

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE (SCUOLA DI GIURISPRUDENZA)



Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche

XXXV CICLO

Tesi di dottorato in

**“L’AGENTE ‘NON PROVOCATORE’. PROFILI
STORICO-DOMMATICI E DI POLITICA
CRIMINALE”**

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Geminello Preterossi

Tutor:
Chiar.mo Prof. Antonino Sessa

Dottoranda:
Dott.ssa Giovanna Palmieri
(Matr. 8800600069)

A.A. 2023/2024

*A mio figlio,
il mio capolavoro.*

INDICE

INTRODUZIONE	1
--------------	---

CAPITOLO I

IL DIRITTO DI NECESSITA' NELLO STATO DI NORMALITA'

1. Lo stato di eccezione nel dibattito filosofico-giuridico. Brevi cenni	7
2. Le prime risposte alla straordinarietà giuridica: breve incursione negli archetipi dello stato d'eccezione	15
2.1. Il diritto che si afferma senza negarsi: la peculiarità dello <i>iustitium</i> nel diritto romano	22
3. I limiti invalicabili dell'eccezione: necessario incontro tra legalità e necessità a garanzia dello stato di diritto	24
4. L'eccezione nella Costituzione: sintesi di una risposta endogena	28
4.1. La decretazione d'urgenza come esempio di "interiorizzazione" dell'eccezione contingente	31

CAPITOLO II

ECCEZIONE ED ORDINE NORMATIVO: PROFILI STORICO-DOMMATICI DELLA 'NON' PROVOCAZIONE AL REATO

1. La 'non' provocazione come attuazione del diritto di necessità nell'ordine normativo penale	36
2. Genesi di una speciale tecnica investigativa	41
3. Non provocazione al reato ed impunità: profili storico-dommatici e di politica-criminale	46
4. I modelli legislativi nelle tappe nella (dis)organica disciplina delle indagini passive	52
4.1. Lo Statuto normativo dell'agente 'non' provocatore. <i>Reductio ad unitatem</i>	59
4.2. Lo strumento investigativo alla prova della provocazione 'coperta' nel nuovo terreno di contrasto dell'emergenza-corruzione: stato dell'arte e sfide (ancora) in campo	64

CAPITOLO III

LA 'NON PROVOCAZIONE AL REATO IN SENSO AMPIO: FONDAMENTI E LIMITI DELLA TEORIA DEL CONCORSO

1. Premessa	72
2. Le garanzie della teoria del concorso per contributi atipici: l'esempio del <i>falsus emptor</i>	73
2.1. Provocazione istigatoria e 'non provocazione' al reato: i confini tra le componenti soggettive	77
3. La 'non' provocazione nella teoria del concorso: "correttivi" normativi a corredo di una tipizzazione (meramente) causale del contributo concorsuale	85
3.1. Il rapporto tra condotte di 'non' provocazione e fattispecie di parte speciale: tra imputazione oggettiva <i>sub specie</i> aumento del rischio e soluzioni endogene	98

CAPITOLO IV

LA 'NON PROVOCAZIONE' AL REATO IN SENSO AMPIO: FONDAMENTO E LIMITI ALLA SUA NON PUNIBILITA' NELLA TEORIA DEL REATO

1. Interrogativi sulla corretta qualificazione scriminante di attività <i>undercover</i> mediante modalità esecutive tipiche: verso un ripensamento dei classici modelli di liceità	106
1.1. Alle origini di una rinnovata idea di (non) antigiusuridicità: i limiti strutturali delle giustificazioni tradizionali	111
1.2. La nuova idea di giustificazione nella consacrazione di forme lecite di provocazione 'proceduralmente non vietata'	117
1.3. Pericolose tentazioni connesse alla prossimità con 'spazi liberi dal diritto'	126
1.4. La prognosi privilegiata statale: un'annotazione	131
2. Confronto con il dato normativo: l'ambigua scissione tra l'art. 9 della l. 146/2006 ed il modello di eccezione formulato dall'art. 14 della l. 269/1998	133
2.1. ...un breve sguardo oltre confine	141
3. Requisiti per un'attività di indagine passiva maggiormente 'garantista' nel sistema penale multilivello	146
4. L'agente (non) provocatore nella "Spazzacorrotti": vecchie e nuove criticità <i>de lege ferenda</i>	155
5. Considerazioni conclusive	160
BIBLIOGRAFIA	163

INTRODUZIONE

Il diritto vive di antinomie¹ e nessuna disciplina giuridica è immune da anormalità,² che a loro volta si palesano in una miriade di declinazioni. Questa considerazione ci spinge a dedurre che l'eccezione, fin dalle origini, ha investito la vita degli ordinamenti statuali; e del resto, a definire l'ordinamento stesso è proprio il legame tra estraneità ed appartenenza rispetto ad un sistema, che si converte a strumento di "collaudo" dell'interazione tra norme.

È chiaro, infatti, che l'eccezione nel diritto è concetto pregnante di contenuti, i quali inevitabilmente lambiscono diversi profili di teoria generale: dalla sociologia del diritto, alla deontologia ermeneutica, fino alla politica, secondo approcci differenti, a volte in rapporto con i diritti dell'uomo³, a volte come sintesi di conflitto tra valori⁴. D'altra parte, non è un caso che i concetti a cavallo tra politica e diritto non trovino agevole lettura, soprattutto nelle singole aree di riferimento.

Ed è proprio partendo da una tale constatazione che la presente analisi si pone di osservare la stretta consistenza dell'eccezione contingente che, come 'nuda vita'⁵, reclama il suo diritto alla sopravvivenza. Del resto, quando la concretezza della vita irrompe, la nuova realtà pretende di essere riorganizzata⁶, ed in quanto necessità

¹ L'espressione si deve a G. FORNASARI, *Antinomie giuridiche, norme di civiltà e l'ideologia dell'eccezione*, in A.A. V.V. *L'eccezione nel diritto. Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza*, S. BONINI- L. BUSATTA- I. MARCHI (a cura di), Trento, 2015, p. 427; per una disamina approfondita del tema si rinvia, per tutti, a A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963.

² Sull'equivoco semantico fra i termini "anormalità" e anormalità" v. G. CANGUILHEM, *Il normale e il patologico*, Torino, 1998, p. 101.

³ G. BASCHERINI, *L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 3.

⁴ In tal senso L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in AA. VV., *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, M. GALIZIA e P. GROSSI (a cura di), Milano, 1990, p. 479.

⁵ Così, efficacemente, T. EPIDENDIO, *Il diritto nello "stato di eccezione" ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*, in www.giustiziainsieme.it del 30.3.2020, 1.

⁶ Cerca di mostrare la "forza della vita reale" che si afferma oltre il diritto perché ad esso preesiste C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in *Le categorie del politico*, G. MIGLIO-P. SCHIERA (a cura di), Bologna, 1972, p. 41: "[...] L'eccezione è più interessante del caso normale [...] non solo essa conferma la regola: la regola stessa vive solo dell'eccezione. Nell'eccezione, la forza della vita reale rompe la crosta di una meccanica irrigidita nella ripetizione [...]"; riprende il pensiero schmittiano, P. GIORDANO, *Considerazioni in tema di*

giustificante, si mostra come una deviazione del percorso solcato dall'ordinario, che pur tuttavia non può e non deve sconfinare oltre il "minimo costituzionale"⁷ tracciato.

Da qui, risulta facile comprendere come l'eccezione - intesa come 'singolare paradosso' del diritto o forma di sua 'autonegazione'⁸ - celi sempre la risposta ad una necessità o sollecitazione nuova, la quale, a sua volta, si traduce in una spinta verso la regolamentazione di ciò che fuoriesce dall'ordinarietà. Per tale via, la ricorrenza di un caso eccezionale conferma l'esistenza di una norma da applicarsi a tutti i casi non eccettuati, secondo l'asettico brocardo "*exceptio probat regulam in casibus non exceptis*"⁹, ove il riferimento all'eccezione serve per argomentare che, in assenza di prescrizioni specifiche di carattere negativo, un certo effetto o una specifica condotta si può dare o compiere senza che vi siano ostacoli di sorta. Nel solco della radice etimologica, pertanto, il verbo *excipere* designa un'azione esclusiva, di (dis)ordine: chi eccettua interviene portando qualcosa 'fuori' dall'ordine, all'esterno di una sua possibile ricostruzione. E così, partendo da un'idea di sistema, si può affermare che l'eccezione identifica, senz'altro, l'ipotesi di rottura di un ordine costituito.

