti coinvolti nelle varie tipologie di scambi illeciti[7].

1.1.2. Nel *mercato della prostituzione*, oltre alle persone direttamente interessate interagiscono diversi soggetti in qualità di protettori, tenutari, trafficanti, a seconda anche della tipologia di prostituzione e del periodo storico. In particolare la prostituzione di strada viene solitamente distinta da quella al chiuso e dal turismo sessuale[8].

Alla prostituzione è in molti casi strettamente legato il fenomeno della *tratta di esseri umani* (*human trafficking*), che riguarda però anche lo sfruttamento del lavoro in altri settori. Europol a quest'ultimo proposito ha evidenziato come vengano presi di mira soprattutto i settori poco regolamentati e quelli che richiedono prestazioni stagionali[9].

Come avvenuto in tema di mercati della droga qualche decennio fa, la ricerca empirica si è occupata recentemente del *traffico di esseri umani* (*human smuggling*) per verificare la fondatezza delle affermazioni che costellano il discorso pubblico, riguardo alla presenza di poche e grandi organizzazioni che godrebbero di un monopolio su

[7] Europol, *European Union serious and organised crime threat assessment, Crime in the age of technology*, 2017, disponibile a: <https://www.europol.europa.eu/socta-report#fndtn-tabs-0-bottom-2>, p. 34 (ultimo accesso a luglio 2020).

[8] M. BARBAGLI, A. COLOMBO, E. SAVONA, *Sociologia della devianza*, cit., pp. 107-135.

[9] Europol, *European Union serious and organised crime threat assessment*, cit., pp. 52-53.

determinate rotte lungo le quali le persone vengono trasportate con l'obiettivo di entrare illegalmente nel territorio di uno Stato.

Può giovare, innanzitutto, sottolineare nuovamente la differenza tra traffico di esseri umani e tratta di esseri umani (*human trafficking*), citando letteralmente la chiara spiegazione di Paolo Campana, autore della ricerca in commento. Il traffico di esseri umani è inteso come

> «*an illegal trade in which the commodity traded is primarily the illegal entry into a country (…). This sets smuggling apart from human trafficking as in the latter case the commodity traded is primarily control over a person (…) Trade normally takes place in a market, which, by definition, is characterized by supply and demand. In this specific instance, migrants constitute the demand-side of the market. They are willing to buy a service, i.e. illegal entry into a country, for a variety of reasons (…) (e.g. leaving war zones, poverty, economic hardship, or persecution). The demand for smuggling services is satisfied by a number of sellers. In this specific market, sellers are collectively defined as smugglers*»[10].

Lo studio appena citato ha concentrato l'attenzione proprio sui *fornitori del servizio* di ingresso illegale in uno Stato, adottando quindi la prospettiva più utile anche ai nostri fini, considerato che l'obiettivo delle operazioni sotto copertura è facilitare appunto la scoperta dei trafficanti.

La ricerca è stata condotta considerando le due principali rotte utilizzate per giungere in Grecia e in Italia dall'Africa e dall'Asia, rispettivamente la rotta del Mediterraneo orientale e quella del Mediterraneo centrale. I dati raccolti hanno fatto emergere alcune caratteristiche che hanno consentito al traffico di esseri umani di espandersi velocemente: l'assenza di monopoli; la presenza di barriere basse per l'ingresso di nuovi attori, che non necessitano di particolari capacità e risorse economiche; i relativamente bassi costi di "gestione" e di controllo delle persone, inferiori rispetto a quelli della tratta. Un ulteriore elemento chiave è stato rinvenuto nella presenza di un sistema di scambio di denaro efficiente e flessibile, in grado di adattarsi agli imprevisti che possono verificarsi durante il viaggio.

La *competitività del mercato* fa sì che il vuoto creato, ad esempio, dall'arresto di un trafficante possa essere facilmente colmato da altri. La rigenerazione è facilitata altresì dalla possibilità di modificare le rotte quando una diventa oggetto di controlli più serrati[11].

---

[10] P. CAMPANA, *The Market for Human Smuggling into Europe: A Macro Perspective*, in *Policing: A Journal of Policy and Practice*, 2017, 11(4), p. 449.

[11] P. CAMPANA, *The Market for Human Smuggling into Europe*, cit., pp. 454-455. Per approfondire si rinvia altresì a P. CAMPANA, *Out of Africa: The organization of migrant smuggling across the*

Come è evidente, i fattori evidenziati dalla ricerca empirica anche in questo caso si discostano molto dalle caratteristiche del fenomeno del traffico di esseri umani più spesso citate nel discorso pubblico.

In ordine alla *pedopornografia* – fenomeno criminale che include logiche e modalità di sfruttamento per certi aspetti assimilabili a quelle della prostituzione – è emerso come la pedofilia abbia favorito «la formazione di un vero e proprio settore economico in continua espansione, stante la crescita degli utenti interessati a certe pratiche sessuali»[12]. In effetti, anche Europol ha evidenziato come il materiale pedopornografico (in inglese *Child Sexual Exploitation Material* - CSEM) sia prodotto sempre più spesso a scopo di trarne un profitto economico e come la diffusione e lo scambio di tale materiale sia facilitato dalla proliferazione di «*Darknet forums*»[13].

1.1.3. Vi è poi la tipologia dei *mercati di prodotti contraffatti*. Per contraffazione si intende la riproduzione o l'utilizzazione totale o parziale di un marchio, di un disegno, di un modello, di un brevetto o di un diritto d'autore in assenza dell'autorizzazione del titolare.

Una ricerca ormai non più recentissima aveva messo in evidenza come tra il 1995 e il 2007 i prodotti contraffatti, fabbricati in modo da essere sempre più simili agli originali, avessero conquistato una fetta di mercato in continua crescita, con un incremento del 1850% in dodici anni[14]. Tra le ragioni della crescita, oltre alla produzione su larga scala da parte delle organizzazioni criminali[15], rientra anche la realizzazione del mercato unico europeo, a cui non ha corrisposto un adeguamento immediato e uniforme dei sistemi di monitoraggio e controllo delle informazioni[16].

Dalla letteratura criminologica degli ultimi anni emerge che il mercato della contraffazione costituisce per giro economico uno dei mercati illegali più fiorenti in assoluto: rappresenta secondo l'OCSE il 2,5% del commercio mondiale e il 5% del totale dei beni movimentati nell'Unione europea. L'Italia è ai primi posti sia per la produzione

Mediterranean, in *European Journal of Criminology*, 2018, 15(4), pp. 481-502 e a Europol, *European Union serious and organised crime threat assessment*, cit., p. 49.

[12] C. DI BUGNO, *Art. 14 l. 3.8.1998 n. 269*, cit., p. 149.

[13] Europol, *European Union serious and organised crime threat assessment*, cit., p. 31.

[14] La definizione e i dati empirici riportati sono tratti dal volume S. IZZI, *Lotta alla contraffazione. Analisi del fenomeno, sistemi e strumenti di contrasto*, Franco Angeli, Milano, 2008, p. 17.

[15] V. *infra*, § 1.2.

[16] S. IZZI, *Lotta alla contraffazione*, cit., p. 35.

sia per la movimentazione del falso, con un fatturato annuo calcolato dal *Censis* in circa sei miliardi di euro[17]. Europol riporta che nel 2015 le autorità doganali europee hanno eseguito più di 80.000 sequestri di prodotti contraffatti, per un totale di oltre 40 milioni di articoli e un valore stimato di circa 642 milioni di euro. Per il 27% si trattava di sigarette, seguite da medicinali, cosmetici, materiale elettrico, batterie, condizionatori, giocattoli[18].

1.1.4. Un altro mercato in progressiva espansione in tutta Europa e nel mondo è purtroppo il *traffico illecito di rifiuti*, pericolosi e non, i cui ricavi nell'Unione europea sono stati stimati in 100 miliardi di euro. La crescita si spiega considerando i costi ingenti dello smaltimento legale, gli alti profitti di chi si offre di stoccare e smaltire illecitamente i rifiuti e il basso rischio di essere condannati per i relativi reati, ad esempio per il delitto di cui all'art. 452-*quaterdecies* c.p. che – come già evidenziato – è incluso nell'ambito di applicazione dell'art. 9 l. n. 146/2006. Si tratta, quindi, di un fenomeno strettamente legato all'economia legale e da cui traggono beneficio, grazie alla riduzione dei costi, anche le imprese che svolgono attività legali[19].

1.1.5. Secondo il rapporto del 2017 di Europol è in crescita nell'Unione europea anche il mercato delle *armi da fuoco,* le quali grazie al commercio *online* sono sempre più facilmente reperibili[20]. Il mercato illegale delle *armi* è molto temuto dagli Stati in quanto la circolazione non controllata delle stesse mette in discussione il monopolio statale della forza e aumenta il rischio che tra gli stessi attori criminali si scatenino sanguinose faide che spesso finiscono per devastare interi territori e coinvolgere anche numerose vittime casuali[21].

---

[17] I dati citati sono tratti dal contributo L. BRANCACCIO, *Contraffazione*, in E. CICONTE, I. SALES, F. FORGIONE, *Atlante delle mafie: storia, economia, società, cultura*, Vol. IV, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2016, pp. 73-81.

[18] Europol, *European Union serious and organised crime threat assessment*, cit., p. 46.

[19] M. BELLACOSA, *Il contrasto in Europa al traffico illecito di rifiuti pericolosi su base transnazionale: il ruolo del diritto penale nell'ambito di un approccio interdisciplinare*, in *Sistema penale*, 25 febbraio 2020, pp. 1-3. Si veda anche il già citato rapporto SOCTA 2017: Europol, *European Union serious and organised crime threat assessment*, cit., p. 41.

[20] Europol, *European Union serious and organised crime threat assessment*, cit., p. 54.

[21] Per approfondire si rinvia al report finale di un recente studio condotto, tra gli altri, dal centro di ricerca interuniversitario dell'Università Cattolica *Transcrime*, dall'Università di Bologna e dall'Università di Perugia: E. U. SAVONA, M. MANCUSO (a cura di), *Fighting lllicit Firearms Trafficking Routes and Actors at European Level. Final Report of Project FIRE*, Milano, Transcrime – Università Cattolica del Sacro

1.1.6. Infine, elemento comune ai mercati sopra menzionati è la capacità di produrre reddito illecito per i soggetti che vi operano. Di conseguenza, si pone trasversalmente il problema della *ripulitura* delle ricchezze illecite mediante le operazioni di riciclaggio (*money laundering*). Anzi, è proprio la possibilità di celare l'origine illecita dei capitali guadagnati che incentiva e contribuisce a mantenere floridi i mercati illegali, sicché è utile dedicare qualche parola ai meccanismi di ripulitura del denaro.

Il lavaggio si snoda solitamente nelle tre fasi del piazzamento (*placement*), della stratificazione (*layering*) e della integrazione (*integration*). Per piazzamento si intende il collocamento materiale dei proventi del reato nell'economia legale mediante operazioni di diverso tipo, ad esempio deposito, cambio, trasferimento, acquisto di beni. Con la stratificazione, invece, si cerca di separare, di creare uno strato tra i proventi e la loro fonte illecita, di solito attraverso operazioni finanziarie di movimentazione-frammentazione-riaggregazione, per rendere il più possibile difficoltosa la ricostruzione del *paper trail*, cioè della pista di carta che consente di risalire la catena fino al reato presupposto. Oggi la dissimulazione è peraltro agevolata dalla velocità delle transazioni, che in un solo giorno consente di realizzare numerosissimi passaggi. Segue la fase dell'integrazione dei proventi illeciti con risorse lecite con l'immissione delle risorse nei circuiti finanziari ordinari[22].

Un ruolo fondamentale è giocato dai paradisi fiscali: «*the possibilities available to camouflage illegal market conduct have been enormously enhanced by the legal architecture of tax havens. Tax havens are financial conduits that, in exchange for a fee, offer their own principal asset – their sovereignity – as a service to a non-resident constituency of accountants and lawyers, bankers and financiers, to minimize taxes and conceal the ownership and origin of financial wealth. They are legal entities at the center of contemporary capitalism in which legality and illegality mix*»[23].

Cuore, 2017, disponibile a <https://fireproject.eu/wp-content/uploads/2017/03/FIREFinalReport.pdf> (ultimo accesso luglio 2020).

[22] La descrizione delle fasi del procedimento di riciclaggio è ripresa da G. M. SOLDI, voce *Riciclaggio*, cit., § 2, a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti e per i relativi riferimenti bibliografici.

[23] J. BECKERT, M. DEWEY, *The Architecture of Illegal Markets*, cit., p. 26.

Se è vero che molte delle aree criminali interessate dalle operazioni sotto copertura secondo la normativa italiana vigente rientrano nell'ambito dei mercati illegali, ciò non vale rispetto ad altri fenomeni criminali compresi nell'art. 9 l. n. 146/2006. In particolare, la qualificazione come mercato illegale non si attaglia al *terrorismo internazionale*, il quale non è tanto fonte di guadagni illeciti, quanto piuttosto necessita di capitali e beni illeciti per perseguire i propri obiettivi. Si pensi al bisogno di procurarsi armi o ai costi legati agli spostamenti e alla formazione e al mantenimento dei nuovi adepti.

Similmente al terrorismo internazionale, anche le aree criminali dell'*estorsione*, dei *sequestri di persona* e dell'*usura* sono difficilmente collocabili nella classificazione dei mercati illegali riportata in apertura del paragrafo.

L'estorsione per poter essere definita tale ai sensi dell'art. 629 c.p., deve procurare un ingiusto profitto al soggetto che con violenza o minaccia costringe taluno a fare o omettere qualche cosa e costituisce, dunque, una fonte di guadagni illeciti, che possono eventualmente essere oggetto di riciclaggio o essere investiti in mercati illegali. L'estorsione rappresenta «un tipico settore di attività illecita in mano a gruppi criminali organizzati» e «la sua specifica caratteristica è quella di sfruttare il dato strutturale della organizzazione mafiosa – l'instaurazione in un determinato contesto territoriale di un clima di intimidazione diffusa (…)»[24].

Anche i sequestri di persona a scopo di estorsione hanno rappresentato una modalità di finanziamento di associazioni criminose, ma non possono essere considerate un mercato illegale caratterizzato da transazioni commerciali, da scambi tra i diversi attori.

Infine, neppure all'usura si adatta l'ipotesi di lavoro dei mercati illegali. Ancora una volta si tratta di un'attività illecita che può essere fonte di ingenti profitti per chi la esercita, che potranno essere riciclati o reinvestiti in altri comparti dell'economia illegale o utilizzati per perpetrare la catena dei prestiti usurari.

L'ipotesi dei mercati illegali risulta, dunque, soddisfatta solo per alcuni dei fenomeni criminali ricompresi nel campo di applicazione dell'art. 9 l. n. 146/2006.

[24] A. LA SPINA, V. MILITELLO, *Introduzione*, in A. LA SPINA, V. MILITELLO (a cura di), *Dinamiche dell'estorsione e risposte di contrasto tra diritto e società*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 3.

1.2. Il ruolo delle organizzazioni e delle reti criminali e i reati sintomo della presenza mafiosa

La seconda ipotesi sulle affinità e intersezioni criminologiche tra le aree criminali interessate dalle operazioni sotto copertura è che esse rientrino nella definizione di crimine organizzato, per il ruolo giocato dalle organizzazioni criminali nella perpetrazione dei reati e per la natura organizzata delle attività, che richiedono mezzi e strutture di cui singoli soggetti difficilmente possono disporre.

Si tratta dell'ipotesi che sembra riflettere più da vicino il comune sentire e la rappresentazione di determinati fenomeni criminosi nell'immaginario collettivo. Non solo: coincide altresì con la giustificazione addotta dal legislatore e dal Governo (nel caso dei decreti legge) per l'approvazione delle disposizioni che dettano, tra le altre, norme in tema di operazioni sotto copertura. Come si è visto, infatti, la necessità di contrastare la criminalità organizzata anche mediante strumenti eccezionali è affermata nei lavori preparatori di quasi tutti i corpi normativi con cui sono state introdotte norme in materia di operazioni sotto copertura.

Occorre, quindi, a questo punto, verificare la fondatezza di tale ipotesi in relazione alle diverse aree criminali. Per farlo è utile considerare dapprima le cause della ambivalenza profonda che ancora oggi caratterizza il concetto di *crimine organizzato* nel contesto nazionale e internazionale e che ha finora impedito di addivenire a una definizione largamente riconosciuta. Una ambivalenza a cui si aggiunge la questione della differenza tra crimine organizzato e mafie.

1.2.1. *Excursus*. Le origini del concetto di crimine organizzato e la perdurante ambivalenza della definizione (*set of actors*/*set of activities*). Il problema della distinzione tra crimine organizzato e mafie

Considerare brevemente il problema della definizione di crimine organizzato è importante per proseguire il discorso sul rapporto tra le aree criminali interessate dalle operazioni sotto copertura e, appunto, il crimine organizzato, in quanto «il modo in cui il crimine organizzato e la mafia sono recepiti dalla legge penale influenza come essi sono percepiti fuori dalla legge. (…) Il linguaggio gioca un ruolo cruciale, talvolta

sconcertante, nel modo in cui questi fenomeni sono descritti nei diversi ordinamenti penali»[25].

Senza pretese di completezza, pare dunque utile un breve *excursus* sulle *definizioni normative* di crimine organizzato nell'ordinamento interno e sovranazionale e sulle *origini* del concetto di crimine organizzato.

Nell'ordinamento italiano le norme di riferimento sono gli artt. 416 e 416-*bis* c.p. dedicati rispettivamente all'associazione a delinquere e all'associazione di tipo mafioso, delitti non inclusi nel catalogo di reati *ex* art. 9 l. n. 146/2006, una scelta che – come già visto[26] – ha ricevuto alcune critiche in dottrina.

Il fatto descritto dall'art. 416 c.p. è integrato «per ciò solo» quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, mentre l'art. 416-*bis* stabilisce al terzo comma che

> «L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgano della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali».

La Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale del 2000 non si riferisce al crimine organizzato, ma al «gruppo criminale organizzato», descritto come

> «un gruppo strutturato, esistente per un periodo di tempo, composto da tre o più persone che agiscono di concerto al fine di commettere uno o più reati gravi o reati stabiliti dalla presente Convenzione, al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale».

Viene poi specificato che per «reato grave» si intende un reato sanzionabile con una pena privativa della libertà personale di almeno quattro anni nel massimo o con una pena più elevata e che «"gruppo strutturato" indica un gruppo che non si è costituito fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve

[25] Traduzione nostra. Si riporta per maggiore chiarezza anche il testo originale: «*The way organized crime and mafia are "received" by criminal law does influence their perceptions outside the law as well… language plays a crucial, at time perplexing, role in the way these phenomena are shaped in criminal policies and institutional approaches around the world*». V. A. SERGI, *From Mafia to Organised Crime. A Comparative Analysis of Policing Models*, Palgrave Macmillan, Cham, 2017, p. 22.

[26] V. *supra*, Cap. III, sez. II, § 6.

necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata».

A livello europeo, la definizione di organizzazione criminale è dettata dalla *Decisione quadro 2008/841/GAI*[27], il cui art. 1 stabilisce che

> «per "organizzazione criminale" si intende un'associazione strutturata di più di due persone, stabilita da tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà non inferiore a quattro anni o con una pena più grave per ricavarne, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale».

Curiosamente nella traduzione italiana non si fa riferimento al massimo edittale, mentre nella versione inglese è chiaro che è il massimo della pena detentiva a non dover essere inferiore a quattro anni[28].

Per «associazione strutturata» si intende un'associazione non costituita estemporaneamente per la commissione di un reato, ma neppure necessariamente caratterizzata da ruoli formali definiti o da continuità nella composizione.

Nel 2011 il Parlamento europeo ha esortato la Commissione a presentare una proposta di direttiva che contenesse una definizione di criminalità organizzata più concreta di quella del 2008, incentrata sulla nozione di organizzazione, valutando, inoltre, la possibilità di superare il dualismo tra partecipazione e *conspiracy* e di stilare un elenco di reati per i quali indipendentemente dalla pena massima prevista negli ordinamenti degli Stati membri si configurasse il reato di partecipazione a un'associazione criminale. Il Parlamento ha poi suggerito di introdurre l'obbligo per gli Stati membri di criminalizzare autonomamente l'associazione con la mafia o con altre filiere criminali, al fine di «rendere punibili quelle organizzazioni criminali che traggono profitto dalla loro stessa esistenza, attraverso la capacità di generare intimidazione anche in assenza di concreti atti di violenza o di minaccia, con lo scopo di commettere reati, incidere sul sistema di gestione del settore economico, amministrativo e dei servizi pubblici e sul sistema elettorale»[29].

---

[27] *Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio del 24.10.2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata*. La decisione quadro è stata preceduta dall'*Azione comune 98/733/GAI del 21.12.1998 adottata dal Consiglio sulla base dell'art. K.3 del Trattato sull'Unione europea, relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea*, la quale conteneva una definizione di crimine organizzato in gran parte sovrapponibile a quella del 2008. Per un confronto tra le definizioni del 1998 e del 2008 si rinvia a F. CALDERONI, *Organized Crime Legislation in the European Union. Harmonization and approximation of criminal law, national legislations and the EU Framework Decision on the fight against organized crime*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2010, p. 28.

[28] Per maggiore chiarezza si riporta anche la versione in lingua inglese della disposizione citata: «'*criminal organisation' means a structured association, established over a period of time, of more than two persons acting in concert with a view to committing offences which are punishable by deprivation of liberty or a detention order of a maximum of at least four years or a more serious penalty, to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit*».

[29] *Risoluzione del Parlamento europeo del 25.10.2011 sulla criminalità organizzata nell'Unione europea, 2010/2309(INI)*, nn. 7, 14.

Anche nel 2013 il Parlamento ha ribadito il medesimo invito a «stabilire la definizione di criminalità organizzata (comprendente, fra l'altro, il reato di partecipazione a un'organizzazione di stampo mafioso), di corruzione e di riciclaggio (incluso l'autoriciclaggio)»[30].

Ancora, in una Risoluzione del 2016 ha chiesto alla Commissione di precisare la definizione «di appartenenza a un'organizzazione o associazione criminale, la quale può essere configurata come un gruppo strutturato, esistente per un periodo di tempo, composto da due o più persone che agiscono di concerto al fine di ottenere in modo illegale, direttamente o indirettamente, ogni forma di utilità finanziaria e/o materiale, e che pregiudica seriamente la coesione economica e sociale dell'UE e dei suoi Stati membri». La mafia non è menzionata esplicitamente, ma la Commissione è invitata a formulare una proposta legislativa «su un particolare tipo di organizzazione criminale i cui membri approfittano della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere reati, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, concessioni, autorizzazioni, appalti e servizi pubblici, ovvero per trarre profitto o vantaggi illeciti per sé o per altri»[31]. Particolare tipo di organizzazione che, però, rimane appunto innominato.

Come è evidente, sono notevoli i cambiamenti proposti dal Parlamento nel 2016. Nella definizione generale di organizzazione criminale il criterio della soglia edittale per stabilire la gravità dei reati-fine viene abbandonato, sostituito dallo scopo di profitto e dall'introduzione – si potrebbe dire – dell'espressa menzione del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice. La risoluzione elenca, poi, alcuni ambiti specifici di intervento, dalla contraffazione alla droga, dalla lotta al riciclaggio e alla corruzione alla criminalità informatica e al terrorismo. Da un lato, l'organizzazione e, dall'altro, le attività.

L'ampiezza e la vaghezza delle definizioni di crimine organizzato e dei rapporti tra *organized crime* e mafia hanno radici profonde. Spesso, tanto nel discorso accademico quanto in quello istituzionale si sovrappone la nozione generale di crimine organizzato con quella di associazione mafiosa. La percezione della criminalità organizzata varia inevitabilmente nei diversi Stati membri dell'Unione europea, anche per le peculiarità dei gruppi criminali più conosciuti in ciascuna realtà territoriale. Ciò determina il ricorso a strategie di politica criminale eterogenee. Anche tradizionalmente, poi, i sistemi di *civil law* e quelli di *common law* si differenziano per la presenza nei primi delle fattispecie associative e nei secondi del modello della *conspiracy*.

La complessità del concetto di crimine organizzato (*organized crime*) si deve alla sua *evoluzione semantica*, sin dal primo utilizzo nel 1896 negli Stati Uniti in riferimento ai mercati illegali delle scommesse e della prostituzione, protetti da alcuni segmenti delle istituzioni. Dagli anni Venti alla Seconda Guerra mondiale, con l'etichetta «crimine organizzato» si indica una serie di *attività* illecite, in particolare l'estorsione e la

[30] *Risoluzione del Parlamento europeo del 23.10.2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere, 2013/2107(INI)*, n. 6, n. 131.

[31] *Risoluzione del Parlamento europeo del 25.10.2016 sulla lotta contro la corruzione e il seguito dato alla risoluzione della commissione CRIM (2015/2110(INI)*, nn.17-18.

produzione e vendita di merci illegali[32]. Nel corso degli anni Quaranta e Cinquanta l'attenzione si sposta invece sulle *organizzazioni* che si occupano di tali attività e sulle loro caratteristiche. In particolare, il *Kefauver Committee* dipinge la criminalità organizzata come un cancro che divora la società dall'esterno, composta da soggetti "altri e diversi", tracciando un parallelismo proprio con la mafia siciliana[33]. Si afferma la cosiddetta *alien conspiracy theory*[34]. Negli anni Settanta, però, alcuni studiosi elaborano il modello dell'*impresa illecita*, specializzata nella produzione e fornitura di beni e servizi illegali. Una concezione *etnicamente neutra*, dunque, che inizia a essere utilizzata come sinonimo di *organized crime*, riportando al centro le attività svolte dall'organizzazione e non la struttura della stessa[35].

Il cerchio, quindi, si chiude già allora[36], ma la ricerca non si ferma e si sviluppa fino ai giorni nostri: l'assimilazione della criminalità organizzata alle imprese induce, infatti, a approfondire gli studi sui mercati illegali e sugli attori che operano in essi, riportando inevitabilmente l'attenzione anche sulle caratteristiche interne e organizzative degli stessi[37]. Nessuna delle due concezioni viene definitivamente sconfitta, anche perché si riscontrano evidenze empiriche a supporto di ciascuna.

Sono proprio gli studi sui mercati illegali, contestualmente alla dichiarazione di guerra di Reagan ai trafficanti di droga, a indirizzare l'attenzione sulla dimensione transnazionale delle organizzazioni criminali e sulla conseguente necessità di una risposta concertata a livello internazionale[38]. Negli anni Novanta, dunque, i rappresentanti di più di cento Paesi iniziano a incontrarsi, finché nel 2000 a Palermo viene firmata la già più volte citata *Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*.

---

[32] Descrivono le prime tappe dell'evoluzione semantica del concetto di *organised crime*, tra gli altri, C. FIJNAUT, L. PAOLI, *Introduction to part I: the history of the concept*, in C. FIJNAUT, L. PAOLI (a cura di), *Organised crime in Europe: concepts, patterns, and control policies in the European Union and beyond*, Springer, Dordrecht, 2004, p. 24; F. VARESE, *Mafias on the Move*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2011, p. 107.

[33] U.S. Congress, *Senate Special Committee to Investigate Crime in Interstate Commerce*, Third Interim Report, 82nd Congress. Washington, DC: Government Printing Office, 1951.

[34] La teoria si diffonde anche grazie al supporto accademico di Donald Cressey e all'intervista televisiva rilasciata da Joe Valachi. Si veda per tutti F. VARESE, *Mafias on the move*, cit., pp. 123-126.

[35] L. PAOLI, T. VANDER BEKEN, *Organized crime. A contested concept*, in L. PAOLI (a cura di), *The Oxford Handbook of Organized Crime*, cit., p. 18.

[36] Tale espressione è tratta da L. PAOLI, *The Paradoxes of Organized Crime*, in *Crime, Law and Social Change*, 37(1), 2002, p. 56.

[37] C. FIJNAUT, L. PAOLI, *Introduction to part I: the history of the concept*, cit., p. 28.

[38] L. PAOLI, T. VANDER BEKEN, *Organized crime*, cit., p. 23.

L'Europa importa dagli Stati Uniti il modello dell'impresa illecita. Pochi anni dopo, anche in Italia alcuni studiosi evidenziano la trasformazione imprenditoriale delle mafie[39] e si puntualizza altresì che il modello gerarchico non può applicarsi a tutte le forme di criminalità organizzata. Con le eccezioni della Spagna e dell'Italia, in Europa prevale, dunque, la concezione incentrata sulle attività illecite commesse a fini di profitto. Ciò ha permesso di evocare la necessità di combattere il crimine organizzato anche in Paesi cui è tradizionalmente sconosciuta la mafia[40].

Come si vede, l'ambiguità del concetto di *organized crime* risiede nella perdurante sovrapposizione semantica tra l'idea di un insieme di persone organizzate e abitualmente dedite a attività criminali (*set of actors*) e quella di una serie di attività illecite (*set of activities*)[41].

Una delle critiche mosse alla nozione di partecipazione a un gruppo criminale organizzato contenuta nella UNTOC, ad esempio, è che essa sarebbe costruita sul prototipo delle associazioni mafiose, non potendo di conseguenza ricomprendere le reti più fluide e flessibili nate grazie all'evoluzione dei sistemi di logistica e di comunicazione[42]. La questione definitoria non è nuova, ma è ancora attuale, come dimostrano le succitate raccomandazioni del Parlamento europeo.

Per quanto riguarda le associazioni di tipo mafioso, fin dagli anni Ottanta ne sono state studiate e evidenziate le peculiarità. Grazie soprattutto alle informazioni raccolte nel corso dell'istruzione del maxi-processo di Palermo, è stato possibile ricostruire la struttura interna di Cosa Nostra in Sicilia. Nella letteratura scientifica si è affermata, pur non condivisa da tutti, la definizione di Gambetta secondo cui la mafia siciliana è stata definita come impresa che produce, promuove e vende protezione privata[43]. Le

---

[39] Ci si riferisce in particolare all'opera P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice. L'etica mafiosa e lo spirito del capitalismo*, il Mulino, Bologna, 1983. Spiegano questo passaggio C. FIJNAUT, L. PAOLI, *Introduction to part I: the history of the concept*, cit., p. 31.

[40] Lo sostengono L. PAOLI, T. VANDER BEKEN, *Organized crime*, cit., pp. 20-22.

[41] L. PAOLI, T. VANDER BEKEN, *Organized crime*, cit., pp. 13-14.

[42] L'utilizzo della tecnologia e delle moderne reti logistiche da parte dei gruppi criminali con conseguente aumento della loro flessibilità e capacità di adattamento a contesti diversi è enfatizzata in N. BOISTER, *The UN Convention against Transnational organised crime 2000*, in P. HAUCK, S. PETERKE (a cura di), *International law and transnational organized crime*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 138.

[43] La traduzione è nostra. In lingua inglese la mafia siciliana è definita come «a specific economic enterprise, an industry which produces, promotes and sells private protection». V. D. GAMBETTA, *The Sicilian Mafia*, Harvard University Press, 1993, p. 1. Simile è anche la definizione generale di mafia di F. Varese, *What is organized crime?*, in F. Varese (ed.), *Organized Crime*, Routledge, London-New York, 2010, p. 17.

organizzazioni mafiose vengono inoltre spesso assimilate allo Stato, perché mirano al controllo del territorio: usano la violenza e l'intimidazione per raggiungere i propri obiettivi e sono interessate anche a ottenere consenso sociale[44].

Sulla base delle caratteristiche individuate dai criminologi, altre organizzazioni italiane e non, oltre alla mafia siciliana, sono state catalogate come mafie[45] e, in seguito alle modifiche del 2008 e del 2010, anch'esse sono contemplate nell'ultimo comma dell'art. 416-*bis* c.p., che è stato rubricato *Associazioni di tipo mafioso anche straniere*.

Recentemente, Anna Sergi ha sostenuto che i concetti di *organised crime* e mafia, in virtù delle divergenze e convergenze che li caratterizzano, possono essere rappresentati come gli estremi di uno *spettro* all'interno del quale si collocano molti fenomeni con caratteristiche ibride[46].

Le mafie si distinguono dalla maggior parte delle altre organizzazioni criminali anche per la loro capacità di sopravvivere e rimanere stabili nel tempo. Sono poche, infatti, le organizzazioni dotate di questa caratteristica, poiché le reti criminali operano in contesti ostili, sono costantemente sotto pressione da parte delle agenzie del controllo formale e devono pertanto occuparsi innanzitutto della *sicurezza*, ossia della sopravvivenza dell'organizzazione stessa. E tale preoccupazione influisce sulla struttura organizzativa dei gruppi e di conseguenza sulla conformazione dei mercati illegali[47], di cui si è già detto.

Dall'ultimo rapporto di Europol è in effetti emerso uno *scenario molto variegato* di attori criminali, che spaziano dalle tradizionali grandi organizzazioni, a gruppi più piccoli, a reti dalle maglie ancora più larghe. Inoltre, viene evidenziato che i mercati della droga, del traffico di migranti e della tratta di esseri umani sono quelli che attraggono la maggior parte delle organizzazioni criminali e che continuano a generare i maggiori

[44] Per approfondire il tema delle peculiarità delle mafie si vedano anche L. PAOLI, *The Paradoxes of Organized Crime*, cit., pp. 72-83; M. SANTORO (a cura di), *Riconoscere le mafie. Cosa sono, come funzionano, come si muovono*, il Mulino, Bologna, 2015. In alcuni contributi compresi in quest'ultimo volume si dà conto anche delle critiche mosse alla definizione di Gambetta prima citata.

[45] In riferimento alle singole organizzazioni, si considerino, *ex multis*, P. CAMPANA, *Understanding then responding to Italian organized crime operations across territories*, in *Policing*, 2013; Y.K. CHU, *The Triads as Business*, Routledge, London-New York, 2000; P. HILL, *The Japanese Mafia. Yakuza, Law, and the State*, Oxford University Press, Oxford, 2003; L. PAOLI, *Searching for the determinants of OC: Some preliminary reflections*, in *Behemoth. A Journal on Civilisation*, 2013, (6), pp.10-26.

[46] A. SERGI, *From Mafia to Organised Crime*, cit., pp. 36-46.

[47] F. CALDERONI, *Le reti delle mafie*, cit., pp. 79 ss.

profitti. Stanno però diventanto attrattivi anche alcuni nuovi settori, in particolare il commercio *online* di beni e servizi illeciti[48].

I riferimenti alle organizzazioni criminali e alla natura organizzata di alcuni fenomeni criminosi nelle prossime pagine devono, quindi, essere letti tenendo conto dei risultati della ricerca empirica in ordine alla natura flessibile e di breve durata della maggioranza delle reti criminali.

Quest'ultima precisazione è fondamentale anche per chiarire che le ipotesi di lavoro proposte non devono essere considerate come compartimenti stagni, isolati gli uni dagli altri, bensì quali tentativi di spiegazione di una realtà che rimane inevitabilmente complessa e necessita di essere guardata da diverse prospettive. L'ambivalenza profonda del concetto di *organized crime* come *set of actors* o *set of activities* rende inscindibilmente legati il discorso sulla struttura delle organizzazioni e quello sulle attività svolte dalle stesse.

1.2.2. Aree criminali interessate dalle operazioni sotto copertura e crimine organizzato

In dottrina e nell'intenzione del legislatore storico conoscibile dai lavori preparatori, l'opportunità di prevedere le operazioni sotto copertura viene spesso giustificata per il fatto che la criminalità organizzata è implicata in molti e diversi reati. Più precisamente, si incontra sovente l'affermazione secondo cui «l'attuale ambito di applicazione della norma è (…) assai esteso e comprende alcuni dei principali settori nei quali opera con maggiore incisività la criminalità organizzata»[49].

Dalla letteratura criminologica, inoltre, emerge il collegamento tra mercati illegali e criminalità organizzata: i «grandi traffici illeciti della criminalità organizzata» – il traffico di droga, armi, rifiuti – generano la domanda di altri servizi illegali qualificati, domanda a cui rispondono professionisti, quali i consulenti fiscali e legali, funzionari di banca, pubblici ufficiali infedeli. Il loro contributo è spesso fondamentale per ripulire i

[48] Europol, *European Union serious and organised crime threat assessment*, cit., p. 14.

[49] M. LOMBARDO, voce *Agente provocatore*, cit., § 2. Si vedano anche, sempre a titolo esemplificativo, C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., pp. 285-286; R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore*, cit., p. 37; B. PIATTOLI, *Agenti provocatori, indagini "under cover" e diritto alla prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di internazionalizzazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, (5), p. 566.

guadagni dei traffici ricorrendo a tecniche di riciclaggio sempre più sofisticate, rapide e stratificate[50].

La stessa attività di *money laundering* su larga scala necessita di una *rete organizzativa* che può svilupparsi all'interno del gruppo criminale oppure al di fuori del gruppo, come servizio offerto da professionisti ad altri criminali o ancora vi può essere il caso di professionisti che riciclano i proventi derivanti dai loro reati economici[51].

Un dato che sembra rimanere stabile nel corso degli anni attiene al ruolo giocato dai gruppi criminali nel *traffico di sostanze stupefacenti*. Già nei commenti al testo unico delle disposizioni in materia di sostanze stupefacenti negli anni '90, infatti, si evidenziava come i grandi guadagni tratti dal traffico delle droghe avessero attivato «agguerrite organizzazioni criminali» in «tensione permanente» tra loro, «con una continua alternanza fra conflitti, stragi e alleanze»[52].

L'attenzione ai rapporti tra delinquenza organizzata e traffico di droga è rimasta alta anche negli ultimi decenni. Ad esempio, Isabella Merzagora Betsos ha individuato tre livelli di organizzazione del mercato della droga: «un grosso traffico organizzato con ramificazioni internazionali; un traffico di medio livello, che può essere in rapporto con le organizzazioni criminali, ma può operare in relativa autonomia (con organizzazioni più piccole o persino singoli); lo spaccio diretto di piccola entità, senza contatti con le maggiori organizzazioni»[53]. Anche dalle indagini penali e di intelligence degli stati europei il traffico di sostanze stupefacenti è classificato come l'attività più comune dei gruppi criminali, di cui però inizia a essere messa in luce la fisionomia variegata, essendo coinvolte diverse nazionalità e diversi gradi di rigidità di struttura nonché diversificati divisioni dei ruoli e schemi funzionali[54].

Quanto detto nel precedente paragrafo sui mercati illegali delle droghe non deve quindi indurre a considerare prive di fondamento le affermazioni che costellano la letteratura degli scorsi decenni, visto che anche Europol nell'ultimo rapporto SOCTA

---

[50] R. DE LUCA, C. MACRÌ, B. ZOLI, *Anatomia del crimine in Italia. Manuale di criminologia*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 718.

[51] Così M. BARBAGLI, A. COLOMBO, E. SAVONA, *Sociologia della devianza*, cit., p. 220.

[52] G. DI GENNARO, G. LA GRECA, *La droga. Traffico, abusi, controlli. Commento al testo unico 9 ottobre 1990, n. 309, sulla disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 9-10.

[53] I. MERZAGORA BETSOS, *Droga e criminalità*, in M. BARBAGLI, U. GATTI (a cura di), *La criminalità in Italia*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 190.

[54] Ne dà conto F. PULEIO, *Traffico di droga: così si combattono mafia e narcos. Strategie, tecniche investigative e strumenti processuali*, in *Dir. e giust.*, 2005, (3), pp. 60-62.

riporta che il 35% dei gruppi criminali operanti nei paesi dell'Unione europea è coinvolto nel traffico di droga e che nel 65% dei casi questi stessi gruppi partecipano ad altri mercati illegali, in particolare quello dei beni contraffatti, il traffico e la tratta di persone.

Oltre che in riferimento ai mercati illegali delle droghe, l'ipotesi dei collegamenti con la criminalità organizzata sembra trovare riscontro anche in relazione ad altre aree criminali interessate dalle operazioni sotto copertura. Come già accennato[55], l'*estorsione* rappresenta un tipico settore di attività illecita in mano alle organizzazioni criminali. Più nel dettaglio, l'estorsione, insieme all'*usura*, «spesso con un diabolico e combinato effetto»[56], consente alle organizzazioni criminali non solo di trarre da tali attività un ingente profitto, bensì anche di espandere la propria sfera di controllo sociale instaurando uno stretto collegamento tra la vittima e l'autore del reato.

I risultati di un recente progetto di ricerca coordinato da Antonio La Spina e Vincenzo Militello mostrano che la maggioranza degli imprenditori richiesti accondiscende al pagamento del pizzo, solo una minoranza resiste e si rifiuta di pagare. Infine, una fetta ridottissima finisce per divenire complice dell'estorsore (o degli estorsori)[57]. In alcuni casi, inoltre, l'estorsione e l'usura possono diventare dei mezzi utili all'estorsore per sostituirsi alla vittima nella gestione della sua attività, consentendo dunque di infiltrarsi nell'economia legale[58].

L'estorsione tutt'oggi rappresenta una delle "industrie privilegiate" da Cosa Nostra in Sicilia e dalla 'ndrangheta in Calabria, al punto che la richiesta del pizzo anche nell'immaginario collettivo è percepita come richiesta tipicamente mafiosa, che incorpora in sé la finalità di profitto, ma involve anche aspetti di controllo del territorio e creazione di un pericolo da cui è poi la mafia stessa a proteggere, appunto in cambio del pizzo[59].

---

[55] V. *supra*, Cap. III, sez. I, § 2.1.

[56] D. MASCIANDARO, A. PANSA, *La farina del diavolo. Criminalità, imprese e banche in Italia*, Baldini e Castoldi, Milano, 2000, p. 81.

[57] Precisamente, i dati raccolti nell'ambito del progetto di ricerca europeo GLODERS (*Global Dinamics of Extortion Racket Systems*), sviluppato tra il 2012 e il 2015, mostrano che: 92 imprenditori su 154 hanno accondisceso alle richieste estorsive, 41 su 154 hanno resistito, 9 su 154 sono definiti conniventi. Restano 12 casi per i quali non è stato possibile classificare la condotta del soggetto per assenza di connotati sufficientemente significativi. I dati sono riportati in L. SIRACUSANO, *L'imprenditore estorto* acquiescente *tra coazione morale e libertà del volere*, in A. LA SPINA, V. MILITELLO (a cura di), *Dinamiche dell'estorsione*, cit., p. 35.

[58] D. MASCIANDARO, A. PANSA, *La farina del diavolo*, cit., p. 81.

[59] L'importanza dell'estorsione per le mafie sia come fonte di liquidità sia come mezzo per controllare il territorio è evidenziata dalla Direzione investigativa antimafia, v. Direzione investigativa antimafia, *Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione investigativa antimafia. Gennaio-giugno 2019*,

Questo *business*, comunque, non è rimasto uguale a se stesso, ma si è evoluto di pari passo ai mutamenti che hanno investito Cosa Nostra. Non sempre, però, la rappresentazione anche mediatica della mafia riflette questi mutamenti. È stata infatti rilevata una tendenza a «descrivere la mafia siciliana come una organizzazione più forte, strutturata e pericolosa di quanto sia realmente»[60].

Con particolare riferimento al fenomeno estorsivo, Scaglione ritiene che esso starebbe cambiando sotto la spinta di tre fattori – la repressione, la ribellione e il problema del reclutamento – i quali avrebbero contribuito a riorientare in senso predatorio l'attività estorsiva della mafia. Si passa dalla protezione alla predazione, «le estorsioni sono sempre più istintive e casuali e laddove consumate non si esauriscono in una richiesta periodica sopportabile per quanto parassitaria, ma tendono a vampirizzare quanto più possibile le proprie vittime. Inoltre, il monopolio della violenza è sempre meno tale» per la presenza di più gruppi che si contendono il controllo del territorio[61].

La natura organizzata del fenomeno dei *sequestri di persona a scopo di estorsione* è uno dei fattori alla base dell'introduzione della possibilità del pagamento controllato del riscatto da parte della polizia giudiziaria. Trattasi infatti di un fenomeno criminoso che ha assicurato al crimine organizzato negli ultimi trent'anni del secolo scorso guadagni stimati in 320 miliardi di lire e portato alla morte di 80 ostaggi su 694 in quel periodo. Dall'inizio degli anni Settanta il fenomeno ha assunto dimensioni nazionali, a differenza degli anni precedenti, quando riguardava alcuni contesti circoscritti e dislocati in diverse aree del Paese. Dal 1982 si è assistito a un'inversione di tendenza, dopo che il culmine nel numero dei sequestri era stato raggiunto nel 1977[62].

Non bisogna pensare, però, che in quegli anni i sequestri di persona costituissero un fenomeno di matrice unitaria, essendo coinvolte diverse organizzazioni criminali, ognuna con una propria struttura e un proprio "metodo". In ogni caso, pur presentandosi come «fenomeno assai complesso e differenziato», il sequestro estorsivo mostra sempre «una evidente natura strategica e organizzativa, che, insieme alla violenza e all'uso

disponibile a: <http://direzioneinvestigativaantimafia.interno.gov.it/semestrali/sem/2019/1sem2019.pdf>, p. 543 (ultimo accesso luglio 2020).

[60] A. SCAGLIONE, *Crime mapping e controllo del territorio. Dai professionisti della protezione ai dilettanti della predazione*, in A. LA SPINA, V. MILITELLO (a cura di), *Dinamiche dell'estorsione*, cit., p. 64.

[61] A. SCAGLIONE, *Crime mapping*, cit., pp. 79-80.

[62] In argomento si veda anche P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice. Dalla Calabria al centro dell'inferno,* il Saggiatore, Milano, 2010, *passim*, in particolare p. 111.

strumentale delle vittime, ne costituisce forse il tratto più tipico»[63]. Si tratta, peraltro, di una pratica tutt'oggi non abbandonata dalla 'ndrangheta in Calabria, utilizzata per estorcere denaro o per incutere timore[64].

Anche i reati in materia di *sfruttamento della prostituzione* sono spesso annoverati in letteratura tra i settori di attività di organizzazioni criminali. Anzi, storicamente – come accennato[65] – il termine crimine organizzato è stato usato negli Stati Uniti a fine Ottocento proprio in riferimento alle scommesse e alla prostituzione.

In molti casi le organizzazioni criminali coinvolte sono le stesse – almeno per le persone provenienti dall'Africa – che organizzano l'ingresso in Italia, il trasporto e i passaggi di frontiera clandestini. Si parla in proposito di meccanismo del *loan*, termine inglese che si traduce letteralmente in italiano con «prestito» o «mutuo». Le vittime sono considerate *debitrici* delle spese del viaggio, e una volta arrivate in Italia, anche di quelle per il vitto, l'alloggio e il luogo in cui esercitare la prostituzione. Dovendo ripagare questi debiti, esse, per la stragrande maggioranza donne, vengono private del passaporto per scoraggiarne la fuga, sottoposte a violenza e minaccia di far del male non solo a loro stesse, ma anche ai parenti rimasti nel luogo di origine[66]. Come si vede, quindi, prostituzione e *tratta di esseri umani* sono strettamente legati, come risulta del resto dalla definizione stessa di *trafficking*, legata al fine di esercitare il *controllo* su una persona per sfruttarla sessualmente o per altre attività[67].

La criminalità organizzata si è affermata altresì nel settore del *traffico illecito di rifiuti*, grazie soprattutto alla capacità di movimentare grandi volumi di rifiuti anche verso destinazioni al di fuori dell'Unione Europea. I gruppi criminali organizzati si sono così attribuiti vari ruoli: «trafficanti, mediatori o facilitatori, pure su base transnazionale,

[63] I dati sul sequestro di persona e la citazione letterale riportati sono tratti dal seguente contributo: P. MARONGIU, *I sequestri di persona*, in M. BARBAGLI, U. GATTI (a cura di), *La criminalità in Italia*, cit., pp. 91-102.

[64] Così la relazione della DIA, v. Direzione investigativa antimafia, *Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione investigativa antimafia. Gennaio-giugno 2019*, cit., p. 543.

[65] V. *supra*, Cap. III, sez. I, § 1.2.1.

[66] D. DANNA, *Lo sfruttamento della prostituzione*, in M. BARBAGLI, U. GATTI (a cura di), *La criminalità in Italia*, cit., p. 156.