Partendo, infatti, proprio da alcune delle definizioni tradizionalmente associate all'idea di 'rottura', si richiamano le sfere concettuali della 'eccezionalità', della

eccezione, responsabilità, diritto, in *Annali -Università degli Studi Suor Orsola Benincasa*, www.universitypress.unisob.na.it, ed. 2020, 445.

⁷ Con riferimento alle sospensioni di parti della Costituzione, richiama il concetto di salvaguardia del "minimo costituzionale" G. DE VERGOTTINI, *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza. In margine al pensiero di Costantino Mortati*, in *Diritto e società*, 2/1994, 229. Nell'ambito della dottrina favorevole all'introduzione in Costituzione dello stato d'eccezione, ritenendo solo in tal modo possibile "*mantenere anche nei casi di emergenza alcune garanzie formali proprie dello Stato di diritto (o, in altri termini, di attenuare al massimo il distacco fra costituzione formale e costituzione reale)*" v. C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 194; per un commento della posizione di Mortati, oltre al contributo di G. DE VERGOTTINI sopra citato, v. L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, cit., p. 479.

⁸ La definizione si deve a P. PERSICHETTI, *La giudiziariaizzazione della eccezione*, in *Interventi*, www.insorgenze.net del 7.2.2009, 1 e ss.

⁹ Per una panoramica sulle molteplici versioni del brocardo, cfr. J. CANTERA ORTIZ DE URBINA, *Diccionario Akal del Refranero Latino*, Madrid, Akal, 2005, p. 80.

‘necessità’ e della ‘emergenza’¹⁰; si tratta di ipotesi tra loro differenti, ma attratte da una comune matrice di fondo attinente al rapporto tra regola ed eccezione. Inutile dire che la delimitazione del perimetro dell’eccezione tramite una razionalizzazione sistematica è operazione assai ardua; e ciò si deve, più che all’intrinseca ambivalenza dei termini di riferimento, al loro carattere relativo, diverso a seconda dei differenti scenari storici e culturali di riferimento¹¹.

Ed allora, anziché tentare di profilare uno “statuto terminologico” generale delle situazioni che legittimano eccezioni nei vari campi del diritto¹², pare senz’altro più proficuo ai fini del nostro lavoro puntare lo sguardo sulla valenza fondante dell’eccezionalità in termini di risposta di sistema all’extra-ordinario. Ed è proprio l’ordinarietà a rimandare concettualmente ad uno *stato di normalità* che etimologicamente rinvia, a sua volta, alla ‘norma’, la definisce. Normale è, dunque, ciò che risulta allineato, ‘squadrato’, ciò che è così come deve essere; e da tale significato intrinseco del termine si ricavano, poi, ulteriori variazioni semantiche, per cui ‘normale’ è ciò che si verifica nella maggior parte dei casi: l’*id quod plerumque accidit* dei giuristi romani, ciò che costituisce tanto la media quanto il modulo di un carattere misurabile¹³.

Più nello specifico, il concetto di ‘normale’ racchiude in sé un duplice senso, descrittivo e prescrittivo: l’accezione descrittiva indica il risultato di un calcolo statistico, di un’osservazione empirica su comportamenti comuni e diffusi in un determinato contesto storico-sociale; il secondo senso, invece, si spinge oltre,

¹⁰ Sull’impiego del termine di emergenza, cfr. G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003, p. 13 e ss.; sulle diverse accezioni del medesimo concetto adottate dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, F. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. Cost.*, n. 4/1993, 3012.

¹¹ La minuziosa disamina della terminologia menzionata viene compiuta da V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, p. 10 e ss..

¹² Sia consentito il rinvio a V. COLESANTI, Voce *Eccezione*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XIV, Milano, pp. 172-204; A. TORRENTE, Voce *Eccezione*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XIV, Milano, pp. 205-221 per un approfondimento del dibattito della dottrina processualcivilista e processualpenalista sul concetto di eccezione.

¹³ Per la definizione completa si rimanda a A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Vendôme, 1962, pp. 688-689. [Est normal] *Qui est tel qu'il doit être. [...]* Est normal, au sens le plus usuel du mot, ce qui se rencontre dans la majorité des cas d'une espèce déterminée, ou ce qui constitue soit la moyenne, soit le module d'un caractère mesurable [...].

esprimendo l'insieme di quei comportamenti individuali e sociali che qualificano una persona come, appunto, normale¹⁴.

Di tal guisa, nel primo caso la normalità si pone come requisito essenziale per la produzione di una normatività giuridica; nel secondo caso è proprio un concetto 'forte' di normalità a fondare direttamente la giuridicità e la normatività di un ordinamento e di ogni singola norma che voglia dirsi giuridica. Sebbene sia solo il secondo senso prescrittivo a dotarlo di forza normativa, le due accezioni del termine restano pur sempre intimamente connesse tra di loro. Da qui la stretta congiunzione fra il concetto di 'normalità' e quello di 'normatività', ove la prima si erge a prodotto e, insieme, a presupposto della norma giuridica¹⁵.

Ed ecco che inizia a cogliersi la tensione dialettica fra normalità ed eccezione, di schmittiana memoria. Si deve, infatti, al celebre giurista tedesco l'idea che ogni norma giuridica richieda e presupponga una strutturazione normale dei rapporti di vita nella comunità che si intende sottoporre a regolazione normativa. Secondo Carl Schmitt non esiste nessuna norma che sia applicabile ad un caos: quando regna la confusione sociale l'ordinamento giuridico è sospeso¹⁶. E, dunque, in considerazione di tale assunto, la stabilizzazione di un ordine diviene indispensabile premessa di ogni ordinamento giuridico.

Breve: la categoria della normatività giuridica presuppone (e pone) condizioni di normalità, e nella normalità l'eccezione viene concepita come uno spazio consentito, ovvero uno spazio funzionale alla definizione della regola stessa che, altrimenti, non sarebbe più riconoscibile, non somiglierebbe più a se stessa¹⁷. Il senso di quanto finora detto è racchiudibile nell'emblematica espressione del filosofo Giorgio Agamben "dell'essere fuori e, tuttavia, appartenere"¹⁸.

¹⁴ La differenza fra senso "descrittivo" e senso "prescrittivo" è esplicitata da W.C. KNEALE, *Le normal et le normatif*, in *Archives de philosophie*, 32, 1969, p. 548.

¹⁵ Per un'ampia disamina sulle connessioni tra la categoria della normalità e la normatività giuridica v. G. SINISCALCHI, *Figure di norma e normalità*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale / Theory and Criticism of Social Regulation*, in <https://mimesisjournals.com>, 1 ss.

¹⁶ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., p. 39.

¹⁷ Sul punto valgono le argomentazioni di C. PICIOCCHI, *Alcune considerazioni a margine. Tra eccezioni, dissonanze ed armonia*, in A.A. V.V., *L'eccezione nel diritto*, cit. p. 257.

¹⁸ In commento al pensiero di Schmitt, in questi termini l'autore citato descrive la struttura topologica dello stato di eccezione: G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, p. 48.

Ed ecco come lo stacco netto tra ordine e caos si attenua per sfumare in un interscambio di ruoli¹⁹, quasi un sovrapporsi delle due dimensioni in una relazione di connessione, seppure all'apparenza antitetica, tra stato di diritto e stato di eccezione²⁰.

¹⁹ In questi termini, riferendosi alla confusione tra paradigmi, F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2007, 2 ss.: “[...] Non più la tranquillizzante contrapposizione tra una razionalità ordinante (il sistema giuridico, il meccanismo democratico) da un lato, e una magmatica tendenza al rivolgimento improvviso ed anomico dall'altro, non più una “logica” antitesi tra l'ordine e il caos, ma una sovrapposizione “innaturale” delle due dimensioni, un trascolorare continuo dell'una nell'altra, un interscambio di ruoli funzionali che disorienta e mette in gioco le categorie etico-politiche, e perfino, forse, quelle epistemiche, fino a velare di ambiguità e di incertezza le stesse coordinate del sistema iniziale [...]”.

²⁰ Per una sapiente descrizione del rapporto tra stato di diritto e stato di eccezione si rinvia ad E.A. IMPARATO, *Lo stato d'eccezione e forme normative nell'ordinamento italiano tra stato di diritto e sindacato di conformità*, in *Consulta online*, in *Riv. dir. e Giust. Cost.*, del 22.6.2020 (oppure su www.giurcost.org), 4 e ss..

CAPITOLO I

IL DIRITTO DI NECESSITA' NELLO STATO DI NORMALITA'

SOMMARIO: - 1. Lo stato di eccezione nel dibattito filosofico-giuridico. Brevi cenni. - 2. Le prime risposte alla straordinarietà giuridica: breve incursione negli archetipi dello stato d'eccezione. - 2.1. Il diritto che si afferma senza negarsi: la peculiarità dello *iustitium* nel diritto romano. - 3. I limiti invalicabili dell'eccezione: necessario incontro tra legalità e necessità a garanzia dello stato di diritto. - 4. L'eccezione nella Costituzione: sintesi di una risposta endogena. - 4.1. La decretazione d'urgenza come esempio di "interiorizzazione" dell'eccezione contingente.

1. - Lo stato di eccezione nel dibattito filosofico – giuridico. Brevi cenni

Lo stato di eccezione ha rappresentato, senza dubbio, la principale 'posta in gioco' del dibattito filosofico-giuridico tra i massimi pensatori del Novecento, e a tutt'oggi il concetto si mostra sempre in linea con le più attuali problematiche promosse dal diritto di necessità. Del resto, il sintagma 'stato di eccezione' viene alla ribalta ogni volta che una qualche emergenza intervenga ad interrompere il normale corso della vita di un Paese, determinando l'adozione di provvedimenti *in deroga* alla legislazione vigente²¹.

Stando alla definizione classica, lo stato di eccezione designa “[...] l'insieme dei mezzi previsti per fare fronte ad una situazione d'estremo pericolo. Questi mezzi, tesi a favorire il rafforzamento del potere e la concentrazione del suo esercizio, sono di due tipi: restrizione o sospensione delle libertà pubbliche e di alcune garanzie costituzionali; oppure violazione più o meno estesa del principio di separazione dei poteri a vantaggio dell'esecutivo, fino alla possibilità di trasferire i poteri ordinari di polizia e alcune competenze giurisdizionali all'autorità militare

²¹ In questi termini G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *biodiritto.org*, del 20.3.2020, 1.

[...]”²². Tecnicamente, lo stato di eccezione rappresenta una misura di governo di emergenza che attua una sospensione dell’ordine giuridico vigente, risalente al diritto romano e prevista tuttora, in diverse forme, da alcuni ordinamenti costituzionali. In quanto ‘rottura’ o ‘sospensione’ della validità di norme previste e messa in atto dalle istituzioni, lo stato di eccezione si profila come una sorta di ‘autonegazione del diritto’, che viene a situarsi in una zona di confine illocalizzabile, tra ambito giuridico e ambito extragiuridico²³.

Ebbene, volendo partire dalle ambiguità che accompagnano lo stato d’eccezione, quella terminologica è senza dubbio la più evidente: ‘stato di eccezione’ e ‘stato di necessità’ sono, infatti, sintagmi di uso comune solo nell’ambito della giuspolitica tedesca, mentre nell’area delle dottrine italiana e francese si prediligono espressioni quali ‘decreto di urgenza’ e ‘stato di assedio’, allorché nella tradizione anglosassone prevalgono termini come ‘legge marziale’ o ‘poteri d’emergenza’²⁴. Ora, non essendo questa la sede per una compiuta disamina critica delle elaborazioni dottrinali classiche sullo stato d’eccezione, ci si limiterà a passarle in rassegna, per quanto speculativamente un tema la cui riconosciuta autorevolezza e complessità può rivelarsi utile al nostro studio.

La teoria dello stato di eccezione e il relativo dibattito filosofico-giuridico prendono forma a cavallo tra il primo ed il secondo conflitto mondiale, per culminare negli anni caratterizzati dal regime nazista, il più eclatante esempio di stato di eccezione. Uno dei più autorevoli tentativi di studio del fenomeno d’eccezione si deve a Giorgio Agamben,²⁵ che ha ricostruito il dibattito che vide come protagonisti indiscussi Carl Schmitt e Walter Benjamin. E fu proprio il celebre Carl Schmitt a fare della teoria dello stato di eccezione uno dei capisaldi della sua riflessione, tanto da riuscire ad erigere in Germania uno stato d’eccezione

²² La definizione si deve a J. KERVÉGAN, *État d’exception*, in *Dictionnaire de philosophie politique*, P. REYANOUD - S. RIALS, PUF (a cura di), Parigi, 1996, pp. 231-234.

²³ In questi termini, E. REDAELLI, *Legge ed eccezione. Benjamin, Schmitt e il fondamento del diritto*, in *Nóema - Rivista online di filosofia*, n. 7-2/2016, 1.

²⁴ Sul punto, P. PERSICHETTI, *La giudiziizzazione della eccezione*, cit., 1.

²⁵ Per una prima analisi dello stato di eccezione, v. G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 1995, passim; l’ulteriore sviluppo in G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., passim.

perenne, espressione della sovranità di Stato²⁶. Infatti, il massimo esponente della teoria decisionista, più che sui problemi attinenti alla legittimazione del regime teso a fronteggiare l'emergenza, concentrò la sua attenzione sulle caratteristiche dello stesso, cercando di mostrare la forza della vita reale che si afferma oltre il diritto, poiché a questo preesiste. Ed è sulla scia dell'esperienza della monarchia della restaurazione che questa dottrina associa la sovranità alla pienezza del potere statale, fino a convertire il problema di chi decide del caso non regolato dal diritto nel problema stesso della sovranità.

Da qui il celebre corollario secondo cui “Sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione”²⁷. Così, la questione di chi esercita il potere d'eccezione e le caratteristiche dello stesso delineano nettamente l'incidenza dello stato d'eccezione sull'organizzazione costituzionale²⁸.

Nella prospettiva decisionista, dunque, lo stato d'eccezione rappresenta un ‘caso limite’, e pur tuttavia caratterizzato dall'esistenza di un ordinamento dal punto di vista giuridico, giacché costituito non solo dall'elemento normativo, ma anche dall'esistenza politica dello Stato, fondamento di “unità ed ordine”²⁹. Questi ultimi due elementi, in quanto espressione di una strutturazione normale dei rapporti di vita, diventano – allora – i presupposti necessari di qualsiasi norma generale, dal momento che non esiste nessuna disposizione che sia applicabile al caos. Ed

²⁶ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., p. 39. Per una ricostruzione del pensiero schmittiano, anche in rapporto alle contingenze storiche, tra i molti, v. G. PRETEROSSO, *Carl Schmitt e la tradizione giuridica moderna*, Roma-Bari, 1996, passim; C. BONVECCHIO, *Decisionismo. La dottrina politica di Carl Schmitt*, Milano, 1984, passim; M. CASERTA, *La decisione sovrana, Potere ed autorità fra Thomas Hobbes e Carl Schmitt*, Torino, 1996, passim; E. CASTRUCCI, *Introduzione alla filosofia del diritto pubblico di Carl Schmitt*, Torino, 1991, passim; M. LUCIANI, *Carl Schmitt ed il concetto di “dittatura”*, in *Dir. soc.*, 3-4, 1975, 545 e ss.. Sulla dottrina giuridica di Carl Schmitt, con particolare riferimento allo stato d'eccezione, nell'ambito di una vastissima letteratura, cfr. P. SCHNEIDER, *Ausnahmezustand und Norm. Eine Studie zur Rechtslehre von Carl Schmitt*, Stuttgart 1957, p. 259 e ss..

²⁷ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., p. 33.

²⁸ Per una critica all'impostazione prettamente di matrice ideologica liberale, che riduce tutta la problematica alla sospensione delle libertà, non considerando il fatto che lo stato d'eccezione incide anche, e in via primaria, sull'assetto costituzionale, v. P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, p. 3.

²⁹ Per la definizione dell'ordinamento giuridico nei suoi due elementi, normativo e concreto, v. C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it., A. CARACCILO (a cura di), Milano, 1984, p. 24.

essendo proprio il difetto di una condizione di normalità la caratteristica essenziale dello stato d'eccezione, lo stesso "rende palese in assoluta purezza un elemento formale specificamente giuridico: la decisione"³⁰. Secondo la tesi decisionista,³¹ dunque, lo stato d'eccezione porrebbe in luce l'essenza stessa dell'autorità statale, e, sempre seguendo tali premesse, il modello teorico proposto si ergerebbe a criterio determinante per valutare le reali dimensioni delle scelte garantiste dell'ordinamento costituzionale³².