[67] La Direzione investigativa antimafia ha rilevato che alcune attività criminali «appartengono in maniera quasi esclusiva alle organizzazioni straniere, come la tratta degli esseri umani, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e la prostituzione, fenomeni interconnessi che vanno ad aggiungersi al traffico di sostanze stupefacenti, come si è visto trasversale a tutte le organizzazioni». *Cfr.* Direzione investigativa antimafia, *Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione investigativa antimafia. Gennaio-giugno 2019*, cit., p. 543.

dimostrandosi comunque capaci di affrontare e risolvere il problema della gestione e dello smaltimento dei rifiuti, offrendo i propri servizi a costi inferiori di quelli in uso nel mercato legale»[68].

Del *traffico di esseri umani* e della *tratta di persone* si è già detto nel paragrafo precedente: dalla ricerca basata sui dati empirici è emersa una realtà alquanto distante dalla rappresentazione diffusa della presenza di pochi gruppi criminali oligopolisti, strutturati rigidamente[69]. Le caratteristiche dei mercati sembrano prevalere su quelle delle organizzazioni, che comunque senz'altro esistono e operano in questi settori, coincidendo anzi spesso con i gruppi criminali coinvolti in altri traffici illeciti. Anche in questo caso, dunque, come nel caso del narcotraffico, sia l'ipotesi dei mercati illegali sia quella del coinvolgimento di organizzazioni criminali paiono verificate.

L'ipotesi oggetto del presente paragrafo – la natura organizzata dell'attività per il protagonismo di organizzazioni criminali – si attaglia anche al fenomeno della *contraffazione,* la cui crescita, secondo gli studiosi, si ricollega proprio alla capacità delle organizzazioni criminali di produrre falsi su scala industriale. Un processo che non solo frutta ulteriori guadagni, ma consente di riciclare denaro sporco proveniente da altre attività illecite.

La contraffazione, infatti, non è più un'attività svolta in piccoli laboratori isolati l'uno dall'altro, bensì, grazie all'innovazione tecnologica e all'investimento di risorse ingenti, da veri e propri imprenditori internazionali con legami reciproci: «la contraffazione si è oggi ben organizzata»[70].

Le zone in Italia dove è maggiormente concentrata la produzione sono la provincia di Milano, quella di Prato e l'area di Napoli. Quest'ultima, in particolare, sembra essere un territorio di elezione, secondo quanto emerso finora dalle indagini e dalle dichiarazioni di diversi collaboratori di giustizia. La camorra opera infatti nel settore della contraffazione sia reinvestendo proventi illeciti (originati soprattutto dal narcotraffico) in imprese legali colluse o soggiogate, sia operando direttamente con proprie imprese, a

[68] M. BELLACOSA, *Il contrasto in Europa al traffico illecito di rifiuti*, cit., p. 3.

[69] In proposito per approfondire si rinvia anche a R. DE LUCA, C. MACRÌ, B. ZOLI, *Anatomia del crimine in Italia*, cit., pp. 744-756.

[70] S. IZZI, *Lotta alla contraffazione*, cit., pp. 19, 37.

volte appartenenti a un singolo esponente, senza che sia coinvolto il gruppo di appartenenza[71].

A differenza dell'ipotesi dei mercati illegali, quella in esame – la riconducibilità al concetto di crimine organizzato dei fenomeni criminosi rispetto ai quali sono state via via introdotte le operazioni sotto copertura – sembra attagliarsi, pur con le precisazioni che seguono, anche al *terrorismo*.

Senza ripetere quanto già evidenziato sulle diverse tipologie di terrorismo e sull'evoluzione del terrorismo internazionale negli ultimi anni[72], è quest'ultimo ad aver maggiormente richiesto l'attenzione delle autorità statali e l'implementazione di politiche condivise di contrasto a livello europeo e internazionale. Negli ultimi anni è emersa dalle indagini la diversa organizzazione dei gruppi terroristici, la loro maggiore flessibilità e la possibilità che ad agire siano anche singoli individui, i cosiddetti *lupi solitari*[73], sostenuti a distanza da un'organizzazione più strutturata. Da anni è stato notato come, nonostante l'ideologia condivisa e gli obiettivi comuni, non esista «un'unica organizzazione rispetto alla quale le singole componenti si pongono in rapporto di dipendenza gerarchica, ma si intravede piuttosto una reciproca relazione di collegamento funzionale, nella cui trama le cellule "italiane" svolgono compiti di supporto logistico, non immediatamente finalizzati alla commissione di atti terroristici»[74].

---

[71] L. BRANCACCIO, *Contraffazione*, cit., pp. 73-75.

[72] V. *supra*, Cap. III, sez. II, § 4.

[73] In un recente rapporto di Europol si afferma infatti che «All jihadist terrorist attacks were committed by individuals acting alone and targeted civilians and symbols of authority». *Cfr.* Europol, *European Union Terrorism Situation and Trend Report 2019 (Te-Sat)*, disponibile a: <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/terrorism-situation-and-trend-report-2019-te-sat>, p. 8 (ultimo accesso a luglio 2020).

[74] D. FALCINELLI, voce *Terrorismo*, cit., § 12. In argomento si rinvia anche a F. FASANI, voce *Terrorismo islamico*, cit., § 1-2. Vale la pena per maggiore chiarezza citare letteralmente un passaggio di quest'ultimo contributo: «All'originario network multilivello, connotato negli ultimi anni del secolo scorso da una labile (ma pur sempre esistente) rete di relazioni interorganiche di natura anche gerarchica, si è sostituta da tempo una completa destrutturazione. Il nuovo modello di sviluppo dello jihadismo militante si dimostra privo di centro, privo di gerarchie piramidali e assume le sembianze di una "rete d'odio" verso l'Occidente, all'interno della quale soggetti isolati o radunati in piccoli gruppi, sostanzialmente autonomi e debolmente (o per nulla) connessi l'uno all'altro, coltivano il proprio jihad individuale. Dalle nebbie di questo paesaggio cupo emergono figure inquietanti, i cui nomi sono ormai sulla bocca di tutti, ripetuti come i ruoli di un film d'azione: i "lupi solitari" e gli "zombi" che da soli o in gruppi ridotti, sovente di natura familiare, preparano la propria guerra personale sulle orme di al-Suri, pronti al sommo sacrificio; i *foreign fighters* che viaggiano da un Paese all'altro alla ricerca di fronti jihadisti nei quali combattere e morire per Allah; gli *homegrown terrorists*, ossia immigrati di seconda e terza generazione (cui si aggiunge un numero ridotto di convertiti) che sono occidentali per nascita e socializzazione primaria e che si radicalizzano nei nostri Paesi». La conformazione a catena delle reti terroristiche era per la verità già emersa anche con riferimento ai responsabili degli attacchi dell'11 settembre 2001. Una struttura di tal fatta costituisce una scelta consapevole dettata da esigenze di sicurezza della rete, onde evitare che l'arresto di un partecipante potesse

Al *riciclaggio* si è già accennato in apertura del paragrafo, ma occorre ora soffermare l'attenzione su tale area criminale, che ha pochi rivali per l'attenzione che le viene dedicata a livello sovranazionale e per il numero e la complessità di *collegamenti* con altre aree criminali. Ciò è una conseguenza della funzione stessa del riciclaggio, che consente di ripulire il denaro indipendentemente dal "tipo di sporcizia" che lo avvolge. Da tempo la letteratura evidenzia, sulla base dei dati emersi dalle indagini, come «lo svolgimento di attività volte a dissimulare la provenienza illecita del denaro attraverso la sua reimmissione nel circuito delle transazioni finanziarie lecite sia normalmente riconducibile a organizzazioni criminali appartenenti a diversi Paesi dell'Europa e del mondo e normalmente collegate tra loro in forme più o meno istituzionalizzate»[75].

Più nel dettaglio, autorevoli economisti hanno affermato che «il riciclaggio rappresenta il moltiplicatore del peso economico – e quindi sociale e politico – di qualunque organizzazione o soggetto criminale e/o illegale» in quanto svolge la peculiare funzione economica di trasformare potere d'acquisto potenziale in potere di acquisto effettivo, in liquidità che al netto del costo del lavaggio potrà essere reinvestita in altre attività lecite o illecite. Queste ultime produrranno altri guadagni sporchi per ripulire i quali dovrà essere riattivato il «ciclo del riciclaggio»[76], articolato – come già detto[77] – in diverse operazioni, che oggi, grazie alla diffusione della tecnologia, sono sempre più rapide, numerose e stratificate e, quindi, difficili da inseguire per le agenzie del controllo formale.

Sebbene, dunque, il riciclaggio assuma forme diverse nel tempo e nello spazio, rimane costante il suo *profilo economico e criminologico* consistente nella «lecito-vestizione del provento criminoso»[78]. Le indagini empiriche sul riciclaggio mostrano come oggi, complice la globalizzazione, la criminalità economica sia «una tipica forma di criminalità organizzata che genera imponenti flussi finanziari, movimenti di capitale all'interno e oltre i confini nazionali»[79]. Riprendendo l'efficace metafora utilizzata dalla

trascinare con sé lo smantellamento dell'intera organizzazione. In proposito si veda F. CALDERONI, *Le reti delle mafie*, cit., pp. 83-84.

[75] G. MORGANTE, *Sulla dimensione transnazionale del riciclaggio del denaro proveniente da reato*, in AA. VV., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 461-462.

[76] La spiegazione riportata è tratta da D. MASCIANDARO, A. PANSA, *La farina del diavolo*, cit., p. 172.

[77] V. *supra*, Cap. III, sez. II, § 2.2.

[78] R. CASTALDO, M. NADDEO, *Il denaro sporco*, cit., p. 3.

[79] *Ivi*, p. 9.

dottrina più autorevole, si può dire che si è passati *dal bucato a mano alla lavanderia*. Tra questi due estremi si colloca «il percorso evolutivo in cui l'organizzazione criminale – dalla realizzazione di attività di investimento diretto in beni e servizi, mediante liquidità (generalmente di ammontare non esorbitante) proveniente dall'illecito – transita in processi produttivi diversificati, veicolati attraverso sofisticate manovre di ingegneria finanziaria. Le conseguenze si riflettono nelle maggiori difficoltà di identificazione dell'anomalia del riciclaggio, dovuta anche alla progressiva spersonalizzazione del binomio operazione finanziaria-soggetto economico»[80].

Questo percorso evolutivo ha implicato una *crescente professionalizzazione* dell'attività, fino alla creazione di un «sistema di lavanderie» in cui «l'organizzazione criminale addirittura offre il servizio di riciclaggio, non solo operando al servizio di una pluralità di soggetti illegali, ma quasi sempre supportata da intermediari inquinati»[81].

1.2.3. Reati sintomatici della presenza delle mafie

Tanto nel dibattito pubblico quanto nella saggistica[82] e nella letteratura scientifica[83] italiani molte delle attività illegali in esame vengono spesso associate alle *organizzazioni di tipo mafioso*.

In una recente relazione della Direzione investigativa antimafia, ad esempio, si riporta che «Il traffico e lo spaccio di stupefacenti, le estorsioni, l'usura e altri reati tipici, oltre a confermarsi come i "reati spia" per eccellenza della presenza e del controllo mafioso sul territorio, restano fonti primarie dell'attività criminale, generano un forte afflusso di denaro contante, con la conseguente necessità di reimpiegare questi capitali che, al netto dei costi sostenuti per essere riciclati (fino al 50% delle somme investite) una volta immessi nell'economia legale impongono un cambio di prospettiva alla strategia mafiosa»[84].

---

[80] R. CASTALDO, M. NADDEO, *Il denaro sporco*, cit., p. 10. In proposito si veda anche il rapporto SOCTA 2017: Europol, *European Union serious and organised crime threat assessment*, cit., p. 18.

[81] R. CASTALDO, M. NADDEO, *Il denaro sporco*, cit., pp. 30-31.

[82] Si considerino ad esempio i libri di Nicola Gratteri, quali, tra i più recenti, N. GRATTERI, A. NICASO, *Oro bianco*, Mondadori, Milano,2015; N. GRATTERI, A. NICASO, *Padrini e padroni*, Mondadori, Milano,2016; N. GRATTERI, A. NICASO, *Fiumi d'oro*, Mondadori, Milano, 2018.

[83] D. MASCIANDARO, A. PANSA, *La farina del diavolo*, cit., pp. 85 ss.

[84] Direzione investigativa antimafia, *Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione investigativa antimafia. Luglio-dicembre 2018*, disponibile a: <http://direzioneinvestigativaantimafia.interno.gov.it/semestrali/sem/2018/2sem2018.pdf>, p. 473 (ultimo accesso luglio 2020).

Ancora, nel semestre successivo, riprendendo peraltro una classificazione dei reati perpetrati dalle associazioni mafiose a suo tempo stilata da Giovanni Falcone, si afferma che «le vere "fonti primarie"» delle mafie sono «le estorsioni, l'usura, i sequestri di persona, il traffico e lo spaccio di stupefacenti, il contrabbando di tabacchi, il traffico di armi, il gioco e le scommesse quando attuati su circuiti completamente illegali e, con specifico riguardo alla criminalità straniera, la prostituzione, la tratta degli esseri umani, le rapine e i furti e tutto ciò che concorre, in termini di manovalanza criminale, al perfezionamento di tali attività». Trattasi di «attività "di primo livello" (…) funzionali sia al sostentamento del gruppo (vi rientrano il "salario" mensile e le spese connesse alla detenzione degli affiliati), sia a capitalizzare denaro sporco che necessita di essere riciclato. Esse rappresentano il welfare, perché offrono occupazione, assistenza e assicurano un tenore di vita proporzionale all'impegno criminale profuso nelle attività del gruppo»[85].

Occorre, però, svolgere qualche precisazione considerando anche i risultati delle ricerche empiriche svolte da alcuni autorevoli sociologi. Ad esempio, in ordine al trapianto delle mafie al di fuori del loro territorio di origine, è stato messo in luce come la dislocazione di mafiosi al di fuori del loro territorio derivi nella maggioranza dei casi da fattori involontari. Si tratta, cioè, di fughe per sfuggire alla repressione delle autorità italiane o alle faide interne. In altri casi, invece, lo spostamento è in effetti giustificato dall'esigenza di monitorare *in loco* gli investimenti svolti, che richiedono un controllo ravvicinato in quanto si tratta di investimenti informali, spesso in contanti, nell'ambito di transazioni illegali. Anche nel caso del riciclaggio o di investimenti nell'economia legale la presenza sul posto permette di trattare e risolvere direttamente eventuali problemi[86].

A proposito di riciclaggio, come si è visto[87], in Italia le politiche di contrasto di tale fenomeno sono spesso legate alla lotta alle organizzazioni di tipo mafioso[88], oltre che al recepimento delle numerose convenzioni e raccomandazioni internazionali in materia.

---

[85] Direzione investigativa antimafia, *Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione investigativa antimafia. Gennaio-giugno 2019*, cit., p. 537.

[86] Lo studio a cui si è fatto riferimento è il già citato F. VARESE, *Mafias on the move*, cit., pp. 190-193.

[87] V. *supra*, Cap. III, sez. I, § 2.

[88] Lo nota M. ARNONE, *Programmi internazionali anti-riciclaggio: supervisione globale e situazione italiana*, in M. ARNONE, S. GIAVAZZI, *Riciclaggio e imprese. Il contrasto alla circolazione dei proventi illeciti*, Vita e Pensiero, Milano, 2011, p. 19.

Peraltro le indagini sul riciclaggio in molti casi prendono avvio da quelle sui reati presupposti, tra i quali assume particolare rilevanza statistica proprio l'art. 416-*bis* c.p.[89].

Cionondimeno, è importante impegnarsi a non semplificare e a non generalizzare: i diversi fenomeni criminosi mantengono almeno in parte caratteristiche diverse, che devono essere analizzate come tali e inserite nel contesto complesso e connesso con altre aree criminali in cui si esplicano.

La stessa Direzione investigativa antimafia in tema di traffico illecito di rifiuti ha sottolineato che «se si attribuisse alla criminalità ambientale - ed, al ciclo illegale dei rifiuti, in particolare - unicamente una veste mafiosa, si correrebbe il rischio… di distrarre l'attenzione dalla reale essenza di un fenomeno che si alimenta costantemente grazie all'azione famelica di imprenditori spregiudicati, amministratori pubblici privi di scrupoli e soggetti politici in cerca di consenso, nonché di *broker*, anche a vocazione internazionale, in grado di interloquire ad ogni livello. Sicuramente, la minore percezione della pericolosità sociale degli *ecoreati* ha, nel tempo, giocato un ruolo importante. Oggi, quando si registra un indubbio progressivo aumento della coscienza e della sensibilità verso le problematiche ambientali, è tuttavia evidente che si è ancora lontani dal prendere posizioni forti e decise, diversamente da quanto avviene per altre forme di delittuosità, magari di più forte impatto mediatico ma che, in un quadro generale, comportano un danno sociale non superiore»[90].

Se, dunque, criminalità organizzata, criminalità mafiosa e criminalità economica presentano talune affinità e intersezioni, occorre sempre porsi il problema della definizione dei fenomeni[91]. Anche quando – come si è visto proprio in riferimento al crimine organizzato – decenni di studi non hanno condotto a una risposta chiara e univoca. Si tratta, del resto, di un obiettivo difficilmente perseguibile considerando la velocità di evoluzione tanto dei singoli fenomeni quanto del contesto. Questo scenario magmatico

[89] L. ORSI, *Le indagini penali in materia di riciclaggio. Principali problematiche*, in M. ARNONE, S. GIAVAZZI, *Riciclaggio e imprese*, cit., p. 69.

[90] La relazione della DIA relativa al primo semestre del 2019 si chiude con un Focus dedicato appunto al traffico illecito di rifiuti, a cui si rinvia per approfondimenti e dettagli. V. Direzione investigativa antimafia, *Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione investigativa antimafia. Gennaio-giugno 2019*, cit., p. 660.

[91] La necessità di approfondire e spiegare la zona grigia tra criminalità economica e criminalità organizzata è sottolineata in M. BARBAGLI, A. COLOMBO, E. SAVONA, *Sociologia della devianza*, cit., p. 223. Evidenzia, invece, l'importanza di distinguere in Italia tra criminalità organizzata e criminalità mafiosa A. SERGI, *The Italian Anti-Mafia System between Practice and Symbolism: Evaluating Contemporary Views on the Italian Structure Model against Organized Crime*, in *Policing*, 2016, Vol. 10, n. 3, pp. 194-205.

rende complicato immaginare e implementare strategie di contrasto la cui efficacia sia verificabile, e ciò riguarda inevitabilmente anche le operazioni sotto copertura.

1.3. La gravità dei crimini (i c.d. *serious crimes*)

La terza ipotesi oggetto della presente analisi criminologica è che i crimini interessati dalle operazioni sotto copertura siano accomunati dalla caratteristica della gravità (in inglese *seriousness*).

A livello normativo, tale ipotesi si ricollega non solo a quanto emerge dai lavori preparatori dei provvedimenti legislativi di diritto interno, ma anche al riferimento alla particolare gravità delle sfere di criminalità contenuto nell'art. 83 TFUE, nonché all'art. 2, lett. b), della Convenzione di Palermo.

Al di là delle definizioni normative, sempre più spesso sia a livello accademico sia nei rapporti delle agenzie del controllo formale, anche a livello europeo, e nel discorso pubblico ricorre l'espressione *serious crime* o il riferimento alle conseguenze dannose dei crimini e all'obiettivo di politica criminale di ridurne l'entità[92].

L'analisi che segue è dunque articolata in due filoni: il primo misura la gravità dei crimini rispetto ai quali sono previste le operazioni sotto copertura in base ai criteri desumibili dal dato normativo sovranazionale e interno; il secondo considera, invece, i parametri suggeriti dalla dottrina.

1.3.1. La gravità dei crimini negli atti normativi sovranazionali e interni: il criterio del massimo edittale di pena detentiva

Ai sensi dell'art. 3, par. 1, infatti, la UNTOC si applica, salvo che sia diversamente stabilito, alla prevenzione, alle indagini e ai processi che riguardano alcuni reati elencati negli articoli 5, 6, 8 e 23 della Convenzione stessa e ai *reati gravi* come definiti dall'art. 2 della Convenzione, quando il reato ha natura transnazionale e coinvolge un gruppo criminale organizzato.

A differenza dell'art. 83 TFUE, che non enuncia un criterio di misura della gravità fondato sui limiti edittali, l'art. 2, lett. b) UNTOC definisce come *Serious crimes* i reati puniti con una pena detentiva non inferiore nel massimo a quattro anni. Tale criterio non

[92] Lo constatano le Autrici nell'introduzione dell'interessante contributo V.A. GREENFIELD, L. PAOLI, *A Framework to Assess the Harms of Crimes*, in *British Journal of Criminology*, 2013, 53(5), pp. 864-885.

si applica, però, ai reati menzionati testualmente e elencati negli articoli 5, 6, 8 e 23 della Convenzione, ossia *participation in an organized criminal group* (art. 5), *laundering of proceeds of crime* (art. 6), *corruption* (art. 8), *obstruction of justice* (art. 23).

Si tratta degli stessi reati che, ai sensi dell'art. 34, par. 2, UNTOC, devono essere introdotti nell'ordinamento interno degli Stati parte a prescindere dalla natura transnazionale o dal coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato. Sembra dunque che questi reati siano considerati *gravi di per sé*, sicché non solo rientrano nel perimetro di applicazione della Convenzione indipendentemente dal rispetto dei parametri ivi dettati riguardanti il massimo edittale, la natura transnazionale e il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato, ma sono anche oggetto di un obbligo di incriminazione.

Il criterio del massimo edittale non inferiore a una certa soglia è adottato anche dall'art. 2, co. 2, della *Decisione quadro del 2002 sul mandato d'arresto europeo* che – come visto[93] – prevede che alcuni reati diano luogo a consegna in base al mandato d'arresto europeo indipendentemente dalla doppia incriminazione, se nello Stato membro emittente il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà previsto per tali reati è pari o superiore a tre anni.

Il criterio del massimo non inferiore a quattro anni si ritrova, invece, nella *Decisione quadro del 2008 sulla lotta al crimine organizzato*[94]. Anche il regolamento sulla istituzione della Procura europea del 2017 sembra richiamare tale criterio nell'art. 30, laddove stabilisce che «Almeno nei casi in cui il reato oggetto dell'indagine è punibile con una pena massima di almeno quattro anni di reclusione, gli Stati membri assicurano che i procuratori europei delegati siano autorizzati a disporre o a chiedere le misure investigative» elencate, tra cui le consegne controllate.

La scelta di riferirsi al massimo e non al minimo edittale può peraltro suscitare perplessità visto che è il minimo l'indicatore della «minima gravità necessaria» del reato e quindi del disvalore attribuito dal legislatore[95].

---

[93] V. *supra*, Cap. III, sez. I, § 1.2.

[94] Sebbene nella versione italiana non sia chiaro il riferimento al massimo edittale, il richiamo è esplicito nella versione in lingua inglese. V. *supra*, § 1.2.1, in particolare la nota 28.

[95] La citazione è tratta da T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, p. 20, che svolge questa riflessione con riferimento all'adozione del criterio del massimo edittale per definire l'ambito di applicazione della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto. In argomento anche G. ALBERTI, voce *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in R. GAROFOLI, T. TREU (diretto da), *Il libro dell'anno del diritto 2016 Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2016.

Dando per presupposta la scelta delle parti contraenti dell'UNTOC (ripresa anche in alcuni atti di diritto eurounitario) di ancorare la misura della gravità al massimo edittale, sembra interessante a questo punto provare a verificare se i reati compresi nel catalogo *ex* art. 9 l. n. 146/2006 (prima delle modifiche del 2019) rispettino il criterio del massimo edittale non inferiore a quattro anni e rientrino quindi nella definizione di *serious crime* ai fini della Convenzione di Palermo.

Si considerano le norme attualmente vigenti, spesso frutto di numerosi interventi di modifica nel corso degli anni. Molte delle disposizioni richiamate dall'art. 9 cit. contengono per la verità diverse fattispecie incriminatrici, oppure disciplinano una fattispecie base e una o più circostanze aggravanti o attenuanti, sicché le cornici edittali previste possono risultare molto diverse tra loro, senza che ciò abbia indotto il legislatore a limitare l'esperibilità delle operazioni sotto copertura solo alle fattispecie più gravi o aggravate.

Senza considerare le circostanze attenuanti e aggravanti, il criterio della pena detentiva non inferiore nel massimo a quattro anni è innanzitutto soddisfatto per i delitti di cui agli artt. 473, co. 2; 474, co. 1; 629; 630; 644; 648-*bis* e 648-*ter* c.p.

Tra i delitti contro la personalità individuale previsti dal codice penale, la pena detentiva massima è uguale o superiore a quattro anni per i reati previsti dai seguenti articoli: 600; 600-*bis*, co. 1-2; 600-*ter*, co. 1-2; 600-*quinquies*; 601; 601-*bis*, co. 1, 2, 4; 602 e 603-*bis*.

La pena detentiva massima è superiore a quattro anni già per il delitto di cui al primo comma dell'art. 12 d.lgs. n. 286/1998, e la pena è aumentata qualora siano integrate le circostanze aggravanti previste dai commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, richiamati nell'art. 9.

Anche per le diverse fattispecie previste dall'art. 73 d.P.R. n. 309/1990 il massimo edittale è sempre di gran lunga superiore a 4 anni. È uguale a 4 anni solo per la fattispecie di lieve entità di cui al quinto comma.

Infine, il criterio è soddisfatto altresì con riferimento al delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 452-*quaterdecies* c.p.), per i reati in materia di prostituzione *ex* art. 3 legge 20 febbraio 1958, n. 75 e per alcuni reati in materia di armi, munizioni ed esplosivi (ad esempio artt. 1, 2, 2-*bis*, 3, 4, 6 l. n. 895/1967; art. 6 l. n. 694/1975).

La breve rassegna normativa appena svolta consente di constatare che il criterio del massimo edittale previsto dalla Convenzione di Palermo è rispettato per la maggioranza dei delitti ricompresi nell'ambito di applicazione dell'art. 9 l. n. 146/2006, ma non per tutti.

Tuttavia, considerato che in molti casi il criterio è soddisfatto solo con riferimento ad alcuni commi e che le disposizioni citate ricomprendono spesso anche circostanze aggravanti o attenuanti, non sembra che questa valutazione possa aver costituito per il legislatore – e possa oggi costituire per l'interprete – un criterio per raggruppare i reati interessati dalle operazioni sotto copertura. A favore di questa conclusione depone, del resto, anche la circostanza che molte delle fattispecie citate hanno subito numerose modifiche nel corso degli anni, modifiche che spesso sono consistite in un aumento di pena.

1.3.2. La gravità dei crimini nella letteratura criminologica: le conseguenze per la collettività e per le istituzioni pubbliche

Come già accennato[96], sebbene il riferimento ai *serious crimes* sia sempre più invalso in letteratura, non esiste un concetto condiviso di gravità dei crimini che consenta di sottoporre a vaglio critico le scelte del legislatore in punto di limiti edittali e, in senso più lato, le scelte di politica criminale sulle priorità del sistema penale. Misurare *oggettivamente* le conseguenze di un fenomeno criminale non è semplice: gli studiosi hanno avanzato molte proposte a riguardo[97], ma non esiste alcun sistema universalmente accettato.

Senza addentrarsi nel dibattito sul punto, si propone una riflessione sulle aree criminali interessate dalle operazioni sotto copertura, provando a verificare quali siano le conseguenze di tali fenomeni evidenziate in letteratura e su quali aspetti degli stessi venga posto l'accento per sottolinearne la gravità. L'ipotesi è che sebbene si tratti di reati posti a tutela di beni giuridici diversi, collocati in diversi Titoli del codice penale o nelle leggi speciali, tutti siano accomunati dal fatto di costituire un pericolo o un danno oltre che per

[96] V. *supra*, Cap. III, sez. I, § 2.

[97] Per un riepilogo dei diversi metodi con i relativi riferimenti bibliografici si rinvia a L. SHERMAN, P.W. NEYROUD, E. NEYROUD, *The Cambridge Crime Harm Index (CHI): Measuring Total Harm from Crime Based on Sentencing Guidelines*, in *Policing: A Journal of Policy and Practice*, 2016, Vol. 10(3), p. 173. Si veda anche A.J. ZOUTENDIJK, *Organised Crime Threat Assessments: A Critical Review*, in *Crime, Law and Social Change* 2010, 54(1), pp. 63-86, che si occupa dei rapporti di diverse agenzie governative o internazionali nei quali si cercano di misurare i rischi e le minacce causati dal crimine organizzato.

beni individuali, per le istituzioni, per la collettività e, in ultima analisi, per la sopravvivenza stessa dello Stato.

(a) Per alcuni fenomeni criminali si rinvengono in letteratura riferimenti precisi all'impatto *qualitativo* e *quantitativo*.

(b) Per altri, invece, l'analisi delle conseguenze si innesta sulla descrizione stessa del fenomeno e, dunque, si ricollega alle prime due ipotesi di lavoro già considerate. In altri termini, la pericolosità e la dannosità di determinate attività si ritengono insite nei (o derivanti dai) caratteri dei mercati illegali e delle organizzazioni criminali.

(a) Al primo gruppo di ipotesi appartiene il *riciclaggio*. Compreso tra i delitti contro il patrimonio previsti dal codice penale italiano, il reato di cui all'art. 648-*bis* c.p. è ritenuto *plurioffensivo*, in quanto ha un impatto che va ben oltre il patrimonio di un singolo soggetto. Il riciclaggio costituisce, infatti, un «moltiplicatore di criminalità dall'effetto destabilizzante»[98].

Da una prospettiva macroeconomica, il fenomeno del riciclaggio ha un effetto distorsivo della *concorrenza*, perché permette di disporre di liquidità a basso costo, con un conseguente effetto destabilizzante per il mercato, che perde selettività. Dal punto di vista microeconomico, le implicazioni del riciclaggio non sono meno importanti, traducendosi nell'acquisizione e nel mantenimento di posizioni di dominio illecitamente acquisite. L'effetto moltiplicatore di criminalità deriva dal fatto che il riciclaggio consente di trarre effettivamente l'utilità del reato presupposto: la possibilità di ripulire il denaro e perciò di disporne diviene un incentivo a delinquere ancora e accumulare altra ricchezza. Ricchezza che permetterà all'attore criminale in questione – come si è visto, spesso una organizzazione criminale – di crescere e radicarsi in un territorio, fino in taluni casi ad assumerne il controllo. La carriera criminale può così divenire ben più appetibile di una carriera lecita, perlomeno in termini economici[99].

In merito alle altre aree criminali, si è già detto dei proventi derivanti alle organizzazioni dedite (soprattutto nel periodo tra la fine degli anni Settanta e gli anni

[98] L'espressione citata è ripresa da R. CASTALDO, M. NADDEO, *Il denaro sporco*, cit., p. 32.

[99] *Ivi*, pp. 32-36. Gli Autori, ancora una volta con una efficace similitudine, scrivono che «il riciclaggio potrebbe essere immaginato come una pericolosa *testa d'ariete* in grado di aprire brecce lungo le ormai indebolite mura, che separano l'economia sana da quella illecita. è da tali 'intercapedini' che il soggetto sano rischierà di essere assorbito nell'emisfero dell'illecito; ovvero, che l'organizzazione criminosa potrà insinuarsi nell'economia sana, in essa confondersi e progressivamente impadronirsene. Da qui il passo verso l'infiltrazione 'politica' è breve…».

Ottanta) ai *sequestri di persona a scopo di estorsione*, reati che oltre a danneggiare la libertà individuale colpiscono anche il patrimonio delle vittime e arricchiscono i rapitori-estorsori, divenendo facilmente reati presupposto del riciclaggio o fonti di risorse da investire in altre attività illecite.

Un'altra area criminale di cui in letteratura viene evidenziata la gravità delle conseguenze è la *contraffazione*. Sebbene a prima vista possa apparire quasi innocua, essa ha in realtà conseguenze non solo dannose per l'economia, ma anche pericolose per la salute e la sicurezza dei consumatori. Le prime ad essere danneggiate dalla contraffazione sono le imprese, esposte a una perdita del volume di affari e di intere fette di mercato e al danno di immagine legato alla diffusione di prodotti che dovrebbero essere disponibili in una data quantità. Inoltre, risultano disincentivati gli investimenti per ricerca e sviluppo, la cui redditività viene falcidiata. I consumatori subiscono, invece, i pregiudizi legati alla mancanza di garanzie sulla qualità dei prodotti, con i conseguenti rischi per la salute e la sicurezza a cui si accennava, oltre che la perdita economica derivante dal rapporto qualità/prezzo sfavorevole e, appunto, privo di controlli di qualità[100].

(b) Per quanto riguarda le conseguenze legate alle caratteristiche dei mercati illegali e della criminalità organizzata, soffermarsi ulteriormente sulla disamina delle conseguenze dei fenomeni criminali interessati dalle operazioni sotto copertura a cui si attagliano tali ipotesi significherebbe in gran parte ripetere quanto già emerso nei paragrafi sui mercati illegali e sul crimine organizzato. La gravità degli stessi è invero connessa a tali caratteristiche e al pericolo che la complessità dei traffici e il potere acquisito dai gruppi criminali rappresenta per lo Stato, anche grazie alla capacità di muoversi nello scenario globale di questi attori, capacità di cui si dirà nel prossimo paragrafo.

1.4. La transnazionalità

Rimane da vagliare l'ipotesi della transnazionalità dei fenomeni criminali interessati dalle operazioni sotto copertura, una caratteristica frequentemente evidenziata in letteratura e richiamata dall'art. 83 TFUE, nonché, ancora prima, dalla Convenzione di Palermo.

[100] I rischi e i danni implicati dalla contraffazione sono descritti più nel dettaglio in S. IZZI, *Lotta alla contraffazione*, cit., pp. 75-79.

Come si è già detto, la UNTOC si applica ai reati indicati nell'art. 3, par. 1, quando il reato ha natura transnazionale e coinvolga un gruppo criminale organizzato. L'art. 3, par. 2 definisce i casi in cui un reato può essere considerato transnazionale:

> *«For the purpose of paragraph 1 of this article, an offence is transnational in nature if:*
> *(a) It is committed in more than one State;*
> *(b) It is committed in one State but a substantial part of its preparation, planning, direction or control takes place in another State;*
> *(c) It is committed in one State but involves an organized criminal group that engages in criminal activities in more than one State; or*
> *(d) It is committed in one State but has substantial effects in another State».*

La l. n. 146/2006 di ratifica della Convenzione di Palermo non ha mantenuto la scansione delle definizioni presente nel testo del trattato. Essa sembra invero aver mischiato le diverse nozioni contenute nella Convenzione in un'unica definizione di *reato transnazionale*, dettata dall'art. 3:

> «1. Ai fini della presente legge si considera reato transnazionale il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 4 anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché:
> a) sia commesso in più di uno Stato;
> b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato;
> c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato;
> d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato».

Il criterio della gravità legato al massimo edittale e il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato sono divenuti elementi *interni* al concetto di reato transnazionale, la cui definizione ha peraltro sollevato alcuni dubbi esegetici e sistematici in dottrina[101].

L'internazionalizzazione dei traffici illeciti e delle attività dei gruppi criminali viene spesso evidenziata come conseguenza per così dire naturale della globalizzazione e della caduta delle barriere commerciali che hanno riguardato anche l'economia lecita. Basti pensare alla nascita e allo sviluppo del mercato unico europeo e all'aumento degli scambi a livello globale reso possibile, tra l'altro, dal progresso tecnologico.

Ad esempio, nel rapporto SOCTA 2017 di Europol già più volte citato si afferma che «*OCGs are as varied as the markets they service and the activities they engage in. In many cases, OCGs reflect the societies, cultures and value systems they originate from.*

[101] Il riferimento è in particolare all'analisi di A. DI MARTINO, *Criminalità organizzata e reato transazionale, diritto penale nazionale*, cit., pp. 16-21.

As societies across Europe become more interconnected and international in outlook, organised crime is now also more connected and internationally active than ever before»[102].

Uno dei fenomeni criminali di cui in letteratura è maggiormente sottolineato il carattere transnazionale è il *riciclaggio*[103], la cui natura spesso già intrinsecamente internazionale è stata ulteriormente accentuata da alcune riforme che hanno interessato il sistema economico nel suo complesso: l'abbattimento dei controlli sui cambi, l'apertura dei mercati dei capitali con la conseguente integrazione dei mercati finanziari, il progresso tecnologico. Questi fattori hanno determinato un'oggettiva crescita delle opportunità e una riduzione del rischio dei controlli anche per le discrepanze tra i diversi ordinamenti nazionali, non tutti dotati dei medesimi strumenti di contrasto[104].

Anche altre aree criminali interessate dalle operazioni sotto copertura rientrano per loro stessa natura nella definizione di transnazionalità dettata dalla Convenzione di Palermo, i cui due Protocolli addizionali non a caso sono dedicati alla *tratta di persone*, al *traffico di persone* e al *traffico di armi*.

Con particolare riferimento alla tratta, in letteratura la natura transnazionale di tale fenomeno criminoso viene riconosciuta «sia perché è evidente che un fenomeno criminoso di tale complessità attuativa nella maggior parte dei casi è riconducibile a gruppi criminali che svolgono attività in più Stati, sia perché comunque le condotte criminose che lo compongono riverberano effetti in uno Stato diverso da quello del cosiddetto arruolamento, ricerca, approvvigionamento delle persone che sono destinate allo sfruttamento, Stato nel quale ha inizio il percorso migratorio della vittima, e comunque spesso le condotte criminose di fatto riverberano effetti in molteplici Stati»[105].

Anche lo *sfruttamento della prostituzione*, l'organizzazione di viaggi a fini di *turismo sessuale*, la *pedopornografia* e molti dei reati contro la libertà individuale sono essi stessi transnazionali o si inseriscono in una catena di reati che coinvolgono diversi Stati.

---

[102] Europol, *European Union serious and organised crime threat assessment*, cit., p. 13.

[103] Si veda ad esempio G. MORGANTE, *Sulla dimensione transnazionale del riciclaggio*, cit., pp. 461-462.

[104] Per approfondire il tema delle riforme che hanno favorito il processo di globalizzazione del riciclaggio si veda R. CASTALDO, M. NADDEO, *Il denaro sporco*, cit., pp. 10-13.

[105] E. ROSI, *La tratta di esseri umani e il traffico di migranti*, cit., p. 1989. Nello stesso senso anche G. CONZO, M. DE MARCO, *Riduzione in schiavitù*, cit., pp. 215-216.

Come già detto, la medesima considerazione si attaglia anche al *traffico illecito di rifiuti*, la cui diffusione su larga scala si deve spesso all'interessamento di organizzazioni criminali già dedite ad altre attività e attratte dagli ingenti profitti di questo settore di più recente emersione.

Quest'ultima considerazione ci consente di riflettere sull'utilità di considerare la transnazionalità come ipotesi di lavoro autonoma rispetto a quelle dei mercati illegali e del ruolo delle organizzazioni criminali.

Sebbene per le aree criminali citate il carattere transnazionale si leghi spesso al ruolo di organizzazioni criminali o reti criminali fluide in grado di operare in diversi Stati ed anzi di sfruttare gli ordinamenti di volta in volta più convenienti, considerare singolarmente tale caratteristica è comunque importante. Ci sono, invero, altre attività che, pur essendo in molti casi attività tipiche di associazioni criminali, e in particolare delle mafie, non possono essere definite transnazionali. Si pensi all'*usura*, all'*estorsione* e al *sequestro di persona a scopo di estorsione*. Storicamente, del resto, l'inclusione di questi crimini nell'ambito di applicazione delle operazioni sotto copertura ha costituito la reazione delle istituzioni a fronte di emergenze *nazionali*.

In conclusione, anche l'ipotesi della transnazionalità, similmente a quelle finora considerate, risulta verificata solo per alcune delle aree criminali interessate dalle operazioni sotto copertura.

Prima di provare a stilare un bilancio dell'analisi svolta pare utile soffermarsi su un'altra questione che spesso viene in rilievo come giustificazione di scelte di politica criminale pericolose per i diritti fondamentali dei consociati, tra cui quella di prevedere le operazioni sotto copertura. Si tratta del problema del campo oscuro.

2. Il campo oscuro e il ruolo proattivo della polizia

Come in parte già visto[106], sarebbe alquanto difficile giustificare la previsione di un mezzo investigativo come le operazioni sotto copertura, così invasivo della sfera individuale dei consociati e spesso anche pericoloso per gli appartenenti alla forza pubblica direttamente coinvolti, se fosse possibile farne a meno. Le caratteristiche e lo scopo delle operazioni sotto copertura sono quindi strettamente legati, quasi per

[106] V. *supra*, Cap. I, sez. II, § 2.

definizione, si potrebbe dire, a una (percepita o reale) *difficoltà di indagine e ricerca delle prove*. In effetti, la difficoltà di raccogliere prove in ordine alle organizzazioni criminali attive nei mercati illegali della droga è richiamata, ad esempio, nei lavori preparatori della l. n. 162/1990 per spiegare la *ratio* dell'art. 84-*bis* (poi divenuto art. 97 T.U. stup.).

Sebbene non sia possibile misurare in modo quantitativamente preciso se le operazioni sotto copertura possano effettivamente contribuire, almeno in parte, a rischiarare il campo oscuro, è utile ipotizzare le ragioni che si nascondono dietro alla difficoltà di scoprire alcuni reati, ragioni legate specialmente alla *scarsa propensione alla denuncia* degli stessi da parte dei privati.

È infatti proprio dalla denuncia dei privati, vittime o testimoni dei fatti criminosi, che scaturisce la maggioranza dei procedimenti penali, rispetto ai quali la polizia gioca un ruolo essenzialmente *reattivo*, ossia svolge un'attività conseguente alla ricezione della denuncia. Solo in pochi casi, invece, le indagini consistono in una attività di iniziativa della forza pubblica, cioè in un'attività *proattiva* della polizia. Casi sostanzialmente limitati alle due categorie dei «*reati senza vittima*» e dei «*reati con vittima anonima*», senza nome, nel senso che le vittime sono «innumerevoli ma non personalizzabili, perché coincidenti, al limite, con l'intera collettività (reati con bene giuridico superindividuale, diffuso, istituzionale, *white collar crimes*)»[107].

In ogni caso, anche operando questa distinzione, il processo di selezione della criminalità, che genera specularmente il campo oscuro, è sostanzialmente nelle mani della popolazione, perché il ruolo del denunciante *privato* rimane «soverchiante rispetto a quello proattivo delle istanze pubbliche»[108].

La ricerca criminologica ha quindi provato a risalire alle *motivazioni pubbliche e private* in cui affonda le radici la propensione alla denuncia e sembra interessante provare a verificare se le motivazioni individuate siano riferibili alle aree criminali ricomprese nell'ambito di applicazione dell'art. 9 l. n. 146/2006.

In estrema sintesi, la propensione alla denuncia dei privati deriva da una *valutazione costi-benefici*, che ricomprende anche il *costo morale*: «la vittima è orientata a informare le autorità del crimine subìto laddove ritenga che gli oneri che questa

[107] C. E. PALIERO, *«Minima non curat praetor»: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, CEDAM, Padova, 1985, pp. 242-243, citato anche in G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., pp. 404-406.

[108] C. E. PALIERO, *«Minima non curat praetor»*, cit., p. 246.

decisione comporta possano essere "ripagati" dai relativi vantaggi; raramente essa è motivata da una generale aspirazione al ristabilimento della giustizia, mirando piuttosto al perseguimento di vantaggi personali, di natura morale… o materiale»[109].

Ebbene, nell'ambito di applicazione delle operazioni sotto copertura rientrano sia reati con vittime dirette sia reati a vittima anonima, o meglio collettiva. Anche nel primo caso, però, – si pensi ad esempio all'*estorsione*, all'*usura*, al *traffico di esseri umani* – la vittima potrebbe non avere interesse a denunciare i reati e chiedere l'intervento dello Stato. Essa infatti potrebbe ritenere *non conveniente* esporsi e perdere i *vantaggi* che percepisce come *certi* (il credito nel caso dell'usura, la protezione degli estorsori, la protezione da altri attori criminali) per ottenere un *beneficio incerto* (la condanna dell'autore del reato e quindi la propria "liberazione") in cambio di un *costo certo*, coincidente non solo con la perdita dei suddetti vantaggi, ma anche, in molti casi, con l'esposizione a pericolo della propria persona e dei propri cari. Ancora una volta, dunque, viene in rilievo l'importanza della *certezza* della pena, più che la sua severità.

Ancora, si prenda il *traffico di persone*: la denuncia del trafficante può rivelarsi *controproducente* per il soggetto che mira a entrare illegalmente in uno Stato se non ha alcuna opportunità alternativa di giungervi legalmente. Anche la vittima rischia di perderci e di essere poi rimpatriata se non riesce a ottenere una forma di protezione internazionale, oltre a correre il pericolo di subire ritorsioni ai danni propri o dei parenti rimasti nel paese di origine.

In ordine alla *pedopornografia* e al *turismo sessuale*, le vittime dirette sono soggetti fragilissimi, magari bambini in tenera età, che spesso sono soggiogati ai loro aguzzini e riescono a denunciare i soprusi solo dopo molto tempo, e, come avviene anche per la *tratta di persone* e la *prostituzione*, può subentrare anche la paura di perdere quello che si ha, di sentirsi in trappola e senza alternative concrete offerte dalle istituzioni, oltre che esposti a rappresaglie su se stessi e sulle proprie famiglie.

Per quanto riguarda i mercati illegali e le organizzazioni e reti criminali che li animano, per definizione essi sono animati da *scambi commerciali illeciti*, da *accordi* tra soggetti tutti interessati alla *segretezza* dell'accordo stesso e alla *sicurezza* degli attori coinvolti. Se le agenzie del controllo formale riescono a spezzare anche solo un anello della catena aumenta il rischio di riuscire a ricollegarsi via via agli altri. La sicurezza è

[109] G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 409.

una priorità per le organizzazioni criminali, che anche per questo nella maggioranza dei casi non sono strutturate rigidamente e gerarchicamente. Esse formano, al contrario, delle reti a maglie larghe in cui i nessi più blandi sono quelli con i vertici[110].

Con riferimento ai reati economici, quali il *riciclaggio*, poi, sono stati evidenziati diversi fattori che contribuiscono a far arrancare il sistema repressivo, tra cui proprio la scarsa propensione alla denuncia legata a una *lieve percezione dei danni alla collettività* che esso comporta, oltre alle *carenze legislative*, alla *complessità delle condotte illecite* in esame e alle difficoltà probatorie dovute all'*elevato tecnicismo* delle indagini[111].

3. Un bilancio provvisorio: indizi di razionalità oltre l'orizzonte delle emergenze?

In chiusura, più che proporre una conclusione, si può provare a compilare una sorta di bilancio provvisorio dell'analisi sin qui svolta, evidenziandone i punti di forza e di debolezza e provando a enucleare le possibili *chiavi di lettura* della disciplina delle operazioni sotto copertura, che il legislatore ha poi modificato nuovamente nel 2019.

L'analisi della letteratura e dei rapporti di istituzioni, agenzie e gruppi di ricerca conduce a ritenere che tutte le ipotesi di lavoro formulate circa le affinità tra le aree criminali interessate dalle operazioni sotto copertura trovino effettivamente dei riscontri. Tuttavia, nessuna ipotesi si attaglia a tutti i fenomeni criminali, descrivendone compiutamente la *complessità*, neanche quella delle attività organizzate e predilette da organizzazioni criminali.

Sebbene quest'ultima sia l'ipotesi più accreditata tra quelle esaminate, non sembra un criterio sufficiente a parificare tutti i fenomeni criminali interessati dalle operazioni sotto copertura, a causa delle profonde differenze intercorrenti tra le organizzazioni criminali stesse, dovute anche al ruolo giocato sulla loro conformazione dalle peculiarità di ciascun mercato illegale. La ricerca empirica ha infatti mostrato come siano queste caratteristiche a determinare la struttura dei gruppi più spesso di quanto avvenga il contrario.

Le diverse ipotesi si presentano, quindi, *fortemente interconnesse* e solo combinate fra loro possono descrivere la complessità e i caratteri specifici di un

[110] V. *supra*, Cap. III, sez. I, § 1.2.1.
[111] R. DE LUCA, C. MACRÌ, B. ZOLI, *Anatomia del crimine in Italia*, cit., pp. 723-724.

determinato fenomeno criminoso. L'analisi criminologica mostra come i fenomeni criminali oggi ricompresi nell'art. 9 l. n. 146/2006 siano, in definitiva, *eterogenei* e spesso sì legati tra loro, ma per ragioni diverse: per il coinvolgimento dei medesimi soggetti, per la necessità di reinvestire o ripulire il denaro sporco già guadagnato, per ragioni legate all'aumento o alla diminuzione del rischio penale.