Orbene, come anticipato, la teoria schmittiana fa da eco alla singolare condizione politico-giuridica della Repubblica di Weimar.

E', infatti, noto che l'articolo 48 della Costituzione di Weimar³³ - che assegnava al Presidente il potere di sospendere l'ordinamento vigente in casi eccezionali - venne utilizzato dal regime hitleriano³⁴ fin dal 28 febbraio 1933, portando all'instaurazione di una sorta di "stato di eccezione permanente"³⁵. Del resto, appaiono evidenti le ragioni per cui l'esposta tesi decisionista non abbia mai fatto

³⁰ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., p. 39.

³¹ Critica la tesi decisionista, P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit. p. 48. Secondo l'autore, "[tale tesi] può essere messa in discussione sotto un profilo teorico: ciò in quanto essa individua solamente il tratto caratteristico di un potere d'eccezione storicamente determinato; sicchè non vale sempre e comunque, [...] ma esclusivamente in riferimento ad alcuni ordinamenti costituzionali particolari e contingenti, che peraltro non sono più attuali [...]".

³² Così, F. SCHIAFFO, *Stato d'eccezione, diritti umani e sistema penale: la politica criminale negli "assiomi oscuri" dell'ordinamento costituzionale*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, S. MOCCIA (a cura di), Napoli, 2002, p. 150.

³³ Art. 48 Cost. Weimar: "Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli art. 114,115,117,118,123, 124 e 153". Di tutte le misure prese ai sensi dei precedenti commi il Presidente deve senza indugio dare notizia al Reichstag. Le misure stesse devono essere revocate se il Reichstag lo richieda".

³⁴ Per un'analisi approfondita in tema, cfr. W. HOFER, *Il nazionalsocialismo. Documenti raccolti e commentati*, Milano 1964, p. 37 e ss..

³⁵ Cfr. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 11: "[...] Non appena Hitler prese il potere (o, come si dovrebbe forse dire più esattamente, non appena il potere gli fu consegnato), egli proclamò il 28 febbraio il Decreto per la protezione del popolo e dello Stato, che sospendeva gli articoli della Costituzione di Weimar concernenti le libertà personali. Il decreto non fu mai revocato, in modo che tutto il Terzo Reich può essere considerato, dal punto di vista giuridico, come uno stato di eccezione durato per dodici anni [...]. Da allora, la creazione volontaria di uno stato di emergenza permanente (anche se eventualmente non dichiarato in senso tecnico) è divenuta una delle pratiche essenziali degli Stati contemporanei, anche di quelli cosiddetti democratici".

breccia nei teorici dello stato di diritto, che vedono nell'affermazione di un regime fondato sul *rule of law* l'emancipazione dallo stato di eccezione, ovvero la sua esatta negazione.

Ad ogni modo, anche se il concetto di sovranità³⁶ si mostra un argomento sempre attuale nel dibattito giuspubblicistico contemporaneo, appare evidente quanto l'orizzonte storico e culturale del decisionismo - che interpreta l'emergenza come fenomeno necessariamente illegale, come eccezione assoluta ed irriducibile entro previsioni normative - sia lontano da quello degli stati costituzionali, la cui disomogeneità politica non consente di prescindere dalla legalità nemmeno in tempo di emergenza, accantonando le regole del gioco per fare spazio ad un potere, nei fatti, dispotico³⁷.

Eppure, dal secondo dopoguerra in poi il ricorso allo stato di emergenza si è esteso sempre più, fino a divenire paradigma di governo degli attuali regimi democratico-costituzionali³⁸. Non è, quindi, affatto dimostrata l'incompatibilità teorica e normativa tra stato di diritto e stato di eccezione; anzi, molti sostenitori attuali dei regimi democratico-liberali appoggiano con sempre maggior vigore la necessità di un impiego su larga scala dello stato di eccezione per fare fronte alla nuova forma di guerra asimmetrica, inaugurata dagli attentati dell'11 settembre 2001³⁹. Tuttavia, è un dato di tutta evidenza che l'esperienza *weimariana* abbia spinto la dottrina costituzionalista ad affrontare lo stato d'eccezione alla stregua di 'deroga' da ammettere al paradigma di governo ordinario in situazioni di alta tensione per la vita stessa dello Stato. Risulta, allora, facilmente comprensibile come i sostenitori delle "teorie della necessità", pure condividendo i presupposti

³⁶ Sull'attualità del concetto di sovranità, cfr. B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, 2015, p. 1 ss..

³⁷ In tal senso G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., p. 20. L'autore, molto efficacemente, "attualizza" le questioni che ruotano sull'emergenza, sostenendo che "[...] *Il problema odierno è proprio di rendere compatibile lo stato d'eccezione con la continuità costituzionale e quindi di definire uno stato d'emergenza interno all'ordinamento, rispetto ad esso endogeno e con esso compatibile* [...]".

³⁸ Descrive la "dittatura costituzionale" americana attivabile in condizioni di emergenza lo studioso statunitense C. L. ROSSITER, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Harcourt Brace, New York, 1948.

³⁹ E' quanto sostenuto da P. PERSICHETTI, *La giudiziarizzazione della eccezione*, cit., 3.

della teoria decisionista, cerchino di dare un fondamento giuridico al potere, rinvenendolo, appunto, nelle diverse accezioni del concetto di necessità.

Ed è proprio nel contesto storico dello stato borghese che si situa la dottrina della “ragion di Stato”; tale teoria, non riuscendo a contenere lo stato di necessità in un’orbita razionale, sceglie di assicurare alla forza bruta il mantenimento di un certo assetto politico, economico e sociale⁴⁰. Solo successivamente, con l’evoluzione dello stato liberale, la necessità si evolve fino a prendere le sembianze di un’esimente e, per tal guisa, lo Stato finisce per vantare una posizione giuridica soggettiva assimilabile alla legittima difesa, agendo per salvare se stesso da un pericolo imminente non altrimenti fronteggiabile. Pertanto, da un lato, in un tale contesto entrano in collisione il diritto dello Stato (*rectius*, il suo dovere fondamentale ed assoluto) di difendere e garantire la sua esistenza e, dall’altro, il diritto di libertà e le guarentigie che l’ordine stesso riconosce e tutela negli individui, in maniera che l’uno non può essere salvo senza danno dell’altro⁴¹. Inutile dire come, di fronte a questa drastica alternativa, sia necessariamente lo Stato a prevalere sull’individuo. E nell’ambito delle correnti di pensiero più estreme di questa dottrina giuspolitica che ingloba lo stato di eccezione all’interno dell’ordinamento giuridico, si inserisce la tesi che considera lo stato di necessità come giustificativo di qualsiasi provvedimento dei poteri pubblici, rispondente ad un generalizzato obbligo giuridico statale di provvedere ai bisogni collettivi⁴².

Infatti proprio sulla scia di tali premesse si giunge, quindi, alla celebre elaborazione del giurista italiano Santi Romano, che ha influenzato maggiormente il pensiero europeo elevando la necessità a “fonte prima e originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono da considerarsi in certo modo derivate”⁴³. Ebbene, applicando questa costruzione al tempo d’emergenza,

⁴⁰ F. MEINECKE, *L’idea della ragion di Stato nella storia moderna*, Milano, 1970, p. 5.

⁴¹ In questi termini, O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Trattato Orlando*, 4, Milano, 1904, p. 203.

⁴² Aderisce alla c.d. teoria della necessità “funzionalizzata” G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1936, 425 e ss..

⁴³ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, 1909, ora in ID., *Scritti minori*, G. ZANOBINI (a cura di), vol. I, , 1950, rist. 1990, p. 349 e ss., ripreso da C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 1975-76, t. I pp. 79 e 319 e ss., t. II p. 702 e ss.; per una critica all’impostazione romaniana si vedano

l'esercizio di poteri straordinari, seppure contrari alla legge o alla Costituzione, dovrebbe risultare sempre e paradossalmente legittimato dalla necessità⁴⁴.

Breve: mentre inizialmente il potere d'eccezione faceva appello alla necessità del dominio statale di conservare ed accrescere la sua potenza (a costo di violare il diritto e la morale), successivamente le potestà eccezionali hanno assunto la veste di vero e proprio diritto, da associare ad uno Stato concepito come soggetto giuridico 'plusvalente', la cui autoconservazione prevale sui diritti sacrificabili dei singoli. Si comprende, dunque, come in un tale quadro, regime normale e regime eccezionale si posizionino agli antipodi: l'uno parametro di illegalità, l'altro di legalità; da qui il problema della giuridicità dello stato d'eccezione, che finisce per dissolversi alla luce della nuova concezione dello Stato-istituzione. E lo Stato che si fa ordinamento non può che considerare la necessità come elemento suo intrinseco, con la conseguente elevazione della necessità a fonte di tutto quanto il diritto, sia normale che eccezionale, dell'emergenza come della rivoluzione.

Una tale ultima affermazione, dunque, sembra trovare la sua più diretta conferma nella attuale tendenza degli ordinamenti contemporanei a non riproporre la separazione netta tra regime normale e regime eccezionale, ponendo l'emergenza non più in parallelo al regime ordinario, ma incorporandola al suo interno, nell'ordine costituzionale, fino a ritenerla parte integrante di esso. In considerazione di tale ultima osservazione, la "legalità" diviene uno stato afferente e pertinente non solo alla normalità, ma anche all'eccezionalità⁴⁵. Nello specifico, si deve a Giorgio Agamben la peculiare formulazione dello stato d'eccezione come "figura d'ordine sospeso", ove vige una "forza di legge senza legge"⁴⁶. Ed è qui che diviene tangibile la differenza tra la formula dei "pieni poteri" e quella dei "poteri necessari": la prima vietata nel nostro ordinamento, la seconda permessa ai fini della conservazione stessa dello stato di democrazia. Questa considerazione prende le

le argomentazioni di T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1958, p. 193 e ss., nonché C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, Milano, 1962, pp. 834-835.

⁴⁴ Aderisce a tale impostazione C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 715.

⁴⁵ Conclude in tal senso P. PINNA, *op. cit.*, 112.

⁴⁶ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 56.

mosse da un dato di fatto per cui di fronte a situazioni straordinarie, talmente gravi da mettere in pericolo la vita stessa dello Stato, anche le misure potranno essere *extra ordinem* ma nell'ordine normativo; ed è per una tale via che la necessità può assumere le sembianze di fonte autonoma di diritto.

Ebbene, a questo punto, se si tiene conto che nel caso d'eccezione ci si trova di fronte ad un'ipotesi non descritta dall'ordinamento giuridico vigente, il pensiero alla lacuna giuridica è di rimando⁴⁷. Tale parallelismo ha un senso considerato che tanto il caso lacunoso quanto il caso d'eccezione sfuggono ad ogni possibile previsione: per il caso lacunoso, ciò che il legislatore può prevedere è che esso possa esistere⁴⁸; il caso d'eccezione, invece, può al massimo essere indicato come pericolo per l'esistenza dello Stato, non potendosi descrivere dal punto di vista contenutistico⁴⁹. Risulta, allora, facile comprendere come, di fronte al caso non descritto dall'ordinamento giuridico, la teoria del diritto ha due possibilità: negarne l'esistenza, ritenendo ciò che non è descritto dall'ordinamento normativo come irrilevante per il diritto⁵⁰, oppure affermarne l'esistenza, e, per ciò stesso, tentare di regolamentarlo.

Ed è proprio partendo da una tale considerazione che si coglie il tenore della sfida che l'emergenza lancia al diritto: “predeterminare e disciplinare ciò che, per sua natura appare come imprevedibile nell'*an*, nel *quando* o nel *modo* del suo accadere”⁵¹. Trattasi, infatti, di una sfida ai limiti se si considera che, ragionando di emergenza, il consueto collegamento tra norma e fatto appare ribaltato. Il diritto logicamente segue il fatto; diversamente, i fatti emergenziali sono difficilmente osservabili nella loro “regolarità” poiché consistono in accadimenti non frequenti

⁴⁷ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 42, richiamando la tesi di Mathiot: “[...] *In analogia col principio secondo cui la legge può essere lacunosa, ma il diritto non ammette lacune, lo stato di necessità viene così interpretato come una lacuna nel diritto pubblico, a cui il potere esecutivo ha l'obbligo di porre rimedio. Un principio che riguarda il potere giudiziario viene esteso in questo modo al potere esecutivo [...]*.”

⁴⁸ Per un parallelismo tra caso d'eccezione e caso lacunoso v. A.M. CAMPANALE, *L'eccezione come regola: paradosso di una identificazione*, in *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, vol. V, n. 1, 2008, 32.

⁴⁹ Così C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., p. 34.

⁵⁰ In tal senso, H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino, 1967, pp. 125 - 127.

⁵¹ L'espressione si deve a G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., p. 35.

e, quindi, statisticamente inafferrabili. Eppure il tempo d'emergenza è quello che più degli altri ricerca un sistema conformante dei comportamenti umani, ove si avverte più che altrove il bisogno di un sistema di regole capace di guidare l'agire umano secondo valori certi⁵² e comunemente condivisi. Del resto, se esiste un "bisogno di diritto", questo si avverte più che mai proprio durante le emergenze, laddove si traduce nell'insopprimibile bisogno di razionalizzare il reale.

Pertanto, all'esito delle brevi considerazioni sopra esposte, sembra farsi strada una preliminare ed inevitabile attività di perimetrazione di un diritto di necessità all'interno dello stato di normalità, che, a sua volta, (im)pone la ricerca di una mediazione e relazione tra diritto e politica, per un verso, e tra diritto e società civile, per l'altro⁵³.

2. – Le prime risposte alla straordinarietà giuridica: breve incursione negli archetipi dello stato d'eccezione

A questo punto, la razionalizzazione del complesso fenomeno oggetto di studio suggerisce la sintetica incursione in alcune delle più significative esperienze costituzionali da ricondurre ad ipotesi di eccezione nel diritto, passando in rassegna le forme più concrete della straordinarietà giuridica nella storia delle istituzioni pubbliche dell'Europa occidentale. Inutile dire che l'analisi delle esperienze d'eccezione serve a meglio sintetizzare lo schema essenziale che accomuna, con più o meno varianti, le più evidenti risposte ordinamentali a situazioni non previste dal diritto.

E volendo, dunque, procedere ad una prima forma di aggregazione tra "modelli", l'originaria classificazione che consente, ad un tempo, di unificare e distinguere alcune ipotesi d'eccezione è quella appena sopra descritta, tra c.d.

⁵² Sulla tutela della certezza del diritto in tempo d'emergenza ed i suoi vantaggi v. A. TARANTINO, *Necessità e decreto legge nell'assemblea costituente: la posizione di Giuseppe Codacci-Pisanelli*, Milano, 1986, p. 27.

⁵³ A. M. CAMPANALE, *L'eccezione come regola: paradosso di una identificazione*, cit., 35.

modello “dualistico” e “monistico”⁵⁴. Tale classificazione, infatti, pone la risposta dualistica al caso straordinario al di fuori del sistema delle competenze, che interamente sospeso, crea una frattura nel *continuum* giuridico; la risposta monistica - all’opposto - cerca una reazione dall’interno dell’ordinamento, di per sé dotato di norme attributive di competenze straordinarie, parzialmente derogatorie della disciplina ordinaria. Pertanto, l’emergenza del modello dualistico - partendo dall’idea che vede fraporsi un *ordinamento* (giuridico-normativo) per i tempi di normalità ed un *ordine*, al primo irriducibile, per i tempi di crisi - si mostra come fenomeno distinto ed esterno alla realtà giuridica.

In tal senso, la dinamica ordinario-straordinario finisce per identificarsi perfettamente nella contrapposizione tra diritto e non-diritto, tra legalità e illegalità, tra potere e attività, tra norma e decisione. Appare evidente che l’approccio appena descritto è paradigmatico delle esperienze in cui il caso straordinario sceglie la strada extra-legale, quel sentiero ‘non tracciato’ dal sistema normativo in cui la violazione del sistema legale delle competenze diviene l’unica risposta (momentanea) alla crisi.