Gli elementi che forse più colpiscono dell'analisi svolta risiedono proprio nei *legami* e nelle *connessioni* tra i fenomeni criminosi considerati e nella loro attitudine, non singolarmente, ma nel loro *insieme*, a costituire dei *centri di potere* che spaventano lo Stato per la propria forza innanzitutto economica[112], ma anche politica e talvolta militare.

Occorre a questo punto chiedersi se le caratteristiche criminologiche emerse dall'analisi svolta possano spiegare la scelta del legislatore di prevedere le operazioni sotto copertura soltanto rispetto a un novero circoscritto di aree criminali.

Già il fatto che non emergano profili che accomunano tutte le aree criminali è in sé significativo come indice di *assenza di una pianificazione razionale* dell'ampliamento dell'ambito di applicazione delle operazioni sotto copertura. Ne è una dimostrazione, del resto, anche la stratificazione normativa creatasi all'esito dei numerosi interventi operati a partire dagli anni Novanta, a cui solo in parte si è posto rimedio con l'introduzione dell'art. 9 l. n. 146/2006. Gli interventi normativi sembrano inserirsi in un *trend normativo emergenziale* che ha condotto al trasferimento di molti reati "dal primo al secondo binario", dal binario delle regole processuali e penitenziarie ordinarie a quello della disciplina derogatoria pensata in origine, negli anni Novanta, per contrastare la criminalità organizzata di tipo mafioso e il grande traffico di sostanze stupefacenti.

---

[112] Non a caso nella «risoluzione Falcone» adottata all'unanimità su proposta italiana al termine della Conferenza delle Parti tenutasi a Vienna nel 2020 per il ventennale della Convenzione ONU sulla criminalità organizzata transnazionale gli Stati riconoscono l'importanza e si impegnano a implementare la regola sintetizzabile in «*follow the money*». Si legge nella Risoluzione (§ 4): «Calls upon *States parties to effectively address links between organized crime and other serious crimes which fall within the scope of application of the Convention, including corruption and money-laundering, as well as illicit financial flows related to proceeds of crimes covered by the Convention*». Il § 6 recita: «Calls upon *States parties, in accordance with the fundamental principles of their domestic legislation and with article 4 of the Convention, to conduct proactive investigations, including by investigating the movements of proceeds of crime and using financial investigative tools, in order to identify and disrupt any possible linkages between existing and emerging manifestations of transnational organized crime, money-laundering and the financing of terrorism, and effectively prosecute those crimes, in accordance with their national legislation*». Il testo dei paragrafi citati è riportato in nota in A. BALSAMO, *Il contrasto internazionale alla dimensione economica della criminalità organizzata: dall'impegno di Gaetano Costa alla "risoluzione Falcone" delle Nazioni Unite, in Sistema penale*, 12 novembre 2020, p. 20, cui si rinvia anche per l'analisi dettagliata dei contenuti della Risoluzione.

In altre parole, a delimitare il perimetro applicativo delle operazioni sotto copertura sembra aver contribuito storicamente non tanto la volontà di parificare certi fenomeni criminali per le loro caratteristiche criminologiche, quanto quella di dare una *risposta eccezionale a fenomeni ritenuti eccezionali in un determinato momento* in seguito, ad esempio, a eventi particolarmente eclatanti (si pensi alle stragi del 1992) o a spinte sovranazionali (si pensi alla pedopornografia, alla tratta di persone e al traffico di persone o al riciclaggio). L'eccezionalità del momento ha di volta in volta reso possibile giustificare la previsione di uno strumento particolarmente invasivo e ha consentito allo stato di mostrare all'opinione pubblica la forza della propria risposta.

Ciò non significa che l'ambito di applicazione che ne è risultato non rifletta oggi qualche profilo di razionalità. Dalla prassi emerge, infatti, come le aree criminali rispetto alle quali sono previste le operazioni sotto copertura diano origine a notevoli difficoltà probatorie per la bassa propensione alla denuncia che le caratterizza, difficoltà da cui può scaturire la scelta di affidare un ruolo proattivo alle forze di polizia.

Si tratta di un'esigenza evidenziata anche con riferimento alla corruzione, da ultimo aggiunta nel 2019 all'ambito di applicazione dell'art. 9 l. n. 146/2006. Anche rispetto a quest'ultima è, dunque, utile chiedersi se le sue caratteristiche criminologiche spieghino la previsione delle operazioni sotto copertura. Il prossimo capitolo prova a rispondere a tale interrogativo

CAPITOLO V

Il più recente ambito applicativo delle operazioni sotto copertura: la corruzione

SOMMARIO: 1. Il contesto empirico: dato statistico *versus* dato percettivo – 1.1. Il fenomeno corruttivo in letteratura tra passato e presente – 1.2. La misura della corruzione – 1.2.1. Le misure oggettive – 1.2.2. Le misure soggettive – 2. La plasticità della corruzione: reato-fine *versus* reato-mezzo – 3. La corruzione dal primo al secondo binario: il *trend* normativo di assimilazione selettiva alla criminalità organizzata fino alla l. n. 3/2019 – 3.1. L'evoluzione normativa prima del 2019 – 3.1.1. L'assimilazione con riferimento alla confisca allargata e alle misure di prevenzione – 3.1.2. La mancata assimilazione nelle norme sulle indagini preliminari (artt. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater*, e 407, co. 2, lett. a), c.p.p.) – 3.2. La l. n. 3/2019 – 3.2.1. Brevi cenni sulle novità più espressive dello *spirito* della legge c.d. "spazzacorrotti" – 3.2.2. Gli interventi sui mezzi investigativi. L'impiego delle operazioni sotto copertura contro la corruzione da proposta a realtà normativa. L'art. 9 l. n. 146/2006 all'esito delle modifiche introdotte nel 2019 – 4. Considerazioni conclusive.

«[…] Così tutte le forme d'illecito,
da quelle più sornione a quelle più feroci,
si saldavano in un sistema che aveva
una sua stabilità e compattezza e coerenza
e nel quale moltissime persone
potevano trovare il loro vantaggio pratico,
senza perdere il vantaggio morale
di sentirsi con la coscienza a posto.
Avrebbero potuto dunque dirsi unanimemente felici,
gli abitanti di quel paese, non fosse stato
per una pur sempre numerosa categoria di cittadini,
cui non si sapeva quale ruolo attribuire:
gli onesti. *[…]»*
Italo Calvino, *Apologo sull'onestà nel paese dei corrotti*[1]

Come più volte accennato, la l. n. 3/2019 ha esteso la possibilità di esperire le operazioni sotto copertura ad alcuni delitti contro la pubblica amministrazione e specialmente – per quanto qui interessa – alla corruzione, ampliando l'ambito di applicazione dell'art. 9 l. n. 146/2006.

[1] L'apologo, pubblicato dal quotidiano *la Repubblica* il 15 marzo 1980, è incluso nella raccolta I. Calvino, *Romanzi e racconti* (a cura di M. Barenghi e B. Falcetto), vol. 3, *Racconti e apologhi sparsi*, i Meridiani, Arnoldo Mondadori editore, Milano, 1994, pp. 290-293. Nell'antologia è riportato anche il titolo *La coscienza a posto*, che compare come titolo originale registrato nel Taccuino dell'Autore. L'apologo si può leggere online al seguente link: <http://temi.repubblica.it/micromega-online/italo-calvino-racconta-la-controsocieta-degli-onesti/> (ultimo accesso novembre 2020). Esso è citato dal Dott. Giuseppe Pignatone nel Suo intervento nell'ambito del webinar *La corruzione da Tangentopoli a Mafia Capitale* del 23 ottobre 2020. Il video del seminario è disponibile a: <https://www.sistemapenale.it/it/webinar/corso-anticorruzione-lezione-corruzione-tangentopoli-mafia-capitale> (ultimo accesso novembre 2020).

Si tratta di una scelta politico-criminale già oggetto di attenzione in dottrina negli anni passati e che figurava in alcune proposte di legge presentate negli ultimi cinque anni e poi non approvate.

Dall'analisi criminologica svolta è emersa la *complessità* delle aree criminali ricomprese nell'art. 9 l. n. 146/2006 già prima dell'entrata in vigore della l. n. 3/2019, una caratteristica – la complessità – che si attaglia anche alla corruzione, oggetto di questo quinto e ultimo capitolo. La corruzione merita un approfondimento perché presenta delle peculiarità rispetto alle altre aree criminali già ricomprese nel campo applicativo delle indagini sotto copertura, sia come *reato*, sotto il profilo della struttura della fattispecie, sia come *fenomeno criminale*, in relazione, ad esempio, alle sue dinamiche di diffusione e, di conseguenza, alle strategie di prevenzione e contrasto.

Anche rispetto alla corruzione è pertanto utile chiedersi se le sue caratteristiche criminologiche spieghino la previsione delle operazioni sotto copertura e se emergano delle affinità e dei legami con le altre aree criminali già ricomprese nel catalogo di cui all'art. 9 l. n. 146/2006.

Invero, con particolare riguardo ai rapporti tra corruzione e criminalità organizzata, semplice e di tipo mafioso, si percepisce un «vitale bisogno di chiarezza»[2], a fronte, in primo luogo, della difficoltà di definire entrambi i fenomeni criminosi e, di conseguenza, della problematicità di offrirne una descrizione legale precisa e tassativa. In secondo luogo, dal punto di vista empirico, Vincenzo Mongillo ha qualificato la dinamica criminologica dei rapporti tra organizzazioni criminali e corruzione come «un'attrazione elettiva». Tale dinamica si concretizza, da un lato, nella «mafia imprenditrice», che sostituisce la violenza con la corruzione per guadagnare spazio in nuovi territori e nuovi mercati, dall'altro, in «"comitati d'affari" più o meno stabili, che vedono coinvolti privati e funzionari ad essi asserviti», in cui la distinzione di ruoli tra corrotto e corruttore tende a dissolversi[3].

Questo scenario merita di essere approfondito, considerata la notevole influenza che le ricorrenti affermazioni sui legami empirici tra corruzione e criminalità organizzata hanno esercitato ed esercitano sulle scelte di politica criminale del legislatore. Secondo Mongillo, si assiste a un «inarrestabile processo osmotico tra lotta alla criminalità

[2] V. MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, cit., pp. 160-161.
[3] *Ibidem.*

organizzata e lotta alla corruzione»[4], in cui si inserisce anche la l. n. 3/2019, che non solo ha esteso la possibilità per gli inquirenti di ricorrere alle operazioni sotto copertura, ma ha anche introdotto alcuni strumenti riconducibili al diritto penale premiale, nonché alla previsione del regime ostativo di esecuzione della pena detentiva di cui all'art. 4-*bis* l. n. 354/1975.

Accanto all'analisi criminologica della corruzione, funzionale a confrontare quest'ultima con le aree criminali esaminate nel capitolo precedente, sotto il profilo normativo si considerano pertanto le tappe che hanno segnato l'evoluzione normativa degli strumenti di contrasto della corruzione per scandire i passaggi del *trend* normativo di assimilazione della corruzione alla criminalità organizzata, specie di tipo mafioso, iniziato nel 2006.

1. Il contesto empirico: dato statistico *versus* dato percettivo

La «costanza spazio-temporale della corruzione» è un dato pacifico di cui danno atto anche le più recenti indagini empirico-criminologiche riguardanti tale fenomeno criminale[5]. Ciononostante, spesso i discorsi sulla corruzione in Italia prendono le mosse dagli anni Novanta, dall'indagine milanese divenuta nota come *Mani pulite*, la quale ha scoperchiato il sistema corruttivo in cui erano coinvolti numerosi politici e imprenditori e che, pur nella sua problematicità, rappresenta tutt'oggi un *punto di riferimento*, un termine di paragone per verificare *se* e *come* la corruzione sia cambiata e che effetto abbia sortito quell'indagine sul lungo periodo[6].

Conviene partire, dunque, dal bilancio emerso dalla estesa indagine empirica sul periodo di Mani Pulite svolta da Piercamillo Davigo e Grazia Mannozzi. Con le parole di

---

[4] . MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, cit., p. 184.

[5] Lo ricordano in apertura delle proprie opere F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 14-17; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, ESI, Napoli, 2012, p. 3, ai quali si rinvia anche per i riferimenti bibliografici sul tema. Più recentemente V. MONGILLO, *Il contrasto alla corruzione. Tra suggestioni del "tipo d'autore" e derive emergenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, (2), pp. 970-971. V. anche R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2018, pp. 16-20.

[6] Si vedano, in particolare, *ex pluribus*, G. FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente: la corruzione come sistema a dieci anni da mani pulite, Milano, Vita e Pensiero*, 2003; D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Mani impunite. Vecchia e nuova corruzione in italia*, Laterza, Roma-Bari, 2007; N. AMORE, *L'eredità di Mani Pulite nel contrasto alla corruzione sistemica. Una breve ricognizione politico-criminale della legislazione anticorruzione degli ultimi trent'anni,* in *disCrimen*, 27 novembre 2019, pp. 1-47.

Vittorio Grevi, il cuore dell'indagine può essere riassunto in tre punti[7]. Il primo è che gli strumenti propri del diritto penale e del processo penale sono stati gli unici funzionanti sul fronte della illegalità delle strutture pubbliche[8]. Il secondo è la constatazione dell'intreccio tra corruzione e criminalità organizzata soprattutto in alcune zone del paese. Infine, si è dovuto prendere atto che i risultati concreti delle indagini, perfino nel periodo più intenso di Mani pulite e fino al 2007 (il periodo considerato nello studio è quello compreso tra il 1983 e il 2007), sono stati inferiori alle attese a causa dell'elevato numero di crimini scoperti e accertati, ma non divenuti oggetto di una condanna definitiva, spesso per via della prescrizione.

Come si vede, entrano in gioco numerose questioni, fra cui i rapporti tra politica e magistratura, il ruolo dei mezzi di comunicazione di massa[9] e il nodo della relazione tra corruzione, criminalità economica e criminalità organizzata, semplice e di tipo mafioso. Sotto il profilo più strettamente penalistico, inoltre, si pone il problema della effettività del sistema dei reati contro la pubblica amministrazione previsto dal codice Rocco e della discrasia creatasi tra dottrina e giurisprudenza, nonché della legittimità di alcune

[7] V. GREVI, *Prefazione. Fenomeno corruttivo e contesto sociale*, in P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia: percezione sociale e controllo penale, Laterza, Roma-Bari,* 2007, p. VII. Sulla «debolezza di Tangentopoli» si veda anche, insieme agli studi già citati, D. NELKEN, *Tangentopoli*, in M. BARBAGLI, U. GATTI (a cura di), *La criminalità in Italia*, il Mulino, Bologna, 2010, pp. 63-65.

[8] Sergio Moccia svolge considerazioni simili in ordine alla lotta contro la criminalità organizzata, ambito in cui «la crisi di legalità e di legittimità, che ha investito vasti settori del sistema, ha condotto a una sovraesposizione della magistratura, contestualmente gravata di compiti nuovi e investita di maggiori poteri». V. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 3.

[9] Carlo Enrico Paliero evidenzia, accanto alle differenze che distinguono il sistema penale e il sistema mediatico, una serie di analogie, che, invece, li accomuna. Entrambi, invero, sono sistemi «comunicativi, e reciprocamente comunicativi, attraverso un sistema circolare di trasporto delle informazioni e/o degli stereotipi»; inoltre, entrambi inducono consenso, seppure in modo differenziato. Il sistema penale mediante una «stabilizzazione delle aspettative», il sistema mediatico mediante la produzione di una seconda realtà. Entrambi i sistemi, poi, producono realtà sociale, ciascuno attraverso il proprio potere definitorio: basti pensare alla definizione penalistica di ciò che è reato e al concetto mediatico di criminalità. Un'altra caratteristica in comune è l'orientamento alla patologia sociale, ossia ai fenomeni che esulano dalla normalità delle regole sociali consolidate. Riguardo a Tangentopoli, l'A. ritiene che lo scambio corruttivo sistematizzato fra politica e affari avrebbe dovuto essere rielaborato in modo disaggregato, come costellazione di condotte individuali. Al contrario, esso è stato metabolizzato dal sistema sociale come azione collettiva, bersaglio e oggetto dello scontro tra la magistratura e la classe politica, scontro condotto con le armi del diritto penale. Anche nella rappresentazione mediatica al sistema penale è stato affidato il compito di realizzare una palingenesi del sistema sociale. V. C. E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed «effetti penali» dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 515-518; 509-510. Per approfondire si rinvia anche al contributo G. FORTI, R. REDAELLI, *La rappresentazione televisiva del crimine: la ricerca criminologica*, in G. FORTI, M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Vita e Pensiero, Milano, 2005, pp. 3-189.

interpretazioni giurisprudenziali adeguatrici alla realtà criminologica emersa dalle indagini[10].

Oggi è profondamente diverso, sotto taluni profili forse perfino irriconoscibile, il coacervo normativo in cui deve muoversi l'interprete, soprattutto a seguito della l. n. 190/2012[11]. Senza contare che la globalizzazione dei mercati[12] e, parallelamente, l'accresciuto interesse per la corruzione degli organismi internazionali, a partire dalle Nazioni Unite, hanno esercitato una profonda influenza anche sugli ordinamenti statali: «proprio il crimine organizzato, la corruzione e il crimine transnazionale sono divenuti tre capitoli fondamentali del c.d. *diritto penale della globalizzazione*»[13].

A distanza di anni, nonostante i numerosi mutamenti intervenuti tanto dal punto di vista normativo quanto sotto il profilo criminologico, sono rimaste immutate le *difficoltà metodologiche* legate alla *definizione* e alla *misurazione* della corruzione.

È pertanto opportuno soffermarsi anzitutto su tali problematiche, considerando non solo la letteratura in argomento, ma anche i dati disponibili più recenti relativi agli indicatori oggettivi e soggettivi della corruzione.

---

[10] Si vedano, ad esempio, le considerazioni a suo tempo svolte in G. FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pp. 476-510.

[11] Per un affresco delle novità introdotte da tale legge si rinvia, per tutti, a F. CINGARI (a cura di), *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze University Press, Firenze, 2013.

[12] V. MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, cit., p. 162, a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici. L'A. sottolinea come «La *globalizzazione economica*, oltre a far erompere le pratiche corruttive nei traffici internazionali, ha spogliato le attività della criminalità organizzata dell'originaria dimensione "rurale". Ormai le associazioni criminali hanno assunto la fisionomia di una potenza transnazionale del tutto speculare a quella delle società multinazionali. Generano una criminalità pandemica, alimentata dai progressi della tecnica, dalla caduta delle barriere territoriali, dal passaggio repentino e incontrollato dal comunismo al capitalismo nei Paesi dell'Est, dai flussi migratori di massa, dalla possibilità di stringere accordi con organizzazioni criminali geograficamente lontane, dal dilagare di realtà statuali fragili, ecc.». Già in passato il medesimo Autore si era occupato approfonditamente dell'argomento nella già citata monografia V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., p. 5, in cui si dà conto di come «il processo di globalizzazione dell'economia abbia accresciuto esponenzialmente non solo le occasioni di contatto delle società multinazionali con soggetti pubblici stranieri o internazionali, ma anche la possibilità di frazionare l'*iter criminis* in più territori nazionali (…)».

[13] V. MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, cit., p. 162. L'A. ha messo in evidenza l'importanza dei numerosi strumenti sovranazionali in materia di corruzione, vincolanti e non, sia sotto un profilo *culturale* (avendo contribuito a porre l'accento sulla pericolosità della corruzione e dunque sulla necessità di contrastarla con strumenti eccezionali), sia dal punto di vista *programmatico*, poiché esercitano una notevole influenza sull'agenda dei legislatori degli ordinamenti nazionali. Così V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, (5), pp. 235-236. Il «dinamismo internazionale» nel contrasto alla corruzione è evidenziato anche in F. CINGARI, *Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione*, in F. PALAZZO, *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze University Press, Firenze, 2011, pp. 24-25.

1.1. Il fenomeno corruttivo in letteratura tra passato e presente

Come anticipato, è rimasta immutata nel corso del tempo la difficoltà di definire la corruzione come *grandezza empirica*, a prescindere dai limiti descrittivi della *grandezza normativa* connaturati alle norme codicistiche[14], alle definizioni dettate dalle Convenzioni internazionali[15] e dagli atti di diritto eurounitario[16]. Il sistema culturale penale, infatti, *stereotipizza* i fenomeni oggetto della sua rappresentazione, creando degli «*Idealtipi* di conflitto» rigidi e stabili nel tempo. La rappresentazione penalistica, inoltre, è autoreferenziale, poiché *autoproduce* e *autoesclude* alcune parti della realtà sociale[17]. Senza considerare il «quadro assai frastagliato e inevitabilmente disorganico di disposizioni, nozioni, definizioni e obblighi di incriminazione» creatosi a livello

[14] Solo per maggiore chiarezza esplicativa si riporta qui il testo degli articoli 318 e 319 c.p. Art. 318 c.p., *Corruzione per l'esercizio della funzione*: «Il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da tre a otto anni». Art. 319 c.p., *Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*: «Il pubblico ufficiale, che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei a dieci anni».

[15] L'art. 15 della *United Nations Convention against corruption*, sotto la rubrica *Bribery of national public officials,* «Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally: *(a)* The promise, offering or giving, to a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties; *(b)* The solicitation or acceptance by a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties.

[16] L'art. 4, par. 2, della *Direttiva (UE) 2017/1371 (cd. Direttiva PIF) del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*, prevede che «Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché, se internazionali, la corruzione passiva e la corruzione attiva costituiscano reato. a) Ai fini della presente direttiva, s'intende per "corruzione passiva" l'azione del funzionario pubblico che, direttamente o tramite un intermediario, solleciti o riceva vantaggi di qualsiasi natura, per sé o per un terzo, o ne accetti la promessa per compiere o per omettere un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste in un modo che leda o possa ledere gli interessi finanziari dell'UE. b) Ai fini della presente direttiva, s'intende per "corruzione attiva" l'azione di una persona che prometta, offra o procuri a un funzionario pubblico, direttamente o tramite un intermediario, un vantaggio di qualsiasi natura per il funzionario stesso o per un terzo, affinché questi compia o ometta un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste in un modo che leda o possa ledere gli interessi finanziari dell'UE». In dottrina si è notato come rispetto alla definizione dettata dal primo Protocollo della Convenzione PIF del 1995 sia scomparso il riferimento all'antidoverosità dell'atto, il quale però rimane centrale nella definizione di corruzione. È stato inoltre inserito il riferimento all'intervento di intermediari nella commissione del reato. Così V. MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, cit., p. 167.

[17] C. E. PALIERO, *La maschera e il volto*, cit., p. 514.

sovranazionale per effetto della proliferazione e stratificazione normativa mirante a riavvicinare gli ordinamenti degli Stati nazionali[18].

Gli studi di diritto comparato hanno permesso di evidenziare come le diverse concezioni normative siano riconducibili essenzialmente a tre diversi modelli di corruzione[19]:

(a) il modello *agent-principal*, incentrato sulla violazione del dovere fiduciario che lega un soggetto a un altro a beneficio di un terzo estraneo;

(b) il modello *politico-amministrativo*, che evidenzia quanto la corruzione costituisca un pericolo per i processi decisionali della pubblica amministrazione;

(c) il modello *basato sul mercato*, che mette in luce il pregiudizio recato dalla corruzione alla concorrenza leale sui mercati nazionali e internazionali.

Nelle esperienze giuridiche anglosassoni, poi, si usa distinguere tra *bribery*, ossia la corruzione in senso stretto, intesa come scambio o mercimonio illecito, e *corruption*, che corrisponde a un'accezione più ampia, comprensiva degli abusi di potere per scopi privati[20].

A livello internazionale, la Banca Mondiale adotta una definizione di corruzione che si ritrova anche in altri testi di organismi e istituzioni:

> «Nel contesto di un'organizzazione, la parola corruzione si riferisce all'abuso del proprio potere per fini personali da parte di individui investiti da parte dell'organizzazione stessa del potere decisionale. La corruzione ricorre nelle organizzazioni sia pubbliche sia private. Può essere descritta come vendita di una decisione in cambio di una tangente, il cui valore compensa i rischi e il costo morale derivanti dal tradimento dell'istituzione. La decisione comprata è diversa da quella che sarebbe stata presa (altrimenti non vi sarebbe ragione di pagare una tangente). Direttamente o indirettamente, le decisioni corrotte distorcono l'amministrazione e la gestione dell'organizzazione e ne ostacolano lo sviluppo. La corruzione è spesso incoraggiata da coloro che beneficiano della decisione deviata, innanzitutto il corruttore, e sia quest'ultimo sia l'ufficiale corrotto sono responsabili delle conseguenze della stessa»[21].

---

[18] V. MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, cit., p. 165.

[19] V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., pp. 32-33.

[20] V. MONGILLO, *Il contrasto alla corruzione. Tra suggestioni del "tipo d'autore" e derive emergenziali*, cit., pp. 969 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici.

[21] Traduzione nostra della definizione citata ad esempio in T. SØREIDE, *Drivers of Corruption: A Brief Review*, World Bank Study, Washington D.C., 2014, disponibile a: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/20457> (ultimo accesso novembre 2020). È interessante notare che sembra essere considerata corruzione solo la corruzione impropria poiché per un atto conforme ai doveri d'ufficio – si dice – non vi sarebbe bisogno di pagare alcuna tangente. Si riporta anche il testo originale: «*In the context of an organization, the word corruption refers to how individuals entrusted with authority to make decisions on behalf of the organization misuse their position for personal gain. Corruption occurs in both public and private organizations. It can be understood as a decision "sold"*

Sempre in ambito internazionale è poi diffusa la contrapposizione tra *grand corruption* e *petty corruption*. *Transparency International*, ad esempio, definisce la «*petty corruption*» come «abuso quotidiano di potere da parte di pubblici funzionari nei loro rapporti con i cittadini che cercano di avere accesso a servizi e beni fondamentali, ad esempio negli ospedali, nelle scuole e nelle centrali di polizia». Essa si contrappone alla *grand corruption*, ossia «l'abuso di una funzione di alto livello di cui beneficiano pochi soggetti a scapito della collettività e che causa un grave e diffuso danno ai singoli e alla società nel suo insieme. Spesso rimane impunita»[22].

Le ultime definizioni citate, invalse nel panorama internazionale, introducono al problema della nozione di corruzione in un'ottica di «*integrazione* tra *diritto penale* e *scienze empiriche*»[23]. Nel corso degli anni, più che una definizione precisa di corruzione, sono state enucleate le caratteristiche in base alle quali *classificare* le diverse forme di corruzione, per provare quantomeno a *descrivere* ordinatamente il fenomeno, le sue cause e le sue conseguenze[24]. Le descrizioni della corruzione possono a loro volta essere classificate sulla base di alcuni fattori *interni* ed *esterni* al fenomeno, di volta in volta considerati come centrali.

(a) *Norme giuridiche, opinione pubblica, interesse collettivo*. Alberto Vannucci ha distinto la definizione della corruzione sulla base delle norme giuridiche, da quella

---

to benefit the briber, while the bribe payment compensates for the decision maker's risks and moral cost of betraying the institution. The "bought" decision deviates from what the institution would otherwise have decided (if not, there would be no reason to pay a bribe). Directly or indirectly, such corrupt decisions distort governance and bureaucratic administration — and hinder development. Corruption is often encouraged by those who benefit from distorted decisions — the bribers — and both the bribers and the officials who accept the bribes are responsible for the consequence».

[22] Traduzione nostra delle definizioni riportate sul sito di *Transparency International*, disponibile a: <https://www.transparency.org/en/corruptionary> (ultimo accesso a novembre 2020).

[23] Tale prospettiva, già teorizzata da Von Liszt nei primi anni del secolo scorso nel Programma di Marburgo è infatti considerata tutt'oggi irrinunciabile e anzi necessita di sempre maggiori sforzi anche da parte dei penalisti, considerati i risultati nel complesso deludenti della sua attuazione pratico-operativa, come già auspicato da G. MANNOZZI, *Combattere la corruzione: tra criminologia e diritto penale*, *in Dir. pen. e proc., 2008, p. 775.*

[24] La difficoltà di definire compiutamente la corruzione è evidenziata da più parti. Si vedano, ad esempio E. GALLI, N. FIORINO, *Misurare la corruzione e la trasparenza: un'impresa possibile*, in M. GNALDI, B. PONTI (a cura di), *Misurare la corruzione oggi. Obiettivi, metodi, esperienze*, Franco Angeli, Milano, 2018, disponibile in *open access* a <http://ojs.francoangeli.it/_omp/index.php/oa/catalog/book/310>, p. 64 (ultimo accesso novembre 2020) Sulla problematicità, anche ai fini della comparazione tra gli Stati membri dell'Unione europea, della definizione della corruzione, si veda Center for the Study of Democracy, *Examining the Links Between Organised Crime and Corruption*, 2010, disponibile a: <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/doc_centre/

crime/docs/study_on_links_between_organised_crime_and_corruption_en.pdf>, p. 28 (ultimo accesso novembre 2020).

fondata sui criteri dell'opinione pubblica e dell'interesse collettivo. Se per il *diritto penale* la corruzione è definita dalle norme del codice (si pensi, dunque, innanzitutto agli artt. 318 e 319 c.p.), la *pubblica opinione* qualifica come corruzione «qualsiasi condotta che entri in conflitto con il tessuto di valori sociali e di regole non scritte che qualificano l'esercizio di funzioni pubbliche. Corrotte, in altri termini, sono quelle attività giudicate tali dai cittadini e per questo tenute celate, visto che suscitano allarme quando vengono alla luce»[25]. La definizione ancorata al concetto di *interesse collettivo* risulta, se possibile, ancora più vaga, proprio per le sue fragili fondamenta, non essendo chiaro cosa debba intendersi per interesse pubblico[26]. Per ovviare al *deficit* di chiarezza delle definizioni puramente teoriche della corruzione, è stata proposta l'immagine del corrotto come *Arlecchino servitore di due padroni* e della corruzione come «gioco a tre». Il corrotto, infatti, tradisce il proprio padrone, mettendosi segretamente al servizio di un secondo padrone, il corruttore[27].

(b) *Struttura sinallagmatica del fatto tipico*. La corruzione è un crimine *consensuale* poiché implica uno *scambio* o una *transazione* di beni e servizi tra adulti consenzienti, i quali non hanno interesse a denunciare l'attività svolta, non ritenuta dannosa dalle parti. L'interesse a denunciare è strettamente legato all'interesse che *ex ante* ha indotto a commettere il reato.

(c) *Dinamiche di diffusione*. La corruzione si caratterizza per la sua *natura circolare*, replicante e autoreplicante[28]. Donatella Della Porta e Alberto Vannucci hanno parlato di *effetto valanga*: la corruzione, «superata una soglia critica, tende ad avvitarsi su se stessa e, se non adeguatamente contrastata, a permeare interi settori dell'amministrazione pubblica, del sistema economico e della società civile. Dietro questa affermazione allargata c'è, in ultima analisi, l'affermarsi di valori, aspettative, comportamenti che penalizzano le condotte "oneste" e, più o meno esplicitamente, incoraggiano e assecondano quelle favorevoli alla corruzione»[29]. Ancora, Piercamillo Davigo descrive la corruzione come *seriale* e *diffusiva*: si parla di «serialità, perché si tratta di un reato tendenzialmente ripetuto infinite volte» e di diffusività perché «dove c'è

[25] A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione.* Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2012, p. 19.
[26] *Ivi*, p. 22.
[27] A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, cit., p. 22.
[28] G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., pp. 412-413.
[29] D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Mani impunite. Vecchia e nuova corruzione in italia*, cit., p. 22; A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, cit., p. 156.

un corrotto presto o tardi ve ne saranno altri, fino a quando saranno le persone perbene a doversi fare da parte»[30].

(d) *Contesto sottoculturale e propensione al ricorso a tecniche di neutralizzazione*. Nella criminalità politico-amministrativa si può osservare l'applicazione di *tecniche di neutralizzazione* del costo morale della corruzione, come dimostrano, ad esempio, le giustificazioni a suo tempo addotte da molti protagonisti di Tangentopoli[31]. La scarsa propensione alla denuncia dei delitti di corruzione è stata ricondotta altresì al *contesto sottoculturale* in cui si svolgono gli scambi corruttivi. La teoria di Cohen pare infatti poter spiegare la nascita della scelta criminale di corrompere: la «sinergia tra "situazione" – contesto politico-imprenditoriale in cui prevalgono le definizioni favorevoli alla violazione di alcune norme penali – e "quadro di riferimento" – percezione debole dell'antigiuridicità della corruzione e della sua dannosità sociale – innescherebbe la spirale criminosa»[32]. La *sottocultura normativa della corruzione* rappresenta, quindi, un fattore *endogeno* che dà origine e alimenta la spirale corruttiva.

(e) *Cause esogene legate alla funzionalità della pubblica amministrazione*. La spirale corruttiva è nutrita altresì dalle caratteristiche dell'organizzazione e del funzionamento della pubblica amministrazione (la commistione tra politica e amministrazione, i conflitti di interessi, la debolezza e il malfunzionamento degli apparati pubblici per la crisi dei corpi tecnici o professionali e per l'oscurità della disciplina amministrativa), da alcune caratteristiche strutturali delle imprese e del contesto produttivo italiano, nonché dalla presenza delle organizzazioni criminali[33]. La corruzione

[30] Così P. DAVIGO, *Il sistema della corruzione*, Laterza, Roma-Bari, 2017, p. 27.

[31] Le dichiarazioni citate sono riportate in G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., pp. 505-506.

[32] P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., pp. 37-40. Gli Autori ritengono infatti possibile parlare di una *sottocultura dominante*. Invero, il fatto che la corruzione abbia prodotto un sistema di regole antagonistico a quello che disciplina il corretto esercizio della pubblica amministrazione fa sì che «nel medio periodo, gli individui che vogliano entrare nel mercato "legale" tendano ad adeguarsi spontaneamente alla "illegalità imperante" che ne "lubrifica" in modo occulto i meccanismi. Nel lungo periodo, per il cittadino finisce per diventare più difficile violare le regole sottoculturali della corruzione che le norme penali a tutela del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, create per contrastare tale fenomenologia criminale». La dinamica sottoculturale appena descritta sfocia in una bassa propensione alla denuncia e «anzi, per una sorta di eterogenesi dei fini, proprio la denuncia – *rectius*: la sua possibilità – finisce per fungere da collante per la tenuta complessiva degli scambi corrotti».

[33] F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, cit., pp. 38-39; v. anche F. CINGARI, *Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione*, cit., pp. 20-24.

diviene, infatti, «una sorta di catalizzatore degli effetti perversi sul sistema economico provocati dall'azione della criminalità organizzata»[34].

I fattori così brevemente schematizzati hanno condotto a elaborare alcune classificazioni e a delineare i contorni di alcuni *modelli di corruzione*.

Raffaele Cantone ed Enrico Carloni distinguono in un recente volume tra corruzione *episodica* (o *pulviscolare*), *organizzata* e *mafiosa*[35]. La prima forma comprende le ipotesi di scambio di modeste utilità con una singola attività o omissione del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, i quali solitamente non rivestono ruoli di rilievo. Anche i corruttori sono solitamente rappresentati da imprenditori medio-piccoli, magari legati da un rapporto fiduciario al soggetto in servizio presso un'istituzione pubblica. Questi scambi sono più facilmente riconducibili alle fattispecie incriminatrici previste dal codice penale. Maggiore difficoltà comporta, invece, la tipizzazione della corruzione organizzata, che presuppone l'esistenza di una struttura che garantisce a diversi soggetti la risoluzione di problemi burocratici o amministrativi. In questo caso si interfacciano soggetti con un ruolo gerarchico più elevato nell'ambito della pubblica amministrazione. Rispetto a Tangentopoli, però, la crisi dei partiti ha determinato un cambiamento dello scopo e della destinazione delle tangenti, intascate molto più spesso per finalità *individuali* e non "per il partito". Sulla corruzione mafiosa ci si soffermerà nel prosieguo.

A criteri simili è ispirata la distinzione tra corruzione *burocratica* e corruzione *affaristica* proposta da Francesco Palazzo: la prima si esplica in un singolo e definito episodio dominato da uno specifico atto oggetto di mercimonio; la seconda determina una competizione degli imprenditori non sul mercato, ma nella conquista di un rapporto più immediato e favorevole con i pubblici amministratori[36].

Sempre in base alla frequenza degli scambi e alla quantità di risorse investite in essi, Della Porta e Vannucci distinguono tra la corruzione *pulviscolare* (bassa frequenza e scarse risorse), la corruzione *individuale* (singolo episodio in cui vengono scambiate risorse ingenti), la corruzione *strutturale* (alta frequenza degli scambi tra i medesimi

[34] D. MASCIANDARO, A. PANSA, *La farina del diavolo*, cit., p. 227. Si veda anche Center for the Study of Democracy, *Examining the Links Between Organised Crime and Corruption*, cit., pp. 157 ss. V. anche *infra*, § 2.

[35] R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, cit., pp. 59-65.

[36] F. C. PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in *Cass. pen.*, 2015, (10), p. 3390.

attori, ma poche risorse di volta in volta sono oggetto dello scambio) e la corruzione *sistemica* (alta frequenza e rilevanza delle risorse investite, con usuale coinvolgimento anche di terze parti)[37].

Ancora, Francesco Cingari parla di *corruzione burocratico-amministrativa-pulviscolare*, la quale «presenta una struttura piuttosto elementare, che coinvolge i pubblici amministratori di ruolo medio-basso e di nomina non politica ed ha ad oggetto lo scambio di atti di ufficio ben determinati che il pubblico amministratore corrotto è competente a realizzare»[38]. La *corruzione politico-amministrativa-sistemica*, invece, è molto più complessa e articolata ed è legata all'illecito finanziamento ai partiti (come emerso emblematicamente dall'indagine Mani pulite), al conflitto di interessi o al coinvolgimento di organizzazioni criminali. Al *pactum sceleris* non partecipano solo due parti, bensì vi prende parte una *folta schiera di soggetti* titolari di ruoli e funzioni disparati[39].

La nozione di «*systematic corruption*» si ritrova anche nella letteratura americana, in cui è definita come «both a concrete form of political behavior and an idea. In polities plagued with systematic corruption, a group of politicians deliberately create rents by limiting entry into valuable economic activities, through grants of monopoly, restrictive corporate charters, tariffs, quotas, regulations, and the like. These rents bind the interests of the recipients to the politicians who create them. The purpose is to build a coalition that can dominate the government. Manipulating the economy for political ends is systematic corruption. Systematic corruption occurs when politics corrupts economics»[40].

---

[37] D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Mani impunite. Vecchia e nuova corruzione in italia*, cit., pp. 65-69. Si veda in particolare la tabella a p. 68. Antonio La Spina distingue anche tra corruzione sistemica e corruzione endemica: la prima, riferita all'intero sistema paese; la seconda «circoscritta a aree territoriali, a settori amministrativi, o comunque a porzioni individuabili del sistema-paese». Da entrambe bisogna poi separare la corruzione «isolata (che avviene *una tantum*), intermittente, sparpagliata». Così A. LA SPINA, *Associazioni di stampo corruttivo e politica di contrasto alla criminalità organizzata*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2018, (1), p. 9. Dello stesso Autore si veda anche A. LA SPINA, *Il mondo di mezzo. Mafie e antimafie*, il Mulino, Bologna, 2016, pp. 59-65.

[38] F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, cit., p. 25.

[39] *Ivi*, pp. 26-31. La distinzione tra corruzione pulviscolare e corruzione sistemica è ripresa recentemente anche in G. PIGNATONE, M. PRESTIPINO, *Modelli criminali. Mafie di ieri e di oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2019, pp. 170-173.

[40] J. J. WALLIS, *The Concept of Systematic Corruption in American History*, in E.L. GLAESER, C. GOLDIN (a cura di), *Corruption and Reform: Lessons from America's Economic History*, University of Chicago Press, Chicago, 2004, p. 25. L'A. contrappone alla «corruzione sistematica» appena descritta la corruzione venale («*venal corruption*»), la quale «*denotes the pursuit of private economic interests through the political process. Venal corruption occurs when economics corrupts politics*». L'A. evidenzia altresì che «*The economic consequences of systematic corruption are enormous. Venal corruption, by comparison, is small potatoes in terms of social welfare and economic growth. Systematically corrupt governments are*

1.2. La misura della corruzione

Misurare la corruzione è complesso già per la difficoltà – evidenziata nelle pagine precedenti – di definire l'*oggetto* della misurazione. Un ulteriore ordine di complicazioni ha a che vedere con i *metodi* di misurazione e con la cifra oscura.

Senza ripetere quanto già detto[41], per maggiore chiarezza espositiva conviene qui ricordare i fattori che rendono difficile l'emersione della corruzione. Innanzitutto, la *natura pattizia* del crimine, la cui perpetrazione rappresenta un vantaggio per tutte le parti coinvolte, sicché nessuna di esse, salvo imprevisti, ha interesse a denunciare. Ne deriva un *basso livello di propensione alla denuncia* della corruzione, calmierato altresì dalla percezione di uno *scarso rischio penale* da parte degli autori del reato.

Nella maggioranza dei casi, non vi sono soggetti che possono considerarsi *vittime dirette* della corruzione e che potrebbero avere interesse a denunciarla: i beni offesi dalla corruzione sono *superindividuali* e *diffusi*. Anche quando vi sono vittime dirette (ad esempio un'impresa concorrente di quella che si aggiudica una gara corrompendo un pubblico ufficiale), non è scontato che siano consapevoli di essere appunto *vittime* della corruzione. È stato altresì ipotizzato che il clima di omertà dovuto alla presenza massiccia della criminalità organizzata possa rappresentare un ulteriore ostacolo all'emersione della corruzione[42].

Per squarciare il velo che copre questo scenario ombroso si ricorre a diverse tipologie di misure e indicatori, distinti tra *oggettivi* e *soggettivi*. I primi si fondano su indagini campionarie, sulla valutazione di *proxy* (indicatori che esprimono la relazione di un fenomeno con altre grandezze di riferimento), sul numero di denunce e di condanne per i reati di corruzione oppure sulla individuazione e quantificazione di campanelli d'allarme (*red flags*) individuati dagli organismi internazionali per segnalare un elevato rischio di corruzione all'interno di un certo processo decisionale. Misure oggettive

---

rent creating, not rent seeking, governments. The survival of a systematically corrupt government depends on limiting access to markets and resources in order to create rents that bind the interests of the ruling coalition together. Systematic corruption prevents development because it cripples markets. No matter what advice the International Monetary Fund or the World Bank gives to developing countries, it won't work if a country's government remains systematically corrupt».

[41] V. *supra*, Cap. I, sez. I, § 2.

[42] I fattori alle origini della cifra nera della corruzione in Italia sono stati enucleati nello studio P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., pp. 32 ss., 114 ss. Più recentemente sono ripresi anche in F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, cit., pp. 20-21.

indirette sono altresì quelle che si servono di tecniche di *missing expenditure*, ossia confrontano il *quantum* di risorse pubbliche impiegate per la realizzazione di una certa opera con il valore effettivo dell'opera realizzata.

Gli indicatori soggettivi, invece, prendono in considerazione sondaggi svolti su campioni estratti dalla popolazione di riferimento o indagini condotte su esperti[43].

Entrambe le tipologie di misura presentano vantaggi e svantaggi, punti di forza e di debolezza. Da un lato, infatti, gli indicatori soggettivi consentono un confronto internazionale, vengono calcolati periodicamente e possono svolgere un ruolo di sensibilizzazione dell'opinione pubblica. Dall'altro, risultano meno accurati e coerenti e difficilmente possono offrire un'immagine precisa della realtà della corruzione. Gli indicatori oggettivi, invece, si prestano meglio a descrivere la fenomenologia corruttiva che si verifica in un dato Paese, nella misura che si riesce a sottrarre alla cifra nera[44].

Tra le misure oggettive i dati giudiziari e quelli ricavati dagli archivi delle forze dell'ordine meritano alcune precisazioni. In apparenza, essi sono in grado di offrire un quadro oggettivo e preciso delle azioni criminali avvenute in un determinato contesto spazio-temporale individuato come *target* della raccolta dati. Tuttavia, essi scontano un *deficit* legato innanzitutto alla cifra oscura, delle cui cause si è già detto. Inoltre, le statistiche giudiziarie guardano necessariamente a un passato più o meno lontano e spesso si determina un notevole iato anche tra i numeri ricavati sulla base dei dati delle denunce e delle indagini condotte dalle forze dell'ordine e i dati giudiziari in ordine ai fatti per cui si giunge a una condanna definitiva[45]. Come si è accennato, ciò è stato riscontrato anche

[43] La distinzione citata si ritrova in S. MOCETTI, L. RIZZICA, *Criminalità organizzata e corruzione: incidenza e effetti sull'economia reale in Italia*, in *Rassegna Economica*, 2019, pp. 87-91; G. ARBIA, *Aspetti statistico-metodologici nella costruzione di indicatori di corruzione e nella valutazione della loro efficacia*, in M. GNALDI, B. PONTI (a cura di), *Misurare la corruzione oggi*, cit., pp. 20-21. In argomento, *ex pluribus*, si vedano anche E. CARLONI, *Misurare la corruzione? Indicatori di corruzione e politiche di prevenzione*, in *Politica del diritto*, 2017, (3), pp. 445-466; G. CORICA, A. SCAGLIONE, *Il fenomeno della corruzione. Gli approcci di studio*, in *POLIS*, 2019, pp. 470-471.

[44] E. GALLI, N. FIORINO, *Misurare la corruzione e la trasparenza: un'impresa possibile*, cit., p. 68. Il problema di reperire dati attendibili per quantificare la corruzione è stato evidenziato anche dall'ANAC: Autorità Nazionale Anticorruzione, *Relazione annuale del 2018*, disponibile a: <https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital per cento20Assets/anacdocs/Comunicazione/News/2019/000.ANAC.RELAZIONE.PARLAMENTO.2019.pdf>, p. 46 (ultimo accesso novembre 2020). Le difficoltà brevemente evidenziate sono peraltro simili a quelle che si riscontrano più in generale nella misurazione dell'economia criminale, come evidenziato in S. CLEMENTI, *Dimensione economia criminale. Problematiche legate alle misurazioni*, in G. M. REY (a cura di), *La mafia come impresa. Analisi del sistema economico criminale e delle politiche di contrasto*, Franco Angeli, Milano, 2017, pp. 263 ss.

[45] Gli Autori di una recente ricerca in materia di corruzione politica basata sulle sentenze della Corte di Cassazione e sulle autorizzazioni a procedere nei confronti di parlamentari e ministri rinvengono in tali

con riferimento al periodo di Tangentopoli[46], nonostante la percezione diffusa della efficacia dell'azione repressiva di quegli anni.

Alla luce delle carenze di entrambe le tipologie di misura della corruzione, è opportuno considerarle entrambe e confrontarle per valorizzare i pregi di ciascuna e provare a compensare le reciproche manchevolezze[47]. Senza pretese di completezza e esaustività, si riportano nel prosieguo alcuni dati recenti, sia oggettivi sia soggettivi, a cominciare dai primi.

1.2.1. Le misure oggettive

È utile, anzitutto, sintetizzare i risultati della già citata ricerca condotta da Piercamillo Davigo e Grazia Mannozzi sulla dimensione empirica della corruzione nel periodo 1983-2007, che rimane un punto di riferimento imprescindibile per approcciarsi all'analisi empirica della corruzione. I risultati emersi da tale ricerca si sono rivelati sorprendenti sotto diversi profili.