Concretizzano in modo emblematico il modello dualistico le esperienze della tirannide nella Grecia antica e la prassi inglese del *Bill of indemnity* del diciottesimo e diciannovesimo secolo. Come noto, nella tirannide, la crisi oligarchica crea le condizioni più favorevoli per l’ascesa al potere di chi già detiene il comando militare⁵⁵; ed ecco che, anche se il tiranno viene in conflitto con gli appartenenti al suo stesso gruppo, egli si erge a punto di riferimento delle classi popolari, mettendo in atto una politica socialmente progressista, ma priva di ogni legittimazione formale sul piano giuridico (*anomia*) e potenzialmente limitata solo dalla sua stessa effettività. Del resto, il significato dispregiativo del termine ‘tiranno’ è riconducibile all’involuzione del regime verso forme dispotiche di

⁵⁴ Il riferimento alla distinzione tra modello dualistico e quello monistico si deve a G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale*, cit., p. 139 e ss.

⁵⁵ Sorta come “mezzo per conseguire un fine”, la tirannide perse la sua funzione e la sua base di consenso quando la conservazione del potere del tiranno divenne un fine in sé. Sul punto v. G. GIORGIONI, *La città ed il tiranno*, Milano, 1993, p. 367; per un’ampia ricostruzione storica cfr. D. MUSTI, *Storia greca*, Bari-Roma, 1997, p. 158 e ss..

governo⁵⁶ sebbene, all'evidenza, è innegabile la funzione propulsiva della tirannide, e sul piano socio-economico, e su quello costituzionale, che ha avuto senz'altro il merito di aprire le *poleis* alle prime forme di democrazia o, in alcuni casi, al ritorno ad una aristocrazia "moderata". Per quel che rileva ai nostri fini, è indubbio che la tirannide si mostra come un esempio lampante di risposta dualistica all'eccezione, laddove determina una crisi costituzionale per la schietta irriducibilità alle previsioni del diritto ordinario, nonché per l'effetto irreversibilmente modificativo dell'assetto organizzativo della *polis*. E proprio in tale ultima affermazione si cela la maggiore ambiguità del regime tirannico che, se all'apparenza deroga il diritto ordinario al solo fine di fronteggiare la crisi e salvare la *polis*, concretamente agisce per modificare in modo permanente la città sulla base di un differente sistema di valori⁵⁷.

Diversa, sebbene accomunabile sotto il profilo del carattere illegale dell'azione di emergenza, è l'esperienza del Regno Unito, in cui il Governo - a partire dall'affermazione del sistema del *Cabinet* - oltrepassa i confini giuridici per evitare la *destruction of the State* ricorrendo ad un potere di fatto, nella prospettiva di ottenere *ex post* dal *Parliament* l'esenzione da ogni responsabilità, sia politica che giuridica. E, difatti, sulla base dell'*Instrument of Government* del 1653, nonostante formalmente sia sempre il Parlamento ad esercitare la funzione legislativa, la "*emergency clause*" introduce una rilevante forma d'eccezione, con poteri legislativi illimitati in favore dell'esecutivo⁵⁸. Le condizioni legittimanti questo stato d'eccezione vennero definite in "disordini e pericoli provenienti dall'esterno o dall'interno" ma anche nello scopo di preservare la pace ed il benessere delle nazioni "*where it shall be necessary*", letteralmente "quando ciò sarà necessario"⁵⁹. Questa espressione traduce l'amplissima discrezionalità del

⁵⁶ Sviluppa la tesi contraria al giudizio ostile sulla tirannide F. D'AGOSTINO, *Tirannide*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 546.

⁵⁷ In questi termini G. MARAZZITA, *op. cit.*, p. 58.

⁵⁸ In tal senso v. M.A. SIEGHART, *Government by decree*, New York, 1950, p. 33, secondo cui l'art. XXX dell'*Instrument of Government* conferiva "*unlimited legislative powers on the head of the Executive*".

⁵⁹ Il Lord protettore, con il consenso della maggioranza del Consiglio di Stato, aveva i mezzi finanziari "*for preventing the disorders and dangers which might otherwise fall out both by*

giudizio di necessità previsto dal sistema inglese che, unito ad una sorta di sua autoattivazione, ha, nei fatti, “normalizzato” un istituto originariamente pensato in termini di eccezionalità e provvisorietà, garantendo al Governo un’azione di fatto illimitata con sanatoria *ex post*, in cui la risposta straordinaria migra verso il terreno della politica e delle regole extra-giuridiche⁶⁰.

Passando all’analisi del modello monistico, esempi concreti di eccezione predeterminata ed endogena sono la disciplina dello stato d’assedio nella Costituzione della Seconda Repubblica francese e, in epoca moderna, la disciplina in astratto delineata dal richiamato art. 48 della Costituzione tedesca del 1919, poi “degenerata” nella tristemente nota parentesi nazista.

Orbene, nell’ambito dell’esperienza francese, le assemblee rivoluzionarie, il regime napoleonico e le monarchie restaurate rappresentano senza dubbio un’irripetibile occasione per scrutare l’origine nonché l’evoluzione di fondamentali istituti che, con riferimento al diritto d’emergenza, riportano in primo piano la straordinarietà come modalità di esercizio della sovranità⁶¹. La varietà dei soggetti e delle motivazioni che animano le numerose crisi nella Francia del XVII-XIX secolo, infatti, è bilanciata da un dato costante: i detentori del dominio politico ricorrono a misure d’emergenza per fronteggiare un soggetto interno che, al pari di quello esterno, viene considerato irriducibile e quindi sacrificabile perché non altrimenti contenibile. E, pertanto, ai primordi della rinascita della democrazia, nell’esperienza francese della prima metà del XIX secolo, la preoccupazione di

sea and by Land”, nonché egli “*make laws and ordinances for the peace and welfare of these nations where it shall be necessary*”.

⁶⁰ Coniuga alla funzione conservatrice, una funzione evolutrice dello stato d’eccezione P. PINNA, *L’emergenza nell’ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 77 e ss.. Secondo l’autore, infatti, oltre a conservare l’ordine esistente, la condizione giuridica eccezionale può segnare una fase di transizione da un ordinamento costituzionale ad un altro, “*le cui regole fondamentali nella fase transitoria vivono come eccezionali*”; per una chiara descrizione della classificazione in argomento cfr. G. MARAZZITA, *op. cit.*, p. 143 e ss..

⁶¹ Il primo esempio di stato di eccezione negli ordinamenti moderni si trova invece nell’articolo 92 della Costituzione francese del 1799 che, in caso di rivolta o di grave minaccia per la sicurezza della nazione, permetteva di interrompere momentaneamente l’applicabilità delle norme costituzionali. Ma già un decreto dell’Assemblea costituente francese del 1791 garantiva un simile provvedimento eccezionale: lo “stato d’assedio” (*état de siège*). Nell’odierna costituzione francese, lo stato di eccezione è regolato dall’art. 16 dove si prevede che il presidente della Repubblica prenda le misure necessarie quando la nazione o le sue istituzioni sono in pericolo.

limitare e controllare ogni competenza straordinaria (per paura di pericolose deleghe in bianco) ha indirizzato verso una razionalizzazione del diritto straordinario.

Difatti, la Costituzione del 1848 si è preoccupata di disciplinare in maniera organica la materia emergenziale: la Carta, anzitutto, ha riservato alla *legge* la disciplina giuridica dello stato d'assedio (*état de siège*), tipizzando le situazioni legittimanti e radicando la competenza primaria del Parlamento e quella sussidiaria-provvvisoria del Presidente, con una precisa delimitazione spazio temporale del regime straordinario. Dunque, si può affermare che lo stato d'eccezione nella monarchia della restaurazione consisteva in una deroga temporanea all'assetto costituzionale ordinario, tuttavia non estranea alle previsioni dell'ordinamento normalmente in vigore, bensì riconducibile all'ordine previsto dalla Costituzione stessa.

Sicché, in tale contesto ordinamentale lo stato d'eccezione è solo un'altra faccia, un'immagine speculare del medesimo ordinamento ed, in ultima analisi, un modo di essere dello stesso in condizioni di emergenza⁶². Evidente risulta, allora, la costante ricerca di un fondamento legale dell'eccezione; e tale dato conferma l'esitazione della borghesia emergente di fronte a stati d'eccezione apertamente illegali, nella costante ricerca di una loro legittimazione ordinamentale. E, difatti, circoscrivere lo stato d'eccezione consente di incasellare l'emergenza all'interno dell'ordinamento, che in questo modo rappresenta, ad un tempo, il fondamento e il limite dello stesso.