È stato riscontrato che l'andamento delle denunce per corruzione e concussione, dopo aver raggiunto un picco nel 1993-1994, è decresciuto negli anni successivi tornando nel 2000 ai livelli del 1991, ossia ai livelli precedenti a Mani pulite. Dal 2001 i dati hanno mostrato una leggera risalita. L'andamento descritto si ritrova anche nella curva riguardante il numero di persone denunciate[48], che però – in termini assoluti – mostra

---

fonti almeno due punti di forza: l'affidabilità dei resoconti e delle ricostruzioni delle vicende e la possibilità di ricostruire quadri dotati di una maggiore generalizzabilità. Gli Autori non nascondono, però, anche i limiti di tali fonti. In ordine alle sentenze della Suprema Corte, ad esempio, si evidenzia che non sono inclusi i provvedimenti di proscioglimento per prescrizione o le sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d. patteggiamento), mentre sono compresi i provvedimenti su questioni specifiche che riguardano procedimenti ancora in corso. I pregi e difetti delle fonti della ricerca citata sono approfonditamente analizzati in S. BUSSO, R. SCIARRONE, *Alla ricerca della corruzione politica*, in R. SCIARRONE (a cura di), *Politica e corruzione. Partiti e reti di affari da Tangentopoli a oggi*, Donzelli Editore, Roma, 2017, pp. 44-48. In argomento si rinvia anche a S. MOCETTI, L. RIZZICA, *Criminalità organizzata e corruzione*, cit., p. 87; R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, cit., pp. 32-34.

[46] Dall'indagine empirica già citata è infatti emerso che su 4.520 persone iscritte nel registro degli indagati, 586 sono state prosciolte per prescrizione (in sede di udienza preliminare o nel corso dei tre gradi di giudizio), ossia il 13,1 per cento. Si è, invece, giunti a una condanna nel 40,3 per cento dei casi, sicché il rapporto tra pronunce di proscioglimento per intervenuta prescrizione e sentenze di condanna è di uno a tre. L'analisi è tratta da P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., p. 139.

[47] Si è infatti notato come «nella misurazione del *quantum* del fenomeno corruttivo ci si trova di fronte ad una vera e propria contraddizione: mentre i dati sulla corruzione registrata, desumibili dalle statistiche delle denunce e delle condanne per corruzione e concussione, si assestano a livelli medio-bassi, le stime relative al livello di percezione della corruzione raggiungono picchi molto elevati». Così F. CINGARI, *Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione*, cit., pp. 11 ss.

[48] P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., pp. 18-19. Si rimanda al volume per le tabelle di rielaborazione dei dati ISTAT. In ordine ai reati denunciati, è interessante riportare alcune considerazioni

valori superiori al numero di reati denunciati[49]. Secondo gli Autori, l'aumento – definito «vertiginoso» – degli episodi di corruzione denunciati nel periodo compreso tra il 1992 e il 1996 è da ricondurre non a un aumento effettivo dei fatti di corruzione realizzati, bensì all'emersione della corruzione con conseguente riduzione della cifra nera[50].

In ordine alle *sanzioni* irrogate, sono emersi diversi dati interessanti, tra i quali spicca quello relativo all'entità delle pene irrogate, delle quali solo una minima percentuale è stata poi concretamente eseguita. All'esito della commisurazione della pena, infatti, nella maggioranza dei casi è stata disposta l'applicazione della sospensione condizionale della stessa[51].

Più in generale, le conclusioni tratte dagli Autori possono essere compendiate in alcuni punti fondamentali, che vale la pena riportare:

> «*a*) in primo luogo il fatto che, tra il 1983 e il 2002, la corruzione sia emersa secondo un andamento che ha conosciuto un "picco" in concomitanza con Mani Pulite, per poi decrescere progressivamente;
> *b*) in secondo luogo, la *disomogeneità geografica* di emersione della corruzione;

degli Autori, in particolare riguardo alla constatazione che la corruzione propria (art. 319 c.p., *Corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio o al servizio*) non ha mostrato alcun aumento negli anni considerati, a differenza della corruzione impropria (art. 318 c.p., *Corruzione per atto conforme ai doveri d'ufficio o al servizio*, poi riformato con la l. n. 190/2012 in *Corruzione per l'esercizio della funzione*): «statisticamente, la corruzione impropria è meno ricorrente, poiché il tipo di comportamento illecito che essa reprime – il mercimonio di un atto conforme ai doveri dell'ufficio – presenta nella prassi un minor interesse per gli autori del reato. In generale, la commissione di un reato, che normalmente costituisce per l'autore la soluzione di un problema, diventa appetibile, in un'ottica costi-benefici, se il vantaggio che apporta a chi la perpetra è superiore rispetto allo svantaggio che al medesimo deriverà dall'essere scoperto e condannato. Il corruttore – soggetto che più di ogni altro sembra agire come *Homo oeconomicus* – tende perciò a non rischiare una condanna penale per ottenere dal pubblico funzionario un atto a cui avrebbe diritto comunque. L'atto dell'ufficio, infatti, è – per definizione – disciplinato da un complesso normativo che il pubblico funzionario è tenuto a rispettare». V. *ivi*, pp. 20-21. La stessa tendenza, peraltro, si è riscontrata negli anni successivi: un'indagine che ha preso in considerazione le sentenze della Cassazione fino al 2015 e le autorizzazioni a procedere nei confronti di parlamentari ha rilevato la prevalenza netta della corruzione propria. Un dato che ha indotto gli Autori a condividere le considerazioni riportate da Davigo e Mannozzi, ma anche a proporre un'ulteriore lettura. La prevalenza della corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio si porrebbe in contraddizione con «una diffusa rappresentazione dei fenomeni di corruzione, secondo la quale essa sarebbe alimentata da un eccesso di burocratizzazione della macchina amministrativa. Se così fosse, dovremmo infatti rilevare una maggiore incidenza della corruzione impropria, ovvero degli atti di corruzione compiuti nell'esercizio delle proprie funzioni da parte di pubblici ufficiali corrotti da altri soggetti al fine di facilitare procedure altrimenti ben più complesse e articolate». Così S. BUSSO, A. VESCO, *La corruzione e il suo contrasto*, in R. SCIARRONE (a cura di), *Politica e corruzione*, cit., pp. 78-79.

[49] P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., p. 27 In proposito gli Autori ipotizzano che «l'evidente superiorità del numero di persone denunciate rispetto al numero di delitti denunciati sia spiegabile non tanto con la natura necessariamente plurisoggettiva della corruzione14, quanto con il fatto che nelle dinamiche degli scambi corrotti complessi, o gestiti ai più alti livelli, entra in gioco una schiera di soggetti che trascende il dualismo corrotto-corruttore (…)»

[50] P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., p. 31.

[51] *Ivi*, p. 253.

> *c*) infine, l'evidente discrasia tra la *percezione* di una diffusa criminalità corruttiva in Italia, documentata principalmente da Transparency International, e i livelli esigui (a eccezione che nel periodo delle indagini Mani Pulite) di *emersione* di tale fenomeno criminoso»[52].

Riguardo ai rapporti tra criminalità organizzata e corruzione, in chiusura della ricerca viene ipotizzato che, in una prospettiva di maggiore effettività della lotta alla corruzione, il legislatore dovrebbe impegnarsi in una lotta unica alla criminalità organizzata e alla corruzione. Viene però evidenziata anche la difficoltà di giungere a una affermazione di responsabilità per un reato associativo[53]. Come ribadito recentemente dalla Cassazione, per l'integrazione del delitto di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di delitti contro la pubblica amministrazione è invero necessaria la prova dell'esistenza di un'organizzazione con una struttura anche rudimentale, ma preesistente alla ideazione del reato fine e adeguata al perseguimento dello scopo criminoso[54].

Sotto quest'ultimo profilo è comunque interessante evidenziare che da una recente indagine in materia di corruzione politica – già più volte citata – è emerso che la magistratura ha contestato i reati associativi in un numero significativo di casi[55]. Considerando nel loro insieme i reati associativi di cui agli artt. 416, 416-*bis*, 416-*ter* e il

---

[52] P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., p. 263.

[53] *Ivi*, p. 281. Più nel dettaglio, l'analisi dei dati relativi alle condanne per reati associativi disaggregati per corte d'appello avevano condotto gli Autori ad affermare che «laddove la corruzione è affiorata secondo cifre di frequenza esigue non vi è stato, parallelamente, un picco di scoperta e repressione dei reati associativi tale da spiegare, sul presupposto che una delle «industrie» della criminalità organizzata sia proprio la corruzione, il ridotto numero di reati di corruzione e concussione accertati nei distretti di corte d'appello a più alta densità mafiosa. La corruzione, dunque, giunge a conoscenza dell'autorità in misura molto più ridotta quando risulta «gestita» dalla criminalità organizzata con i metodi di intimidazione e la cultura dell'omertà che le fanno, al contempo, da sfondo e da collante. Se una correlazione tra corruzione e criminalità organizzata vi è stata, essa ha a che fare più che altro con la funzione per così dire «trainante» delle inchieste per corruzione su quelle relative alla criminalità organizzata che si dedica ad acquisire il controllo o che intende gestire settori di attività sottoposti a regolamentazione da parte della pubblica amministrazione. Sulla validità della nostra ipotesi di spiegazione pesa, pur non inficiandola, il fatto che le cifre assolute dei reati di corruzione accertati con sentenza definitiva, ma ancor più quelle dei reati associativi, sono oggettivamente molto basse, e comunque inaspettatamente esigue per un paese, come l'Italia, che è percepito tra le democrazie occidentali più corrotte e che è notoriamente ad alta densità mafiosa». V. *ivi*, p. 90.

[54] Il riferimento è alla sentenza Cass., sez. VI, 29 marzo 2017, n. 15573, rv. 269952, citata insieme ad altre pronunce conformi, in V. MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, cit., p. 180.

[55] Occorre, però, tenere conto della peculiare selezione delle fonti operata dagli Autori, il cui obiettivo era studiare i rapporti tra corruzione e politica. La selezione è avvenuta su due fonti principali: le sentenze della Corte di Cassazione, tutte quelle negli anni dal 2006 al 2015, solo le più rilevanti del periodo dal 1995 al 2005; le autorizzazioni a procedere nei confronti di parlamentari e ministri dal 1994. I criteri di selezione prescelti sono spiegati in S. BUSSO, R. SCIARRONE, *Alla ricerca della corruzione politica*, cit., pp. 45-50.

concorso esterno in associazione mafiosa, è risultato che nell'ultimo decennio essi sono stati contestati nel 45% dei casi considerati. Solo l'associazione di tipo mafioso nel 27% dei casi[56]. Scendendo più nel dettaglio, l'analisi mostra che i reati associativi sono stati contestati nella maggioranza dei casi *insieme* alla corruzione. Inoltre, mentre i reati di corruzione e concussione prevalgono a livello locale, le contestazioni di reati associativi raggiungono il loro picco a livello regionale e il finanziamento illecito ai partiti a livello nazionale.

Anche l'ANAC si è occupata di misurare la corruzione nel settore dei contratti pubblici disaggregando i dati riguardanti i diversi livelli di governo. In totale, fra agosto 2016 e agosto 2019 si sono registrate 117 ordinanze di custodia cautelare per corruzione, distribuite tra tutte le Regioni, a esclusione del Molise e del Friuli Venezia Giulia. Spicca il dato relativo alla Sicilia, dove nel triennio citato sono stati registrati 28 episodi di corruzione (18,4% del totale), praticamente quanti se ne sono verificati in tutte le regioni del Nord (29). Seguono il Lazio (22 casi), la Campania (20), la Puglia (16) e la Calabria (14). I settori più coinvolti sono stati i lavori pubblici, i rifiuti e la sanità[57].

I pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio indagati per corruzione nel triennio considerato sono stati 207. Rispetto al panorama della fenomenologia corruttiva degli anni Novanta e più in generale della Prima repubblica, sembra diminuita l'importanza degli organi politici e aumentata quella dell'apparato burocratico. I dirigenti indagati sono stati infatti 46, più altrettanti tra funzionari e dipendenti e 11 responsabili unici del procedimento.

I politici indagati sono stati, invece, quarantasette (il 23%), certamente un dato comunque non trascurabile. Molti dei soggetti arrestati (43) erano politici locali: 20

[56] R. SCIARRONE, *Una ricerca su corruzione e politica*, in R. SCIARRONE (a cura di), *Politica e corruzione*, cit., p. 20. L'alto numero di contestazioni di reati associativi viene, però, spiegato non solo ipotizzando una adesione della magistratura alle letture ormai diffuse nella letteratura sociologica e storica dei fenomeni politici e criminali in parola. Si evidenzia, infatti, che la contestazione potrebbe anche costituire una scelta strategica dettata dalla volontà di applicare la disciplina delle indagini preliminari e gli altri strumenti peculiari previsti per i cosiddetti reati di mafia. Così S. BUSSO, A. VESCO, *La corruzione e il suo contrasto*, cit., p. 99-100. Tuttavia, la progressiva equiparazione dei delitti contro la pubblica amministrazione ad altre forme di criminalità oggetto di una disciplina speciale potrebbe almeno in parte indebolire l'argomento proposto. Sulla citata equiparazione, v. *infra*, § 3.

[57] Autorità Nazionale Anticorruzione, *La corruzione in Italia (2016-2019). Numeri, luoghi e contropartite del malaffare*, 17 ottobre 2019, disponibile a: <https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital per cento20Assets/anacdocs/Comunicazione/News/2019/RELAZIONE per cento20+ per cento20TABELLE.pdf>, pp. 2-3 (ultimo accesso novembre 2020).

sindaci, 6 vice-sindaci, 10 assessori (più 4 indagati a piede libero) e 7 consiglieri. Secondo l'ANAC, quindi, i Comuni sono gli enti maggiormente a rischio. Invero, dei 152 casi di corruzione censiti, sessantatré hanno avuto luogo nei municipi (41%), 24 nelle società partecipate (16%) e 16 nelle Aziende sanitarie (11%)[58].

Un altro profilo interessante riscontrato dall'ANAC è quello della «smaterializzazione della tangente». I contanti sono stati utilizzati nel 48% dei casi, di solito per importi esigui, ma è il posto di lavoro a configurarsi «come la nuova frontiera del *pactum sceleris*», soprattutto al Sud (13% dei casi). Rileva anche l'assegnazione di prestazioni professionali (11%), specialmente le consulenze, in molti casi conferite a persone fisiche o giuridiche riconducibili al corrotto o compiacenti. Le regalie hanno poi caratterizzato il 7% degli episodi[59].

Al termine dell'indagine svolta, l'ANAC sottolinea che «la corruzione pulviscolare di oggi» è comunque molto pericolosa: «spesso la funzione è svenduta per poche centinaia di euro e ciò, unitamente alla facilità con cui ci si mette a disposizione, consente una forte capacità di penetrazione al malaffare. È in ogni caso innegabile che per molti versi essa sia più agevole da aggredire rispetto ai primi anni Novanta, non regolando più la vita pubblica ma essendo espressione di singoli gruppi di potere (le cd. cricche) o di realtà economiche alternative e talvolta persino antagoniste alla vita delle istituzioni»[60].

L'ipotizzata maggiore facilità di aggressione della corruzione per come si è evoluta più recentemente non ha, però, condotto a un aumento del numero delle condanne per corruzione.

Il Ministero della Giustizia ha pubblicato i dati relativi al numero dei procedimenti iscritti e definiti nei tribunali italiani (sezione dibattimento) in ordine ai reati di concussione, corruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite negli anni dal 2013 al 2016, specificando anche le modalità di definizione[61].

[58] Autorità Nazionale Anticorruzione, *La corruzione in Italia (2016-2019)*, cit., p. 4.
[59] *Ivi*, p. 5.
[60] *Ivi*, p. 6.
[61] Ministero della Giustizia, Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa, *Statistiche sui reati di corruzione in Italia. Anni 2013-2016*, disponibile a: <https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Statistiche%20sulla%20corruzione.pdf> (ultimo accesso novembre 2020).

Limitando l'analisi alla corruzione propria e impropria, nel 2013 i procedimenti iscritti per il delitto *ex* art. 318 c.p. sono stati 18, quelli definiti 13. Per il delitto di corruzione propria, invece, sono stati registrati 218 procedimenti iscritti e 197 definiti. La differenza di numeri tra i due reati citati rimane pressoché costante nel quadriennio considerato. Nel 2016 si sono contati 27 procedimenti iscritti e 17 definiti per corruzione impropria, 206 iscritti e 180 definiti per la corruzione propria.

Come si vede, si tratta di numeri esigui, considerato che si riferiscono all'intero territorio nazionale, ma ancora più impressionanti sono i dati sulle modalità di definizione e in particolare sui proscioglimenti per intervenuta prescrizione. Nel 2016, i procedimenti per corruzione impropria sono stati definiti per il 24% con una condanna, per il 41% con un provvedimento di non doversi procedere per prescrizione; quelli per corruzione propria con una condanna nel 22% dei casi e con la prescrizione nel 27% dei casi. Il dato sulla prescrizione sembra essere peggiorato nel corso degli anni riguardo al delitto *ex* art. 318 c.p.: la prescrizione ha invero riguardato il 29% dei procedimenti nel 2015, lo 0 % nel 2014 e l'8% nel 2013. Più stabile è invece l'andamento percentuale in ordine alla corruzione propria: il 23% nel 2015, il 17% nel 2014 e il 18% nel 2013.

Quanto alle sentenze di condanna passate in giudicato[62], nel 2017 le condanne irrevocabili per delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione sono state in totale 2.797, di cui 291 per delitti di corruzione (non sono disponibili i dati disaggregati per la corruzione propria, impropria e giudiziaria) e 49 per concussione. Nel 2000 le condanne per corruzione erano 574, 644 nel 2004, 347 nel 2009, ma si sono poi assestate negli anni successivi sotto 300 (solo nel 2016 questa soglia è stata di poco superata con 311 condanne). Sembra che non si riesca a invertire la tendenza aumentando non solo il numero di episodi scoperti, ma anche di quelli per i quali si giunge a una condanna definitiva.

Passando dal piano quantitativo a quello *qualitativo*, la ricerca empirica ha permesso di enucleare alcune linee evolutive caratterizzanti il rapporto tra corruzione e politica da Tangentopoli agli anni più recenti.

Dallo studio di alcune sentenze della Cassazione e delle autorizzazioni a procedere già più volte citato è emersa, anzitutto, la maggiore rilevanza assunta dalla *politica locale*,

[62] I dati sono tratti dal sito ufficiale dell'Istituto nazionale di statistica, all'indirizzo <http://dati.istat.it/Index.aspx?DataSetCode=DCCV_CONDGEO1> (ultimo accesso novembre 2020).

di cui si è detto, riflesso del progressivo decentramento di competenze attuato negli ultimi decenni. Altri mutamenti, invece, si intrecciano alla crisi dei grandi partiti protagonisti della vita politica negli anni della cosiddetta Prima repubblica. In primo luogo, la destinazione e l'utilizzo dei proventi della corruzione si sono "*privatizzati*" (ad esempio, vengono utilizzati per sostenere la propria carriera politica individuale o per sostenere la propria attività economica o comunque il proprio centro di interessi) e ciò porta con sé anche un indebolimento della struttura organizzativa degli scambi che aveva caratterizzato Tangentopoli. Tale *depoliticizzazione*, però, non sembra sottendere anche una frammentazione, come dimostrano l'aumento delle contestazioni dei reati associativi, la maggiore stabilità nel tempo degli scambi e l'ampiezza dei reticoli[63].

In effetti, le caratteristiche peculiari dei rapporti tra corruzione e criminalità organizzata in Italia hanno condotto gli autori di una ricerca svolta a livello europeo a collocare il paese in un *cluster* autonomo e solitario. Infatti, pur essendo sotto alcuni aspetti simile alla Francia, secondo gli autori dell'analisi «*Italy's key indicators have significantly different values that justify placing it in a cluster of its own. Italy has the highest level of organised crime (3.6) among the MSs, combined with one of the lowest scores for control of corruption and rule of law… It also has the highest level of undeclared income*»[64].

In ambito europeo, la relazione annuale di Eurojust registra che l'agenzia ha supportato una sola squadra investigativa comune in materia di corruzione e che sono in diminuzione i casi di corruzione di cui si occupa Eurojust su richiesta dei magistrati degli Stati membri[65].

1.2.2. Le misure soggettive

Rimangono ora da considerare le misure *soggettive* della corruzione, basate sulla *percezione* del fenomeno corruttivo.

---

[63] S. BUSSO, R. SCIARRONE, *Alla ricerca della corruzione politica*, cit., pp. 63-71.

[64] Il riferimento è allo studio Center for the Study of Democracy, *Examining the Links Between Organised Crime and Corruption*, cit., p. 63.

[65] Eurojust, *Relazione annuale 2019*, disponibile a: <http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust per cento20Annual per cento20Reports/Annual per cento20Report per cento202019/AR2019_IT.pdf>, pp. 15, p. 60 (ultimo accesso novembre 2020).

Il più famoso e diffuso indice di percezione della corruzione è il *Corruption perception index* (C.P.I.) pubblicato annualmente da *Transparency International*. Nel 2019 l'Italia si è classificata al cinquantunesimo posto su 180 Paesi e ha ottenuto un punteggio di 53/100 (0 indica il livello più alto di corruzione e 100 il minore). Dal 2012 a oggi l'Italia ha guadagnato 11 punti, passando da 42 a 53. L'indice intende misurare la percezione della corruzione nel settore pubblico e nella politica raccogliendo le opinioni di una coorte di esperti[66].

L'Italia si posiziona in classifica peggio degli altri grandi Stati europei. Occorre, però, tenere sempre presente la natura soggettiva dell'indice, che consente di misurare più che altro «il grado di allarme sociale associato al fenomeno». Esso è influenzato da diverse variabili, tra i quali l'andamento reale del fenomeno, ma anche la risonanza mediatica dello stesso, magari dovuta a scandali particolarmente eclatanti emersi in un certo momento storico[67].

Se occorre tenere conto di questi *bias*, bisogna anche riconoscere alcuni vantaggi degli indici soggettivi, soprattutto quando si discute di forme di criminalità affette da una cifra nera di notevole entità. Inoltre, indagare la percezione della corruzione può consentire di affrescare «un'*immagine qualitativa*» della stessa, certamente utile per la politica criminale, e permette altresì di acquisire la consapevolezza delle dinamiche sociali che scaturiscono dal livello di tale percezione, in punto di fiducia dei cittadini nelle istituzioni, di fiducia degli investitori internazionali e di stabilità istituzionale. Vi è infatti una «circolarità tra politica penale e percezione del crimine», sebbene quest'ultima possa essere condizionata dalla rappresentazione mediatica[68] o dalla rappresentazione del potere costituito. La percezione della corruzione, inoltre, influenza la domanda e l'offerta di corruzione, in particolare incidendo sul *costo morale* del reato, che può diminuire se un determinato comportamento deviante inizia a essere considerato "normale" e diffuso[69].

---

[66] I dati sono tratti dal sito di *Transparency International*, a cui si rinvia per ogni approfondimento. Il sito è disponibile a: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019> (ultimo accesso novembre 2020).

[67] S. BUSSO, R. SCIARRONE, *Alla ricerca della corruzione politica*, cit., p. 33.

[68] La stessa *Transparency International* ha mappato nel 2019 i casi di corruzione riportati dai media, arrivando a contare 767 casi, di cui 360 al Sud, 251 al Nord e 156 al Centro. Le vicende segnalate non riguardano però solo la corruzione in senso stretto, ma un novero più ampio di reati contro la pubblica amministrazione. V. il report disponibile a: <https://www.transparency.it/informati/news/mappiamo-la-corruzione-tutti-i-numeri-del-2019> (ultimo accesso novembre 2020).

[69] Gli argomenti citati a favore del monitoraggio della percezione della corruzione sono ripresi da G. MANNOZZI, *Percezione della corruzione e dinamiche politico-criminali di contenimento e repressione del fenomeno corruttivo*, in *Riv. Trim. Dir. pen. ec.*, 2011, pp. 446-449. "Difendono" l'indice di

Oltre al citato C.P.I., vi sono altri indicatori soggettivi della corruzione. A livello europeo viene periodicamente condotto un sondaggio Eurobarometro sulla percezione della corruzione. Nel 2019 è stato calcolato che il 71% dei cittadini europei ritiene che la corruzione sia diffusa nel proprio Paese, ma con molte differenze tra i cittadini dei diversi Stati. Per l'Italia la percentuale è dell'88%, in linea con quanto calcolato nel 2018 anche da una ricerca Eurispes[70].

Risultati di diverso tenore sembrano, invece, emergere da un'indagine del 2017 dell'ISTAT[71], la quale ha stimato che soltanto il 7,9% delle famiglie nel corso della propria vita sia stato coinvolto direttamente in episodi di corruzione, ad esempio richieste di denaro, favori, regali o altro in cambio di servizi o agevolazioni. La percentuale più alta si riscontra nel Lazio (17,9%), il minimo nella Provincia autonoma di Trento (2%). Il settore più coinvolto è risultato essere quello lavorativo (3,2% delle famiglie), come già denunciato dall'ANAC, ma anche quello della partecipazione a concorsi o dell'avvio di un'attività lavorativa (2,7%).

Rilevano anche i settori giudiziario, assistenziale e sanitario. Con riferimento a quest'ultimo, è stato stimato che al 9,7% delle famiglie è capitato di aver ricevuto la richiesta di effettuare una visita a pagamento nello studio privato del medico prima di accedere al servizio pubblico per essere curati. Quanto alla natura della tangente, sembra confermata una almeno parziale smaterializzazione della stessa: essa è stata costituita da denaro nel 60,3% dei casi, da favori, nomine, trattamenti privilegiati nel 16,1%, da regali nel 9,2%, da altri favori (7,6%) o da una prestazione sessuale (4,6%).

Oltre ai risultati delle rilevazioni, sono interessanti i fattori alla base della percezione, che certamente variano a seconda del metodo di rilevazione utilizzato e della platea di soggetti intervistati, ma possono essere racchiusi in alcune tipologie per

---

percezione della corruzione anche altri Autori: v., ad esempio, R. CANTONE, E. CARLONI, *'Percezione' della corruzione e politiche anticorruzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 febbraio 2019.

[70] I risultati del sondaggio Eurobarometro sono consultabili a: <https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/survey/getsurveydetail/instruments/special/surveyky/2247> (ultimo accesso novembre 2020). L'indagine Eurispes è invece disponibile a: <https://eurispes.eu/news/eurispes-rapporto-italia-2018-gli-italiani-sovrastimano-la-presenza-degli-immigrati-corruzione-politici-incompetenti-criminalita-inquinamento-dellaria-attentati-sono-considerate-minacc/> (ultimo accesso novembre 2020).

[71] ISTAT, Report *La corruzione in italia: il punto di vista delle famiglie 2017*, disponibile a: <https://www.istat.it/it/files//2017/10/La-corruzione-in-Italia.pdf> (ultimo accesso ottobre 2020). Alcuni Autori invitano, però, alla prudenza riguardo ai sondaggi per la possibile incidenza della reticenza o addirittura omertà degli intervistati nel rispondere a domande sulle proprie esperienze dirette di corruzione. V. R. CANTONE, E. CARLONI, *'Percezione' della corruzione e politiche anticorruzione*, cit., p. 2.

facilitarne la comprensione. Grazia Mannozzi in proposito ha distinto tali fattori in antropologici, sottoculturali, mediatici e giuridici[72]. I primi rinviano al tessuto umano e sociale, alle caratteristiche della comunità. Ai fattori sottoculturali si è già accennato, evidenziando come la sottocultura corruttiva possa contribuire ad alimentare la spirale della corruzione, in particolare abbattendone il costo morale e sminuendo la percezione del rischio penale. Vi è poi il fattore mediatico, il cui potere di definizione della realtà e di produzione del consenso mediante la creazione di una «*memoria mediatica sostitutiva* di quella "reale"»[73] è emerso ormai da numerosi studi e ricerche. Infine, anche il fattore giuridico influenza la percezione della corruzione, «a seconda della *comprensibilità* e della *conoscibilità* del dato tecnico»[74].

Ogni metodo di misurazione, dunque, come accennato in apertura del paragrafo, ha pregi e difetti. Con un'efficace similitudine, la percezione del crimine è stata descritta come un «Giano bifronte, dalle due facce contrapposte che guardano, l'una, il passato e l'altra, il presente ed il futuro». Si contrappongono, infatti, una «percezione buona», rilevata scientificamente e dunque utile per la conoscenza e l'interpretazione del fenomeno corruttivo, e una «percezione cattiva», indotta da informazioni aneddotiche o sensazionalistiche e alimentata e nutrita dall'allarme sociale[75].

L'indagine di Davigo e Mannozzi nel 2007 aveva evidenziato, tra le altre, una discrasia nella percezione collettiva rispettivamente della criminalità corruttiva e di quella organizzata: «L'esigenza di depurare il sistema politico-amministrativo corrotto e di ripristinare la moralità pubblica, *in primis* per garantire la tenuta delle istituzioni democratiche, è avvertita dalla pubblica opinione in misura molto inferiore rispetto all'esigenza di mera difesa sociale da forme di criminalità violenta, che suscitano insicurezza collettiva e allarme sociale. Non sembra affiorare alla coscienza comune che quella contro la corruzione e quella contro la criminalità organizzata sono in realtà la medesima «partita», la stessa sfida cui è chiamato l'ordinamento»[76].

Negli ultimi anni è emersa sempre di più sia nel dibattuto pubblico sia in letteratura la questione dei rapporti tra la corruzione e la criminalità organizzata, semplice

[72] G. MANNOZZI, *Percezione della corruzione*, cit., pp. 459 ss.
[73] Queste caratteristiche sono così sintetizzate in C. E. PALIERO, *La maschera e il volto*, cit., p. 484.
[74] G. MANNOZZI, *Percezione della corruzione*, cit., p. 465.
[75] *Ivi*, pp. 472-473.
[76] P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., p. 153.

e di tipo mafioso. Alcuni interventi legislativi, inoltre, da ultima la l. n. 3/2019, sembrano essersi mossi nella direzione di una assimilazione tra la corruzione e altre forme di criminalità oggetto di una disciplina per molti aspetti speciale e derogatoria rispetto a quella ordinaria. Si tratta sostanzialmente delle medesime aree criminali per le quali è stata progressivamente introdotta la possibilità di esperire le azioni sotto copertura.

Il prossimo paragrafo è, dunque, dedicato a una breve disamina delle affinità, delle differenze e dei legami tra la corruzione e tali aree criminali, nel solco dell'analisi criminologica già svolta[77].

2. La plasticità della corruzione: reato-fine *versus* reato-mezzo

Nel *Bilancio di responsabilità sociale del 2018* della Procura di Milano si legge:

> «Com'è noto la corruzione è un reato a "cifra nera" elevatissima, posto che nessuno dei partecipi al patto corruttivo ha interesse a denunziare. Buona parte dei procedimenti per corruzione ha dunque origine da indagini per reati di natura finanziaria, ovvero, ed è questo il dato allarmante che testimonia delle interazioni tra i due mondi criminali, da procedimenti in materia di criminalità organizzata. Il fenomeno si è accentuato da quando le mafie hanno scoperto la propria vocazione imprenditoriale, reinvestendo i proventi del traffico di stupefacenti in vari settori dell'economia. Questo ha consentito loro di aumentare il capitale sociale e di acquisire sempre maggiore consenso sociale, creando posti di lavoro e offrendo una serie di servizi che si presentano come estremamente appetibili per il mondo dell'imprenditoria. Con sempre maggior frequenza, nel corso delle attività investigative emergono le figure di operatori economici, in particolare nel settore dell'edilizia e del connesso settore della gestione rifiuti/ bonifiche, che creano rapporti stabili con imprese riferibili ad esponenti del crimine organizzato, agendo secondo logiche di mera "convenienza".
> In conclusione, il quadro che emerge dalle indagini dell'ultimo periodo registra da un lato la presenza di reti corruttive articolate, che non si limitano a ottenere decisioni di favore in cambio di denaro ma, finanziando singoli esponenti politici o soggetti che sono espressione di gruppi di potere, si mostrano in grado di selezionare la classe dirigente, specie negli enti locali; d'altro canto, si registrano sempre maggiori cointeressenze tra imprenditori *border line* (già adusi a stingere accordi corruttivi con politici e pubblici amministratori ed in generale a violare la normativa di settore) ed esponenti della criminalità mafiosa. È di tutta evidenza che le possibili conseguenze di queste interazioni tra mafia e corruzione, che comunque sono e restano fenomeni diversi e non necessariamente collegati, sono estremamente pericolose sia sotto il profilo strettamente economico, sia sotto quello sociale e istituzionale»[78].

Il quadro dipinto dalla Procura di Milano introduce con uno sguardo pragmatico al tema delle divergenze, delle analogie e dei legami tra la corruzione e altre aree

[77] V. *supra*, Cap. IV.

[78] Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, *Bilancio di responsabilità sociale 2018*, disponibile a: <https://www.procura.milano.giustizia.it/files/brs-procura-milano-2018.pdf>, p. 80 (ultimo accesso novembre 2020).

criminali, in particolare alle attività, lecite e illecite, svolte direttamente, o indirettamente controllate, dalle organizzazioni criminali, semplici e di tipo mafioso.

Dalla prassi italiana emerge che la corruzione si atteggia, a seconda dei casi, come reato spia di altri reati o come reato "spiato". Nel primo senso, la corruzione è annoverata tra i «*sentinel crimes*», la cui frequente commissione può costituire un indice di infiltrazione di un'organizzazione criminale nell'economia legale[79]. D'altro canto, le indagini che conducono alla corruzione prendono le mosse da intercettazioni telefoniche disposte per raccogliere prove su altri reati o dall'analisi dei flussi finanziari[80]. La stessa Procura di Milano ha evidenziato come in buona misura i procedimenti per corruzione abbiano origine da indagini per reati finanziari o da procedimenti in materia di criminalità organizzata[81].

Emerge, dunque, una serie di rapporti *biunivoci* o *circolari*, o meglio, una *rete di legami* che si indirizzano in direzioni diverse, senza che nasca necessariamente una relazione di causa-effetto. Il risultato è paragonabile a un involucro sempre più opaco, una matassa di fili difficile da sbrogliare.

Rocco Sciarrone ha teorizzato la figura dell'*area grigia*, immaginabile come una *nebulosa* che assume aspetti diversi, mantenendo però sempre le caratteristiche della compenetrazione e della ibridazione tra area legale e area illegale. L'area grigia non è considerata *altro* rispetto alla mafia, bensì è «la zona in cui la mafia si muove stringendo alleanze e accordi di collusione con gli altri attori a vario titolo presenti, offrendo i suoi servizi di protezione»[82].

La corruzione incarna, quindi, da un lato, un *mezzo di protezione o di facilitazione* di altri reati, ad esempio evitando che vengano perseguiti o minimizzando il rischio che possano essere scoperti. Da un'altra prospettiva, però, costituisce un *reato fine*: sia dal punto di vista tecnico, nel senso che può rappresentare l'oggetto del programma criminale

[79] E. U. SAVONA, M. RICCARDI (a cura di), *Mapping the risk of Serious and Organised Crime infiltration in European Businesses.* Final report of the MORE Project, Milano, Transcrime – Università Cattolica del Sacro Cuore, 2018, consultabile a: <http://www.transcrime.it/wp-content/uploads/2018/12/MORE_FinalReport.pdf>, p. 222 (ultimo accesso novembre 2020).

[80] G. PIGNATONE, M. PRESTIPINO, *Modelli criminali. Mafie di ieri e di oggi*, cit., pp. 167-168.

[81] Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, *Bilancio di responsabilità sociale 2018*, cit., p. 80.

[82] R. SCIARRONE, L. STORTI, *Le mafie nell'economia legale. Scambi, collusioni, azioni di contrasto*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 104. In proposito anche R. SCIARRONE, *Una ricerca su corruzione e politica*, cit., p. 22.

di un'associazione per delinquere, sia – in senso meno tecnico – perché i proventi di altri reati possono essere utilizzati per corrompere.

Da uno studio condotto a livello europeo è emerso che, oltre alla corruzione politica, la forma di corruzione che più appare legata ad altre aree criminali, specialmente al crimine organizzato, è la corruzione di soggetti appartenenti alle forze di polizia, mentre meno frequentemente le organizzazioni criminali si rivolgono all'autorità giudiziaria. Corrompere agenti della forza pubblica è utile soprattutto per ottenere informazioni sulle indagini in corso o su altri operatori del mercato, ma capita anche che pubblici funzionari corrotti prendano parte direttamente alle attività criminose, occupandosi della gestione del traffico di stupefacenti o di reti di sfruttamento della prostituzione[83]. Altre agenzie pubbliche frequentemente interessate sono quelle che si occupano di controllo del passaggio di merci al confine, poiché la corruzione (*customs corruption*) può servire in questo caso a evitare che beni illeciti o contraffatti vengano scoperti o a evadere le tasse[84].

Si è già fatto riferimento alla *cooperazione selettiva* tra gli attori che agiscono nell'ambito di un mercato illegale e frammenti delle istituzioni[85]. Si considerano ora più nel dettaglio, pur senza pretese di esaustività, i legami tra la corruzione e le altre aree interessate dalle operazioni sotto copertura.

Innanzitutto, i mercati illegali degli *stupefacenti* e della *tratta di persone*, nonché quello, a quest'ultimo strettamente legato, della *prostituzione*. Da più parti emerge,

[83] Center for the Study of Democracy, *Examining the Links Between Organised Crime and Corruption*, cit., pp. 15-16. Lo studio dedica un approfondimento ben poco lusinghiero alla *police corruption* in Italia. Si legge, infatti, ad esempio, che in Italia «many smaller towns have significant economic power concentrated in big companies, which often have international operations. The economic significance of the companies in these regions or towns transforms company directors into local economic power players, who have significant relations with local politicians, judiciary, or police. Police in Italy are generally strongly influenced by politicians. Professional advancement is not based on merit, but is largely dependent on informal relations. Officers who put special efforts into their work do so out of their own motivation. In addition, there are four general levels within the police, and each has strong cultural bonds, and movements between them are difficult. […] The hierarchical structure of the police and the lack of merit-based promotions lead to the toleration of and lack of scrutiny into higher level corruption. If one gets a call from a superior, orders are usually followed, even if there is suspicion of political influence. In addition, there is a very strong sense of group loyalty and cohesiveness particularly within the higher ranks of the police. In addition, appointments particularly in 'carabinieri' and 'Guardia di Finanza' are usually for 2-3 years at a given location. While the application of this approach has been largely intended as an anti-corruption measure, it has proved to work conveniently in the opposite direction. The shifting of officers has become a control tool for stopping or influencing corruption investigations. […]». V. *Ivi*, p. 90.

[84] Center for the Study of Democracy, *Examining the Links Between Organised Crime and Corruption*, cit., pp. 96-97.

[85] V. *supra*, Cap. IV, § 1.1.

invero, la rilevanza della corruzione nel funzionamento di questi mercati. Europol, ad esempio, nel 2017 ha rilevato che i gruppi criminali coinvolti nel traffico di droga si affidano largamente alla corruzione per facilitare le proprie attività[86] e una constatazione simile, ma riferita anche alla prostituzione, si ritrova in una ricerca finanziata dalla Commissione europea sui rapporti tra corruzione e crimine organizzato[87].

Come già accennato, sono stati evidenziati anche i legami tra corruzione e *circolazione di beni contraffatti*, che risulta facilitata dall'acquisto della compiacenza, se non addirittura in alcuni casi della collaborazione, dei rappresentanti delle agenzie che si occupano dei controlli in entrata e in uscita dal paese[88].

Ancora, un settore delicatissimo è quello che coinvolge le numerose fasi del *ciclo dei rifiuti*, in particolare, in base a quanto affermato dalla Direzione investigativa antimafia, la fase dello stoccaggio nelle discariche. Infatti, mediante la corruzione, le organizzazioni criminali di tipo mafioso riescono ad accaparrarsi concessioni o appalti per la fornitura di beni e servizi o per la gestione delle discariche. La corruzione inquina le procedure di affidamento dei servizi di raccolta e smaltimento dei rifiuti gestite dagli enti locali[89], e ciò può contribuire a spiegare la sempre maggiore importanza assunta da questo livello di governo nelle statistiche sulla corruzione[90].

La delicatezza e la complessità del settore dei rifiuti sono state evidenziate anche dall'ANAC, che ha denunciato le «ormai storiche disfunzioni e criticità che caratterizzano

---

[86] Europol, *European Union serious and organised crime threat assessment*, cit., p. 34

[87] Center for the Study of Democracy, *Examining the Links Between Organised Crime and Corruption*, cit., p. 13. Tra i risultati più importanti dello studio si ricomprende la conclusione secondo cui «*prostitution and illegal drugs markets exert the most corruptive effect in the EU. It shows how some illegal markets, like the illegal cigarette trade, target primarily customs or local governments and law enforcement in border areas. In other illegal activities, such as motor vehicle theft and protection rackets, corruption is needed much less because of the nature of the criminal operations. The prostitution market provides a good example of the wide-range of corruption tactics used by organised crime. The present research shows that members of police forces throughout the EU engage in corrupt exchanges with prostitution networks, even extorting bribes or even directly running brothels. Such criminal networks use corruption to obtain information on investigations, ensure continuity of operations, or even to develop monopolies in local markets. Immigration authorities, including embassy or border guards, have also been targeted to ensure legal entries or stays of prostitutes. In Member States with legalised prostitution (e.g. Germany and the Netherlands) criminal groups have corrupted some local administrative authorities in order to avoid brothel regulations. Finally, criminal networks also use prostitutes to lure law-enforcement officers, magistrates and politicians into inappropriate behaviour, later using evidence of the behaviour to blackmail the officials for protection or information*». Per approfondire si rinvia anche alle pp. 126 ss. dello studio citato.

[88] *Ivi*, pp. 96-104.

[89] Direzione investigativa antimafia, *Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione investigativa antimafia. Gennaio-giugno 2019*, cit., p. 593.

[90] V. *supra*, § 2.2.1.

il sistema dei rifiuti tra cui le carenze nella programmazione e progettazione, l'elevata frequenza delle varianti e delle riserve, l'utilizzo ripetuto delle proroghe e la gestione frammentata dei servizi attinenti ai rifiuti nonché una spesso lacunosa verifica della rispondenza delle prestazioni effettivamente rese rispetto alle previsioni contrattuali. Ulteriori criticità riscontrate riguardano le modalità di gestione dei servizi, nonché le procedure adottate per il loro affidamento, caratterizzate dal sovradimensionamento dei requisiti di partecipazione e da altre anomalie procedurali, che male si conciliano con i principi europei di massima partecipazione alle gare e di libera concorrenza»[91].

Dalla letteratura sono emersi anche i legami tra *estorsione* e corruzione, spesso saldate in un intreccio più intricato di attività criminali, delle quali il pagamento del pizzo rappresenta solo il primo atto[92]. Occorre, dunque, considerare i rapporti tra corruzione e mafia, oggetto negli ultimi anni di numerosi scritti e dibattiti, alimentati recentemente anche dalle vicende emerse dall'inchiesta nota come *Mafia capitale*. Per la verità, la natura mafiosa della consorteria criminale composta dalle due diramazioni facenti capo rispettivamente a Buzzi e Carminati è stata da ultimo negata irrevocabilmente dalla Corte di Cassazione. La Suprema Corte ha ribaltato il verdetto di appello, escludendo la configurabilità del delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p., il cui *fumus* la stessa Cassazione aveva invece ritenuto sussistente in sede cautelare. La sentenza della Cassazione è in linea con le affermazioni del Tribunale di Roma, che in primo grado aveva disconosciuto le accuse di associazione di tipo mafioso[93]. La vicenda – come è noto – è complessa e

[91] Le problematiche elencate sono state denunciate dall'allora Presidente dell'ANAC Raffaele Cantone in occasione dell'audizione del 30 gennaio 2019 presso la *Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali ad essi correlati*. Una sintesi dell'audizione è offerta dall'Autorità stessa nella relazione sulle attività svolte nel 2018. V. Autorità Nazionale Anticorruzione, *Relazione annuale del 2018*, cit., p. 31-32. In letteratura si rinvia anche al recente contributo M. BELLACOSA, *Il contrasto in Europa al traffico illecito di rifiuti*, cit., p. 3.

[92] A. SCAGLIONE, *Crime mapping*, cit., pp. 82-83.

[93] Per una ricostruzione della vicenda si rinvia, *ex pluribus*, a G. AMARELLI, C. VISCONTI, *Da 'mafia capitale' a 'capitale corrotta'. La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime*, in *Sistema penale*, 18 giugno 2020; E. CIPANI, *La pronuncia della Corte d'Appello di Roma nel processo c.d. Mafia capitale: la questione dell'applicabilità dell'art. 416-bis c.p. alle "mafie atipiche*", in *Diritto penale contemporaneo*, 14 maggio 2019; E. ZUFFADA, *Per il Tribunale di Roma "Mafia capitale" non è mafia: ovvero, della controversa applicabilità dell'art. 416-bis c.p. ad associazioni criminali diverse dalle mafie "storiche*", in *Diritto penale contemporaneo*, 29 novembre 2017; F. VITARELLI, *L'operatività del 416-bis cp in contesti non tradizionali: una tipicità liquida? Risvolti pratici e persistenti questioni teoriche all'esito del processo "mafia capitale*", in *Legislazione penale*, 15 settembre 2020. Da una prospettiva sociologica si occupano dello scenario emerso dall'inchiesta sul Mondo di mezzo G. CORICA, V. MARTONE, *I circuiti corruttivi nei livelli di governo*, in R. SCIARRONE (a cura di), *Politica e corruzione*, cit., pp. 150 ss. La Direzione investigativa antimafia ha dedicato un approfondimento sulla criminalità a Roma nella Relazione al Parlamento relativa alle attività svolte da gennaio a giugno 2018: v. Direzione investigativa antimafia, *Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione investigativa*

meriterebbe certamente un capitolo a sé, ma in questa sede rileva soltanto come esempio emblematico per svolgere alcune considerazioni più generali sui rapporti tra corruzione e mafie, ormai accertati ed evidenziati da più parti, in relazione a diversi ambiti.

Al pari di altri già esaminati, la corruzione può infatti essere considerata come un *mercato illegale* in cui si scambiano diritti di proprietà su rendite politiche derivanti da decisioni o da informazioni connesse all'esercizio del potere pubblico[94]. I mafiosi possono quindi atteggiarsi da *parti* degli accordi collusivi oppure offrire i loro *servizi di protezione* agli altri attori che si interfacciano sul mercato, i quali per ovvie ragioni non possono ricorrere allo Stato per ottenere il rispetto degli accordi suggellati. Se è vero che la corruzione serve ai mafiosi, si può dire anche il contrario: i mafiosi servono alla corruzione, nel senso che in alcuni casi si atteggiano da garanti e regolatori del mercato corruttivo per garantirne la stabilità e la segretezza[95]. Tuttavia, per rivestire il ruolo di garanti i mafiosi devono essere effettivamente in grado di ricorrere alla violenza e imporre il proprio controllo sul territorio, in caso di bisogno. In questo senso si è sostenuto che «le mafie, laddove siano radicate e forti, introducano una "variante territoriale" nelle usuali dinamiche corruttive»[96].

antimafia. Gennaio-giugno 2018, disponibile a: <http://direzioneinvestigativaantimafia.interno.gov.it/semestrali/sem/2018/1sem2018.pdf>, pp. 410 ss. (ultimo accesso novembre 2020). Interessante è poi il punto di vista espresso da due dei pubblici ministeri titolari dell'inchiesta sul Mondo di mezzo nel libro G. PIGNATONE, M. PRESTIPINO, *Modelli criminali. Mafie di ieri e di oggi*, cit., pp. 210 ss. Nel capitolo dedicato alla vicenda, scritto prima della sentenza della Cassazione, gli Autori tengono comunque a evidenziare che «il carattere mafioso (o meno) dell'organizzazione di Carminati e Buzzi non è (…) l'elemento decisivo per rispondere alla domanda "ci sono le mafie, a Roma?". Decisivo è invece il complesso delle indagini e dei processi (…) che confermano l'esistenza di una significativa presenza mafiosa anche nella capitale».

[94] La definizione citata è ripresa da D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Mani impunite. Vecchia e nuova corruzione in italia*, cit., p. 212.

[95] Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, *Relazione conclusiva XII Legislatura*, cit., p. 28. Secondo Della Porta e Vannucci, quello di offrire risorse come la violenza, la capacità di intimidazione e la reputazione per garantire i diritti di proprietà in contesti in cui essi sono fragili e in pericolo è un «elemento *qualificante*» dei mafiosi. V. D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Mani impunite. Vecchia e nuova corruzione in italia*, cit., p. 183. Sul punto v. anche P. DAVIGO, *Il sistema della corruzione*, cit., pp. 38-39.

[96] L. BRANCACCIO, V. METE, A. SCAGLIONE, *Gli attori e i reticoli della corruzione*, in R. SCIARRONE (a cura di), *Politica e corruzione*, cit., pp. 174-175. É interessante considerare anche i dati: nel *database* di sentenze della Cassazione considerato nello studio appena citato e già più volte menzionato, la presenza di esponenti della criminalità organizzata è emersa nel 18% dei casi, solo nel 4% tra le Autorizzazioni a procedere. Gli Autori spiegano questa differenza evidenziando che le pronunce della Suprema Corte prese in considerazione si riferiscono prevalentemente ai livelli di governo locale e regionale.

La Commissione parlamentare antimafia ha rilevato l'esistenza di «una particolare governance mafiosa della corruzione», al Sud come al Nord del paese[97]. Ciò è emerso specialmente dall'analisi dei provvedimenti di scioglimento dei consigli comunali per infiltrazioni mafiose, la cui motivazione sempre più spesso comprende riferimenti alla *correlazione* tra presenza mafiosa nelle istituzioni, investimenti pubblici in opere infrastrutturali e corruzione. I membri della Commissione hanno scritto di avere «la netta impressione che corruzione e mafie abbiano smarrito i loro confini e stabilito relazioni e nessi davvero intricati. Le mafie possono esistere senza corruzione, ma ciò avviene solo se restano vincolate ai settori illegali; se, invece, si spostano sui settori legali dell'economia non possono consolidarsi senza corruzione. La corruzione per contro esiste senza le mafie. Ma dove le mafie entrano nel sistema della corruzione, ne diventano protagoniste e dettano le regole»[98].

La corruzione è descritta alla stregua di "motore" delle mafie, un motore silenzioso che consente di non destare l'attenzione delle agenzie del controllo formale, a differenza della violenza[99].

Il legame tra mafia e corruzione non rappresenta certo una novità. Da sempre il *settore dei contratti pubblici* costituisce uno degli obiettivi di interesse strategico delle organizzazioni mafiose. Non solo consente a queste ultime di reinvestire, e quindi mascherare, le ingenti risorse ricavate dalle attività criminali, ma anche di guadagnare ulteriormente, sia mediante l'estorsione e l'usura ai danni degli altri operatori, sia

[97] Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, *Relazione conclusiva XII Legislatura*, approvata dalla Commissione nella seduta del 7 febbraio 2018, disponibile a: <http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/documentiparlamentari/IndiceETesti/023/038/INTERO.pdf>, pp. 27 ss. (ultimo accesso novembre 2020).

[98] *Ibidem*.

[99] *Ibidem*. La violenza, secondo la Commissione, è sostituita dalla corruzione prevalentemente quando le mafie si infiltrano nei mercati legali, in cui la loro presenza deve rimanere celata dietro il velo di legalità apparente dell'attività. Tale affermazione trova riscontro anche in un altro studio, che ha rilevato i segnali di frammentazione e sommersione delle mafie. Si nota, infatti, la presenza di un numero crescente di gruppi indipendenti anche all'interno delle mafie tradizionali come Cosa Nostra e la 'ndrangheta e si evidenzia che «*There is widespread evidence that Italian mafias are progressively shifting from subversion and violence in favour of a submersion strategy aimed at expanding OCG power in a more understated manner… This may be accomplished through: - Infiltration of the political and economic fabric- Collusion and cooperation with professionals, public officers, facilitators, brokers and entrepreneurs - Use of bribery and trade in influence (including political and electoral exchanges) instead of violence*». La frammentazione e la sommersione delle mafie potrebbero provocare effetti opposti: la prima infatti tende ad aumentare la violenza tra bande, la seconda invece a diminuirla e sostituirla con la corruzione e la collusione. Due possibili conseguenze che non si escludono a vicenda, in quanto affondano tutte le radici nella debolezza del capitale sociale. V. E. U. SAVONA, M. RICCARDI (a cura di), *Mapping the risk of Serious and Organised Crime infiltration in European Businesses*. *Final report of the MORE Project*, cit., p. 123.

divenendo destinatarie dirette delle risorse pubbliche[100]. Soprattutto a livello degli enti locali, un meccanismo a cui si ricorre spesso per rendere ancora più difficoltosa agli inquirenti la ricostruzione degli scambi corruttivi è l'intestazione fittizia di beni, specialmente di quote societarie[101].

Le interrelazioni e i legami fin qui evidenziati non devono, tuttavia, condurre a una equiparazione di *fenomeni criminali diversi e distinti*, non solo in quanto previsti separatamente nel codice penale. Anche nella letteratura criminologica, infatti, accanto alla *familiarità* della mafia con la corruzione sistemica, si sottolinea comunque l'importanza della distinzione tra le due aree criminali, che restano *autonome*[102].

---

[100] In proposito si rinvia a quanto rilevato da Direzione investigativa antimafia, *Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione investigativa antimafia. Gennaio-giugno 2018*, cit., p. 362; *Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione investigativa antimafia. Gennaio-giugno 2019*, cit., pp. 537-539; *Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione investigativa antimafia. Luglio-dicembre 2019*, disponibile a: <https://direzioneinvestigativaantimafia.interno.gov.it/semestrali/sem/2019/2sem2019.pdf>, pp. 694 ss. (ultimo accesso novembre 2020).

[101] Banca d'Italia, Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, *Rapporto annuale per il 2018, n. 11 – 2019*, disponibile a: <https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/rapporto-annuale/2019/Rapporto-UIF-anno-2018.pdf>, p. 38 (ultimo accesso novembre 2020). Anche da un altro studio della Banca d'Italia emerge l'influenza giocata dalla presenza mafiosa sulla allocazione delle risorse pubbliche: «*we provide evidence that mafia presence influences the allocation of public funds. Further results suggest that mafia pockets at least part of the disproportional amount of funds by creating fictitious firms and by corrupting public officials. These findings regard the short run impact of organized crime on economic outcomes. However, we envisage a long run impact as well. Mafia may have long-run disincentive effects by crowding out talent from entrepreneurship, therefore negatively affecting the economy in the long run. By manipulating the assignment of public funds aimed to poorer areas, organized crime effectively undermines growth, investment and development*». V. G. BARONE, G. NARCISO, *The effect of organized crime on public funds*, Banca d'Italia, Working papers n. 916, 2013, disponibile a: <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/temi-discussione/2013/2013-0916/index.html?com.dotmarketing.htmlpage.language=1>, pp. 24-25 (ultimo accesso novembre 2020).

[102] Si vedano in tal senso, ad esempio, A. LA SPINA, *Il mondo di mezzo. Mafie e antimafie*, il Mulino, Bologna, 2016, pp. 57 ss.; R. SCIARRONE, L. STORTI, *Le mafie nell'economia legale*, cit., pp. 123-124. Lo ha evidenziato anche l'allora Presidente dell'ANAC Raffaele Cantone in occasione di un'audizione davanti alla Commissione parlamentare antimafia, dopo aver commentato il legame tra corruzione e mafia emerso dall'analisi delle interdittive antimafia. Pur essendo tale legame, che peraltro non costituisce una novità, ormai evidente, il Dott. Cantone sottolinea che «Mafia e corruzione restano due manifestazioni completamente autonome, nel senso che esistono tantissimi fenomeni corruttivi che nulla hanno a che vedere con le mafie, anzi per la maggior parte sono certamente autonomi… un dato molto significativo è tuttavia l'utilizzo sempre maggiore da parte delle mafie dei fenomeni corruttivi, soprattutto come strumento di penetrazione in contesti ambientali diversi da quelli autoctoni. L'esperienza giudiziaria dimostra che da sempre le mafie utilizzano la corruzione nei territori autoctoni, cioè le indagini hanno dimostrato già negli anni Ottanta l'esistenza di pesantissimi fenomeni di infiltrazione attraverso corruzione; tuttavia, l'utilizzo della corruzione rappresenta uno strumento di penetrazione delle organizzazioni soprattutto nei luoghi diversi da quelli di appartenenza. Ciò per una ragione, per certi versi sociologica ma anche giuridica, abbastanza evidente: le organizzazioni di tipo mafioso preferiscono, nei contesti in cui non hanno attecchito dal punto di vista del consenso sociale, utilizzare strumenti di penetrazione molto più capaci di coinvolgere le strutture imprenditoriali o istituzionali». V. Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, *Audizione del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, 25 giugno 2019, pp. 5-6.

Del resto, non è necessario che la corruzione sia mafiosa per considerarla un fenomeno criminale meritevole della massima attenzione e del massimo impegno di studio e di prevenzione e repressione[103].

Il filo conduttore che lega più saldamente diverse aree criminali è il *denaro*, il guadagno, e quindi la necessità di riciclarlo, di lavarlo mediante meccanismi sempre più stratificati e rapidi che consentono di costruire un rivestimento così intricato da risultare invisibile e impenetrabile. Una matassa che si può sbrogliare solo se si individua il filo da seguire e si percorre tutto il labirinto. Come è stato efficacemente notato, il *riciclaggio* costituisce l'*ossigeno* per le attività criminali, e in particolare per i mercati della droga, dell'evasione fiscale e della corruzione[104].

Si tratta di una consapevolezza ormai acquisita anche sul piano internazionale, come dimostra ad esempio il Preambolo della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, in cui si esprime la preoccupazione «*about the links between corruption and other forms of crime, in particular organized crime and economic crime, including moneylaundering (…)*».

Nel 2019, l'Unità di informazione finanziaria della Banca d'Italia ha confermato la «primaria rilevanza delle aree di rischio rappresentate da criminalità organizzata, corruzione ed evasione fiscale che si intersecano tra loro rendendo impossibile individuare linee di demarcazione nette. In particolare, è ricorrente il ricorso allo strumentario tipico dell'evasione fiscale sia per realizzare operazioni di riciclaggio da parte della criminalità organizzata sia per la precostituzione di fondi con finalità corruttive (…)»[105].

Rimane da considerare il legame tra corruzione e *terrorismo*. Il *terrorismo* ha in comune con la corruzione e il crimine organizzato il fattore della paura (*fear factor*), ossia

---

[103] Costantino Visconti ha recentemente pubblicato un volumetto dal titolo evocativo, che nelle prime pagine presenta la questione con queste parole: «Da noi non c'è solo la corruzione, c'è qualcosa di più grave: la corruzione mafiosa. Da noi non c'è solo l'inquinamento ambientale, il traffico di stupefacenti, la criminalità agroalimentare: ci sono l'ecomafia le narcomafie e perfino le agromafie. Da noi non c'è solo la malapolitica: abbiamo soprattutto la mafia politica o la politica mafiosa, altroché! Insomma, viviamo in un paese affetto da bulimia mafiosa, in cui senza la parola "mafia" di mezzo le cose non ci sembrano abbastanza gravi da occuparcene con dispendio di tempo e di energie». V. C. VISCONTI, *"La mafia è dappertutto". (Falso!)*, Laterza, Roma-Bari, 2016, pp. XI-XII.

[104] La metafora è ripresa da D. MASCIANDARO, A. PANSA, *La farina del diavolo*, cit., p. 172.

[105] La valutazione riportata è tratta dalla relazione Banca d'Italia, Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, *Rapporto annuale per il 2019, n. 12-2020*, disponibile a: <https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/rapporto-annuale/2020/Rapporto-UIF-anno-2019.pdf>, p. 40 (ultimo accesso novembre 2020).

quel fattore che rende difficile non solo indagare, ma anche studiare questi fenomeni criminali e i collegamenti che li avvinghiano[106]. Sotto il profilo della percezione, si ha l'impressione che l'«emergenza terrorismo» e l'«emergenza corruzione» siano ritenute minacce separate, la prima proveniente dall'*esterno*, da fuori, dal diverso, la seconda, invece, dall'*interno*, e anzi si è visto come talvolta essa sia descritta quasi come connatura a certe dinamiche e caratteristiche del tessuto sociale e politico italiano e legata alle associazioni di tipo mafioso. Sotto questo profilo è interessante, però, ricordare come anche la mafia, soprattutto negli Stati Uniti, sia stata in passato dipinta come nemica esterna allo Stato[107] e come tale dinamica tenda a ripresentarsi ciclicamente ogniqualvolta sia necessario proporre e giustificare dinanzi ai consociati misure di particolare peso per la loro eccezionalità o per l'entità del loro impatto sui diritti individuali.

Nel prossimo paragrafo si vedrà come l'ambito di applicazione di varie misure con tali caratteristiche sia stato progressivamente ampliato a diverse aree criminali, sostanzialmente le medesime rispetto alle quali è prevista la possibilità di esperire le operazioni sotto copertura, che costituiscono esse stesse un mezzo eccezionale. In particolare, si concentrerà l'attenzione sulla progressiva parificazione tra i cosiddetti reati di mafia e la corruzione, visto che negli ultimi anni a molti delitti contro la pubblica amministrazione è stata estesa l'applicabilità di istituti nati per combattere il terrorismo interno, la mafia e il narcotraffico.

3. La corruzione *dal primo al secondo binario*: il *trend* normativo di assimilazione selettiva alla criminalità organizzata fino alla l. n. 3/2019

Come già più volte evidenziato, le aree criminali rispetto alle quali sono previste le operazioni sotto copertura non sono accomunate solo dalla possibilità di impiegare tale mezzo investigativo nel corso delle indagini preliminari. Esse infatti coincidono in gran parte con i fenomeni criminali progressivamente attratti nell'ambito di applicazione di un insieme di *norme derogatorie* alla disciplina generale dettata dal codice di procedura penale e dalle leggi in materia di ordinamento penitenziario.

[106] L. HOLMES, *Some Concluding Observations: A Quadrumvirate in Future?*, in L. HOLMES (a cura di), *Terrorism, Organised Crime and Corruption. Networks and Linkages*, Edward Elgar, 2007, pp. 226-227.
[107] V. *supra*, Cap. III, sez. I, § 1.2.1.

Trattasi di un sistema normativo divenuto noto come *doppio binario processuale*, modellato a partire dagli anni Novanta con riferimento alla criminalità organizzata di tipo mafioso e al traffico di droga[108]. Non pare un caso che sempre a quegli anni risalgano anche le prime norme specificamente dedicate alle indagini sotto copertura proprio in questi settori.

L'evoluzione normativa degli ultimi anni in tema di delitti contro la pubblica amministrazione consente di cogliere un graduale trasferimento di tale area criminale dal primo – ordinario – binario, *verso il secondo*, quelle delle deroghe.

La dottrina più attenta ha invero denunciato l'«attrazione elettiva», fino alla «progressiva osmosi», tra le strategie di prevenzione e repressione delle criminalità organizzata, precipuamente di tipo mafioso, e quelle anticorruzione[109].

Da un lato, la stratificazione delle diverse fonti normative sovranazionali sembra essere avvenuta nel segno di una *funzionalizzazione* del diritto penale[110] alla lotta a forme di criminalità che suscitano un particolare allarme sociale (si pensi ai cosiddetti eurocrimini[111]).

Dall'altro lato, nell'ordinamento interno si assiste alla tendenza a estendere il perimetro del sistema normativo nato per contrastare precipuamente le mafie[112] (e in alcuni casi, ancora prima, il terrorismo interno) a taluni delitti contro la pubblica

---

[108] A proposito delle origini del doppio binario si vedano T. GUERINI, *Antimafia e anticorruzione nell'epoca del furore punitivo*, in *Arch. Pen.*, 2019, (3), pp. 7-10, e le altre opere ivi citate.

[109] Si vedano in particolare V. MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, cit., pp. 182 ss.; V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., pp. 248-250. Anche un altro Autore rinviene un parallelismo tra l'emergenza mafiosa e quella corruttiva, denotata anche da una «affinità temporale»: agli anni Novanta risalgono, infatti, sia le prime riforme del settore del codice penale dedicato ai delitti contro la pubblica amministrazione sia le indagini di Mani Pulite. Da allora si assiste, secondo l'A., ad una «lenta deriva», di cui la legge Spazzacorrotti rappresenta un portato, e non un «cambio di paradigma». V. T. GUERINI, *Antimafia e anticorruzione nell'epoca del furore punitivo*, cit., pp. 17-24.

[110] In ordine al *funzionalismo* del diritto europeo si veda C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 1 ss.

[111] V. *supra*, Cap. III, sez. I, § 2.2.

[112] M. DONINI, *Mafia e terrorismo come "parte generale" del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in *disCrimen*, 30 maggio 2019, p. 5. L'A. afferma che «La costruzione di un modello speciale, di un *micro-sistema autonomo di eccezione*, in tal senso speciale, anziché di un "sotto"-sistema costituito da singole eccezioni a regole comuni, appare *molto più efficace* in un'ottica preventiva e repressiva. Ad esso ci si può arrivare per estensione di tante miniriforme parziali, oppure attraverso la previsione *ab origine* di un *corpus* normativo speciale. Quest'ultimo è il caso, notorio, del sistema delle *misure di sicurezza* nel codice penale del 1930. Per la criminalità organizzata e il terrorismo l'obiettivo è stato conseguito attraverso la consolidazione di riforme progressive».

amministrazione, facendo leva sulla loro *sistematicità*[113]. Un sistema normativo, quello ideato per contrastare le mafie, già da tempo esteso a numerose altre aree criminali, e da sempre oggetto di critiche da parte della dottrina. Recentemente, ad esempio, Massimo Donini ha scritto che il diritto penale della criminalità organizzata costituirebbe

> «1) *un rovesciamento dei tratti del garantismo*; 2) *un corpo giuridico così autonomo e speciale che oscilla tra il diritto penale di lotta e il diritto penale del nemico, orientato alla neutralizzazione*. Il suo *funzionamento* è richiesto che operi durante indagini e processo, e dunque in contrasto con la presunzione di innocenza e la piena terzietà del giudice, che *non è più giudice del passato, ma agente politico (politica criminale) su fenomeni in atto*: è tutt'altra cosa giudicare un singolo fatto accaduto in passato ed esaurito, e fenomeni collettivi di associazioni criminali operanti al tempo del processo e regolarmente rappresentati, a livello processuale penale, dai "maxiprocessi". Processi vissuti "in trincea". *C'è qui la prevalenza del momento 'di lotta' verso un fenomeno spersonalizzato*»[114].

Pur senza addentrarsi nell'analisi e nel dibattito sulla natura e sulla opportunità delle norme che compongono il sistema normativo contro la criminalità organizzata, si cercherà di far emergere come la l. n. 3/2019, e segnatamente l'art. 1, co. 8 della stessa (che ha modificato l'art. 9 l. n. 146/2006, estendendo ad alcuni delitti contro la pubblica amministrazione la possibilità di esperire le operazioni sotto copertura), non giunga come "un fulmine a ciel sereno", sia perché si tratta di una proposta già avanzata in passato, sia perché rappresenta il punto di arrivo di un'assimilazione che ha dapprima riguardato altri istituti.

[113] G. DI VETTA, *Il nido del cuculo. La tendenza ad assimilare criminalità amministrativa e criminalità organizzata*, in *Arch. pen.*, 2020, (2), pp. 1-58.

[114] M. DONINI, *Mafia e terrorismo come "parte generale" del diritto penale*, cit., p. 16. L'A. nota come «(…) forse è la corruzione — non il terrorismo — a rappresentare la seconda, grande emergenza nazionale che costituisce un fenomeno criminologicamente costante. E anche in questo caso negli ultimissimi anni si è costruito tutto un sistema di eccezione che mira a diventare paradigma. Esistono peraltro istituti comuni a tutte queste fenomenologie, di cui alcuni sono processuali e hanno avuto un ruolo trainante, mentre altri, di diritto penale sostanziale, sono divenuti parte generale di tale diritto». Tommaso Guerini parla di «un modello bellico di governo della questione criminale già da tempo conosciuto e applicato nel settore della repressione della criminalità organizzata e in quello, ad esso attiguo, del contrasto al fenomeno del traffico di stupefacenti. Un modello illiberale di governo del penale, fondato sulla sistematica introduzione di fattispecie incriminatrici a tassatività debole, alle quali si abbina un rigore sanzionatorio che presenta elementi vendicativi, più che retribuzionistici, la cui dilatazione ben al di fuori dei confini nei quali era stato isolato determina effetti sistematici ancora non del tutto esplorati». Così T. GUERINI, *Antimafia e anticorruzione nell'epoca del furore punitivo*, cit., p. 6.

3.1. L'evoluzione normativa prima del 2019

In collegamento ideale con la rassegna normativa già svolta[115], è bene considerare brevemente l'evoluzione anteriore al 2019 dello statuto normativo della corruzione. Interessano qui non tanto le riforme che hanno riguardato le *fattispecie* e il trattamento sanzionatorio dei delitti contro la pubblica amministrazione[116], bensì quelle attinenti agli istituti nati per combattere la criminalità organizzata mafiosa, la cui applicabilità è stata estesa alla corruzione.

3.1.1. L'assimilazione con riferimento alla confisca allargata e alle misure di prevenzione

Il primo segnale della assimilazione tra corruzione e criminalità organizzata mafiosa risale alla fine del 2006[117], quando la possibilità di disporre la c.d. *confisca allargata* è stata estesa ai casi di condanna per i delitti di peculato (artt. 314 e 316 c.p.), malversazione ai danni dello Stato (art. 316-*bis* c.p.), indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316-*ter* c.p.), concussione, corruzione impropria, corruzione propria, corruzione in atti giudiziari, istigazione alla corruzione (artt. 317, 318, 319, 319-*ter*, 320, 322, 322-*bis* c.p.) e utilizzazione d'invenzioni o scoperte conosciute per ragioni di ufficio (art. 325 c.p.). Nel 2012 è stato aggiunto anche il delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità di cui all'art. 319-*quater* c.p.[118].

La confisca allargata è attualmente prevista dall'art. 240-*bis* c.p.[119], inserito nel codice penale dall'art. 6, co. 1, d.lgs. n. 21/2018, attuativo del principio di riserva di codice.

---

[115] V. *supra*, Cap. III, sez. II.

[116] Per una sintesi sulla stratificazione normativa venutasi a creare negli ultimi anni in tema di corruzione si rinvia, per tutti, a V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., pp. 232-245, e alle opere ivi citate.

[117] Art. 1, co. 220, l. 27 dicembre 2006, n. 296.

[118] Art. 1, co. 80, l. 6 novembre 2012, n. 190.

[119] Si riporta per maggiore chiarezza espositiva il testo attualmente vigente della disposizione: «Nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale, dagli articoli 314, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 322, 322-bis, 325, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 453, 454, 455, 460, 461, 517-ter e 517-quater, nonché dagli articoli 452-quater, 452-octies, primo comma, 493-ter, 512-bis, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 600-quater.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-quinquies, 603-bis, 629, 644, 648, esclusa la fattispecie di cui al secondo comma, 648-bis, 648-ter e 648-ter.1, dall'articolo 2635 del codice civile, o per taluno dei delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine costituzionale, è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a

Prima di tale trasferimento, la relativa disciplina era contenuta nell'art. 12-*sexies* d.l. n. 306/1992, introdotto nel 1994[120], il cui ambito di applicazione era originariamente circoscritto ai delitti di associazione a delinquere di tipo mafioso, estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione, usura, ricettazione, riciclaggio, impiego di denaro, beni o altra utilità di provenienza illecita, trasferimento fraudolento e possesso ingiustificato di valori, detenzione e vendita di stupefacenti, associazione finalizzata al traffico di stupefacenti e contrabbando[121]. Inoltre, ai sensi del co. 2, la confisca poteva essere applicata anche a tutti i delitti commessi «avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché a chi é stato condannato per un delitto in materia di contrabbando nei casi di cui all'articolo».

Successivamente, ma prima del 2006, l'applicabilità dell'istituto era stata estesa al delitto di usura (art. 6 l. n. 108/1996); ai delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale (art. 24., l. n. 45/2001) e ai delitti di associazione a delinquere semplice e di tipo mafioso finalizzate a commettere i reati di cui agli artt. 600, 601, 602 c.p. in materia di tratta di persone (art. 7 l. n. 228/2003).

A seguito delle modifiche intervenute negli anni più recenti, la confisca allargata è divenuta applicabile anche alla associazione a delinquere finalizzata a commettere i delitti di falso previsti dagli articoli 473, 474, 517-*ter* e 517-*quater* (l. n. 99/2009), i delitti in materia di prostituzione minorile e pedopornografia (l. n. 172/2012)[122] e i delitti ambientali *ex* artt. 452-*quater*, 452-*octies*, primo comma (art. 1, co. 4, l. n. 68/2015).

---

qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica. In ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale, salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge. La confisca ai sensi delle disposizioni che precedono è ordinata in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta per i reati di cui agli articoli 617-quinquies, 617-sexies, 635-bis, 635-ter, 635-quater, 635-quinquies quando le condotte ivi descritte riguardano tre o più sistemi. Nei casi previsti dal primo comma, quando non è possibile procedere alla confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui allo stesso comma, il giudice ordina la confisca di altre somme di denaro, di beni e altre utilità di legittima provenienza per un valore equivalente, delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona».

[120] D.l. 20 giugno 1994, n. 399, convertito con modificazioni dalla l. 8 agosto 1994.

[121] Si tratta dei delitti di cui agli artt. 416-*bis*, 629, 630, 644, 644-*bis*, 648 (escluso il secondo comma), 648-*bis*, 648-*ter* c.p., 12-*quinquies*, co. 1, d.l. n. 306/1992, 73 (tranne il comma 5) e 74 d.P.R. n. 309/1990 e 295, co. 2, d.P.R. n. 43/1973.

[122] Precisamente, i delitti di cui agli artt. 600-*bis*, co. 1, 600-*ter*, primo e secondo comma, 600-*quater*.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-*quinquies* c.p.

Si può notare facilmente come l'ambito di applicazione della confisca allargata coincida in larga misura con quello di esperibilità delle operazioni sotto copertura, con la *sostanziale differenza* che molti reati rilevano solo in quanto *reati fine di una associazione per delinquere*.

Prima dello spostamento della confisca allargata nel codice penale, nel 2016[123], sono state aggiunte numerose altre fattispecie criminose: il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603-*bis* c.p.); l'associazione a delinquere finalizzata a commettere i delitti di falso *ex* artt. 453, 454, 455, 460, 461; il neo-introdotto delitto di autoriciclaggio *ex* art. 648-*ter*.1 c.p.; il falso in bilancio (art. 2635 c.c.); le finalità di terrorismo sono state estese anche a quello internazionale e, infine, sono stati aggiunti anche i delitti di cui agli artt. 617-*quinquies*, 617-*sexies*, 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater*, 635-*quinquies* quando le condotte ivi descritte riguardano tre o più sistemi.

A distanza di più di dieci anni dal primo passo, il legislatore ha proseguito il cammino di avvicinamento della corruzione al sistema normativo antimafia intervenendo sulle *misure di prevenzione* personali e patrimoniali di cui al d.lgs. n. 159/2011, ma con una *differenza fondamentale* rispetto alla scelta operata sulla confisca.

Le misure di prevenzione, infatti, possono essere applicate *solo se* gli indizi riguardano l'esistenza di una *associazione per delinquere finalizzata a commettere i delitti* di cui agli artt. 314, co. 1, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322 e 322-*bis* c.p. (art. 4, lett. i-*bis*)[124]. La pericolosità idonea a giustificare l'applicazione di una misura di prevenzione personale è riscontrata solo nella *corruzione* posta in essere da un'*organizzazione*[125] e in grado, quindi, di generare il c.d. *effetto valanga*[126].

Anche in questo caso i delitti contro la pubblica amministrazione sono stati accostati a una serie di reati in gran parte coincidente con quelli inclusi nell'ambito di applicazione della confisca, nonché delle operazioni sotto copertura. L'art. 4 non li elenca, ma li individua mediante il rinvio all'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., disposizione su cui vale la pena soffermare brevemente l'attenzione.

---

[123] Rispettivamente con l'art. 5, l. 29 ottobre 2016, n. 199 e con l'art. 5 d. lgs. 29 ottobre 2016, n. 202, che ha recepito la direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea.

[124] Lettera aggiunta dall'art. 1, co. 1, lett. d), l. n. 161/2017.

[125] In proposito si veda G. DI VETTA, *Il nido del cuculo*, cit., p. 4 e i contributi ivi citati.

[126] V. *supra*, § 2.

3.1.2. La mancata assimilazione nelle norme sulle indagini preliminari (artt. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater*, e 407, co. 2, lett. a), c.p.p.)

Il comma 3-*bis* dell'art. 51 c.p.p., introdotto nel 1991[127], attribuisce le funzioni di pubblico ministero all'ufficio presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente (al posto dei procuratori della Repubblica presso i tribunali) per i procedimenti riguardanti una serie di reati tassativamente elencati. Ai sensi dell'art. 102 d.lgs. n. 159/2011, il procuratore della Repubblica per la trattazione di tali procedimenti costituisce una direzione distrettuale antimafia.

Nel testo attualmente vigente si tratta dei procedimenti relativi ai «delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, sesto e settimo comma, 416, realizzato allo scopo di commettere taluno dei delitti di cui all'articolo 12, commi 1, 3 e 3-ter, del (…) decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, 600, 601, 602, 416-bis, 416-ter, 452-quaterdecies e 630 del codice penale, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-quater del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43».

Come per le altre norme esaminate, il catalogo di reati ricompreso nel co. 3-*bis* dell'art. 51 c.p.p. era in origine ben più ridotto e comprendeva i delitti di associazione di tipo mafioso, di sequestro di persona a scopo di estorsione, di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope e ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo.

Nel corso degli anni si sono stratificati vari interventi normativi che hanno ampliato il perimetro applicativo della deroga fino a quello attuale, che ricomprende molte delle aree criminali oggetto anche delle operazioni sotto copertura, in particolare in materia di tratta di persone, associazione a delinquere finalizzata alla contraffazione, disastro ambientale e favoreggiamento dell'immigrazione.

[127] Art. 3, d.l. 20 novembre 1991, n. 367.

Nel 2001[128] è stato poi introdotto il co. 3-*quater*, che attribuisce alla procura distrettuale la trattazione dei procedimenti per i delitti consumati o tentati con finalità di terrorismo.

Si tratta, peraltro, di norme con una serie di implicazioni sistematiche. Innanzitutto, in materia di prescrizione del reato: per i reati di cui all'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., ai sensi degli artt. 157, co. 5, 160, co. 2, e 161 co. 3, c.p., i termini di prescrizione sono raddoppiati e non vi sono limiti al prolungamento del tempo necessario a prescrivere nel caso di interruzione della prescrizione. In secondo luogo, dal 2003[129] nei procedimenti per i reati di cui all'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. (e per una serie di altri reati) è stata esclusa l'applicabilità dell'istituto dell'applicazione della pena su richiesta (art. 444, co. 1-*bis*, c.p.p.).

Ancora, l'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. delimitava l'ambito di applicazione delle intercettazioni di comunicazioni tra presenti mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile, in virtù del richiamo contenuto nell'art. 266, co. 2-*bis* c.p.p., aggiunto nel 2017[130].

Lo stesso decreto legislativo del 2017 aveva altresì stabilito che nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a. puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni si applicasse l'art. 13 d.l. n. 152/1991, convertito con modificazioni dalla l. n. 203/1991[131]. Sugli artt. 266 e 267 c.p.p. è, però, in seguito intervenuta – come si vedrà a breve – la l. n. 3/2019.

---

[128] Art. 10-*bis*, d.l. n. 374/2001, convertito con modificazione con l. 15 dicembre 2001, n. 438.

[129] L. 12 giugno 2003, n. 134.

[130] Art. 4, co.1, lett. a), n. 2) d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216. La modifica avrebbe dovuto entrare in vigore il 31 dicembre 2019 in base alla previsione originaria, ma il termine è stato poi prorogato al 29 febbraio 2020.

[131] L'estensione è avvenuta ad opera dell'art. 6, co. 1, d.lgs. 216/2017. L'art. 13 cit. recita: «1. In deroga a quanto disposto dall'articolo 267 del codice di procedura penale, l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'articolo 266 dello stesso codice è data, con decreto motivato, quando l'intercettazione è necessaria per lo svolgimento delle indagini in relazione ad un delitto di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo del telefono in ordine ai quali sussistano sufficienti indizi. Nella valutazione dei sufficienti indizi si applica l'articolo 203 del codice di procedura penale. Quando si tratta di intercettazione di comunicazioni tra presenti disposta in un procedimento relativo a un delitto di criminalità organizzata e che avvenga nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale, l'intercettazione è consentita anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa. 2. Nei casi di cui al comma 1, la durata delle operazioni non può superare i quaranta giorni, ma può essere prorogata dal giudice con decreto motivato per periodi successivi di venti giorni, qualora permangano i presupposti indicati nel comma 1. Nei casi di urgenza, alla proroga provvede direttamente il pubblico ministero; in tal caso si osservano le disposizioni del comma 2 dell'articolo 267 del codice di procedura penale. 3. Negli stessi casi di cui al comma 1 il pubblico ministero e l'ufficiale di polizia giudiziaria possono farsi coadiuvare da agenti di polizia giudiziaria».

Continuando a considerare gli interventi precedenti a quest'ultima legge, vale la pena sottolineare come la corruzione non sia mai stata inserita neppure nell'ambito di applicazione di un'altra norma processuale derogatoria, l'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p., sui termini di durata delle indagini preliminari.

Già prevista nel testo del codice di procedura penale del 1989, essa stabiliva che la durata massima delle indagini preliminari di due anni (in deroga al termine massimo di diciotto mesi fissato dal primo comma dell'art. 407) riguardasse le indagini per i delitti di cui agli artt. 270-*bis*, 280, 285, 286, 289-*bis*, 305, 306, 416 nei casi in cui è obbligatorio l'arresto in flagranza, 416-*bis*, 422, 630 c.p. e 75 l. n. 685/1975. Anche in questo caso nel corso del tempo il raggio di azione della deroga è stato esteso per mezzo di vari interventi legislativi a partire già dagli anni Novanta, fino all'odierna formulazione, che ricomprende numerose fattispecie[132].

La norma in esame è richiamata da alcune disposizioni di diritto penale sostanziale, in particolare in punto di giudizio di bilanciamento tra circostanze. L'art. 69-*bis* c.p., infatti, esclude per i reati di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p. la possibilità di un giudizio di prevalenza o equivalenza delle attenuanti (ad esclusione di quella prevista dall'art. 98 c.p.) sulle aggravanti di cui agli artt. 111 e 112, co. 1, nn. 3 e 4, c.p. se chi ha determinato altri a commettere il reato, o si è avvalso di altri nella commissione del delitto, ne è il genitore esercente la responsabilità genitoriale ovvero il fratello o la sorella e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento

[132] L'ambito di applicazione nel testo attualmente vigente ricomprende: «1) delitti di cui agli articoli 285, 286, 416-bis e 422 del codice penale, 291-ter, limitatamente alle ipotesi aggravate previste dalle lettere a), d) ed e) del comma 2, e 291-quater, comma 4, del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43; 2) delitti consumati o tentati di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, e 630 dello stesso codice penale; 3) delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo; 4) delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, nonché delitti di cui agli articoli 270, terzo comma e 306, secondo comma, del codice penale; 5) delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo escluse quelle previste dall'articolo 2, comma terzo, della legge 18 aprile 1975, n. 110; 6) delitti di cui agli articoli 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni; 7) delitto di cui all'articolo 416 del codice penale nei casi in cui è obbligatorio l'arresto in flagranza; 7-bis) dei delitti previsto dagli articoli 600, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609-bis nelle ipotesi aggravate previste dall'articolo 609-ter, 609-quater, 609-octies del codice penale, nonché dei delitti previsti dall'art. 12, comma 3, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni».

conseguente alle predette aggravanti. L'art. 99, co. 4, c.p., poi, prevede che nei casi di recidiva specifica o infraquinquennale o se il nuovo delitto è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena o durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente alla esecuzione della stessa, l'aumento della pena è fisso ed è della metà.

L'evoluzione normativa dello statuto penale dei delitti contro la pubblica amministrazione fin qui considerata lascia emergere, innanzitutto, come i delitti contro la pubblica amministrazione, e segnatamente la corruzione, siano stati inseriti *solo in alcune* delle norme che compongono quella che è stata definita come «nuova parte generale "differenziata"»[133] del diritto penale.

Sembra significativo che alla corruzione siano stati estesi istituti come la confisca allargata e le misure di prevenzione (le seconde solo in caso di associazione a delinquere finalizzata a commettere i delitti contro la p.a. elencati dall'art. 4, lett. i-*bis*), d.lgs. n. 159/2011), con conseguente assimilazione ai reati di mafia e ad altre aree criminali considerate della massima gravità – in base a diverse ragioni, più o meno fondate[134] –, mentre la parificazione non ha riguardato le deroghe dettate dall'art. 51 c.p.p. e dall'art. 407 c.p.p., in materia di indagini preliminari. Da questo punto di vista, dunque, contestare l'art. 416 c.p. insieme ai delitti di corruzione – scelta che, come si è visto, sembra essere diventata più frequente negli ultimi anni – mantiene la sua utilità in quanto consente di applicare norme che altrimenti non si applicherebbero alla corruzione. Peraltro – è bene sottolinearlo di nuovo – anche l'applicazione di una misura di prevenzione richiede che la pericolosità derivi dagli indizi dell'esistenza di una associazione a delinquere finalizzata a commettere alcuni delitti contro la p.a. tassativamente elencati.

La "mancata assimilazione" della corruzione ad altre aree criminali a cui è parificata in altri settori normativi proprio nelle disposizioni derogatorie in materia di indagini preliminari sembra stridere con le affermazioni secondo le quali nel contrasto alla corruzione la difficoltà maggiore riguarderebbe l'*emersione* dei delitti, legata alla bassa propensione alla denuncia. L'introduzione delle operazioni sotto copertura – come si vedrà meglio nel prossimo paragrafo – è stata spiegata e giustificata proprio in un'ottica di riduzione della cifra oscura, che da sempre caratterizza i reati bilateralmente illeciti, in cui le parti dello scambio illecito hanno un convergente interesse al silenzio.

---

[133] M. DONINI, *Mafia e terrorismo come "parte generale" del diritto penale*, cit., p. 25.
[134] V. *supra*, Cap. IV.

Singolare pare altresì la scelta di differenziare i delitti contro la pubblica amministrazione da quelli citati nell'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. in punto di estinzione del reato per prescrizione.

Nonostante la tagliola della prescrizione costituisca tutt'oggi un *punctum dolens* della effettività della repressione della corruzione[135] (senza con ciò voler sminuire l'importanza di intervenire anche sull'annoso problema della lentezza della giustizia[136]), i delitti contro la pubblica amministrazione non sono stati ritenuti meritevoli della massima deroga[137].

Anche la disciplina sul patteggiamento è stata mantenuta distinta. Ai sensi dell'art. 444, co. 1-*ter*, introdotto nel 2015, nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater* e 322-*bis* del codice penale l'applicazione della pena su richiesta non è preclusa, ma l'ammissibilità della richiesta è subordinata alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato, condizione volta a deprimere la vantaggiosità economica dell'illecito, motivando condotte restitutorie.

Oltre a questa *assimilazione selettiva* tra corruzione e criminalità organizzata, specie di tipo mafioso, dalla disamina normativa appena svolta emerge altresì una almeno parziale *coincidenza* delle aree criminali progressivamente incluse nell'ambito di applicazione degli istituti preventivi e repressivi che compongono il sistema normativo antiterrorismo e antimafia con quelle rispetto alle quali sono esperibili le operazioni sotto copertura. Tuttavia, l'art. 9 l. n. 146/2006 continua a distinguersi da tutte le norme citate perché non menziona i reati associativi *ex* artt. 416 e 416-*bis* c.p.

---

[135] Anche recentemente è stata infatti evidenziata la «scarsa efficacia di una repressione la quale, nonostante la minaccia di una pena in teoria sempre più elevata, è in pratica vanificata dai tempi lunghissimi della nostra disastrata giustizia penale e dalla tagliola della prescrizione». V. G. M. FLICK, *Riflessioni e perplessità sul sistema di prevenzione e di repressione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 2018, (3-4), p. 477. Si vedano anche i dati del Ministero della Giustizia riportati nelle pagine precedenti. V. *supra*, § 1.2.

[136] In ordine alla relazione tra le due questioni si rinvia alle considerazioni espresse in G.L. GATTA, G. GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in *Sistema Penale*,11 Febbraio 2020.

[137] Invero, ai sensi dell'art. art. 161, co, 2, c.p., come modificato nel 2017, per i delitti *ex* artt. 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322-*bis* l'aumento massimo del tempo necessario a prescrivere in caso di interruzione del termine di prescrizione (normalmente pari a un quarto) è della metà. Per approfondire l'evoluzione normativa in materia di prescrizione si rinvia a CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Parere sul d.d.l. AC 1189, approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 6.9.2018, concernente: "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici", presentato alla Camera dei Deputati in data 24 settembre 2018* (Pratica num. 39/PA/2018), 19 dicembre 2018, disponibile a <https://www.csm.it/documents/21768/92150/parere+anticorruzione+19+dicembre+2018/056918e6-48e3-bc35-52da-c399ccb070ef>, pp. 4-15 (ultimo accesso novembre 2020).

3.2. La l. n. 3/2019

Il *trend* normativo di *assimilazione selettiva* della disciplina di alcuni delitti contro la pubblica amministrazione al sistema normativo pensato per contrastare precipuamente la mafia e il narcotraffico a partire dagli anni Novanta del secolo scorso ha raggiunto – per ora – il proprio culmine con la l. n. 3/2019, denominata in un linguaggio non giuridico ma dalla potente efficacia comunicativa e invalso giornalisticamente legge "spazzacorrotti"[138]. Come anticipato, infatti, la legge citata non si è occupata solo delle operazioni sotto copertura, bensì di numerosi istituti, assumendo così un significato *simbolico* ed *emotivo*[139].

[138] Legge 9 gennaio 2019, n. 3, *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*. Come si vede dall'intitolazione, il provvedimento legislativo in commento si suddivide in due parti. Nel disegno di legge originario esse costituivano due Capi autonomi, ma in seguito sono confluite in un unico articolo, i cui primi dieci commi riguardano le misure penali sostanziali e processuali, e i successivi la trasparenza dei partiti e dei movimenti politici. Oltre che ai volumi citati in seguito, per una panoramica delle misure contenute nella prima parte della legge si rinvia, *ex multis*, a F. CINGARI, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, in *Legislazione penale*, 2 agosto 2019, pp. 1-26; A. DE VITA, *La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, in *Processo penale e giustizia*, n. 4/2019, pp. 947-969; M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. Pen.*, 2019, (1), pp. 44 ss.; G. SPANGHER, *L'anticorruzione "imita" il modello crimine organizzato*, in *Guida dir.*, 2019, n. 7, pp. 6-10. Per una breve sintesi degli interventi operati in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici e un commento a una recente decisione della Cassazione in argomento si rinvia a F. LAZZERI, *Fondazione politica o partito? Rilevanza della distinzione e criteri di accertamento in una pronuncia della Cassazione in tema di finanziamento illecito nel caso Open*, in *Sistema penale*, 17 novembre 2020.

[139] La valenza simbolica delle misure contenute nella legge spazzacorrotti è denunciata da più parti in dottrina: «Supponendo (come postula l'ideologia giuridica) un legislatore razionale rispetto a suoi scopi, sembra doversi trarre la conclusione che siano i significati simbolici il profilo ritenuto decisivo dal legislatore: l'esibizione di attrezzi di un penale/spazza-, non importa se efficienti o inefficienti, purché appariscenti. La questione costi/benefici, nel campo penalistico è semplicemente ignorata, oggi come ieri: il populismo penale e l'uso simbolico del legiferare in materia penale non sono affatto una novità. Nuove sono le norme che fanno mostra di sé nel *selfie* dello Spazzacorrotti». Così D. PULITANÒ, *Le cause di non punibilità dell'autore di corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4-bis*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2019, (5), p. 607. Nello stesso senso anche A. SESSA, *Le indagini passive nella legge n. 3 del 2019 (c.d. legge 'spazzacorrotti'): il sistema penale (anti)democratico alla prova della provocazione 'coperta'*, in *Arch. pen.*, 2020, (2), pp. 1-5; G. COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, (2), 2018, pp. 374 ss. Al simbolismo lessicale e efficientistico dell'estensione alla corruzione delle operazioni sotto copertura si riferisce F. CASSIBBA, *L'espansione delle operazioni sotto copertura*, in C. IASEVOLI (a cura di), *La c.d. legge spazzacorrotti. Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, cit., p. 200. A. MANICCIA, *L'estensione delle "operazioni sotto copertura" ai delitti contro la pubblica amministrazione: i tratti "confusi" della riforma anticorruzione*, cit., pp. 2369 ss. Si veda anche V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 26 marzo 2019.

3.2.1. Brevi cenni sulle novità più espressive dello *spirito* della legge c.d. "spazzacorrotti"

Lasciando per un momento in disparte gli interventi sugli strumenti investigativi speciali (le intercettazioni in presenza e le operazioni sotto copertura), novità di rilievo introdotte dalla l. n. 3/2019 sono l'*esclusione automatica dai benefici penitenziari* dei condannati per alcuni delitti contro la p.a. e l'introduzione di *meccanismi premiali*.

Il legislatore si è quindi mosso lungo diverse direttrici, che sembrano collocarsi nel solco della progressiva assimilazione selettiva dello statuto penale della corruzione verso il secondo binario in materia di criminalità organizzata, un percorso che – come si è visto – ha preso le mosse nel 2006. Le due misure citate sono inoltre accomunate dalla *finalità* di incentivare la collaborazione con la giustizia e consentire la rottura del patto corruttivo[140].

L'art. 4-*bis* l. n. 354/1975, introdotto con l'art. 1, co. 1, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, prevedeva originariamente che l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione potessero essere concesse ai condannati per una serie di delitti tassativamente elencati solo se fossero stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva[141]. Anche in questo caso si sono susseguite numerose modifiche, fino alla formulazione attuale[142],

---

[140] D. PULITANÒ, *Le cause di non punibilità dell'autore di corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4-bis*, cit., pp. 600-601.

[141] Nella prima versione della disposizione i delitti interessati erano quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo e i delitti di cui agli articoli 416- bis e 630 del codice penale e all'articolo 74 t.u. stup. Inoltre, per i delitti di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, del codice penale e all'articolo 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, co. 2, del d.P.R. n. 309/1990, i benefici suddetti potevano essere concessi solo se non vi erano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva.

[142] Il primo comma della disposizione attualmente vigente recita: «1. L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'articolo 58-ter della presente legge o a norma dell'articolo 323-bis, secondo comma, del codice penale: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 416-bis e 416-ter del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609-octies e 630 del codice penale, all'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, all'articolo 291-quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope…». In argomento si veda l'articolato contributo di G. DI VETTA, *Il nido del cuculo*, cit., pp. 1-58.

comprendente in buona parte le medesime aree criminali incluse nell'ambito di applicazione delle operazioni sotto copertura, con alcune differenze sia in positivo in negativo. Sono, infatti, contemplate anche l'associazione di tipo mafioso e lo scambio elettorale politico-mafioso, mentre non sono menzionati, ad esempio, i delitti di falso o in materia di armi. Come si evince dalla lettura della disposizione, inoltre, sono mutate le condizioni che consentono la concessione dei benefici.

A proposito di meccanismi premiali, l'art. 323-*ter* c.p.[143] è meritevole di attenzione perché le sue origini e i suoi presupposti applicativi si intrecciano con la disciplina delle operazioni sotto copertura.

Tale disposizione prevede una causa di non punibilità a vantaggio di chi abbia commesso taluno dei fatti previsti dagli artt. 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, che si applica qualora 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, denunci volontariamente e fornisca indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili. Il secondo comma subordina la non punibilità del denunciante alla messa a disposizione dell'utilità percepita, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro i termini indicati al primo comma. Infine, il terzo comma si preoccupa di escludere l'applicazione della causa di non punibilità quando la denuncia è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato e in favore dell'agente sotto copertura che abbia agito in violazione delle disposizioni dell'art. 9 l. n. 146/2006. Si vuole, dunque, evitare che della non punibilità possa approfittare l'agente sotto copertura la cui condotta non sia scriminata ai sensi dell'art. 9 cit.[144], che la stessa l. n. 3/2019 ha esteso ad alcuni delitti contro la pubblica amministrazione.