Occorre, però, sottolineare la possibile deriva per cui la sospensione di norme costituzionali possa facilmente degenerare in sospensione totale della Costituzione. Ed evidentemente una modifica permanente dell'ordine vigente non

⁶² Così P. PINNA, *op. cit.*, p. 15 che, a tal proposito richiama le ordinanze del 26 luglio 1830 considerate colpo di Stato: “*in effetti, l'esercizio dei poteri d'eccezione sconfinava nel colpo di Stato, giacché il monarca con le ordinanze menzionate aveva tentato di 'esautorare' stabilmente il Parlamento, sciogliendolo e al tempo stesso modificando la legge elettorale [...] in questo modo il re tentava di modificare le leggi e perfino la Costituzione [...]. Al monarca era attribuita la potestà sovrana solo riguardo allo stato di eccezione, cioè all'azione necessaria per garantire la sicurezza dello Stato. Veniva consentito, dunque, esclusivamente di sospendere le leggi, ma non di modificarle, ovvero di eliminarle per sempre [...]*”.

configura più semplicemente uno stato d'emergenza, ma incardina un nuovo assetto ordinamentale. Proprio a questo punto si inserisce la discrasia tra crisi costituzionale ed emergenza⁶³, laddove in quest'ultima la disciplina emergenziale è intrinsecamente provvisoria - diretta a rendere se stessa non più necessaria; mentre, nel caso di crisi costituzionale, il fatto eccezionale mira ad introdurre deroghe alla Costituzione vigente al (mal celato) fine di modificarla per via illegale. Orbene, si vedrà che l'unica ipotesi di eccezione accolta non mette in discussione l'ordinamento costituzionale esistente, anzi opera per la sua conservazione ponendosi sempre e necessariamente come fenomeno endogeno⁶⁴.

Proseguendo la disamina delle esperienze europee, la singolarità delle vicende susseguitesi nella Repubblica di Weimar suggerisce di non addentrarsi nei meandri di provvedimenti che, a dispetto della autoqualificazione in termini emergenziali, rappresentano - a tutti gli effetti - gli atti fondanti il regime nazionalsocialista⁶⁵. Per il limitato profilo d'interesse, quanto alla clausola d'emergenza prevista dall'art. 48 della Costituzione del 1919, basti ribadire la mancanza di un vero e proprio fatto straordinario "giustificativo" del ripetuto ricorso alla straordinarietà⁶⁶. E, tuttavia, la preliminare lodevole intenzione di normare tale ricorso ai fini di un contenimento del potere esecutivo ha subito prestato il fianco ad una previsione (quella proprio contenuta nell'art. 48) che ha per la prima volta introdotto uno stato d'emergenza interna, con spropositati poteri in capo al Presidente non controbilanciati da simmetrici controlli dell'organo

⁶³ Per una trattazione dell'argomento v. P. PINNA, *op. cit.*, p. 77 e ss..

⁶⁴ Sul punto v. anche V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova 1986, p. 126 e ss..

⁶⁵ La letteratura sull'esperienza weimariana è vastissima; per un'ampia e sistematica ricostruzione degli sviluppi politici della Repubblica di Weimar drammaticamente conclusa con l'ascesa al potere del nazismo, si rinvia a E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar (1918 – 1933)*, traduzione italiana, Torino, 1966, in particolare 609 e ss.; AA. VV., *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, a cura di G. GOZZI e P. SCHIERA, Bologna, 1987; AA. VV., *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, a cura di G. ARRIGO e G. VARARO, Roma, 1982; C. AMIRATE, *Il modello costituzionale weimariano: fra razionalizzazione, leadership carismatica e democrazia*, in AA. VV., *Democrazia e forma di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, a cura di S. GAMBINO, Rimini, 1997.

⁶⁶ Per il contenuto del noto capoverso di riferimento della disposizione citata, si rinvia alla nota n. 34.

rappresentativo della sovranità popolare⁶⁷. Così formulato – e di certo in concomitanza con una pluralità complessa di fattori – l’art. 48 ha certamente spianato la strada al triste avvento della dittatura nazionalsocialista.

Giungendo all’esperienza italiana, la Costituzione ha tradotto la precisa scelta di campo di non disciplinare espressamente le situazioni di emergenza nazionale, eccezion fatta per il caso di guerra. La lezione del recente passato e l’obbligo di difendere l’avvenire dal ritorno di un regime illiberale hanno consigliato estrema cautela nella scrittura di norme sui poteri emergenziali, per cui la scelta di prevedere una clausola generale esplicita sullo stato di emergenza è stata scartata consapevolmente, così come non hanno trovato seguito le proposte di inserimento di poteri all’esecutivo per fronteggiare emergenze differenti dallo stato di guerra⁶⁸. Questi i motivi che spiegano il mancato rinvenimento preciso, in Costituzione, di riferimenti ad uno stato d’assedio, ad una emergenza interna o all’attribuzione di una qualsivoglia competenza degli organi responsabili a gestire gravi eccezionalità⁶⁹.

⁶⁷ In estrema sintesi, il 28 febbraio 1933, poche settimane dopo esser divenuto cancelliere, Hitler proclama il *Decreto per la protezione del popolo e dello stato* (noto anche come “Decreto dell’incendio del Reichstag”). Tale decreto sospende alcuni diritti costituzionali, in particolare i sette articoli della Costituzione della Repubblica di Weimar che riguardano le libertà personali, di espressione, di associazione, di stampa e la privacy dei cittadini. Ciò è previsto dallo stesso art. 48 della Costituzione che regola lo stato di eccezione: in caso di necessità, per garantire la sicurezza pubblica, alcuni articoli della Costituzione possono essere sospesi; al comma 2 vengono indicati esattamente i sette articoli citati nel decreto voluto da Hitler e firmato dal Presidente Hindenburg. Tale decreto non sarà mai revocato, sicché il Terzo Reich può considerarsi un lungo stato di eccezione durato 12 anni.

⁶⁸ Come dimostrano i lavori dell’Assemblea Costituente, benché in seconda Sottocommissione si suggerì di prevedere una procedura diretta a dichiarare lo stato di assedio, la proposta non ebbe seguito per i pericoli che sarebbero potuti derivare alle libertà fondamentali dall’attribuzione di un tale potere ad un organo monocratico. Diverse furono le argomentazioni del rigetto. Da un lato, si sostenne che “*il terreno delle misure emergenziali, di quelle solitamente adottate in nome della legge di necessità, per la tutela dell’ordine pubblico, per la sicurezza dello Stato, è un campo irto di pericoli; e può diventare il terreno dell’arbitrio*”; così l’on. La Rocca in II Sottocommissione, www.nascitacostituzione.it/appendice/II. Non mancò poi chi argomentò anche che, sospendere i diritti di libertà in altre situazioni avrebbe potuto condurre a sospendere la stessa idea di democrazia, ravvisandone una “*contraddizione palese*”; in questi termini B. CHERCHI, *Stato d’assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell’Assemblea costituente*, in *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 1981, 1108 e ss..

⁶⁹ Così si esprime G. MOTZO, *Assedio (stato di)*, in *Enc. Dir.*, vol. III, Milano, 1958, 260.

2.1. - Il diritto che si afferma senza negarsi: la peculiarità dello *iustitium* nel diritto romano

A completamento della rassegna delle risposte ordinamentali al caso d'eccezione non previsto non può di certo mancare il riferimento all'esperienza più paradigmatica di emergenza endogena; e così, il primo e più limpido esempio di diritto di necessità nello stato di normalità (e dunque di emergenza disciplinata dal diritto) va, senza dubbio, ricercato nella “saggia invenzione”⁷⁰ della dittatura temporanea sperimentata nella Roma antica dal V al III secolo a.C..

Questo *imperium maximum* “a termine” era finalizzato a garantire il ripristino delle condizioni di normalità in caso di concreto pericolo per l'esistenza stessa della Repubblica; con il *senatus consultum ultimum* il Senato emetteva una misura eccezionale che consegnava ai magistrati un potere illimitato, ossia non regolato da norme, grazie alla proclamazione dello *iustitium*, con cui le leggi venivano momentaneamente sospese⁷¹, con l'unico “controlimite” del divieto di abrogare la Costituzione⁷². Nel tempo di emergenza gli istituti repubblicani venivano solo parzialmente e temporaneamente sospesi, con una deroga nel segno della continuità giuridica di tutte le competenze ordinarie, che non entravano in conflitto con l'attività straordinaria. La singolarità di questa emergenza in ordinamento è, pertanto, racchiudibile nella sua circoscritta temporaneità. Per cui, a differenza della tirannide, lo *ius singulare*⁷³ dell'esperienza italica si ritrae spontaneamente dopo il periodo di crisi, preordinato alla conservazione dello *status quo ante*. E tuttavia, più che temporaneo, l'istituto è stato accostato ad uno stato d'eccezione ‘precario’, considerato l'obbligo di abdicazione del dittatore non

⁷⁰ Per usare l'espressione di C. SCHMITT, *La dittatura: dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma-Bari, 1975, p. 15.