---

[143] Per un commento alla disposizione si vedano, *ex multis*, F. FASANI, L*a 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, 2019*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 115-156; A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. pen.*, 2018, (3), pp. 7-9.

[144] Sui diversi scenari che potrebbero prospettarsi con riferimento ai rapporti tra art. 323-*ter* c.p. e art. 9 l. n. 146/2006 si veda A. MANICCIA, *L'estensione delle "operazioni sotto copertura" ai delitti contro la pubblica amministrazione: i tratti "confusi" della riforma anticorruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, (5), pp. 2369 ss. In argomento anche P. SCEVI, *Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione*, in *Arch. Pen.*, 2019 (1), pp. 1-17.

L'introduzione di una causa di non punibilità *ad hoc* era già stata ipotizzata nella c.d. Proposta di Cernobbio del 1994[145] e aveva suscitato un vivace dibattito in letteratura. Anche l'art. 323-*ter* c.p. è oggi oggetto di alcune critiche. Trattasi di una disposizione ispirata a una *logica premiale*, che vorrebbe facilitare la rottura del *pactum sceleris*, ma con delle cautele funzionali a evitare che un soggetto possa pianificare *ex ante* di partecipare a un accordo corruttivo e poi "tradire" la propria controparte. Il rispetto dei limiti imposti dal legislatore, tuttavia, potrebbe risultare difficile da verificare nella prassi e, per altro verso, tali limiti rischiano di rendere la norma inutile[146].

È comunque importante, secondo la dottrina, che il legislatore abbia precisato l'impossibilità di beneficiare della non punibilità da parte dell'agente sotto copertura che abbia agito in violazione dell'art. 9 l. n. 146/2006.

3.2.2. Gli interventi sui mezzi investigativi. L'impiego delle operazioni sotto copertura contro la corruzione da proposta a realtà normativa. L'art. 9 l. n. 146/2006 all'esito delle modifiche introdotte nel 2019

La riforma del 2019, oltre che sui profili già evidenziati, è intervenuta sulla disciplina delle indagini in ordine ad alcuni delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, modificando i presupposti e la procedura di esperibilità delle intercettazioni eseguite con captatore informatico e rendendo lecite, a certe condizioni, le operazioni sotto copertura.

L'estensione dell'esperibilità dei due mezzi investigativi non è fondata sul medesimo criterio, ma il loro ambito di applicazione finisce comunque per coincidere in larga misura, almeno in astratto.

L'applicazione della disciplina delle intercettazioni in presenza (dettata inizialmente solo per i delitti di cui all'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p.) è stata stabilita inserendo negli artt. 266, co. 2-*bis*, e 267, co. 1, c.p.p. il riferimento ai delitti dei pubblici ufficiali e (per effetto del d.l. n. 161/2019, convertito con modificazioni dalla l. n. 7/2020) degli incaricati di pubblico servizio contro la p.a. per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p.

[145] Il riferimento è alle «*Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento dei partiti*», il cui testo, correlato delle *Note illustrative*, è pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, (3), pp. 1025-1043.

[146] Si veda, *ex pluribus*, T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, 2018, pp. 1-11, che definisce la soluzione adottata dal legislatore «incongrua e vaniloquente».

(senza tenere conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, a eccezione delle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale)[147]. Il d.l. n. 161/2019 ha aggiunto il riferimento ai medesimi reati anche nel comma 2-*bis* dell'art. 267. In assenza di circostanze indipendenti e a effetto speciale, dunque, sono esclusi i delitti di peculato mediante profitto dell'errore altrui (art. 316 c.p.), di malversazione ai danni dello Stato (art. 316-*bis* c.p.), di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316-*ter* c.p.), l'abuso di ufficio (art. 323 c.p.) e i delitti di cui agli artt. 325-335 c.p.

In materia di operazioni sotto copertura, invece, il legislatore ha elencato tassativamente i reati per indagare i quali le stesse sono esperibili, aggiungendoli al catalogo dettato dall'art. 9 l. n. 146/2006.

In ogni caso, a conti fatti (sempre al netto di quanto previsto dall'art. 4 c.p.p.), il novero dei reati inclusi nel campo di applicazione degli artt. 266, co. 2-*bis*, e 267, co. 1, c.p.p. in materia di intercettazioni in presenza risulta simile a quello dei reati per i quali sono consentite le operazioni sotto copertura, ingenerando una sovrapposizione di mezzi investigativi non necessariamente vantaggiosa, come si avrà modo di specificare meglio più avanti.

In tema di impiego delle operazioni sotto copertura per contrastare la corruzione, prima di soffermarsi sull'analisi del testo del nuovo art. 9, pare utile evidenziare come già prima del 2019 il ricorso a tale tecnica investigativa, pur non contemplato nella citata Proposta di Cernobbio, avesse trovato spazio in letteratura[148], soprattutto a seguito della ratifica da parte dell'Italia della *Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption* del 1999 e della Convenzione di Merida delle Nazioni Unite[149]. La proposta era poi recentemente approdata in alcuni progetti di legge.

La Commissione Gratteri, istituita nel 2014 per l'elaborazione di proposte normative in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità, nella propria relazione

[147] Per approfondire si veda, ad esempio, il commento di L. CAMALDO, *Il doppio binario in tema di intercettazioni di comunicazioni tra presenti*, in C. IASEVOLI (a cura di), *La c.d. legge spazzacorrotti. Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, Cacucci, Bari, 2019, pp. 179-198, cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici sull'argomento.

[148] Si vedano, ad esempio, P. DAVIGO, *Il sistema della corruzione*, cit., pp. 97-98; P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., *p. 290;* F. GIANNELLI, *L'agente provocatore*, in *Nuovo dir.*, 1985, p. 568.

[149] V. *supra*, Cap. III, Sez. I, § 1.1.3. e § 1.2.1.

finale aveva inserito alcune proposte di modifica dell'art. 9 l. n. 146/2006[150]. Innanzitutto, al co. 1, doveva essere inserita la lett. c), così formulata:

> «c) gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, appartenenti alla Polizia di Stato, all'Arma dei Carabinieri al Corpo della Guardia di finanza, che nel corso di specifiche operazioni, ai sensi del comma 4, al fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti di corruzione, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, millantato credito, traffico di influenza, ricettazione, riciclaggio e reimpiego del prezzo o profitto di tali reati, anche avvalendosi di altre persone, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, documenti, 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; tali operazioni possono essere autorizzate qualora nelle attività di indagine si riscontrassero sperequazioni tra il tenore di vita e il reddito apparente del soggetto, oppure giungessero segnalazioni a seguito di controlli patrimoniali da parte dell'organo competente, ovvero si riscontrassero anomalie nelle pratiche patrimoniali, fiscali, tributarie, o relative a contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, a concessioni, ad autorizzazioni nonché al rilascio di nulla osta da parte della pubblica amministrazione».

Si noti come i reati siano stati menzionati senza indicare la relativa disposizione codicistica, ma per nome; scelta discutibile che avrebbe prodotto il rischio di creare qualche incertezza con riferimento ai delitti di corruzione, potendo ad esempio sorgere il dubbio circa l'inclusione o meno della corruzione giudiziaria. Venivano, inoltre, inseriti anche il riciclaggio e il reimpiego del prezzo o profitto dei reati, che per la verità sono già inclusi nella lett. a) del primo comma dell'art. 9. La nuova lett. c), però, conteneva effettivamente alcune differenze di disciplina rispetto alla lett. a), che spiegano la scelta di inserire una nuova disposizione e di non limitarsi – come invece ha fatto in seguito il legislatore del 2019 – a inserire nella prima lettera anche i delitti contro la pubblica amministrazione.

Innanzitutto, quanto ai soggetti, manca nella lett. c) il riferimento alle strutture specializzate. Vi era, poi, un particolare presupposto dello svolgimento delle operazioni, le quali potevano essere autorizzate dall'autorità giudiziaria solo qualora dalle attività di indagine già svolte fossero emerse sperequazioni tra il tenore di vita e il reddito apparente del soggetto oppure fossero giunte segnalazioni a seguito di controlli patrimoniali da parte dell'organo competente o comunque fossero state riscontrate anomalie nelle pratiche

[150] Commissione per l'elaborazione di proposte normative in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità organizzata (DPCM 30.5.2014), *Relazione ed Articolato*, documento disponibile a: <https://www.unitelmasapienza.it/sites/default/files/mediaroot/documenti/iniziative_scientifiche/relazione_e_articolato_della_commissione_per_lelaborazione_di_proposte_normative_in_tema_di_lotta_anche_patrimoniale_alla_criminalita_organizzata_dpcm_30.5.2014.pdf>, pp. 155 ss. (ultimo accesso novembre 2020).

patrimoniali, fiscali, tributarie, o relative a contratti pubblici, concessioni, autorizzazioni o al rilascio di nulla osta da parte della p.a. Diverse erano altresì le condotte scriminate: mancavano le condotte di assistenza agli associati e non si menzionavano quali oggetti materiali il denaro, le armi, i documenti e le sostanze stupefacenti o psicotrope.

La proposta di riforma contemplava altresì l'introduzione di un nuovo comma 1-*ter*, a mente del quale gli appartenenti ai servizi di sicurezza avrebbero potuto assumere il ruolo di persone interposte, alle dipendenze dell'ufficiale di polizia giudiziaria preposto all'operazione sotto copertura. Ancora, si prevedeva un comma 2-*bis* in tema di porto d'armi da parte degli agenti sotto copertura ed era stata inserita la precisazione secondo cui «I reati di corruzione, concussione, induzione indebita, millantato credito e traffico d'influenza si intendono integrati anche qualora la richiesta, l'offerta o la promessa di denaro o di altra utilità provenga da un agente sotto copertura o da un funzionario ovvero da un ausiliario e da persona interposta a lui collegato, autorizzati all'effettuazione di un'operazione sotto copertura» (comma 3-*bis*).

Successivamente, nel 2015, è stato presentato su iniziativa dei senatori Buccarella, Cappelletti e Puglia del Movimento Cinque Stelle un disegno di legge[151], dedicato esclusivamente alla estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 322, 322-*bis* c.p. mediante l'aggiunta degli stessi all'art. 9, co. 1, lett. a), l. n. 146/2006, un progetto, dunque, più simile a quello poi approvato nel 2019.

Le proposte fin qui considerate conducono al settembre 2018, quando il Governo, per il tramite del Ministro della Giustizia Bonafede, ha presentato alla Camera dei deputati il d.d.l. n. 1189, poi approvato dal Parlamento come l. n. 3/2019.

Nella relazione al d.d.l. le modifiche proposte vengono motivate sulla base di diverse ragioni, che rendono manifesto l'*afflato emergenziale* della riforma, già evidente anche dal nome "spazzacorrotti" con cui è stata presentata[152]. Si afferma, infatti, in apertura della relazione:

---

[151] Senato della Repubblica, XVII Legislatura, *Fascicolo Iter DDL S. 1959. Estensione dei casi di applicazione delle operazioni sotto copertura ai reati contro la pubblica amministrazione*, 19 marzo 2018, disponibile a: <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/45746.pdf>, (ultimo accesso novembre 2020).

[152] È significativo che la legge sia stata presentata appunto come strumento per "spazzare" i *corrotti*, non la *corruzione*, come evidenziato in A. SAVARINO, Extremis malis, extrema remedia*: l'infiltrazione investigativa quale forma di esercizio autorizzato di poteri coercitivi, in funzione di contrasto della corruzione*, in *Legislazione penale*, 29 ottobre 2020, p. 3.

> «Il livello di corruzione percepita nel settore pubblico è molto alto e mantiene l'Italia in posizione lontana dai vertici della classifica europea: nel 2016 l'Italia era l'ultima della classifica in Europa; nel 2017 è venticinquesima su 31 Stati, con un voto complessivo di 50 punti su 100 che segna una grave insufficienza e il permanere di una sensibile distanza dai livelli auspicabili e realmente competitivi. Recenti studi e pubblicazioni, indagini e procedimenti penali per fatti di corruzione gravissimi e sistematici (alcuni dei quali hanno avuto anche vasta eco mediatica) mostrano come la corruzione e gli altri reati contro la pubblica amministrazione siano delitti seriali e pervasivi, che si traducono in un fenomeno endemico, il quale alimenta mercati illegali, distorce la concorrenza, costa alla collettività un prezzo elevatissimo, in termini sia economici, sia sociali. Non va sottovalutato, infatti, che la distorsione delle funzioni amministrative altera i meccanismi della competizione fra imprese e fra individui, favorendone alcune o alcuni a danno di altri, a prescindere dalle effettive qualità imprenditoriali o professionali dei soggetti coinvolti. Ne risultano danneggiate complessivamente l'economia, la crescita culturale e sociale del Paese, l'immagine della pubblica amministrazione e la fiducia stessa dei cittadini nell'azione amministrativa»[153].

Gli interventi proposti si snodano lungo due direttrici, quella del diritto penale sostanziale e quella della procedura penale e della disciplina degli strumenti investigativi, nella «consapevolezza (…) che l'effettività di un'incriminazione dipende non solo dalla formulazione delle fattispecie incriminatrici e dall'entità della pena edittale, ma anche dagli strumenti d'indagine e dai poteri di accertamento che l'ordinamento mette a disposizione degli organi inquirenti e dell'autorità giudiziaria per perseguire efficacemente i reati»[154].

Alle operazioni sotto copertura era dedicato l'art. 5 del d.d.l. nel testo iniziale, poi divenuto art. 1, co. 8, l. n. 3/2019. La relazione afferma che l'obiettivo perseguito dalla norma è «estendere la disciplina organica delle operazioni di polizia sotto copertura al contrasto di alcuni reati contro la pubblica amministrazione, sul modello delle regole, già esistenti, in materia di contrasto alla mafia e al traffico di stupefacenti e di una serie di altri delitti», tenendo conto anche di quanto previsto dall'art. 50 UNCAC[155]. Secondo il Ministro della Giustizia proponente, «l'estensione è giustificata dal fatto che si tratta di delitti connotati da apprezzabile gravità, assai diffusi nella pratica e, tuttavia, di difficile

[153] Relazione al d.d.l. n. 1189, *Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministra-zione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*, Presentato il 24 settembre 2018 alla Camera dei Deputati, disponibile a: <http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.1189.18PDL0029490.pdf>, pp. 1-2 (ultimo accesso novembre 2020). La considerazione della sola percezione della corruzione, e non di misure più oggettive, è stata criticata in dottrina. Per tutti, si veda T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., p. 1-2.

[154] *Relazione al d.d.l. n. 1189*, cit., p. 2.

[155] *Ivi*, pp. 24 ss.

accertamento – soprattutto per quanto riguarda i delitti bilaterali, come le corruzioni, le induzioni indebite o il traffico di influenze – perché connotati dalla stretta comunanza di interessi illeciti dei soggetti che vi concorrono e dal legame omertoso che li protegge».

La relazione specifica che la modifica normativa rende possibile, ad esempio, autorizzare la disposizione di beni, denaro o altra utilità e ritardare l'esecuzione di provvedimenti restrittivi o di sequestro per consentire una consegna controllata in esecuzione di un accordo corruttivo già concluso tra terzi, accogliere una richiesta concussiva o di un'induzione indebita a dare o promettere utilità.

La polizia giudiziaria potrebbe altresì – si legge sempre nella relazione – lecitamente accettare la promessa, l'offerta o la ricezione di beni o altra utilità compiute al fine di acquisire elementi di prova dell'istigazione alla corruzione da altri commessa, sia nel caso di promessa o offerta di denaro o altra utilità da parte del privato, sia nel caso in cui sia il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio a sollecitare la promessa o la dazione. Ancora, la polizia potrebbe accettare la promessa o la dazione di denaro o altro vantaggio patrimoniale in accoglimento di un'offerta di mediazione illecita presso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, integrando così il delitto di traffico di influenze illecite.

Si vedrà, però, come queste intenzioni non si riflettano pienamente nel dato normativo, che presenta diversi aspetti problematici.

Soprattutto alla luce di quanto si leggeva nel *Contratto* di governo tra Movimento Cinque Stelle e Lega[156], era stata letta con favore la sottolineatura nella relazione della differenza tra le operazioni sotto copertura e l'agente provocatore:

> «Le condotte non punibili restano confinate a quelle necessarie per l'acquisizione di prove relative ad attività illecite già in corso e che non istighino o provochino la condotta delittuosa, ma s'inseriscono in modo indiretto o meramente strumentale nell'esecuzione di attività illecita altrui, secondo il paradigma della causa di giustificazione elaborato dalla consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il giudice di legittimità, aderendo a quanto

[156] Il documento citato prevedeva infatti testualmente «nel quadro della piena attuazione della Convenzione ONU di Merida del 2003, l'introduzione della figura dell'"agente sotto copertura" e la valutazione della figura dell'agente provocatore in presenza di indizi di reità, per favorire l'emersione dei fenomeni corruttivi nella Pubblica Amministrazione». V. *Contratto per il governo del cambiamento*, cit., p. 30. Un certo allarme avevano destato anche alcune dichiarazioni alla stampa di taluni esponenti di spicco del Movimento Cinque Stelle: si vedano ad esempio gli articoli disponibili a: <https://www.repubblica.it/politica/2018/02/02/news/di_battista_a_circo_massimo-187857658/>; <https://www.fanpage.it/politica/luigi-di-maio-annuncia-il-ddl-anticorruzione-introdurremo-lagente-provocatore-e-il-daspo-a-vita-per-i-corrotti/>. Sul dibattito che ha preceduto l'approvazione della l. n. 3/2019 v. anche *supra*, Cap. I, sez. II, § 1.2.

più volte affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, distingue, infatti, la figura dell'agente infiltrato da quella dell'agente provocatore e ritiene che le cause di giustificazione speciali che disciplinano le attività sotto copertura scriminano solo le condotte espressamente dichiarate non punibili, con esclusione dell'attività di provocazione vera e propria, di quella, cioè, che si concretizza in un incitamento o in una induzione al crimine del soggetto indagato»[157].

In modo più corretto si sarebbe forse potuto fare riferimento alle norme di *diritto positivo* sulla base delle quali la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Cassazione hanno stabilito limiti di legittimità delle operazioni sotto copertura, piuttosto che al diritto vivente. Senza considerare – come si vedrà nelle pagine che seguono – che il testo dell'art. 9 risultante dalla riforma non sembra comunque sufficiente a garantire che si evitino scivolamenti nella provocazione.

Giova pertanto analizzare il testo della disposizione. La riforma non interviene sui soggetti la cui condotta può essere scriminata. Vengono, invece, ampliati sia il catalogo dei *delitti* per cui è consentito il ricorso alle speciali tecniche investigative sia il novero delle *condotte* scriminate, nel tentativo di renderle coerenti anche con l'integrazione delle fattispecie dei delitti contro la p.a.

Rispetto ai progetti di legge precedenti, è più ampio il novero dei reati per indagare i quali sono rese lecite le operazioni sotto copertura: concussione (art. 317 c.p.); corruzione passiva per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.); corruzione passiva per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.); corruzione passiva propria aggravata dal fatto di avere ad oggetto il conferimento di pubblici impieghi o stipendi o pensioni o la stipulazione di contratti nei quali sia interessata l'amministrazione alla quale il pubblico ufficiale appartiene nonché il pagamento o il rimborso di tributi (art. 319-*bis* c.p.); corruzione passiva in atti giudiziari (art. 319-*ter* c.p.); induzione indebita a dare o promettere utilità, limitatamente ai fatti commessi dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, ossia all'ipotesi più grave prevista dal primo comma dell'art. 319-*quater* c.p.; corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320 c.p.); corruzione attiva, in tutte le sue forme (art. 321 c.p.); istigazione alla corruzione, attiva o passiva (art. 322 c.p.); peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale o degli organi delle Comunità europee ed i funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (322-*bis* c.p.); traffico di influenze illecite (346-*bis* c.p.); turbata

[157] *Relazione al d.d.l. n. 1189*, cit., p. 26.

libertà degli incanti (art. 353 c.p.); turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-*bis* c.p.).

Risalta subito una *discrasia* difficilmente spiegabile: il catalogo comprende il peculato internazionale di cui all'art. 322-*bis* c.p., ma non i delitti *ex* artt. 314 e 316 c.p.

Procedendo nella lettura della norma, parallelamente – seppure con qualche «disallineamento»[158] – all'ampliamento dei delitti oggetto di indagine, nella lett. a) il legislatore ha aggiunto alcune condotte suscettibili di integrare i reati contro la pubblica amministrazione. Condotte che si aggiungono a quelle già contemplate dall'art. 9, le quali, quindi, astrattamente, risultano comunque ipotizzabili anche nelle indagini coperte aventi ad oggetto i delitti contro la p.a.

Innanzitutto, tra gli oggetti materiali delle condotte di acquisto, ricezione, sostituzione o occultamento, è stato aggiunto anche il *prezzo* del reato. Sono poi stati innestati nell'elenco previgente alcuni inediti *nuclei* di azioni: la corresponsione di denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri; la promessa o la dazione di denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerarlo. In chiusura dell'elenco, poi, continuano a comparire le vaghe «attività prodromiche e strumentali».

Come si vede, nel primo nucleo la norma specifica che la corresponsione di denaro o altra utilità da parte dell'agente infiltrato (nelle vesti di *finto* o *simulato corruttore*) è lecita *solo se* (nel rispetto di tutte le altre condizioni previste dall'art. 9) avviene in esecuzione di un *accordo già concluso da altri*. Una specificazione simile non si rinviene, invece, in relazione alle altre condotte.

Di conseguenza, mentre nel primo caso l'agente infiltrato si inserisce nell'*iter* di consumazione di un *reato già perfetto*, nelle altre ipotesi il perfezionamento del reato

[158] Il «disallineamento tra i reati presupposto e le condotte scriminate» è evidenziato in dottrina con particolare riferimento ai delitti di cui agli artt. 353 e 353-*bis* c.p. Tra le condotte suscettibili di integrare le fattispecie astratte dei due reati citati, il legislatore ne ha selezionate solo alcune, espungendo la violenza, la minaccia, le collusioni o altri mezzi fraudolenti. L'esclusione viene ricondotta all'eccessivo rischio di scivolamento nella provocazione insito in tali comportamenti. Così M. BIRAL, L*e operazioni sotto copertura al banco di prova dei reati contro la pubblica amministrazione*, in R. ORLANDI, S. SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione*, cit., p. 233. Nello stesso senso anche A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, cit., pp. 3-4. A tali considerazioni si può aggiungere che l'esclusione, almeno per la violenza e la minaccia, sembra riconducibile anche alla impossibilità di giustificare il pubblico agente che tenga una condotta contro la *persona*, seppure al fine di acquisire elementi di prova. Ne sarebbe una riprova la previsione dell'art. 17 l. n. 124/2007 su cui v. *supra*, Cap. III, sez. II, § 6.1.

potrebbe *coincidere* con la condotta dell'agente sotto copertura. Ciò rende più problematico innalzare un argine sicuro e controllabile rispetto agli *sconfinamenti* nella provocazione intesa come causazione di un reato che non sarebbe stato altrimenti commesso.

Poiché la specificazione «in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri» riguarda solo la prima condotta[159], in base a un'interpretazione letterale si deve ritenere che l'agente sotto copertura in veste di *simulato corruttore* possa anche *concludere l'accordo* – pur in seguito a una richiesta o sollecitazione della controparte – mediante la promessa o la dazione del denaro richiesto, perfezionando così il reato plurisoggettivo, prima di tale momento non sussistente[160].

Lo stesso può dirsi anche per la promessa o dazione di denaro o altra utilità sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerarlo con riferimento all'art. 346-*bis* c.p. Anche in questo caso, infatti, sarebbe la condotta dell'agente coperto (la promessa o la dazione di denaro o altra utilità) a perfezionare il reato[161].

Ciò che rende tali ipotesi così delicate è che una delle condotte necessarie a perfezionare il reato risulti predeterminata e si crei, quindi, una sorta di *realtà virtuale*: viene meno il rischio legato al *margine di libertà dell'altro* che potrebbe sempre cambiare

---

[159] Questa specificazione, peraltro, non risolve comunque tutti i problemi. Infatti, è stato notato, nel solco delle considerazioni di un autorevole maestro (T. Padovani, citato in seguito), come non appaia «empiricamente verificabile, quantomeno in riferimento agli episodi di corruzione "a circuito chiuso", che il delitto si materializzi tramite una sorta di scissione della plurisoggettività sostanziale tra il momento dell'accordo e quello della sua esecuzione, tale da consentire il subentro, in questa seconda fase, di un soggetto terzo (l'agente infiltrato), fiduciariamente investito del ruolo (fittizio) di esecutore dell'accordo. La previsione pare, pertanto, aver circoscritto l'ammissibilità dell'azione investigativa alle ipotesi delle c.d. "consegne controllate", che, ben esperibili nell'ambito di diversi contesti criminosi, sembrano invece assumere rispetto alla corruzione carattere residuale sul piano empirico-criminologico». Così 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. 24.

[160] In proposito si vedano le riflessioni di B. BALLINI, *Prime riflessioni sulle operazioni sotto copertura nei reati contro la pubblica amministrazione*, in *disCrimen*, 29 ottobre 2019, p. 7-8; F. R. DINACCI, *L'agente sotto copertura e reati contro la pubblica amministrazione: nuovi difetti e vecchi vizi*, in *Arch. pen.*, 2020, (1), pp. 9-10. Sulla consumazione dei delitti di corruzione, v. per tutti T. PADOVANI, *Commento all'art. 318 c.p. Corruzione per l'esercizio della funzione*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 2049-2052.

[161] [161] Il delitto di traffico di influenze illecite si consuma con il perfezionamento del patto d'influenze illecite, mentre non assumono rilevanza ai fini del perfezionamento del reato «né l'esercizio dell'influenza illecita da parte del mediatore né la condotta del pubblico agente influenzato». La l. n. 3/2019 ha peraltro ampliato l'ambito di applicazione e modificato il trattamento sanzionatorio del delitto di traffico di influenze illecite. Per un commento approfondito si rinvia a F. CINGARI, *Commento all'art. 346-bis c.p. Traffico di influenze illecite*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., pp. 2449-2456.

il corso degli eventi. Nella realtà "vera" potrebbe anche verificarsi che il soggetto destinatario dell'offerta o della proposta non accetti o che le trattive non vadano a buon fine, sicché sarebbe integrato "solo" un delitto di istigazione alla corruzione, un tentativo di corruzione o un tentativo di induzione indebita[162].

Diverso è il caso della *concussione ex* art. 317 c.p., di cui il privato è a tutti gli effetti una *vittima*[163]. Il perfezionamento del reato, quantomeno allo stadio di tentativo, dipende dalla condotta di *costrizione* (ossia, secondo le Sezioni Unite della Cassazione[164], di *violenza fisica* o di *minaccia di un danno ingiusto*) posta in essere dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, la cui efficacia causale deve essere valutata *ex ante* mediante un giudizio di prognosi postuma. Si potrebbe dire, in altri termini, che l'agente sotto copertura ha pagato perché *chiunque avrebbe pagato*. A voler essere sottili, si può notare che rimane il problema del margine di discrezionalità del singolo agente infiltrato nella valutazione della situazione concreta contingente, qualora si trattasse di un *singolo episodio* di concussione.

Più incalzante è, però, l'esigenza di una riflessione laddove il perfezionamento del reato richieda la conclusione di un *patto* tra soggetti, le cui volontà sono *sullo stesso piano* (nel caso della corruzione), o *sbilanciate*, ma pur sempre rilevanti (nel caso dell'induzione indebita a dare o promettere utilità).

Sotto il profilo in esame, le operazioni sotto copertura anticorruzione sono ancora più problematiche di quelle riguardanti i delitti associativi[165]. Nel caso di un'associazione per delinquere, il rispetto delle condizioni stabilite dall'art. 9, in particolare il fine di acquisire elementi di prova in ordine al delitto associativo, impone che l'agente sotto

---

[162] Il C.S.M. nel proprio *Parere* sul d.d.l. del Governo aveva evidenziato che nella pratica sarebbe potuto risultare «non sempre agevole tracciare un netto confine tra l'infiltrato e la contigua e non ammissibile figura dell'agente provocatore, tenuto conto del labile confine che ricorre tra le diverse condotte delittuose contro la p.a. alle quali l'istituto è applicabile e dell'inclusione, tra queste, di ipotesi di reato il cui elemento costitutivo è rappresentato proprio dall'istigazione (art. 322 c.p.)». V. CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Parere sul d.d.l. AC 1189…*, cit., p. 20. Sul punto anche M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, (3), 2019, pp.1285-1286. Sulla distinzione tra le figure di reato citate, v. T. PADOVANI, *Codice penale*, sub. *art. 318*, cit., pp. 2052-2054.

[163] Sul punto v. D. PULITANÒ, *Le cause di non punibilità dell'autore di corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4-bis*, cit., p. 602.

[164] Cass. pen., S.U., 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228.

[165] Come più volte rimarcato, l'art. 9 l. n. 146/2006 non ricomprende i reati di cui agli artt. 416 e 416-*bis* c.p., una scelta perpetrata anche dal legislatore del 2019. Sono però inclusi i reati associativi commessi con finalità di terrorismo (lett. b) dell'art. 9 cit.), l'art. 74 t.u. stup. L'art. 452-*quaterdecies* c.p., poi, si riferisce ad attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti.

copertura *si aggiunga* ai partecipanti che integrano il reato. L'infiltrato – come suggerisce la parola stessa[166] – *si inserisce in un'associazione* già costituita e già conosciuta dagli inquirenti. Peraltro, i delitti associativi non si perfezionano mediante l'incontro delle volontà dei partecipanti, essendo necessaria l'esistenza di una *struttura organizzativa* idonea a perseguire il fine criminoso.

Ancora diverse sono, poi, le ipotesi della vendita degli stupefacenti o del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina: è vero che anche in questi casi viene stipulato un *contratto* illecito tra chi offre e chi compra le sostanze o l'ingresso illegale in Italia. Tuttavia, le fattispecie criminose sono strutturalmente diverse.

L'art. 73 d.P.R. 309/1990 è infatti una norma a più fattispecie integrata da diverse condotte: non solo la vendita, ma anche la coltivazione, la produzione, la fabbricazione, l'estrazione, la raffinazione, l'offerta e la messa in vendita, il trasporto e, soprattutto, la detenzione, integrano il delitto, *alternativamente*. Un altro esempio: l'art. 12 T.U. imm. punisce chiunque in violazione delle disposizioni stabilite dalla legge promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato. In questo caso, del pari, il reato si perfeziona *anche indipendentemente dalla volontà* espressa dall'agente sotto copertura che si finga interessato al trasporto o perfino si faccia trasportare.

L'analisi empirica ha messo in evidenza da molti anni le interazioni tra criminalità organizzata e corruzione, in particolare l'utilità delle pratiche corruttive sia nei mercati legali sia in quelli illegali[167]. Il legislatore, però, a differenza di quanto previsto nel 2017 per le misure di prevenzione, non ha inserito nell'art. 9 l. n. 146/2006 l'*associazione a delinquere finalizzata a commettere un delitto contro la pubblica amministrazione*, ma alcuni delitti contro la p.a., che rilevano, quindi, anche *singolarmente* ed *episodicamente*. Assume rilevanza, in altri termini, anche la corruzione *pulviscolare*, non solo quella posta in essere da una organizzazione nella quale l'agente sotto copertura potrebbe *infiltrarsi*[168].

---

[166] V. *supra*, Cap. I, sez. I, § 1.3.2.

[167] V. *supra*, § 2.

[168] In dottrina vi è infatti chi ha sottolineato che «se le operazioni sotto copertura hanno una loro precisa giustificazione in relazione ai reati di criminalità organizzata o di traffico di armi e stupefacenti, perché permettono alla polizia di entrare all'interno dell'organizzazione, non si comprende bene come, in relazione ai reati di corruzione, possano essere strutturate queste operazioni che presentano l'elevato rischio di diventare strumenti indebiti di istigazione al reato». Così M. PELISSERO, *Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria*, in *Il quotidiano giuridico*, 11 settembre 2018. Ancora, Barrocu evidenzia che l'impiego delle operazioni sotto copertura «per fenomeni non necessariamente riconducibili a stabili organizzazioni criminali pone innanzitutto il dilemma

A proposito di infiltrazione, ancora qualche parola merita l'analisi delle condotte scriminate, che devono essere distinte a seconda che l'agente sotto copertura agisca in veste di *finto corrotto* o di *finto corruttore*. In ordine a quest'ultima evenienza, si è visto che il dettato normativo non scrimina «la condotta di un agente sotto copertura che si introduca in un ufficio amministrativo offrendo una tangente al funzionario pubblico, *senza che sussistano sospetti verificabili a suo carico*» e che quindi «il legislatore sembra aver escluso (…) che gli *integrity test* nei confronti dei funzionari pubblici possano essere considerati dei metodi leciti di accertamento dei reati»[169].

Per i motivi già detti, tale constatazione non riesce a essere pienamente rassicurante[170], ma ancora più spinoso è il versante delle condotte che l'agente sotto copertura potrebbe porre in essere in qualità di *simulato pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio) corrotto*. Su questo crinale è, infatti, più fitta la commistione tra le

---

di comprendere come e perché siano stati individuati determinati soggetti quali destinatari dell'azione mascherata». In questi termini G. BARROCU, *I profili processuali delle operazioni sotto copertura nella normativa anticorruzione: altre nubi in un cielo in tempesta?*, in *Dir. Pen. Proc*., 2019, (5), p. 640. Nello stesso senso anche A. MANICCIA, *L'estensione delle "operazioni sotto copertura" ai delitti contro la pubblica amministrazione: i tratti "confusi" della riforma anticorruzione*, cit., pp. 2379 ss.; P. SCEVI, *Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione*, cit., pp. 15-16; F. VERGINE, *Poche luci e molte ombre nelle nuove norme introdotte dalla legge n. 3 del 2019*, in *Il Processo*, 2019, (1), pp. 177 ss.. Sul punto si veda anche V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, cit.

[169] 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*, in *Dir. Pen. Cont.*, 5 Marzo 2019.

[170] Una sintesi efficace è offerta dalle parole di T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., p. 5. L'Autore, infatti, ritiene che la figura dell'agente sotto copertura nelle vesti di privato corruttore «si rivela, o inconsistente, o periclitante. È inconsistente, e cioè priva di una funzione praticamente identificabile, ogni qual volta il fenomeno corruttivo si manifesti in un circuito, per così dire, "chiuso": una gara d'appalto; un'operazione edilizia; una fornitura pubblica, e così via dicendo. In tali casi, la stessa struttura del delitto presuppone ed implica un ambito più o meno vasto, in cui tutti finiscono col conoscersi. Accade, cioè, quel che accade in ogni vicenda contrattuale: prima di stipulare l'accordo operano meccanismi selettivi di affidabilità personale; trattandosi di accordi criminosi, la valutazione di affidabilità si fa tanto più occhiuta quanto maggiore sia il rischio. Supporre che un agente sotto copertura riesca a costruire una "leggenda" (come si suol dire nel linguaggio dei servizi segreti) a tenuta stagna, equivale a cullare il sonno raccontandosi favole. Ma v'è di più. La previsione stessa dell'agente di copertura, e quindi la previsione di un possibile rischio aggiuntivo (per quanto remoto), stimolerà maggiore diffidenza e più puntuali verifiche preventive, indebolendo, verosimilmente, l'efficacia delle intercettazioni e delle captazioni, che rappresentano lo strumento sinora rilevatosi più efficace nell'accertamento di fatti corruttivi: nelle conversazioni – dovranno supporre i birbanti – converrà bene tener conto che l'interlocutore possa non essere quello che dichiara. All'inutilità può quindi aggiungersi il danno. Una prospettiva migliore sembra dischiudersi per l'ambito della corruzione non connessa a circuiti contrattuali definiti, per quelle ipotesi, cioè, in cui l'occasione criminosa scaturisce da contingenze occasionali: definire una pratica edilizia; ottenere una concessione; fruire di una prestazione sanitaria, e così via dicendo. In questi casi l'inserimento dell'agente sotto copertura sembra poter avvenire con maggior facilità. In tali casi, tuttavia, il suo ruolo finirà col risultare periclitante, e cioè pericolosamente inclinato sul versante dell'agente provocatore».

condotte già in precedenza scriminate dall'art. 9 e quelle aggiunte con la riforma del 2019. Inoltre, nessun limite viene espressamente imposto alle condotte di accettazione della promessa e di ricezione di denaro o altre utilità come prezzo per commettere il reato.

Già prima dell'approvazione della riforma, nei commenti al d.d.l. del Governo era stata evidenziata l'assenza del riferimento a un accordo concluso da altri. La necessità di una richiesta o sollecitazione altrui potrebbe infatti comunque lasciare spazio anche a un'*iniziativa* dell'agente sotto copertura[171], quasi un *integrity test* al contrario, «volto a sondare il senso civico dei cittadini (magari imprenditori) nel rifiutare di pagare le tangenti richieste dai funzionari pubblici»[172].

Un test che potrebbe peraltro essere usato per mettere alla prova non solo grandi imprese o soggetti magari già conosciuti agli inquirenti in quanto vicini a o partecipi di organizzazioni criminali, ma anche cittadini alle prese con le pratiche per un permesso edilizio. In assenza di qualsiasi *caratterizzazione* della corruzione, invero, le operazioni sotto copertura potrebbero riguardare non solo casi di *grand corruption* o corruzione sistemica, ma anche di *petty corruption* e corruzione pulviscolare, andando incontro in entrambi i casi a notevoli difficoltà applicative[173].

A contrario, è stata però valorizzata l'assenza tra le condotte scriminate della richiesta o sollecitazione di denaro o altre utilità, appunto perché si tratta all'evidenza di

---

[171] A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, cit., p. 6.

[172] B. FRAGASSO, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la Pubblica Amministrazione…*, cit.

[173] V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., pp. 258-259. Per maggiore chiarezza, vale la pena riportare le parole dell'A.: «Se ci riferiamo ai circuiti della *grand corruption* (commesse pubbliche, appalti di cospicuo valore, ecc.) è assai arduo che un appartenente alla polizia giudiziaria riesca *d'emblée* ad infiltrarsi, accreditandosi agli occhi di potenziali delinquenti, specie se ad alimentarne la circospezione è proprio la possibilità – ora normata – di essere irretiti da un falso sodale. Di certo, è assai disagevole riuscire a riscuotere piena fiducia in ambiti così selettivi e poco permeabili, prescindendo da una rete di rapporti coltivati nel tempo. È prevedibile allora che, nella prassi, per provare ad incunearsi nei meandri labirintici della corruzione, si finirà per ricorrere per lo più ad interposte persone. Ma quand'anche un infiltrato adeguatamente formato, nonché supportato da una struttura *ad hoc* che assicuri la credibilità della sua azione, riuscisse nell'impresa, non sarà mai automatico stabilire se lo abbia fatto rispettando i paletti legislativi o debordando da un contegno meramente passivo. Rispetto invece alle manifestazioni corruttive minute – si pensi ai piccoli pagamenti per ottenere una licenza, una concessione, un visto o una prestazione sanitaria eludendo le liste d'attesa – è forse più semplice che il rapporto corruttivo s'instauri senza che la condotta funzionale dell'infiltrato sconfini in vera e propria determinazione al reato. Nondimeno, quest'esito è plausibile soprattutto in situazioni d'illiceità sporadica o isolata: proprio quelle in cui, però, per un verso è meno probabile un accordo criminoso già concluso o una richiesta indebita alla quale l'*undercover* si limiti ad aderire, e per altro verso possono risultare carenti gli stessi presupposti giustificativi dell'operazione investigativa speciale».

condotte che sconfinerebbero nella provocazione[174]. Inoltre, poiché la condotta di ricezione di beni o altre utilità era già prevista dall'art. 9 prima del 2019, si è anche suggerito di ritenere pertinenti tra le condotte di corruzione passiva realizzabili da un agente sotto copertura solo l'accettazione dell'offerta ovvero della promessa di un'utilità indebita, aggiunte con l'ultima riforma[175].

In ogni caso, alla luce del dettato normativo non è immediato stabilire se il legislatore abbia inteso rivolgere le operazioni sotto copertura verso l'*interno* o verso l'*esterno* delle istituzioni. Nel primo senso sembra deporre, oltre al "soprannome" della legge ("spazzacorrotti", non *spazzacorruttori*), il riferimento solo al primo comma dell'art. 319-*quater* c.p., ossia al solo delitto del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che induce a dare o promettere attività. Come visto, tuttavia, altri indici depongono nella direzione opposta.

Inoltre, al di là delle intenzioni del legislatore, nei fatti l'architettura della disposizione sembra indirizzare l'agente sotto copertura «ad uno scenario al limite del paradosso: nelle situazioni in cui risulta quasi impossibile riuscire ad integrarsi, sarebbe poi più facile agire nel rispetto delle condotte consentite; per converso, nelle ipotesi empirico-criminologiche in cui l'inserimento dell'infiltrato potrebbe rivelarsi più agevole (come nel caso della "corruzione occasionale"), sarebbe poi molto più difficile evitare di sconfinare nella provocazione»[176].

Ciò si deve anche al fatto che le indagini su reati contro la pubblica amministrazione coinvolgono ambienti in cui si mantiene un'*apparenza di legalità*: vengono in considerazione comportamenti di persone (pubblici funzionari, imprenditori, comuni cittadini) «che partono tutte da posizioni apparentemente irreprensibili; bisogna gradualmente svelarsi e far sì che l'interlocutore faccia altrettanto; è una serie d'abboccamenti, un gioco d'allusioni, nel quale può risultare difficile capire chi proponga e chi accetti, chi lanci l'esca e chi la morda»[177].

---

[174] B. BALLINI, *Prime riflessioni sulle operazioni sotto copertura nei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 8.

[175] V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., p. 257.

[176] L'efficace sintesi è ripresa da 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. 28.

[177] A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, cit., p. 5.

Emergono, dunque, diversi *margini di rischio di sconfinamento nella provocazione*, che si devono all'applicazione di una disciplina già esistente, seppure con qualche rimaneggiamento, a un settore peculiare come quello dei delitti contro la pubblica amministrazione.

In tale scenario, sebbene si possa ragionevolmente immaginare che nella maggioranza dei casi le procure e la polizia giudiziaria – anche in un'ottica di efficace gestione delle risorse materiali e umane a disposizione, spesso molto risicate – limitino l'utilizzo delle operazioni sotto copertura alle indagini per fatti di una certa dimensione e gravità, la lettera della norma non assicura che non vengano in considerazione anche episodi di corruzione pulviscolare. Inoltre, più in generale, è in ogni caso difficile disinnescare il rischio che nella pratica si verifichi una *degenerazione* nella provocazione[178].

Ad aumentare la difficoltà dei controlli nel caso di procedimenti per reati contro la pubblica amministrazione contribuisce altresì la mancanza di strutture investigative specializzate, che esistono, invece, per le indagini sulle mafie, sul terrorismo e sul traffico di stupefacenti. Si tratta di una difficoltà già riscontrata con riferimento ad alcune delle altre aree criminali ricomprese nell'art. 9 l. n. 146/2006, come i delitti di falso.

A riprova di tale difficoltà[179], le Procure di Roma e di Napoli poco tempo dopo l'entrata in vigore della l. n. 3/2019 hanno pubblicato delle direttive[180], innanzitutto per individuare gli uffici di polizia giudiziaria competenti a svolgere le operazioni sotto copertura, in particolare nei casi in cui l'accertamento di reati contro la pubblica amministrazione non si inserisca in un'indagine di competenza di un'altra struttura specializzata. È stato dunque stabilito che possano svolgere la funzione di agente sotto

[178] M. BIRAL, L*e operazioni sotto copertura al banco di prova dei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 231; F. R. DINACCI, *L'agente sotto copertura e reati contro la pubblica amministrazione: nuovi difetti e vecchi vizi*, cit., pp. 7-9.

[179] In dottrina, sul punto, si mette in evidenza anche il problema del rispetto del *principio di legalità processuale*, inficiato dall'emanazione sempre più frequente di regole di *soft law* con valenza interna alla magistratura. V. F. CASSIBBA, *L'espansione delle operazioni sotto copertura*, cit., p. 202.

[180] Procura della Repubblica presso il Tribunale di Napoli, *Direttive per i Servizi di polizia giudiziaria relative all'applicazione delle nuove disposizioni in materia di operazioni sotto copertura e nuova causa di non punibilità di cui alla legge n. 3/2019*, dir. n. 2/2019, 20 febbraio 2019; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, *l. 3/2019. Operazioni sottocopertura e nuova causa di non punibilità in tema di reati contro la P.A.* – Direttive, 21 febbraio 2019. In argomento anche 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.

copertura gli ufficiali appartenenti alle stazioni di p.g. esistenti a livello provinciale che al loro interno abbiano sezioni specializzate in reati contro la p.a.

Oltre a ciò, le suddette direttive interne si preoccupano di precisare che, vista la mancanza di un'autorità centrale che abbia contezza di tutte le indagini in corso in materia di reati contro la p.a., è necessario che il procuratore della Repubblica territorialmente competente, qualora non sia ancora intervenuto nelle indagini, sia informato prima (eventualmente in forma orale nei casi di urgenza) in modo da poter evitare intromissioni tra diverse indagini e implementare una strategia coordinata. Tale accortezza organizzativa potrebbe rivelarsi fondamentale, ad esempio, per coordinare il ricorso alle intercettazioni in presenza e alle operazioni *under cover*, anche se la sola previsione astratta di queste ultime è suscettibile di indebolire l'efficacia delle intercettazioni, potendo spingere a una generale maggiore riservatezza delle comunicazioni[181].

Per tutte le ragioni emerse nelle pagine precedenti, la riforma dell'art. 9 è stata criticata dalla maggioranza dei commentatori[182], e sono state avanzate varie proposte sia *de iure condito*, incentrate sulla necessità di un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, sia *de iure condendo*.

Quanto ai correttivi *de iure condito*, è molto frequente in dottrina l'invocazione del *principio di proporzionalità*, peraltro richiamato espressamente dalla disciplina dell'ordine europeo di indagine penale, recepita dal legislatore italiano con il d.lgs. 108/2017[183]. Più in generale il canone di proporzionalità riveste un ruolo centrale nelle

---

[181] Si vedano in proposito le parole di Tullio Padovani citate nella nota 150. Nello stesso senso anche F. R. DINACCI, *L'agente sotto copertura e reati contro la pubblica amministrazione: nuovi difetti e vecchi vizi*, cit., pp. 8-9.

[182] Si registrano, però, anche alcuni commenti favorevoli. Da anni Piercamillo Davigo propugna l'estensione delle operazioni sotto copertura. V. ad esempio P. DAVIGO, *Un cenno alle operazioni sotto copertura non previste in materia di reati contro la pubblica Amministrazione*, cit. Si è espresso a favore dell'estensione anche Raffaele Cantone in occasione di una audizione davanti alla Commissione parlamentare antimafia nel giugno 2019: «Credo che quella dell'agente sotto copertura sia stata una scelta valida. Non so però quanto sarà applicabile, perché è evidente che le tipologie classiche di corruzione non lasciano spazio all'agente sotto copertura. L'agente sotto copertura non avrà spazio nel rapporto corruttivo; potrebbe averne soprattutto in quelle fattispecie di corruzione che definiamo organizzata, tipo la corruzione di Mafia capitale, in cui non c'è un unico rapporto corruttivo, ma ve ne sono una pluralità. La norma risente di una serie di problemi di scrittura ma, a mio modo di vedere, esattamente interpretata, evita lo slittamento rispetto all'agente provocatore. Non credo sarà utile o quantomeno utilissima, ma era indispensabile prevederla, perché è uno strumento che può rivelarsi utile. Mi sono chiesto, da cittadino, cosa avremmo potuto ottenere in più se in Mafia capitale avessimo avuto un agente sotto copertura: io credo tantissimo. Ovviamente non è facile, ma questo é un altro tema. Comunque era giusto prevederlo». V. COMMISSIONE PARLAMENTARE D'INCHIESTA SUL FENOMENO DELLE MAFIE E SULLE ALTRE ASSOCIAZIONI CRIMINALI, ANCHE STRANIERE, *Audizione del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., p. 21.

[183] V. *supra*, Cap. III, sez. I, § 2.1.

fonti primarie di diritto eurounitario, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel diritto interno, sicché non si può ritenere che esso debba essere rispettato solo qualora l'indagine sotto copertura sia oggetto di un ordine europeo di indagine penale.

Sarebbe irragionevole, dunque in contrasto con l'art. 3 Cost., applicare tale principio solo se l'indagine sotto copertura venga richiesta da uno Stato estero o debba essere svolta all'estero e non nelle vicende interne[184]. La proporzionalità impone in particolare due limiti alle autorità inquirenti. Innanzitutto, l'operazione sotto copertura deve essere disposta solo se nel caso concreto non si ritiene che risultati simili si possano ottenere con mezzi investigativi *meno invasivi* e *meno rischiosi*. È dunque necessario un vaglio di *necessità*, che dovrebbe compiere il pubblico ministero o addirittura il giudice delle indagini preliminari. Una volta superata questa prima verifica, sempre l'autorità giudiziaria dovrebbe delineare con sufficiente *precisione* le condotte consentite all'agente sotto copertura[185].

Come si vede, si tratta di requisiti non previsti espressamente dall'art. 9 l. n. 146/2006, che si limita a prevedere una comunicazione preventiva al pubblico ministero e a subordinare l'efficacia scriminante alla verifica che le condotte astrattamente criminose siano poste in essere al solo fine di acquisire elementi di prova.

È proprio alla verifica del rigoroso rispetto di questi requisiti procedurali che si appellano altri esponenti della dottrina nel tentativo di arginare il rischio di scivolamenti nella provocazione[186]. Del resto, in dottrina si è riaperto il dibattuto sulla natura di *scriminante procedurale* dell'art. 9 l. n. 146/2006, a testimonianza – indipendentemente da quale tesi si voglia accogliere – dell'importanza della *procedura* stabilita dalla norma per la tutela degli *interessi sostanziali* sottesi alla stessa[187]. Nonostante questi correttivi, tuttavia, la norma rischia di non soddisfare i canoni delineati dalla Corte di Strasburgo,

---

[184] F. CASSIBBA, *L'espansione delle operazioni sotto copertura*, cit., pp. 210-211.

[185] *Ivi*, pp. 212-213. Nello stesso senso anche F. R. DINACCI, *L'agente sotto copertura e reati contro la pubblica amministrazione: nuovi difetti e vecchi vizi*, cit., p. 29; A. SESSA, *Le indagini passive nella legge n. 3 del 2019 (c.d. legge 'spazzacorrotti'): il sistema penale (anti)democratico alla prova della provocazione 'coperta'*, cit., p. 51.

[186] V. anche M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, cit., p. 1287.

[187] Per una sintesi dei termini del dibattito si rinvia a A. SAVARINO, Extremis malis, extrema remedia*: l'infiltrazione investigativa quale forma di esercizio autorizzato di poteri coercitivi, in funzione di contrasto della corruzione*, cit., pp. 14-21, e alle opere ivi citate. V. anche *supra*, Cap. I, sez. I, § 4.1.

sia dal punto di vista sostanziale sia da quello procedurale[188]. Anche per questa ragione, come anticipato, non mancano le proposte *de iure condendo*, distinguibili in due filoni.

Il primo raccoglie coloro che ritengono che l'art. 9 andrebbe riscritto. Secondo una prima opinione, l'art. 9 dovrebbe anzitutto includere tra i reati presupposto i delitti associativi *ex* artt. 416 e 416-*bis* c.p. Inoltre – contrariamente a quanto sostenuto nella maggior parte degli altri commenti – si dovrebbe preferire una formulazione più ampia e generica, in modo da ricomprendere tutte le evenienze che potrebbero presentarsi nel corso di un'operazione sotto copertura. Accanto a questa apertura, però, dovrebbero essere previsti requisiti procedurali più stringenti: l'utilizzo dell'agente *undercover* dovrebbe essere riservato ai soli procedimenti penali già in corso ed essere quindi finalizzato alla ricerca della prova di un reato già perfetto, perlomeno allo stadio del tentativo. Ciò costituirebbe peraltro un indice chiaro della collocazione delle operazioni sotto copertura tra le attività di repressione, non di prevenzione, di reati[189].

Altrove, invece, si suggerisce un *restyling* soprattutto in ordine ai presupposti dell'operazione: la norma dovrebbe preferibilmente subordinare l'autorizzazione dell'operazione all'esistenza di indizi di attività criminose tipiche già in fase di esecuzione. Viene peraltro evidenziato come l'applicazione dell'art. 9 attualmente vigente possa risultare difficoltosa a causa del coacervo di reati presupposto e condotte contemplate dalla disposizione[190].

Queste considerazioni legano il primo filone di proposte al secondo, rappresentato da chi ritiene che la previsione delle operazioni sotto copertura rispetto ai delitti contro la pubblica amministrazione avrebbe dovuto avvenire nel solco della disciplina dell'art. 14 l. n. 269/1998 in materia di pedopornografia, disposizione abrogata solo in parte nel 2006, e che – a differenza dell'art. 9 – richiede una *autorizzazione preventiva* dell'autorità giudiziaria e si riferisce con maggiore precisione a indagini già in corso. Una norma con tali caratteristiche è invero considerata «capace di preservare la finalità tipica di protezione solidaristica di valori se solo si completerà con un rigoroso rispetto di quelle esigenze di proporzione, sussidiarietà e necessarietà di un'indagine passiva che,

[188] V. *supra*, Cap. III, sez. I, § 1.2.2.

[189] G. BARROCU, *I profili processuali delle operazioni sotto copertura nella normativa anticorruzione: altre nubi in un cielo in tempesta?*, cit., pp. 641-643.

[190] V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., pp. 255-256.

autorizzata in via previa da un'autorità giudiziaria imparziale, solo così sarà rivolta ad assicurare un'esclusiva assunzione probatoria in relazione ad una attività criminale già in corso»[191].

Oltre a tutti i profili critici già citati, attinenti specificamente all'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la p.a., risalta la perdurante mancanza di previsioni in ordine alle *conseguenze della provocazione per il provocato*.

Sarebbe opportuno riflettere su questo punto quando si richiama il modello americano, che – come si è visto – incentra da sempre l'attenzione sul soggetto intrappolato dalla polizia[192]. Nell'ordinamento italiano, invece, anche dopo la riforma del 2019 lo scenario dalla prospettiva del provocato rimane invariato e continua a fondarsi sul diritto vivente: in base alla giurisprudenza ormai consolidata della Cassazione, in linea anche con le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, la prova ottenuta dalla forza pubblica mediante la provocazione del reato è *inutilizzabile*.

4. Considerazioni conclusive

Lo studio delle operazioni sotto copertura, specie dopo l'ultima riforma del 2019, porta a confrontarsi anche con questioni di più ampio respiro che involgono il sistema penale.

Si è visto, infatti, come l'ampiamento dell'ambito di applicazione di tale tecnica di indagine abbia proceduto sostanzialmente di pari passo con l'espansione del campo applicativo del "secondo binario", ossia l'insieme di deroghe pensato in origine, negli anni Novanta, per contrastare la mafia e il narcotraffico. Sergio Moccia ha scritto ormai venti anni fa che la legislazione antimafia rappresenta in Italia «la tipica espressione di normativa emergenziale, con tutti i difetti che connotano questo tipo di provvedimenti: approssimazione, caoticità, rigorismo repressivo, simbolicità, caduta in termini di garanzie»[193]. L'analisi svolta sembra lasciar emergere difetti simili anche con riferimento ad alcuni aspetti della disciplina delle operazioni sotto copertura attualmente vigente[194],

[191] A. SESSA, *Le indagini passive nella legge n. 3 del 2019 (c.d. legge 'spazzacorrotti'): il sistema penale (anti)democratico alla prova della provocazione 'coperta'*, cit., p. 52.

[192] V. *supra*, Cap. II.

[193] Così S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ESI, Napoli, 2000, p. 53.

[194] V. in particolare *supra*, § 3.2. e Cap. III, sez. II.

aspetti che – come si è visto – risultano enfatizzati dall'inserimento di taluni delitti contro la pubblica amministrazione nell'ambito di applicazione dell'art. 9 l. n. 146/2006.

Per quanto non si dubiti dell'importanza di tale sistema per garantire una maggiore incisività ed effettività degli interventi dello Stato – come del resto riconosciuto a livello sovranazionale anche recentemente)[195] –, le norme emergenziali richiedono uno sguardo attento e dubitativo, venendo meno alcuni dei *limiti* e *contrappesi* previsti dall'ordinamento per le situazioni ordinarie. Senza contare che dietro le dimostrazioni di forza da parte dello Stato si nascondono spesso una condizione di fragilità delle istituzioni e l'assenza di una risposta ispirata a scelte di politica criminale efficiente e razionale[196].

Si pensi, in proposito, anche al diritto penale europeo. Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e l'abolizione del Terzo pilastro persiste la difficoltà di identificare una vera e propria *comunità* di cittadini europei di cui il Parlamento possa essere considerato rappresentante[197]. Il diritto penale europeo sembra essere stato concepito più che altro come un mezzo di difesa dell'«interno» dall'«esterno», una dinamica simile a quella registrata negli Stati Uniti fin dai tempi dell'*alien conspiracy theory*:

> «quando mancano le condizioni per l'esistenza di una comunità politica, il diritto penale (specialmente la sua forza simbolica) non può funzionare come strumento di integrazione. Nondimeno, a dispetto di questo obiettivo ambizioso, la dimensione dei diritti umani è stata trascurata. Il diritto penale è stato concepito più come un mezzo per proteggere l'"interno" dall'"esterno", e la maggior parte delle misure sono state

[195] Basti considerare che al termine della Conferenza delle Parti organizzata a Vienna nel 2020 per il ventennale della Convenzione ONU sulla criminalità organizzata transnazionale è stata approvata la «risoluzione Falcone», la quale «non solo rende uno "speciale tributo" al grande Magistrato italiano, ma, soprattutto, valorizza la straordinaria modernità di un metodo di azione nato a Palermo 40 anni fa ed imperniato sul contrasto della dimensione economica della criminalità organizzata, sull'uso delle tecnologie più avanzate nelle indagini e nel processo penale, sul ricorso a forme innovative di cooperazione giudiziaria internazionale, sulla convinzione che la lotta alla mafia può essere combattuta efficacemente soltanto con le armi dello Stato di diritto, senza cedere alla tentazione di pericolose scorciatoie di tipo autoritario, ai limiti della legalità costituzionale». Così si legge nel commento alla risoluzione di A. BALSAMO, *Il contrasto internazionale alla dimensione economica della criminalità organizzata: dall'impegno di Gaetano Costa alla "risoluzione Falcone" delle Nazioni Unite*, cit., p. 2.

[196] S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 53. L'A. evidenzia come la normazione emergenziale rappresenti «l'esatto contrario di una tecnica legislativa ispirata a criteri di politica criminale efficiente e razionale», visto che spesso i provvedimenti sono «caratterizzati da improvvisazione, e ciò appare evidente dall'assoluta carenza di coordinazione sistematica (…)». Si veda anche C. E. PALIERO, *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in AA. VV., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, cit., p. 918. L'A. ritiene che «non vi è dubbio (…) che un sistema penale è tanto più efficiente, quanto meno è frammentato, cioè quanto più è un "sistema" e quanto meno è un insieme di sub-sistemi che finiscono col non comunicare tra loro (soprattutto, quando i fenomeni criminali da reprimere si caratterizzano invece, come nel caso nostro, per un intenso processo di comunicazione interna e di reciproca, progressiva assimilazione)».

[197] In argomento si rinvia anche allo studio C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, ARACNE, Roma, 2012.

> adottate contro un nemico comune reale o percepito come tale (il terrorismo, l'immigrazione illegale, il crimine organizzato transnazionale, ecc.). Similmente a quanto accaduto negli Stati Uniti, questi "crimini transnazionali" sono stati identificati (a torto o a ragione) come obiettivi da "combattere", o minacce all'integrità della società, così giustificando un insieme di misure che sono state criticate in quanto non conformi ai principi fondamentali della materia penale. La sensazione è che la condivisione di valori sia imposta ai cittadini dall'alto e divenga, di conseguenza, artificiale»[198].

Sembra che determinati fenomeni criminali vengano concepiti come *esterni* allo Stato, come *altro* da esso e quindi come *nemici* da combattere, invece che come problemi da risolvere per mezzo di scelte di *politica sociale e culturale*, non solo penale.

Il fatto criminale – che, alla stregua del nucleo di una *molecola*, tiene insieme le altre entità che lo compongono (il reo, la vittima e le agenzie di controllo) – non gravita nel vuoto. Al contrario, tutte le entità costitutive della molecola «risentono in modo decisivo del fatto di "appartenere" a una aggregazione sociale con specifiche caratteristiche, e, correlativamente, di essere in rapporto con una ben precisa entità istituzionale, avente una propria struttura normativa e proprie modalità di azione; è il contesto sociale e istituzionale, infatti, a determinare le caratteristiche assunte dai vari atomi e il loro comportamento»[199].

La *complessità* della criminalità organizzata, mafiosa e non, e delle altre aree criminali interessate dalle operazioni sotto copertura emerge già dalla difficoltà di scolpirli in una *chiara definizione criminologica*. Difficoltà evidenziata sia con riferimento alla criminalità organizzata e alla corruzione, sia «per quelle forme di devianza, variamente legate alla immigrazione, allo sfruttamento della prostituzione o alle moderne forme di "riduzione in schiavitù", che si innestano su dinamiche socioeconomiche patologiche, o ancora nei confronti di quelle subdole ma pericolosissime manifestazioni di criminalità connesse al terrorismo internazionale: basti

---

[198] Traduzione nostra. Si riporta il passo nella versione originale in lingua inglese: «*Where the conditions for the existence of a political community are lacking, criminal law (and its special symbolic force) cannot act as a vehicle of integration. Nevertheless, despite this ambitious goal, the human rights dimension has been neglected. Instead, criminal law has been conceived more as a means to protect the 'inside' from the 'outside', and most measures have been enacted against a real or perceived common enemy (terrorism, illegal immigration, transnational organised crime, etc.). Similarly to what occurred in the United States, these 'transnational crimes' have been identified (wrongly or correctly) as targets to 'combat,' or threats to the integrity of society, thus justifying a set of measures that have been criticised for not complying with some basic constitutional and criminal law principles. The feeling is that the experience of value sharing is being forced upon the citizens from the top and therefore becomes artificial*». V. M. FICHERA, *Criminal Law beyond the State: The European Model*, cit., p. 194.

[199] La metafora della molecola criminale e la citazione sono tratte da G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., pp. 287-291.

considerare la difficoltà, ad esempio, di colpire attraverso la normativa antiriciclaggio quei beni indispensabili al finanziamento dei gruppi terroristici prima ancora che abbiano una destinazione illecita»[200].

Nello specifico, il discorso sulle operazioni sotto copertura è ulteriormente complicato dalla difficoltà di misurarne i risultati. Se è chiaro che la *ratio* politico-criminale della loro introduzione risiede nella volontà di scoprire reati solitamente protetti in circuiti chiusi di difficile penetrazione da parte delle agenzie del controllo formale, più difficile è ottenere la prova della loro efficacia. Occorrerebbe, invero, verificare a livello *quantitativo* il ruolo giocato dalle operazioni sotto copertura nella riduzione del *divario tra criminalizzazione in astratto e criminalizzazione in concreto* e, dunque, nel portare alla luce reati prima dispersi nel *campo oscuro*.

Tuttavia, misurare l'*effettività* nella prassi delle operazioni sotto copertura non sembra allo stato possibile, innanzitutto perché non vi sono dati disponibili né sul loro impiego né sul successo o insuccesso delle operazioni[201]. Inoltre, anche se questi dati fossero disponibili, non sarebbe scontato verificare la sussistenza di un *nesso di causalità* tra la scelta politico-criminale di consentire le operazioni sotto copertura rispetto a determinati reati e un eventuale aumento delle inchieste e delle condanne per tali reati.

Infatti, un primo problema riguarda l'impossibilità di calcolare con precisione il valore della cifra oscura[202] in due momenti diversi, per verificare un'eventuale diminuzione dei reati commessi e non scoperti in un certo periodo di tempo. In secondo luogo, occorrerebbe distinguere tra l'*effetto generalpreventivo* dell'introduzione delle operazioni sotto copertura – che potrebbe scoraggiare e quindi prevenire, *ex ante*, la commissione di certi reati a causa dell'aumento del rischio penale – e l'*effetto propriamente repressivo* delle stesse, legato al ruolo proattivo assunto dalle forze di

[200] Così P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., p. 270. Recentemente si veda V. MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, cit., p. 160.

[201] Già da diversi anni è stato notato che «abbiamo qui a che fare con una zona grigia della prassi di cui si può tracciare un quadro solo approssimativo in base alle spesso scarne norme giuridiche». Così B. HUBER, *Collaboratori di giustizia, agenti sotto copertura e confidenti della polizia*, in AA. VV., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, cit., p. 275.

[202] G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., pp. 415-416. Come accennato nel Cap. I, proprio per la difficoltà di individuare una cifra, è sempre più invalsa l'espressione «campo oscuro», che comprende non solo i casi in cui un reato non sia scoperto, ma anche quelli di cui è ignoto solo l'autore, nonché l'evenienza in cui un reato venga sì scoperto dalla polizia, ma non si giunga poi a una condanna in sede giudiziaria (per quest'ultima ipotesi si è anche parlato di cifra grigia).

polizia competenti. In altri termini, bisognerebbe considerare due variabili: la *diminuzione dei reati commessi* e *l'aumento dei reati scoperti*.

La verifica di entrambe queste variabili si scontra a sua volta con diverse incognite, in particolare con i limiti del metodo delle *variazioni concomitanti*, che richiederebbe di escludere l'esistenza di altri fattori che consentano di spiegare un determinato effetto[203].

Per il futuro non resta quindi che attendere i riscontri della prassi sia in termini di *quantità* di impiego delle operazioni sotto copertura, sia in termini di *qualità* delle indagini e del controllo svolto dai magistrati inquirenti durante e dai giudici successivamente allo svolgimento delle stesse.

Finora la Cassazione si è confrontata in sede cautelare con una vicenda in cui un imprenditore indagato per il reato di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.)[204] era stato messo agli arresti domiciliari in base alle prove raccolte mediante un'operazione sotto copertura condotta dalla Guardia di Finanza.

L'operazione aveva visto un militare della G.d.F. agire nelle vesti di un imprenditore concorrente dei due indagati (uno dei quali già iscritto anche in altri fascicoli per gravi irregolarità riscontrate nelle aste giudiziarie a Lamezia Terme). L'agente sotto copertura aveva manifestato la propria intenzione di partecipare all'asta e a quel punto gli indagati ne avevano preteso la desistenza.

Nel ricorso per Cassazione di uno dei due (quello che, in base a quanto può desumersi dalla pronuncia in commento, non risultava già noto agli inquirenti), la difesa ha sostenuto che la presenza dell'«agente sotto copertura o provocatore» quale unico offerente, in realtà non effettivamente interessato all'acquisto del bene, determinerebbe l'inesistenza di ogni turbativa e dunque l'*impossibilità* del reato.

La Corte, dopo aver ripercorso brevemente la vicenda, ha rigettato il ricorso con una motivazione altrettanto sintetica: «si avverte da parte della giurisprudenza di

[203] Le incognite insite nell'utilizzo del metodo delle variazioni concomitanti sono individuate dalla dottrina più autorevole con riferimento alla misurazione dell'efficacia generalpreventiva dell'introduzione di una sanzione penale, ma sembra che il discorso svolto possa essere applicato anche al problema in esame, visto che si parla comunque della verifica dell'efficacia di una misura (le operazioni sotto copertura) finalizzata non solo a scoprire più reati, ma anche a disincentivarne la commissione aumentando la percezione del rischio di essere scoperti. V. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., pp. 125 ss.

[204] Per un commento approfondito del delitto contestato nel caso di specie, si veda F. CINGARI, *Commento all'art. 353 c.p. Turbata libertà degli incanti*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., pp. 2476-2480.

legittimità che non è configurabile il reato impossibile, in presenza dell'attività di agenti "infiltrati" o "provocatori", quando l'azione criminosa non derivi, esclusivamente, dagli spunti e dalle sollecitazioni istigatrici di questi, ma costituisca invece (come nel caso di specie) l'effetto di autonomi stimoli ed elementi condizionanti. L'inidoneità della condotta, infatti, va valutata oggettivamente con giudizio ex ante, nel suo valore assoluto e non di relazione con la simultanea azione dell'"infiltrato"».

Non è semplice comprendere da così poche righe il ragionamento sotteso alla decisione dei giudici di legittimità. Alquanto traballanti paiono, però, sia l'apparente equiparazione tra l'attività degli infiltrati e degli agenti provocatori, sia il riferimento agli spunti e sollecitazioni istigatrici, che sembrerebbero ammissibili in un contesto in cui vi siano anche altri «stimoli ed elementi condizionanti»[205].

A prescindere dal caso di specie, attinente, peraltro, – come già evidenziato – alla fase cautelare, risalta come tutt'oggi nel diritto vivente riecheggino questioni e termini (quali l'idoneità dell'azione, la configurabilità o meno del reato impossibile, il riferimento alle persone e non alle condotte) che sembrano prescindere dalla successiva evoluzione normativa.

Del resto, il fatto che la disciplina delle operazioni sotto copertura nell'ordinamento italiano sia tutt'ora dettata in una norma che introduce una causa di giustificazione lascia trasparire le origini e l'evoluzione dogmatica delle operazioni sotto copertura a partire dalla figura dell'agente provocatore. Sebbene le disposizioni progressivamente introdotte non si occupino di figure, ma di *condotte*, la prospettiva sembra rimanere incentrata sulla persona e sulla responsabilità dell'agente sotto copertura. Ciò si nota anche in dottrina e in giurisprudenza già a livello linguistico.

Tale prospettiva sembra aver contribuito a lasciare in ombra la posizione del "provocato", nonostante le sollecitazioni provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e la frequente invocazione del modello statunitense, sulla cui circolazione «simbolica» si è già detto[206].

Con ciò non si intende sminuire l'importanza della distinzione tra agente provocatore e agente infiltrato, evidenziata del resto dalla stessa Corte EDU. Anzi, la

[205] Nello stesso senso A. SAVARINO, Extremis malis, extrema remedia*: l'infiltrazione investigativa quale forma di esercizio autorizzato di poteri coercitivi, in funzione di contrasto della corruzione*, cit., pp. 29-30.

[206] V. *supra*, Cap. II, § 4.

prospettiva europea incentrata sulla figura dell'agente provocatore, oggi inteso come confine invalicabile di liceità delle condotte autorizzate dal legislatore, è utile per tenere viva la consapevolezza delle (inevitabili) e numerose «*unintended consequences*» delle operazioni sotto copertura, conseguenze che ricadono su tutti i soggetti coinvolti[207] e che contribuiscono a evidenziare la natura *intrinsecamente paradossale*[208] di questa tecnica di indagine.

Senza contare che le operazioni sotto copertura – specialmente con riferimento alla corruzione, visto che le indagini coinvolgono rappresentanti delle istituzioni[209] – pongono il problema del "controllo dei controllori". Una questione spinosa se si pensa che i dati – come visto – segnalano la diffusione e l'appetibilità della corruzione dei membri delle forze di polizia per ottenere informazioni o influenzarne l'attività investigativa. Sotto questo profilo, è molto significativa anche la casistica statunitense, da cui emergono diversi episodi di abusi, talvolta su soggetti particolarmente deboli e facili da "incastrare", e tornano alla mente anche le origini della provocazione ai tempi dell'assolutismo francese, nonché la familiarità delle attività sotto copertura con i regimi totalitari.

In ordine al "trasferimento" della corruzione sul secondo binario processuale ideato negli anni Novanta per contrastare la criminalità organizzata di tipo mafioso e il traffico di stupefacenti, non si possono non citare in chiusura i recenti sviluppi che hanno riguardato l'inserimento (ad opera della l. n. 3/2019) di alcuni delitti contro la p.a. tra le fattispecie ostative di cui all'art. 4-*bis* l. n. 354/1975. Tali questioni sono state lette come

---

[207] Gary T. Marx dedica due capitoli alle «effetti collaterali» delle operazioni sotto copertura rispettivamente sugli obiettivi, sui terzi e sugli informatori (Cap. VII) e sulla polizia (Cap. VIII), muovendo dal presupposto che «Complex interventions are likely to result in a mixture of intended and unintended consequences. When such interventions involve secrecy and a variety of "unknowns", the unanticipated consequences can be extensive». V. G. T. MARX, *Undercover: Police surveillance in America*, cit. pp. 129 ss.

[208] Sempre Gary T. Marx elenca ben ventiquattro «paradossi» delle indagini sotto copertura, i quali mostrano che «The very power of the technique also can be its undoing». Ad esempio, gli integrity test casuali soddisferebbero un principio di equità, ma contravverrebbero alla regola per cui si vorrebbe che un'indagine venisse iniziata in presenza perlomeno di un sospetto. Quanto alla disciplina, più controlli e più vincoli procedurali potrebbero ridurre gli abusi, ma a costo di rendere magari lo strumento meno efficace nella prassi e di allungare i tempi. L'utilizzo di mezzi di sorveglianza elettronica da parte dell'agente sotto copertura faciliterebbe la raccolta delle prove e potrebbe contribuire alla sicurezza dell'agente stesso, ma nello stesso tempo aumenta il rischio di essere scoperti dagli indagati. Per la disamina di questi e degli altri paradossi si rinvia a G. T. MARX, *Undercover: some implications for policy,* in C. FIJNAUT, G. T. MARX (a cura di), *Undercover. Police Surveillance in Comparative Perspective*, cit., pp. 319-320; G. T. MARX, *Undercover: Police surveillance in America*, cit. pp. 200 ss.

[209] Si rinvia in proposito, ancora una volta, al capitolo G. T. MARX, *When the Guards Guard themselves: Undercover Tactics Turned Inward*, cit., pp. 213-233.

un *banco di prova* della ragionevolezza non solo del nuovo art. 4-*bis*, ma, più in generale, della sancita equiparazione tra alcuni delitti contro la p.a. e la criminalità organizzata di tipo mafioso[210].

Qualche mese dopo l'entrata in vigore della l. n. 3/2019 sono state rimesse alla Corte costituzionale alcune questioni di costituzionalità della disposizione che aveva sancito l'applicabilità del regime carcerario ostativo ai delitti di peculato e di induzione indebita a dare o promettere utilità, per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost. Sebbene la Consulta, dopo essersi pronunciata sul tema del regime temporale della riforma dell'art. 4-*bis* l. ord. pen.[211], abbia restituito gli atti ai giudici rimettenti per la valutazione della rilevanza[212], è ragionevole aspettarsi che la questione si riproponga in futuro. Per accorgersene è sufficiente leggere le argomentazioni svolte in ordine al peculato nell'ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione:

> «la condotta di peculato, per come configurata dal legislatore, non appare contenere - fermo restando il suo comune disvalore - alcuno dei connotati idonei a sostenere una accentuata e generalizzata considerazione di elevata pericolosità del suo autore, trattandosi di condotta di approfittamento, a fini di arricchimento personale, di una particolare condizione di fatto (il possesso di beni altrui per ragioni correlate al servizio) preesistente, realizzata ontologicamente senza uso di violenza o minaccia verso terzi e difficilmente inquadrabile - sul piano della frequenza statistica delle forme di manifestazione - in contesti di criminalità organizzata o evocativi di condizionamenti omertosi. La connotazione di elevata pericolosità di "ogni" autore di simile condotta - che ben potrebbe risolversi in un'unica occasione di consumazione, isolata e marcatamente episodica - espressa dalla legge n. 3 del 2019 pare dunque contrastare con la mera osservazione delle caratteristiche obiettive del tipo legale, in chiave di dubbio circa il rispetto del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. Né dall'esame dei lavori preparatori delta legge citata è dato rinvenire - in particolare quanto al peculato - una esposizione chiara di criteri di metodo e di osservazione empirica idonei a giustificare simile scelta, di certo portatrice - come si è detto - di forti limitazioni a diritti costituzionalmente garantiti»[213].

Considerazioni simili sono svolte anche dalla Corte d'Appello di Palermo riguardo al delitto di cui all'art. 319-*quater* c.p.[214].

---

[210] Così B. FRAGASSO, *Legge "spazzacorrotti" e ragionevolezza dell'estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la p.a. In attesa della Consulta (ud. 26 febbraio 2020)*, in *Sistema penale*, 24 febbraio 2020. Si veda anche G. DI VETTA, *Il nido del cuculo*, cit., *passim*, per un'analisi approfondita e riccamente documentata sulle questioni sottese a un'eventuale, futura decisione di costituzionalità.

[211] Corte cost., sent. 26 febbraio 2020, n. 32.

[212] Corte cost., ord. 26 febbraio 2020, n. 149.

[213] Cass., ord. 18 luglio 2019, n. 141, § 4.8.

[214] Corte d'Appello di Palermo, ord. 29 maggio 2019, n. 151.

Si tratta di riflessioni estensibili alle fattispecie corruttive in relazione non solo all'art. 4-*bis*, ma anche alle operazioni sotto copertura, specialmente sotto il profilo della ragionevolezza della perdurante assenza nel catalogo dei reati presupposto nell'art. 9 l. n. 146/2006 dei delitti di cui agli artt. 416 e 416-*bis* c.p.

Preme comunque sottolineare che anche quest'ultima soluzione andrebbe attentamente vagliata, prestando particolare attenzione all'«eccessiva valorizzazione della dimensione "organizzativa" del fenomeno corruttivo per sostenere l'opportunità di un'assimilazione delle strategie di contrasto con quelle concepite per la criminalità organizzata, anche di tipo mafioso. In questo modo si tende a ridurre il carattere "organizzato" della criminalità alla natura plurisoggettiva (art. 110 c.p.) o associativa di un'attività delittuosa (art. 416 c.p.). La dimensione "organizzativa" rappresenta, però, un elemento di caratterizzazione della "criminalità organizzata", specialmente mafiosa, che non è in alcun modo assimilabile al mero fenomeno associativo o concorsuale»[215]. Del resto, si è visto come la letteratura sociologica sottolinei la differenza tra corruzione e mafia, fenomeni sì *legati*, ma da tenere *distinti*[216].

A proposito di novità recenti e di *clima* politico-criminale, è opportuno ricordare anche che recentemente il legislatore è intervenuto nel settore dei delitti contro la pubblica amministrazione ritoccando la fattispecie di abuso d'ufficio *ex* art. 323 c.p.[217], al

[215] Così G. DI VETTA, *Il nido del cuculo*, cit., p. 26. Secondo l'A., il rigetto della qualificazione come associazione di tipo mafioso dell'organizzazione facente capo a Buzzi e Carminati da parte della Corte di Cassazione nella sentenza con cui si è chiuso il procedimento scaturito dall'indagine romana sul Mondo di mezzo dimostrerebbe che «la criminalità amministrativa, anche se connotata in senso associativo od organizzato e dotata di capacità di radicamento, non risulta ragionevolmente assimilabile a forme di criminalità organizzata di tipo mafioso; difettano, con riferimento alla prima, quei caratteri "tipologici" che identificano, in modo ancora efficace, la seconda». Oltre a dimostrare l'irragionevolezza della estensione del regime carcerario ostativo ad alcuni delitti contro la pubblica amministrazione, tale considerazione «suggerisce di riflettere circa l'opportunità di intraprendere un autonomo processo di criminalizzazione di questi fenomeni di corruzione sistemica od organizzata, concependo una fattispecie associativa "qualificata" dalla finalità programmatica di commettere un numero indefinito di reati contro la pubblica amministrazione», anche alla luce del «sostanziale "insuccesso" dell'imputazione associativa (art. 416 c.p.), con riguardo a fattispecie concrete che si caratterizzano – in termini fattuali – per l'esecuzione plurisoggettiva di una determinata serie di reati contro la Pubblica amministrazione, nell'ambito di contesti funzionali circoscritti (una dislocazione o settore della P.A.; un'organizzazione privata che intrattiene rapporti con soggetti pubblici). Malgrado l'effervescenza operativa di questa formula di contestazione, la giurisprudenza (di merito, soprattutto) rigetta recisamente letture tese a proiettare mere forme di plurisoggettività eventuale in una dimensione organizzata associativa, tramite la valorizzazione degli elementi selettivi del tipo legale di cui all'art. 416 c.p. (minimum di struttura associativa; idoneità oggettiva allo scopo; indeterminatezza del programma criminoso)». V. *Ivi*, pp. 31-33, e la casistica e la dottrina ivi citata.

[216] V. *supra*, § 2.

[217] D.l. 16 luglio 2020, n. 76, *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120.

dichiarato scopo di sbloccare il lavoro dei funzionari pubblici allentando la morsa della paura della firma[218]. Una riforma divenuta presto nota, ancora una volta, per i proclami che l'hanno accompagnata, dietro i quali, tuttavia, la dottrina più attenta ha ravvisato il rischio di un passaggio *da un estremo all'altro*: «da un eccesso – di *penalizzazione* – (…) a un altro - di *depenalizzazione*»[219].

I continui *slogan* che coinvolgono il settore penale, come dimostrato anche dalle affermazioni che hanno accompagnato la proposta di introdurre le operazioni sotto copertura rispetto alla corruzione, semplificano la realtà e la scolpiscono in contrapposizioni manichee. Essi sembrano in definitiva alimentare non solo l'*idea*, ma, per mezzo della diffusione di quest'ultima e dei mancati investimenti culturali e sociali, anche la *realtà* di un *sistema di intrecci* simile a quello descritto da Italo Calvino nell'apologo citato in apertura del Capitolo. Riprendendo le parole dello scrittore, si può allora concludere che il ruolo degli onesti deve essere innanzitutto quello di provare a *comprendere e spiegare la complessità*, astenendosi da facili semplificazioni e abituali generalizzazioni che nuocciono, in definitiva, agli onesti stessi, e tra costoro, soprattutto ai più deboli e invisibili.

In effetti, Calvino con la consueta maestria conclude così il suo breve *Apologo sull'onestà nel paese dei corrotti*:

> «Dovevano rassegnarsi all'estinzione? No, la loro consolazione era pensare che così come in margine a tutte le società durante millenni s'era perpetuata una controsocietà di malandrini, di tagliaborse, di ladruncoli, di gabbamondo, una controsocietà che non aveva mai avuto nessuna pretesa di diventare *la* società, ma solo di sopravvivere nelle pieghe della società dominante e affermare il proprio modo d'esistere a dispetto dei principi consacrati, e per questo aveva dato di sé (almeno se vista non troppo da vicino) un'immagine libera e vitale, così la controsocietà degli onesti forse sarebbe riuscita a persistere ancora per secoli, in margine al costume corrente, senza altra pretesa che di vivere la propria diversità, di sentirsi dissimile da tutto il resto, e a questo modo

[218] Si veda la slide mostrata in occasione della Conferenza stampa del Presidente del Consiglio Giuseppe Conte, in cui si legge: «Stop alla "paura della firma": i funzionari pubblici devono poter sbloccare lavori e opere (es. riforma abuso ufficio). Si veda il minuto 8:10 del video disponibile a: <https://www.youtube.com/watch?v=NBW3cv5zBBg> (ultimo accesso novembre 2020).

[219] G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *Sistema penale*, 17 luglio 2020.

magari avrebbe finito per significare qualcosa d'essenziale per tutti, per essere immagine di qualcosa che le parole non sanno più dire, di qualcosa che non è stato ancora detto e ancora non sappiamo cos'è»[220].

[220] I. Calvino, *Apologo sull'onestà nel paese dei corrotti*, cit. V. nota 1.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Giuffrè, Milano, 2005.

ADRIAENSSEN A., PAOLI L., KARSTEDT S., VISSCHERS J., GREENFIELD V. A., PLEYSIER S., *Public perceptions of the seriousness of crime: Weighing the harm and the wrong*, in *European Journal of Criminology*, 2020, 17(2), pp. 127-150.

ALBERTI G., voce *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Il libro dell'anno del diritto 2016 Treccani* (dir. da R. Garofoli e T. Treu), Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2016.

ALIBRANDI A., *Fictus emptor: riflessioni in tema di agente provocatore*, in *Riv. pen.*,1988, pp. 34-36.

AMARELLI G., VISCONTI C., *Da 'mafia capitale' a 'capitale corrotta'. La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime*, in *Sistema penale*, 18 giugno 2020.

AMATO G., *Droga e attività di polizia*, Laurus Robuffo, Roma, 1992.

AMATO G., *Qualche puntualizzazione sulla figura dell'"agente provocatore" in materia di "acquisto simulato" di sostanze stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 1995, (3), pp. 713 ss.

AMATO G., *La definizione della posizione processuale dell'agente provocatore: riflessi sulla capacità a rendere testimonianza*, in *Cass. pen.*, 1996, (7-8), pp. 2388 ss.

AMATO G., *Sull'ambito di operatività sostanziale e processuale della scriminante dell'acquisto simulato di sostanze stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 1999, (5), pp. 1608 ss.

AMATO G., *I traffici illeciti di sostanze stupefacenti*, Giuffrè, Milano, 1999.

AMATO G., *Teoria e pratica degli stupefacenti*, Laurus Robuffo, Roma, 2000.

AMATO G., *L'acquisto simulato di droga da parte dei privati*, in *Guida dir.*, 2006, n. 12, pp. 114 ss.

AMATO G., *Garanzie funzionali più ampie a chi è sotto copertura*, in *Guida. dir.*, 2015, n. 11, pp. 91-95

AMATO G., FIDELBO G., *La disciplina penale degli stupefacenti*, Giuffrè, Milano, 1990.

AMORE N., *L'eredità di Mani Pulite nel contrasto alla corruzione sistemica. Una breve ricognizione politico-criminale della legislazione anticorruzione degli ultimi trent'anni,* in *disCrimen*, 27 novembre 2019, pp. 1-47.

Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations, disponibili a: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/Photocopy/74988NCJRS.pdf>.

Autorità Nazionale Anticorruzione, *La corruzione in Italia (2016-2019). Numeri, luoghi e contropartite del malaffare*, 17 ottobre 2019, disponibile a: <https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdana/Comunicazione/News/2019/RELAZIONE%20+%20TABELLE.pdf>.

Autorità Nazionale Anticorruzione, *Relazione annuale del 2018*, disponibile a: <https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Comunicazione/News/2019/000.ANAC.RELAZIONE.PARLAMENTO.2019.pdf>.

Autorità Nazionale Anticorruzione, *Relazione annuale del 2019*, disponibile a: <https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Pubblicazioni/RelazioniAnnuali/2020/Anac.Relazione.02.06.2020.pdf>.

ANGELINI M., voce *Riciclaggio*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, I agg., 2005.

APRILE E., *Nuovi strumenti e tecniche investigative nell'ambito U.E.: intercettazioni all'estero, operazioni di polizia oltre frontiera, attività sotto copertura e videoconferenze con l'estero*, in *Cass. pen.*, 2009, (1), pp. 440 ss.

ARLACCHI P., *La mafia imprenditrice. Dalla Calabria al centro dell'inferno,* il Saggiatore, Milano, 2010.

ARLACCHI P., LEWIS R., *Imprenditorialità illecita e droga. Il mercato dell'eroina a Verona*, il Mulino, Bologna, 1990.

ARNONE M., GIAVAZZI S., *Riciclaggio e imprese. Il contrasto alla circolazione dei proventi illeciti*, Vita e Pensiero, Milano, 2011.

BALLINI B., *Prime riflessioni sulle operazioni sotto copertura nei reati contro la pubblica amministrazione*, in *disCrimen*, 29 ottobre 2019, pp. 1-11.

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), pp. 2641 ss.

BALSAMO A., *Il contrasto internazionale alla dimensione economica della criminalità organizzata: dall'impegno di Gaetano Costa alla "risoluzione Falcone" delle Nazioni Unite, in Sistema penale*, 12 novembre 2020, pp. 1-24.

Banca d'Italia, Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, *Rapporto Annuale Rapporto annuale per il 2018, n. 11 – 2019*, disponibile a:

<https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/rapporto-annuale/2019/Rapporto-UIF-anno-2018.pdf>.

Banca d'Italia, Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, *Rapporto annuale per il 2019, n. 12 - 2020*, disponibile a: <https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/rapporto-annuale/2020/Rapporto-UIF-anno-2019.pdf>.

BARBAGLI M., COLOMBO A., SAVONA E. U., *Sociologia della devianza*, il Mulino, Bologna, 2003.

BARBAGLI M., GATTI U. (a cura di), *La criminalità in Italia*, il Mulino, Bologna, 2010.

BARGI A. (a cura di), *Il doppio binario nell'accertamento dei fatti di mafia*, Giappichelli, Torino, 2013.

BARONE G., NARCISO G., *The effect of organized crime on public funds*, Banca d'Italia, Working papers n. 916, 2013, disponibile a <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/temi-discussione/2013/2013-0916/index.html?com.dotmarketing.htmlpage.language=1>.

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

BARROCU G., *La cooperazione investigativa in ambito europeo: da Eurojust all'ordine di indagine*, CEDAM, Padova, 2017.

BARROCU G., *Le operazioni sotto copertura nel d.d.l. anticorruzione: facciamo chiarezza*, in *Il quotidiano giuridico*, 21 dicembre 2018.

BARROCU G., *I profili processuali delle operazioni sotto copertura nella normativa anticorruzione: altre nubi in un cielo in tempesta?*, in *Dir. pen. proc*., 2019, (5), pp. 638-647.

BARTOLI R., *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, (3), pp. 233-259.

BASILICO S., *L'agente sotto copertura: il confine tra tecnica investigativa legittima e istigazione a delinquere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 1819-1823.

BECKERT J., DEWEY M., *The Architecture of Illegal Markets: Towards an Economic Sociology of Illegality in the Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

BELFIORE E., *Commento all'art. 12-quater D.L. 8 giugno 1992, n. 306*, in PALIERO C.E., PALAZZO F. (a cura di), *Commentario breve alle Leggi penali complementari*, CEDAM, Padova, 2007, pp. 919-924.

BELFIORE R., *Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria nell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2008, (10), pp. 3894-3908.

BELLACOSA M., *Il contrasto in Europa al traffico illecito di rifiuti pericolosi su base transnazionale: il ruolo del diritto penale nell'ambito di un approccio interdisciplinare*, in *Sistema penale*, 25 febbraio 2020.

BERTACCINI D., *Art. 4-terdecies D.L. 30.12.2005 n. 272 (Stupefacenti)*, in *Leg. pen.*, 2007, pp. 404-415.

BERTOL E., MARI F., *Gli stupefacenti: effetti, abuso, traffico considerazioni tossicologiche nella nuova normativa*, CEDAM, Padova, 1991.

BLOCH K. E., MCMUNIGAL K. C., *Criminal law: a contemporary approach. Cases, statutes, and problems*, Aspen Publishers, New York, 2005.

BOBBIO N., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012.

BONNIE R. J., COUGHLIN A. M., JEFFRIES J. C., LOW P. W., *Criminal law*, Foundation Press, New York, 2004.

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*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 395-423.

BRANCACCIO M., voce *Stupefacenti (profili sostanziali)*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, agg. X, 2018.

CALDERONI F., *Organized Crime Legislation in the European Union. Harmonization and approximation of criminal law, national legislations and the EU Framework Decision on the fight against organized crime*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2010.

CALDERONI F., *Le reti delle mafie: le relazioni sociali e la complessità delle organizzazioni criminali*, Vita e pensiero, Milano, 2018.

CALIFANO E., *L'agente provocatore*, Giuffrè, Milano, 1964.

CAMALDO L., *L'attuazione della Convenzione di Bruxelles del 2000: l'assistenza giudiziaria in materia penale assume una configurazione a "geografia variabile"*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, (7-8), pp. 202 ss.

CAMON A., *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. pen.*, 2018, (3), pp. 1-16.

CAMPANA P., *Understanding then responding to Italian organized crime operations across territories*, in *Policing*, 2013, pp. 1-10.

CAMPANA P., *The Market for Human Smuggling into Europe: A Macro Perspective*, in *Policing: A Journal of Policy and Practice*, 2017, 11(4), pp. 448-456.

CAMPANA P., *Out of Africa: The organization of migrant smuggling across the Mediterranean*, in *European Journal of Criminology*, 2018, 15(4), pp. 481-502.

CANTONE R., CARLONI E., *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2018.

CANTONE R., CARLONI E., *'Percezione' della corruzione e politiche anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 18 febbraio 2019.

CANTONE R., GATTA G. L., *A proposito del ricorso ad agenti provocatori per contrastare la corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2018.

CAPUTO A., FIDELBO G. (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Giappichelli, Torino, 2011.

CARLONI E., *Misurare la corruzione? Indicatori di corruzione e politiche di prevenzione*, in *Politica del diritto*, 2017, (3), pp. 445-466.

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, Vol. II, Lucca, 1875.

CASELLI G., GARAVELLI M., *Gli acquisti simulati di droga*, in AA. VV., *Il testo unico delle leggi in materia di stupefacenti. Un'analisi critica*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 165-169.

CASTALDO A. R., NADDEO M., *Il denaro sporco: prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, CEDAM, Padova, 2010.

CELOTTI E., *Disposizioni processuali e preprocessuali specifiche in materia di stupefacenti*, in FLORA G. (a cura di), *La nuova normativa sugli stupefacenti. Commento alle Norme penali del Testo Unico*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 27 ss.

Center for the Study of Democracy, *Examining the Links Between Organised Crime and Corruption*, 2010, disponibile a: <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/doc_centre/crime/docs/study_on_links_between_organised_crime_and_corruption_en.pdf>.

CERQUA L. D., *Le nuove norme contro il traffico di persone: profili di carattere processuale*, in *Il Merito*, 2004, n. 5, pp. 46 ss.

CHELO MANCHÌA A., *Sequestro probatorio di computers: un provvedimento superato dalla tecnologia?*, in *Cass. pen.*, 2005, (5), pp. 1634 ss.

CHERIF BASSIOUNI M., *Diritto penale degli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1985.

CHU Y. K., *The Triads as Business*, Routledge, London-New York, 2000.

CICONTE E., SALES I., FORGIONE F., *Atlante delle mafie: storia, economia, società, cultura*, Vol. IV, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2016.

CINGARI F., *Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione*, in PALAZZO F., *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze University Press, Firenze, 2011, pp. 9-50.

CINGARI F., *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Giappichelli, Torino, 2012.

CINGARI F. (a cura di), *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze University Press, Firenze, 2013.

CINGARI F., *Commento all'art. 346-bis c.p. Traffico di influenze illecite*, in PADOVANI T. (a cura di), *Codice penale*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 2449-2456.

CINGARI F., *Commento all'art. 353 c.p. Turbata libertà degli incanti*, in PADOVANI T. (a cura di), *Codice penale*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 2476-2480.

CINGARI F., *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, in *Legislazione penale*, 2 agosto 2019, pp. 1-26.

CIPANI E., *La pronuncia della Corte d'Appello di Roma nel processo c.d. Mafia capitale: la questione dell'applicabilità dell'art. 416-bis c.p. alle "mafie atipiche*", in *Dir. pen. cont.*, 14 maggio 2019.

CISTERNA A., *La negativa conclusione dell'iter acquisitivo cancella le residue possibilità di azione*, in *Guida dir.*, 2005, n. 27, pp. 74 ss.

CIPANI E., *Attività sottocopertura, arriva lo statuto*, in *Guida dir.*, 2006, n. 17, p. 78 ss.

COCCO G., *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2018, (2), pp. 374 ss.

COLOMBO C., *L'agente provocatore e la figura dell'infiltrato*, in *Riv. pen.*, 2007, (1), pp. 9-16.

Commissione europea, Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Il programma dell'Aia: dieci priorità per i prossimi cinque anni. Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia*, Bruxelles, 10.5.2005.

Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Verso una politica penale dell'unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'unione attraverso il diritto penale*, Bruxelles, 20.9.2011.

Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, *Audizione del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, 25 giugno 2019.

Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, *Relazione conclusiva XII Legislatura,* approvata dalla Commissione nella seduta del 7 febbraio 2018, disponibile al link <http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/documentiparlamentari/IndiceETesti/023/038/INTERO.pdf>.

Commissione per l'elaborazione di proposte normative in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità organizzata (DPCM 30.5.2014), *Relazione ed Articolato*, documento disponibile a: <https://www.unitelmasapienza.it/sites/default/files/mediaroot/documenti/iniziative_scientifiche/relazione_e_articolato_della_commissione_per_lelaborazione_di_proposte_normative_in_tema_di_lotta_anche_patrimoniale_alla_criminalita_organizzata_dpcm_30.5.2014.pdf>.

Consiglio d'Europa, *Council of Europe Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption*, 27.1.1999, disponibile a: <https://rm.coe.int/16800cce441999>.

Consiglio europeo, *Conclusioni della presidenza*, Tampere, 15-16.10.1999, disponibile a: <https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm>.

Consiglio europeo, *Programma di Stoccolma. Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, 4.5.2010, disponibile a: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:52010XG0504(01)>.

Consiglio Superiore della Magistratura, *Parere sul d.d.l. AC 1189, approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 6.9.2018, concernente: "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici", presentato alla Camera dei Deputati in data 24 settembre 2018* (Pratica num. 39/PA/2018), 19 dicembre 2018, disponibile a: <https://www.csm.it/documents/21768/92150/parere+anticorruzione+19+dicembre+2018/056918e6-48e3-bc35-52da-c399ccb070ef>.

CONSULICH F., *Lo statuto penale delle scriminanti: principio di legalità e cause di giustificazione necessità e limiti*, Giappichelli, Torino, 2018.

CORICA G., SCAGLIONE A., *Il fenomeno della corruzione. Gli approcci di studio*, in *POLIS*, 2019, pp. 469-478.

CORSO P., INSOLERA G., STORTONI L. (a cura di), *Mafia e criminalità organizzata*, UTET, Torino, 1995.

COTTU E., *Il Consiglio europeo adotta i nuovi orientamenti strategici per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il quinquennio 2015-2020*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2014.

DANIELE M., *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. Lgs. N. 108 del 2017*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, (7-8), pp. 208 ss.

DAVIGO P., *Il sistema della corruzione*, Laterza, Roma-Bari, 2017.

DAVIGO P., *Un cenno alle operazioni sotto copertura non previste in materia di reati contro la pubblica Amministrazione*, in *Giurisprudenza penale*, 11 marzo 2018.

DAVIGO P., MANNOZZI G., *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

DE AMICIS G., VILLONI O., *Sulla criminalità organizzata transnazionale e dei suoi protocolli addizionali*, in *Giur. merito*, 2006, (7-8), pp. 1626 ss.

DE CATALDO NEUBURGER L. (a cura di), *Il sistema droga: la costruzione sociale della tossicodipendenza*, CEDAM, Padova, 1993.

DEFEO M. A., *Entrapment As A Defense to Criminal Responsibility: Its History, Theory and Application*, in *University of San Francisco Law Review*, 1967, vol. I, pp. 243-276.

DEL CORSO S., *L'art. 12-quater della L. 356/1992*, in *Leg. pen.*, 1993, (1), pp. 152 ss.

DELL'ORTO D., *Pedopornografia on line e indagini informatiche. Complessità e peculiarità tecnico-giuridiche della materia*, in *Cass. pen.*, 2007, (7-8), pp. 3042 ss.

DELOGU T., *La responsabilità dell'agente provocatore*, in *Studi sassaresi*, 1938, pp. 19-37.

DELL'ANDRO R., voce *Agente provocatore*, in *Enc. dir.*, I, 1958, Milano, pp. 864-870.

DELLA PORTA D., VANNUCCI A., *Mani impunite. Vecchia e nuova corruzione in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

DELL'ORTO D., *Pedopornografia on line e indagini informatiche – complessità e peculiarità tecnico-giuridiche della materia*, in *Cass. pen.*, 2007, (7-8), pp. 3042 ss.

DEL TUFO M. (a cura di), *La legge anticorruzione 9 gennaio 2019, n. 3. Aggiornata alla legge 28 giugno 2019, n. 58*, 2019, Giappichelli, Torino, 2019.

DE LUCA R., MACRÌ C., ZOLI B., *Anatomia del crimine in Italia. Manuale di criminologia*, Giuffrè, Milano, 2013.

DE MAGLIE C., *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 214-292.

DE MAGLIE C., *L'agente provocatore,* Milano, Giuffrè, 1991.

DE MAGLIE C., *Gli "Infiltrati" nelle organizzazioni criminali: due ipotesi d'impunità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, (3), pp. 1049-1072.

DE MAGLIE C., SEMINARA S. (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, CEDAM, Padova, 2007.

Desk Italiano di Eurojust "Giovanni Falcone e Paolo Borsellino", *Relazione del Membro nazionale, Anno 2017*, disponibile a: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/5150-relazione-2017-eurojust.pdf>.

Desk Italiano di Eurojust "Giovanni Falcone e Paolo Borsellino", *Relazione del Membro nazionale, Anno 2019*, disponibile a: <https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1584902834_relazione-del-membro-nazionale-anno-operativo-2019.pdf>.

DE VITA A., *La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, in *Processo penale e giustizia*, 2019, (4), pp. 947-969.

DIAMANTI F., *Misure premiali e terrorismi. Dall'esperienza italiana all'ultima evoluzione del terrorismo islamista*, in *Legislazione penale*, 6 dicembre 2019, pp. 1-30.

DI BUGNO C., *Art. 14 L. 3.8.1998 n. 269 (norme anti-pedofilia)*, in *Leg. pen.*, 1999, pp. 149-166.

DI CHIARA G., *Appunti per una ricognizione della normativa processuale penale in tema di criminalità organizzata*, in *Foro it.*, 1999, (5), pp. 217-220.

DI GENNARO G., LA GRECA G., *La questione droga. Diffusione del consumo e strategie del contrasto*, Giuffrè, Milano, 1999.

DI GENNARO G., LA GRECA G., *La droga. Traffico, abusi, controlli. Commento al testo unico 9 ottobre 1990, n. 309, sulla disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope*, Giuffrè, Milano, 1992.

DI MARTINO A., *Criminalità organizzata e reato transazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della cd. Convenzione di Palermo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 15-25.

DI MARTINO A., *Concorso di persone*, in DE FRANCESCO G. (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 147-262.

DINACCI F. R., *L'agente sotto copertura e reati contro la pubblica amministrazione: nuovi difetti e vecchi vizi*, in *Arch. pen.*, 2020, (1), pp. 1-33.

Direzione investigativa antimafia, *Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione investigativa antimafia. Gennaio-giugno 2018*, disponibile a: <http://direzioneinvestigativaantimafia.interno.gov.it/semestrali/sem/2018/1sem2018.pdf>.

Direzione investigativa antimafia, *Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione investigativa antimafia. Luglio-dicembre 2018*, disponibile a: <http://direzioneinvestigativaantimafia.interno.gov.it/semestrali/sem/2018/2sem2018.pdf>.

Direzione investigativa antimafia, *Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione investigativa antimafia. Gennaio-giugno 2019*, disponibile a: <http://direzioneinvestigativaantimafia.interno.gov.it/semestrali/sem/2019/1sem2019.pdf>.

Direzione investigativa antimafia, *Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione investigativa antimafia. Luglio-dicembre 2019*, disponibile a: <https://direzioneinvestigativaantimafia.interno.gov.it/semestrali/sem/2019/2sem2019.pdf>.

DI VETTA G., *Il nido del cuculo. La tendenza ad assimilare criminalità amministrativa e criminalità organizzata*, in *Arch. pen.*, 2020, (2), pp. 1-58.

DONINI M., *Mafia e terrorismo come "parte generale" del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in *disCrimen*, 30 maggio 2019, pp. 1-31.

DORN N., *The End of Organised Crime in the European Union*, in *Crime, Law and Social Change*, volume 51, 2009, pp. 283-295.

Eurojust, *Relazione annuale 2018*, disponibile a: <http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202018/AR2018_IT.pdf>.

Eurojust, *Relazione annuale 2019*, disponibile a: <http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202019/AR2019_IT.pdf>.

European Commission, Special Eurobarometer 502. Corruption. Summary, June 2020, disponibile a: https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/SPECIAL/surveyKy/2247.

Europol, *Europol in brief 2018 – Report. Annual review***,** disponibile a: <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/europol-in-brief-2018>.

Europol, *IOCTA – Internet organised crime threat assessment 2019*, disponibile a: <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/internet-organised-crime-threat-assessment-iocta-2019>.

Europol, *European Union serious and organised crime threat assessment, Crime in the age of technology*, 2017, disponibile a: <https://www.europol.europa.eu/socta-report#fndtn-tabs-0-bottom-2, ultimo accesso a luglio 2020>.

Europol, *European Union Terrorism Situation and Trend Report 2019 (Te-Sat)*, disponibile a: <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/terrorism-situation-and-trend-report-2019-te-sat>.

FALCINELLI D., voce *Terrorismo (Profili sostanziali)*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, 2010.

FALCONE A., *L'agente sotto copertura: Profili sostanziali e processuali*, Dike giuridica, Roma, 2014.

FARFÁN-MÉNDEZ C., *The Structure of Drug Trafficking Organizations and Money Laundering Practices: A Risk Appetite Hypothesis*, in *Journal of Illicit Economies and Development*, 2019, pp. 294-311.

FARGNOLI B., *Droga e tossicodipendenza: aspetti sociali e giuridici con commento alla Legge n. 162 del 26 giugno 1990*, Giuffrè, Milano, 1990.

FASANI F., voce *Terrorismo islamico*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, 2016.

FEENEY B. T., *Scrutiny For The Serpent: The Court Refines Entrapment Law In Jacobson V. United States*, in *Catholic University Law Review*, 1993, pp. 1027-1062.

FERRACUTI F. (a cura di), *Alcoolismo, tossicodipendenze e criminalità*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, vol. 15, Giuffrè, Milano, 1988.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009.

FICHERA M., *Criminal Law beyond the State: The European Model*, in *European Law Journal*, 2013, (19/2), pp. 174-200.

FIJNAUT C., MARX G. T. (a cura di), *Undercover. Police Surveillance in Comparative Perspective*, Kluwer Law International, The Hague, 1995.

FIJNAUT C., PAOLI L. (a cura di), *Organised crime in Europe: concepts, patterns and control policies in the European Union and beyond*, Springer, Dordrecht, 2004.

FILIPPI L., *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione – Profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, (2), pp. 163-176.

FLICK G. M., *Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, (4), pp. 1288-1297.

FLICK G. M., *Riflessioni e perplessità sul sistema di prevenzione e di repressione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 2018, (3-4), pp. 461-480.

ECKES C., KONSTADINIDES T. (a cura di), *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice: A European Public Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

ELLIFF J. T., *Attorney General's Guidelines for FBI Investigations*, in *Cornell Law Review*, 1984, (69), pp. 785-815.

FORLENZA O., *Un pacchetto di misure a tutto campo per una legge dalle grandi aspettative*, in *Guida dir.*, 1998, n. 33), pp. 40 ss.

FORNARI L., *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, in *Dir. pen. cont.*, 9 giugno 2016.

FORTI G., *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pp. 476-510.

FORTI G., *Unicità o ripetibilità della corruzione sistematica? Il ruolo della sanzione penale in una prevenzione sostenibile dei crimini politico-amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, pp. 1069 ss.

FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000.

FORTI G. (a cura di), *Il prezzo della tangente: la corruzione come sistema a dieci anni da mani pulite*, Vita e Pensiero, Milano, 2003.

FORTI G., BERTOLINO M. (a cura di), *La televisione del crimine*, Vita e Pensiero, Milano, 2005.

FORTUNA E., *Stupefacenti (dir. interno)*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, pp. 1178-1230.

FRAGASSO B., *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la Pubblica Amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte EDU, e dalle Corti americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca*, in *Dir. Pen. Cont.*, 5 Marzo 2019.

FRAGASSO B., *Legge "spazzacorrotti" e ragionevolezza dell'estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la p.a. In attesa della Consulta (ud. 26 febbraio 2020)*, in *Sistema penale*, 24 febbraio 2020.

GALANTINI N., *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, (1), pp. 64-90.

GALLI L., *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, in *La giustizia penale*, 1939, II, pp. 776-800.

GAMBARDELLA M., *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. Pen.*, 2019, (1), pp. 44 ss.

GAMBARO A., SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, UTET, Milano, 2018.

GANDINI F., *Lotta alla criminalità organizzata, le operazioni sotto copertura*, in *Dir. giust.*, 2006, (20), pp. 101-103.

GARAVELLI M., CASELLI G., *Droga: in nome della legge*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 1990.

GARAVELLI M., *Meccanismi processuali repressivi e interventi preventivi nella nuova disciplina relativa agli stupefacenti*, in *Leg. pen.*, 1992, pp. 187-198.

GATTA G.L., *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *Sistema penale*, 17 luglio 2020.

GATTA G.L., GIOSTRA G., *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in *Sistema Penale*,11 Febbraio 2020.

GATTI E., *Utilizzabilità delle dichiarazioni auto indizianti. Commento a Cass. pen., Sez. II, 8 febbraio 2007, n. 5601*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, (10), pp. 1356-1360.

GERSHMAN B. L., *Abscam, the Judiciary, and the Ethics of Entrapment*, in *The Yale Law Journal*, 1982, (91/8), pp. 1565-1591.

GIANNELLI F., *L'agente provocatore*, in *Nuovo dir.*, 1985, pp. 564-580.

GIORDANO F.P., *Le indagini preliminari. Poteri e limiti del Pubblico Ministero e della Polizia giudiziaria*, CEDAM, Padova, 2006.

GNALDI M., PONTI B. (a cura di), *Misurare la corruzione oggi. Obiettivi, metodi, esperienze*, Franco Angeli, Milano, 2018, disponibile in *open access* a <http://ojs.francoangeli.it/_omp/index.php/oa/catalog/book/310>.

GOLDEN M.A., PICCI L., *Proposal for a New Measure of Corruption, Illustrated with Italian Data*, in *Economics & Politics*, 2005, (17), pp. 37-75.

GRANDE E., *Imitazione e diritto. Ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Giappichelli, Torino, 2000.

GRATTERI N., NICASO A., *Oro bianco*, Mondadori, Milano, 2015.

GRATTERI N., NICASO A., *Padrini e padroni*, Mondadori, Milano, 2016.

GRATTERI N., NICASO A., *Fiumi d'oro*, Mondadori, Milano, 2018.

GREENFIELD V.A., PAOLI L., *A Framework to Assess the Harms of Crimes*, in *British Journal of Criminology*, 2013, 53(5), pp. 864-885.

GREENFIELD V. A., PAOLI L., ZOUTENDIJK A., *The Harms of Human Trafficking: Demonstrating the Applicability and Value of a New Framework for Systematic, Empirical Analysis'*, in *Global Crime*, 2016, 17(2), pp. 152-180.

GRILLO S., *Commento agli artt. 97 e 98 del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 - Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*, in CARLO ENRICO PALIERO, FRANCESCO PALAZZO (a cura di), *Commentario breve alle Leggi penali complementari*, CEDAM, Padova, 2007.

GUERINI T., *Antimafia e anticorruzione nell'epoca del furore punitivo*, in *Arch. pen.*, 2019, (3), pp. 1-40.

GUERRINI R., ANTONINI E., voce *Armi, esplosivi e munizioni nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, agg. I, 1996.

HARRISON J.B., *Case note: the government as pornographer: government sting operations and entrapment, United States v. Jacobson, 916 f.2d 467 (8th cir. 1990), rev'd, 112 s. ct. 1535 (1992)*, in *University of Cincinnati Law Review*, 1993, pp. 1067 ss.

HASSEMER W., *Perché punire è necessario*, il Mulino, Bologna, 2012.

HAUCK P., PETERKE S. (a cura di), *International law and transnational organized crime*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

P. HILL, *The Japanese Mafia. Yakuza, Law, and the State*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

HOLMES L., *Some Concluding Observations: A Quadrumvirate in Future?*, in HOLMES L. (a cura di), *Terrorism, Organised Crime and Corruption. Networks and Linkages*, Edward Elgar, 2007, pp. 226-251.

HUBER B., *Informants, undercover agents and police informants*, in V. MILITELLO, B. HUBER (a cura di), *Towards a European criminal law against organized crime*, Friburgo, 2001.

IASEVOLI C. (a cura di), *La c.d. legge spazzacorrotti. Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, Cacucci, Bari, 2019.

IASILLO A., *Agenti provocatori e sequestro probatorio. Male captum, (non) bene retentum?,* in *Dir. e giust.,* 2004, (40), pp. 40 ss.

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.

INSOLERA G. (a cura di), *Le sostanze stupefacenti*, UTET, Torino, 1998, pp. 451-483.

INSOLERA G., MANES V. (a cura di), *La disciplina penale degli stupefacenti*, Giuffrè, Milano, 2012.

ISTAT, Report *La Corruzione In Italia: Il Punto Di Vista Delle Famiglie 2017,* disponibile a: <https://www.istat.it/it/files//2017/10/La-corruzione-in-Italia.pdf>.

IZZI S., *Lotta alla contraffazione. Analisi del fenomeno, sistemi e strumenti di contrasto,* Franco Angeli, Milano, 2008.

JANNONE A., *Operazioni under cover contro i legami con la droga*, in *Guida dir.*, 2001, n. 50, pp. 32 ss.

JANNONE A., *Infiltrati a rischio senza la specifica delle condotte*, in *Guida dir.*, 2003, n. 35, pp. 55 ss.

KADISH S.H., *Codifiers of the Criminal Law: Wechsler's Predecessors*, in *Columbia Law Review*, 1978, 78 (5), pp. 1098-1144.

KADISH S.H., *Fifty Years of Criminal Law: An Opinionated Review*, in *California Law Review*, 1999, 87(4), pp. 943-982.

KINSKEY M.W., *American Hustle: Reflections on Abscam and the Entrapment Defense*, in *American Journal of Criminal Law*, 2014, (41), pp. 233-263.

LAFAVE W. R., *Criminal law: student edition*, West Group. St. Paul, 2000.

LANDOLFI A., *L'acquisto simulato di stupefacente,* in *Cass. pen.*, 1994, (7), pp. 1981-1986.

LA SPINA A., *Il mondo di mezzo. Mafie e antimafie,* il Mulino, Bologna, 2016.

LA SPINA A., *Associazioni di stampo corruttivo e politica di contrasto alla criminalità organizzata*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2018, (1), pp. 5-24.

LA SPINA A., MILITELLO V. (a cura di), *Dinamiche dell'estorsione e risposte di contrasto tra diritto e società*, Giappichelli, Torino, 2016.

LAUDI M., *Per combattere il terrorismo internazionale l'Italia rinnova i suoi strumenti investigativi,* in *Guida dir.*, 2001, n. 42, pp. 5 ss.

LAZZERI F., *Fondazione politica o partito? Rilevanza della distinzione e criteri di accertamento in una pronuncia della Cassazione in tema di finanziamento illecito nel caso Open*, in *Sistema penale*, 17 novembre 2020.

LEVI M., *Policing Financial Crimes*, in PONTELL H.N., GEIS G. (a cura di), *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*, Springer, New York, 2007, pp. 588-606.

LOMBARDO M., *voce "Agente provocatore"*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, I agg., 2011.

MADÌA N., *Particolari disposizioni penali e processuali*, in FRANCO COPPI (a cura di), *I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Giappichelli, Torino, 2007.

MAIELLO V. (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Giappichelli, Torino 2015.

MALINVERNI A., voce *Agente provocatore*, in *Nss. Dig. it.*, vol. I, Torino, 1957, pp. 396 ss.

MANES V., *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione***,** in *Questione Giustizia*, 26 marzo 2019.

MANICCIA A., *La non punibilità dell'agente provocatore nel contrasto al traffico di droga: soluzioni ancora a confronto, tra irrilevanza causale della condotta e difetto dell'elemento soggettivo*, in *Cass. pen.*, 2017, (2), pp. 780 ss.

MANICCIA A., *L'estensione delle "operazioni sotto copertura" ai delitti contro la pubblica amministrazione: i tratti "confusi" della riforma anticorruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, (5), pp. 2369 ss.

MANNOZZI G., *Combattere la corruzione: tra criminologia e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, pp. 775-783.

MANNOZZI G., *Percezione della corruzione e dinamiche politico-criminali di contenimento e repressione del fenomeno corruttivo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, pp. 445-475.

MANNOZZI G., *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, (4), pp. 1431-1473.

MANTOVANI F., *Diritto penale*, CEDAM, Padova, 2017.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. I e II, UTET, Torino, 1981.

MANZIONE D., *sub art. 7 d.l. 15/1/1991 n. 8*, in *Leg. pen.*, 1992, pp. 667-674.

MARINELLI C., *L'attività dell'agente provocatore per il contrasto alla pedopornografia: "straripamenti investigativi e relative implicazioni processuali*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 2683-2690.

MARINI G. (a cura di), *Stupefacenti. Sostanze psicotrope. Stati di tossicodipendenza*, Giappichelli, Torino, 1990.

MARINI L.M., *Acquisto simulato di droga e pretesa testimonianza dell'agente provocatore*, in *Giur. it.*, 1995, pp. 58-60.

MARINUCCI G., voce *"Le cause di giustificazione"*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, 1988.

MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985.

MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2019.

MARX G. T., *Undercover: Police surveillance in America*, University of California Press, Berkeley, 1988.

MASCIANDARO D., PANSA A., *La farina del diavolo. Criminalità, imprese e banche in Italia*, Baldini e Castoldi, Milano, 2000.

MASIERO A. F., *Profili sostanziali delle operazioni sotto copertura in materia di criminalità organizzata: prospettive nazionali ed europee*, in *Legislazione penale*, 3 ottobre 2018, pp. 1-41.

MASIERO A. F., *L'agente sotto copertura in materia di delitti contro la Pubblica Amministrazione: una (in)attesa riforma. Note a margine della legge "Spazza-corrotti"*, in *Legislazione penale*, 8 aprile 2019, pp. 1-17.

MASULLO M. N., *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, (3), 2019, pp. 1257-1287.

MELILLO G., *L'agire provocatore fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Arch. nuov. proc. pen.*, 1999, (2), pp. 97-103.

MELILLO G., *Le recenti modifiche alla disciplina dei provvedimenti relativi ai delitti con finalità di terrorismo o di eversione*, in *Cass. pen.*, 2002, (3), pp. 904 ss.

MELILLO G., *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a delitti con finalità di terrorismo*, in DI CHIARA G. (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 33-71.

MELILLO G., MOTTA C., *Linee di una possibile evoluzione normativa della figura dell'agente provocatore*, in *Arch. nuov. proc. pen.*, 2001, pp. 131-136.

MICHELI G., *L'agente sotto copertura nei reati contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, (12), pp. 1712-1721.

MIKELL W.E., *The Doctrine of Entrapment in the Federal Courts*, in *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 90, No. 3, 1942, pp. 245-265.

MILITELLO E., *Criminal investigations on corporate liability. A comparative account on Italy and the United States*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020.

Ministero della Giustizia, Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa Statistiche sui reati di corruzione in Italia. Anni 2013-2016, disponibile a: <https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Statistiche%20sulla%20corruzione.pdf>.

Ministero dell'Interno, Ufficio Centrale di Statistica, *I reati contro la pubblica amministrazione (2008-2015)*, disponibile a: <http://ucs.interno.gov.it/FILES/AllegatiPag/1263/I_reati_contro__la__PA-Ed_2017.pdf>.

MINNA R., *Terrorismo 2001*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, (8), pp. 1020-1030.

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

MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ESI, Napoli, 2000.

MOCETTI S., RIZZICA L., *Criminalità organizzata e corruzione: incidenza e effetti sull'economia reale in Italia*, in *Rassegna Economica*, 2019, pp. 85-107.

MONGILLO V., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, ESI, Napoli, 2012.

MONGILLO V., *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2019, (1), pp. 158-191.

MONGILLO V., *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, (5), 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. 967-1020.

NANULA G., *Tecniche speciali d'investigazione nella lotta alla criminalità organizzata transnazionale: le operazioni sotto copertura e le consegne controllate*, in *RGuarFin*, 2007, (6), pp. 816-825.

NATALINI A., *Male captum, bene retentum: sul sequestro penale la Suprema corte ci ripensa*, in *Dir. e giust.*, 2004, (31), pp. 24 ss.

NAVARRA M., *La responsabilità penale dell'agente provocatore nell'ambito della recente evoluzione legislativa*, in *RGuarFin*, 1994, (6), pp. 1565-1590.

NEPPI MODONA G., *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milano, 1965.

NOTARBARTOLO G., *La punibilità dell'agente provocatore nel nuovo codice*, in *Riv. dir. pen.*, 1934, pp. 90-97.

ORFIELD L. B., *The Defense Of Entrapment In The Federal Courts*, in *Duke Law Journal*, 1967, (39), pp. 39-71.

PADOVANI T., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, (2), pp. 529-545.

PADOVANI T., *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, pp. 20 ss.

PADOVANI T., *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, 2018, pp. 1-11.

PADOVANI T., *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2019.

PADOVANI T., *Codice penale*, sub. *art. 318*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 2025-2073.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2000.

PALAZZO F., voce *Armi, esplosivi e munizioni nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, 1987.

PALAZZO F., *Consumo e traffico degli stupefacenti. Profili penali*, CEDAM, Padova, 1994.

PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2008.

PALAZZO F., *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1033-1061.

PALAZZO F., *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in *Cass. pen.*, 2015, (10), pp. 3389-3400.

PALIERO C. E., *«Minima non curat praetor»: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, CEDAM, Padova, 1985.

PALIERO C. E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 430 ss.

PALIERO C. E., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed «effetti penali» dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 467-538.

PAOLI L., *The Paradoxes of Organized Crime*, in *Crime, Law and Social Change*, 2002, 37(1), pp. 51–97.

PAOLI L., *Searching for the determinants of OC: Some preliminary reflections*, in *Behemoth. A Journal on Civilisation*, 2013, (6), pp. 10-26.

PAOLI L. (a cura di), *The Oxford Handbook of Organized Crime*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

PAOLI L., *How to Tackle (Organized) Crime in Europe? The EU Policy Cycle on Serious and Organized Crime and the New Emphasis on Harm*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, (22), pp. 1-12.

PAOLI L., ADRIAENSSEN A., GREENFIELD V. A., CONICKX M., *Exploring Definitions of Serious Crime in EU Policy. Documents and Academic Publications: A Content Analysis and Policy Implications*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2017, (23), pp. 269–285.

PAPA M., *Federalismo e diritto penale negli Stati Uniti d'America*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2013, pp. 191-220.

PARODI C., *Il ruolo della polizia giudiziaria nel contrasto alla pornografia minorile*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, (11), pp. 1442-1446.

PAULESU P.P., *Notizie di reato e scenari investigativi complessi: contrasto alla criminalità organizzata, operazioni «sotto copertura», captazione di dati digitali*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, (4), pp. 787 ss.

PAULESU P.P., *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2018, (1), pp. 25-46.

PELISSERO M., *Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria*, in *Il quotidiano giuridico*, 11 settembre 2018.

PEPINO L., *Droga e legge*, Franco Angeli, Milano, 1991.

PETRALIA B., SALERNO G., *Le operazioni sottocopertura in materia di armi e riciclaggio*, in *RGuarFin.*, 2003, (3), pp. 947-962.

PIACENTE N., O*verview of Italian legislation and case law on judicial cooperation*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, (9), pp. 25-68.

PIATTOLI B., *Agenti provocatori, indagini "under cover" e diritto alla prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di internazionalizzazione*, in *Dir. pen. proc.*, (5), 2013, pp. 565-571.

PICCI A., voce *Terrorismo*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, 2010.

PIEMONTESE C., *Commento all'art. 4 D.L. 18.10.2001, n. 374*, in *Leg. pen.*, 2002, pp. 789-793.

PIEMONTESE C., *Ragioni della forza e ragioni del diritto nelle norme in materia di terrorismo internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, (8), pp. 1032-1041.

PIGNATONE G., PRESTIPINO M., *Modelli criminali. Mafie di ieri e di oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2019.

PISANI N., *Il disegno di legge 'spazza corrotti': solo ombre*, in *Cass. pen.*, (11), 2018, pp. 3589 ss.

PISTORELLI L., *Disposizioni sull'attività di polizia giudiziaria*, in GIULIANO MARINI (a cura di), *Stupefacenti. Sostanze psicotrope. Stati di tossicodipendenza*, Giappichelli, Torino, 1990.

PITTARO P., SPANGHER G., *Le norme contro la pedofilia*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, pp. 1222 ss.

POTETTI D., *Problemi operativi in tema di attività di polizia giudiziaria a mezzo di agenti provocatori*, in *RGuarFin*, 1993, (1), pp. 91-101.

Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, *Bilancio di responsabilità sociale 2018*, disponibile a: <https://www.procura.milano.giustizia.it/files/brs-procura-milano-2018.pdf>.

PULEIO F., *Traffico di droga: così si combattono mafia e narcos. Strategie, tecniche investigative e strumenti processuali*, in *Dir. e giust.*, 2005, (3), pp. 57 ss.

PULITANÒ D., *L'inquisizione non soave, fra pretese "necessità" e motivi apprezzabili*, in *Foro it.*, 1984, (2), pp. 231-238.

PULITANÒ D., voce *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, pp. 73-101.

PULITANÒ D., *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, (2), pp. 547 ss.

PULITANÒ D., *Agente provocatore per il contrasto alla corruzione?*, in *Giurisprudenza penale*, 11 marzo 2018.

PULITANÒ D., *Le cause di non punibilità dell'autore di corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4-bis*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, (5), pp. 600-607.

REY G. M. (a cura di), *La mafia come impresa. Analisi del sistema economico criminale e delle politiche di contrasto*, Franco Angeli, Milano, 2017.

RICCIOTTI R., RICCIOTTI M.M., *Gli stupefacenti: commento del T. U. 9 ottobre 1990, n. 309 giurisprudenza, decreti ministeriali, tabelle, relazioni parlamentari*, CEDAM, Padova, 2000.

RIONDATO S. (a cura di), *Commento pratico sistematico alle modifiche al Testo unico sugli stupefacenti: D.L. 30 dicembre 2005, n. 272, conv. in L. 21 febbraio 2006, n. 49*, CEDAM, Padova, 2006.

RISICATO L., *L'acquisto simulato di droga nell'ambigua cornice dell'agente provocatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, (4), pp. 1592-1609.

RITUCCI G., *La disciplina dell'acquisto simulato ex art, 97 T.U. n. 309/1990*, in *Cass. pen.*, 1993, (4), pp. 993-1003.

ROBINSON P.H., DUBBER M.D., *The American Model Penal Code: A Brief Overview*, in *New criminal law review*, 2007-2008, 10 (3), pp. 319-341.

RONCO M., *Il controllo penale degli stupefacenti*, Jovene, Napoli, 1990.

ROSI E., *La tratta di esseri umani e il traffico di migranti*, in *Cass. pen.*, 2001, (6), pp. 1986-1997.

ROSI E., *Terrorismo internazionale. Le nuove norme interne di prevenzione e repressione - Profili di diritto sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, (2), pp. 150-163.

ROSI E., voce *Terrorismo internazionale*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, 2005.

ROSI E. (a cura di), *Criminalità organizzata transazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, IPSOA, Milano, 2007.

ROSI E., *Terrorismo internazionale: anticipazione della tutela penale e garanzie giurisdizionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, (4), pp. 455 ss.

ROSS J. E., *Tradeoffs in Undercover Investigations: a Comparative Perspective*, in *The University of Chicago Law Review*, 2002, (69/3), pp. 1501-1541.

ROSS J. E., *Impediments to Transnational Cooperation in Undercover Policing: a Comparative Study of the United States and Italy*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2004, (52/3), pp. 569-623.

ROSS J. E., *Induzione al reato e garanzie processuali negli Stati uniti e in Italia*, in *Giur. merito*, 2006, (2), pp. 496-508.

ROSS J. E., *The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2007, (55/3), pp. 493- 579.

ROSS J. E., *Undercover Policing and the Shifting Terms of Scholarly Debate: The United States and Europe in Counterpoint*, in *Annual Review Law Social Science*, 2008, pp. 239–273.

ROSS J. E., *Undercover Policing and the Varieties of Regulatory Approaches in the United States*, in *American Journal of Comparative Law*, 2014, (62), pp. 673-683.

ROSS J. E., *Anti-Terror Stings and Human Subjects Research: The Implications of the Analogy for Notions of Entrapment and for the Pursuit of Strategic Deterrence*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2015, (47), pp. 379-407.

ROSS J. E., *Indagini sotto copertura negli USA e in Italia: esperienze a confronto*, in *disCrimen*, 7 maggio 2020, pp. 1-20.

ROSSETTI A., *Commento all'art. 9 L. 16 marzo 2006, n. 146*, in PALIERO C.E., PALAZZO F.C. (a cura di), *Commentario breve alle Leggi penali complementari*, CEDAM, Padova, 2007.

ROSSI F., *La circolarità dei modelli nazionali nel processo di armonizzazione europea delle legislazioni penali antiterrorismo*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, (1), pp. 176-190.

RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2002.

RUSSO L., *Le «operazioni sotto copertura» e le «attività di contrasto» in materia di delitti sessuali o per la tutela dei minori*, in *Giur. merito*, (12), 2008, pp. 3346 ss.

SALAMA M., *L'agente provocatore*, Giuffrè, Milano, 1965.

SANTORO M. (a cura di), *Riconoscere le mafie. Cosa sono, come funzionano, come si muovono*, il Mulino, Bologna, 2015.

SAVARINO A., Extremis malis, extrema remedia*: l'infiltrazione investigativa quale forma di esercizio autorizzato di poteri coercitivi, in funzione di contrasto della corruzione*, in *Legislazione penale*, 29 ottobre 2020.

SAVONA E. U., MANCUSO M. (a cura di) *Fighting lllicit Firearms Trafficking Routes and Actors at European Level*. *Final Report of Project FIRE*, Milano, Transcrime – Università Cattolica del Sacro Cuore, 2017, consultabile a: <http://www.transcrime.it/wp-content/uploads/2017/03/FIREFinalReport.pdf>.

SAVONA E. U., RICCARDI M. (a cura di), *Mapping the risk of Serious and Organised Crime infiltration in European Businesses.* Final report of the MORE Project, Milano, Transcrime – Università Cattolica del Sacro Cuore, 2018, consultabile a: <http://www.transcrime.it/wp-content/uploads/2018/12/MORE_FinalReport.pdf>.

SBRICCOLI M., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2009.

SCAGLIONE A., *I nuovi poteri della polizia giudiziaria nella strategia di prevenzione e repressione della criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1993, (3), pp. 734 ss.

SCAGLIONE A., *Il regime processuale e penitenziario differenziato per i fatti di terrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, (2-3), pp. 575 ss.

SCALICI M., *Operazioni sotto copertura ed equo processo*, in *Arch. pen.*, 2014, (2), pp. 1-10.

SCAPARONE M., *Agenti segreti di polizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, pp. 123-184.

SCEVI P., *Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione*, in *Arch. pen.*, 2019, (1), pp. 1-17.

SCIARRONE R. (a cura di), *Politica e corruzione. Partiti e reti di affari da Tangentopoli a oggi*, Donzelli Editore, Roma, 2017.

SCIARRONE R., STORTI L., *Le mafie nell'economia legale. Scambi, collusioni, azioni di contrasto*, il Mulino, Bologna, 2019.

SELMO L., *Agente provocatore e reato fittizio*, in *Riv. pen.*, 1945, pp. 258-263.

SERGI A., *The Italian Anti-Mafia System between Practice and Symbolism: Evaluating Contemporary Views on the Italian Structure Model against Organized Crime*, in *Policing*, 2016, (10/3), pp. 194–205.

SERGI A., *From Mafia to Organised Crime. A Comparative Analysis of Policing Models*, Palgrave Macmillan, Cham, 2017.

SESSA A., *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, ESI, Napoli, 2018.

SESSA A., *Le indagini passive nella legge n. 3 del 2019 (c.d. legge 'spazzacorrotti'): il sistema penale (anti)democratico alla prova della provocazione 'coperta'*, in *Arch. pen.*, 2020, (2), pp. 1-56.

SEVERINO P., *Problemi di qualificazione e di responsabilità per la condotta di chi partecipi a un reato per collaborare con la polizia*, nota a Cass. pen., sez. I, 15 febbraio 1974, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, pp. 1517-1524.

SHERMAN L., NEYROUD P.W., NEYROUD E., *The Cambridge Crime Harm Index (CHI): Measuring Total Harm from Crime Based on Sentencing Guidelines*, in *Policing: A Journal of Policy and Practice*, 2016, 10(3), pp. 171-183.

SOLDI G.M., voce *Riciclaggio*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, agg. II, 2011.

SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007.

SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, (3), p. 1146-1166.

SOTIS C., *Diritto penale della rete e prospettiva europea: il caso della pedopornografia virtuale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, (4-5), pp. 561-570.

SOTIS C., *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, ARACNE, Roma, 2012.

SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, (1), pp. 111-122.

SOTIS C., *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, (4), pp. 1346-1390.

SPANGHER G., *L'anticorruzione "imita" il modello crimine organizzato*, in *Guida dir.*, 2019, n. 7, pp. 6-10.

SØREIDE T., *Drivers of Corruption: A Brief Review*, World Bank Study, Washington, DC, 2014, disponibile a: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/20457>.

TAMIETTI A., *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 2920 ss.

TULKENS F., *The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, (9), pp. 577-595.

United Nations, *Commentary on the Convention on Psychotropic Substances, 1971*, disponibile a: <https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Drug%20Convention/Commentary_on_the_Convention_1971.pdf>.

United Nations, *Report of the International Conference on Drug Abuse and Illicit Trafficking*, Vienna, 17-26 June 1986, New York, 1987, disponibile a: <https://digitallibrary.un.org/record/147894?ln=en#record-files-collapse-header>.

United Nations, *Commentary on the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988*, New York, 1998, disponibile a: <https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Drug%20Convention/Commentary_on_the_united_nations_convention_1988_E.pdf>.

United Nations Office on Drugs and Crime, *Travaux préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, disponibile a: <https://www.unodc.org/pdf/ctoccop_2006/04-60074_ebook-e.pdf>.

United Nations Office on Drugs and Crime, International Monetary Fund, *Model legislation on money laundering and financing of terrorism*, 1 December 2005, disponibile a: <https://www.unodc.org/documents/money-laundering/2005%20UNODC%20and%20IMF%20Model%20Legislation.pdf>.

United Nations Office on Drugs and Crime, International Monetary Fund, *Model Provisions on Money Laundering, Terrorist Financing, Preventive Measures and Proceeds of Crime (for common law legal systems)*, April 2009, disponibile a: <https://www.unodc.org/documents/money-laundering/Model_Provisions_2009_Final.pdf>.

United Nations Office on Drugs and Crime, *Model Legislative Provisions against Organized Crime*, New York, 2012, disponibile a: <https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Model_Legislative_Provisions_UNTOC_Ebook.pdf>.

United Nations Office on Drugs and Crime, *Digesto di casi di criminalità organizzata. Raccolta commentata di casi e lezioni apprese*, 2012, disponibile a: <https://www.unodc.org/documents/organized-crime/ItalianDigest_Final291012.pdf>.

United Nations Office on Drugs and Crime, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, disponibile al link <https://www.unodc.org/documents/treaties/Legislative_Guide_2017/Legislative_Guide_E.pdf>.

U.S. Government Printing Office, *Final Report of the Select Committee to Study Undercover Activities of Components of the Department of Justice to the U.S. Senate*, Washington, 1983, disponibile a: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/Digitization/124269NCJRS.pdf>.

VADALÀ R.M., *Criptovalute e cyberlaundering: novità antiriciclaggio nell'attesa del recepimento della Direttiva (UE) 2018/1673 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale*, in *Sistema penale*, 6 maggio 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 *Leg. pen.*, 1999, pp. 197-204.

VANNUCCI A., *Atlante della corruzione*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2012.

VARESE F., *General introduction. What is organized crime?*, in VARESE F. (a cura di), *Organized Crime*, vol. 1., Routledge, London-New York, 2010, pp. 1-33.
VARESE F., *Mafias on the Move*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2011.

VENTURA N., *Le investigazioni under cover della polizia giudiziaria*, Cacucci, Bari, 2008.

VERGINE F., *Poche luci e molte ombre nelle nuove norme introdotte dalla legge n. 3 del 2019,* in *Il Processo*, 2019, (1), pp. 177 ss.

VIGNALE L., *Agente provocatore*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, Torino, 1987.

VISCONTI C., *"La mafia è dappertutto". (Falso!)*, Laterza, Roma-Bari, 2016.

VITARELLI F., *L'operatività del 416-bis cp in contesti non tradizionali: una tipicità liquida? Risvolti pratici e persistenti questioni teoriche all'esito del processo "mafia capitale*", in *Legislazione penale*, 15 settembre 2020, pp. 1-25.

ZANCHETTI M., voce *Riciclaggio*, in *Digesto delle discipline penalistiche online*, 1997.

ZOCCO M., *Agente provocatore, acquisto simulato di stupefacenti e legge penale*, in *Quest. Giust.*, 1995, pp. 962-965.

ZOUTENDIJK A.J., *Organised Crime Threat Assessments: A Critical Review*, in *Crime, Law and Social Change*, 2010, 54(1), pp. 63-86.

ZUFFADA E., *Per il Tribunale di Roma "Mafia capitale" non è mafia: ovvero, della controversa applicabilità dell'art. 416-bis c.p. ad associazioni criminali diverse dalle mafie "storiche*", in *Dir. pen. cont.*, 29 novembre 2017.

FONTI NORMATIVE SOVRANAZIONALI E ATTI DI *SOFT LAW*

Consiglio d'Europa

Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, Strasburgo, 8.11.1990.

Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, Strasburgo, 16.5.2005.

Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption, Strasburgo, 27.1.1999.

Council of Europe Recommendation Rec(2005)10 on "special investigation techniques" in relation to serious crimes including acts of terrorism, 20.4.2005, disponibile a: <https://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/organisedcrime/Rec_2005_10.pdf>.

Council of Europe Recommendation CM/Rec(2017)6 of the Committee of Ministers to member States on "special investigation techniques" in relation to serious crimes including acts of terrorism, 5.7.2017, disponibile a: <https://rm.coe.int/1680730408>.

Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, Strasburgo, 08.11.2001.

Unione europea

C*onvenzione stabilita dal Consiglio conformemente all'articolo 34 del trattato sull'Unione europea, relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, 12.7.2000.

Decisione quadro 2002/187/GAI del Consiglio del 28 febbraio 2002 che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, 28.2.2002.

Decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni, 13.6.2002.

Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, 13.7.2002.

Decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, 28.11.2002

Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio del 24 ottobre 2008 relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, 24.10.2008.

Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a stabilire una definizione comune del reato di favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, 28.11.2002.

Direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, 26.10.2005.

Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, 5.4.2011.

Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale, 3.4.2014.

Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, 5.7.2017.

Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea, 12.10.2017.

Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 sulla criminalità organizzata nell'Unione europea, 2010/2309(INI), n.7, n.14, 25.10.2011.

Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere, 2013/2107(INI), n. 6, n. 131, 23.10.2013.

Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2016 sulla lotta contro la corruzione e il seguito dato alla risoluzione della commissione CRIM, 2015/2110(INI), nn.17-18, 25.10.2016.

Nazioni Unite

United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, Vienna, 20.12.1988.

United Nations Convention against Transnational Organized Crime (UNTOC), Palermo, 15.11.2000.

United Nations Convention against Corruption (UNCAC), Merida, 31.10.2003.

Altri

Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, 22.9.2000.

RINGRAZIAMENTI

«*Marco Polo descrive un ponte, pietra per pietra.*
– Ma qual è la pietra che sostiene il ponte?
– chiede Kublai Kan.
Il ponte non è sostenuto da questa o quella pietra
– risponde Marco –,
ma dalla linea dell'arco che esse formano.
Kublai Kan rimane silenzioso, riflettendo.
Poi soggiunge: – Perché mi parli delle pietre?
È solo dell'arco che mi importa.
Polo risponde: – Senza pietre non c'è arco»[971].

Desidero innanzitutto ringraziare la mia Relatrice, la Professoressa Grazia Mannozzi, non solo per i consigli insostituibili e le correzioni illuminanti, ma anche per avermi sempre supportato con onestà e umanità nelle scelte che hanno segnato il mio percorso. Non avrei potuto sperare in una Maestra migliore.

Ringrazio anche gli altri docenti della Cattedra di diritto penale dell'Università dell'Insubria, le Professoresse Chiara Perini e Gilda Ripamonti e il Professor Giovanni Angelo Lodigiani, per la gentilezza e la disponibilità con cui mi hanno accolto e per la ricchezza dello scambio culturale e umano in cui mi hanno coinvolto.

Devo ringraziare altresì i Professori Joao Salm e Vincent Jones della Governors State University di Chicago per avermi offerto la straordinaria opportunità di visitare la loro università e per la calorosa accoglienza che mi hanno riservato. Sono grata al Prof. Jones per i preziosi suggerimenti per la comparazione con gli Stati Uniti e, ancora di più, per il suo tempo e la sua gentilezza.

I would like to sincerely thank also Professors Joao Salm and Vincent Jones of the Governors State University in Chicago, for the extraordinary opportunity to visit their university and for the warm welcome they gave me when in Chicago. I am grateful to Professor Jones for the precious suggestions regarding my research and even more for his time and kindness.

Sono immensamente grata a Giulia e Viola, due donne eccezionali. Non avrei mai potuto desiderare, e neppure immaginare, compagne di dottorato – e amiche – migliori.

Grazie a Elena M., che ammiro e stimo infinitamente, perché mi ha accompagnato con la sua amicizia e i suoi consigli fin dall'inizio del dottorato, senza mai chiedere o avere niente in cambio.

Grazie a Elena A. e Fiorenza, che hanno allietato le giornate in università a Como e con le quali è sempre un piacere collaborare.

[971] I. CALVINO, *Le città invisibili*, cit., p. 83.

Ringrazio Francesca Corti, per la disponibilità e la gentilezza che mi ha sempre dimostrato, e le bibliotecarie della Biblioteca di Giurisprudenza di Como, per l'efficienza e i sorrisi, che mi hanno aiutato concretamente e moralmente, soprattutto negli ultimi mesi di stesura della tesi segnati dalle restrizioni per la pandemia di Covid-19.

Il mio pensiero vola a Pietro Catalano, la cui assenza riempie Sant'Abbondio. Non dimenticherò mai quella porta chiusa, prima sempre aperta, la mattina del 7 gennaio 2020. Grazie di tutto Pietro, manchi.

Sembra un modo di dire, ma non potrebbe essere più vero: non sarei arrivata fino a qui senza il sostegno, l'aiuto e l'affetto di molte altre persone.

Ringrazio i miei genitori, i miei fratelli e tutta la mia famiglia, ristretta e allargata, per la fiducia e la stima che da sempre mi mostrano e dimostrano e per l'aiuto concreto che ricevo anche e soprattutto senza dover chiedere.

La mia gratitudine è immensa per i miei nonni Egle e Beppe, la cui presenza è una luce nella mia vita.

Devo poi un grazie particolare a Martina e Veronica, per essere come sono, e alla mia zia Cris: lei sa perché.

Ringrazio i "miei" magistrati Carlo e Nicoletta, perché conoscerli e collaborare con loro mi ha confermato che si può essere giudici senza sentirsi «*arbitri in terra del bene e del male*». Hanno messo vita nel mio sogno e non si stancano mai di incoraggiarmi a perseguirlo. Grazie.

In questi anni di studi universitari, specialmente nell'ultimo periodo segnato dalla pandemia, ho realizzato quanto le mie amiche e i miei amici siano per me una certezza, e quanto proprio per questo io non debba mai darli per scontati.

Grazie alle mie migliori amiche di ieri, oggi e domani, Alice, Giulia e Lucrezia, e grazie a Botti, che a modo suo per me c'è sempre.

Grazie a Laura, sempre pronta a rimproverarmi quando necessario e a risollevarmi quando ne ho bisogno, perché mi ha dato una lezione di forza negli ultimi anni, facendosi valere come solo lei sa fare.

Grazie a Daniela, perché la sua tenacia, la sua determinazione e le sue infinite capacità sono un modello per me.

Grazie ad Alice, Ester, Giovanni, Franco, Jonas, Marianna, Nicole, Caterina e Beatrice, perché, da vicino o da lontano, il loro supporto è per me prezioso.

È difficile, infine, trovare le parole per ringraziare Nico, che crede sempre in me e sostiene una parte del peso dei miei sogni, donandomi amore e leggerezza.