⁷¹ E. REDAELLI, *Legge ed eccezione*, cit., ivi.

⁷² G. MARAZZITA, *op. cit.*, p. 60.

⁷³ Per le differenze tra *ius singulare* e diritto particolare o *privilegium*, v. O. ROBLEDA, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, II ed., Roma, 1979, p. 223.

appena conclusa la crisi (e, dunque, anche prima della scadenza del termine), così permettendo il ritorno alla normalità repubblicana.

L'istituto dello *iustitium* è stato, altresì, definito alla stregua di una "legittima difesa collettiva"⁷⁴ attributiva di un potere di azione *extra ordinem* per preservare la *res publica* in caso di imminente pericolo per il bene comune. D'altronde il termine *iustitium* deriva da "*ius e sistere*", evocando un arresto provvisorio del diritto che, come detto, non evoca una sospensione assoluta dell'ordinamento giuridico, prevedendo l'intangibilità di un nucleo minimo di garanzie costituzionali⁷⁵. Diversamente, le dittature del I secolo furono caratterizzate dalla perpetuità, ed il nome e la forma del vecchio istituto finirono per concretizzare una *fictio* allorché la necessità non riguardava, in tali casi, la sedizione di una rivolta o la cacciata di un nemico ma la rifondazione di un nuovo ordine politico, ribaltando la forma repubblicana attraverso la concentrazione dell'*imperium* in un solo uomo. È, allora, evidente che il regime dittatoriale perpetuo si collochi in senso letterale *extra ordinem*, perché irriducibile all'ordinamento in vigore e, rispetto ad esso, antinomico.

Breve. È chiaro che il passaggio dalla temporaneità alla perpetuità della carica - più che la necessità di affrontare una contingenza straordinaria - dimostra una chiara volontà di esercitare un potere stabile senza limitazioni temporali di sorta. Trattasi, dunque, di straordinarietà a senso unico, esempio di ricorso all'emergenza come ipotesi di "normalità straordinaria"⁷⁶, con le prerogative del potere emergenziale ma senza i limiti (temporali e funzionali) che dovrebbero caratterizzarlo.

⁷⁴ I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in Riv. Ass. it. Cost., n. 1/2021, 112.

⁷⁵ Tale interpretazione trova conferma nella traduzione dello *ius sistere*, cioè del diritto che subisce un blocco soltanto momentaneo, diversamente dal diritto che rimane immobile (*ius stare*), producendo un vero e proprio vuoto giuridico. Così L. GAROFALO, *In tema di iustitium*, in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova 2008, p. 69. *Contra*, invece, G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 56, secondo cui la derivazione del termine da "*ius e stare*" farebbe propendere per la tesi che l'istituto comportasse una vera e propria paralisi del diritto, addirittura un blocco totale dell'ordinamento giuridico *tout court*, da cui sarebbe scaturita una sfera discrezionale assai ampia per i magistrati. Da qui la sua pungente descrizione come un "*paradossale istituto giuridico che consiste unicamente nella produzione di un vuoto giuridico*".

⁷⁶ Così G. MARAZZITA, *op. cit.*, p. 75.

3. – I limiti invalicabili dell’eccezione: necessario incontro tra legalità e necessità a garanzia dello stato di diritto

La critica disamina delle esperienze del passato consente di esplicitare una sorta di problematica predisposizione storica alla “legalizzazione” - tramite i fatti emergenziali - dell’esercizio di poteri svincolati dall’osservanza dei principi fondamentali dell’ordinamento. Ed è chiaro, però, che l’evoluzione verso forme di governo più complesse abbia rappresentato un ostacolo a tale tendenza sul presupposto che uno stato di diritto, per definirsi tale, deve poter anzitutto “limitare” il potere sovrano⁷⁷. D’altra parte, lo sciagurato epilogo di alcuni dei più drammatici passaggi epocali ha pienamente convinto i Costituenti a realizzare una graduale opera di razionalizzazione degli stati d’eccezione attraverso la predisposizione di rigidi argini a garanzia dei diritti individuali⁷⁸.

Risulta facile comprendere, infatti, come lo stato di eccezione, in termini di modifica ‘temporanea’ del sistema di produzione normativa, finisce per comportare indubbiamente una compressione dello stato di diritto preesistente. E se è così, sembra ancor più evidente che tale regime speciale e derogatorio debba senza

⁷⁷ Per una breve, ma incisiva considerazione dei limiti democratici a perimetro di ogni stato d’emergenza v. F. CERQUOZZI, *“Stato d’emergenza” e Costituzione*, in www.iusinitinere.it del 26.3.2020, 4 e ss.. Sul punto cfr. anche E.A. IMPARATO, *Lo stato d’eccezione e forme normative nell’ordinamento italiano tra stato di diritto e sindacato di conformità*, cit., p. 3, secondo cui “lo stato eccezionale, qualunque esso sia (e l’assetto ‘speciale’ che ne deriva con la provvisoria deroga, insieme allo stato di diritto, ai principi di legalità e separazione dei poteri/competenze), può comportare un’alterazione momentanea della “normalità” costituzionale – intesa come regime generale - solo in ossequio alle disposizioni della Costituzione e alle leggi”. Per una netta presa di posizione in tal senso v., anche, le considerazioni di G. MARAZZITA, *op. cit.*, pp. 157-158 in cui l’importanza di una legalizzazione delle risposte eccezionali viene argomentata in tal guisa: “[...] Diversamente, in una visione “pangiuridica”, che ricomprenda anche gli stati d’emergenza illegali, il diritto sarebbe tutto e quindi niente, venendo ridotto a notaio della storia: questa impostazione finirebbe per legittimare ogni potere, ogni ordine, ogni procedura che venisse posta in essere durante la fase emergenziale, sull’unico presupposto che “così è”. L’effettività prevarrebbe sulla deontica, il fatto sulla norma, la descrizione sulla prescrizione, il potente sul legittimo [...]”.

⁷⁸ Sarebbe così sintetizzabile la “questione cruciale” della teoria del costituzionalismo moderno secondo I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., p. 115.

dubbio porsi in un rapporto di connessione con le regole dello stato di diritto⁷⁹, che - laddove sacrificato - va necessariamente ripristinato⁸⁰ nella sua essenza valoriale. Pertanto, questa garanzia di continuità con l'assetto ordinamentale preesistente non deve passare per una contrazione, seppure transitoria, del principio di legalità e di quello della separazione dei poteri. L'ulteriore precipitato è, quindi, la permanenza di uno stato di diritto a livello minimo anche a fronte di uno stato di eccezione di estensione massima, laddove una mancanza di giuridicità porterebbe, paradossalmente, ad un fenomeno inammissibile, ovvero ad una produzione normativa non conforme al sistema costituzionale⁸¹. Ed è inutile dire, infatti, che si tratta di non recidere il legame con l'ordine giuridico preesistente e di non eliminare, di riflesso, qualunque ipotesi partecipativa e di controllo dei destinatari delle norme, al punto da instaurare uno Stato che corrisponde concettualmente a quello dittatoriale, al di sopra del diritto.

Si è visto come, per palesare l'essenza dell'autorità statale, il decisionismo definisce lo stato d'eccezione nella sua forma assoluta ed estrema come irriducibile al diritto, e, appunto, la decisione come ciò che resta nell'attesa che la norma venga ripristinata. Tali considerazioni sull'emergenza fanno da eco ad una riflessione ancor più ampia sui limiti del diritto e sulla modificabilità dell'ordinamento in situazioni di crisi nella ricerca di strumenti atti a fronteggiarla e superarla senza

⁷⁹ Parla di rapporto "inversamente proporzionale" tra stato di diritto e stato di eccezione E.A. IMPARATO, *Lo stato d'eccezione e forme normative nell'ordinamento italiano tra stato di diritto e sindacato di conformità*, cit., 4 e ss..

⁸⁰ Sulla finalità di ripristinare lo stato di diritto preesistente v. anche A. DI GIOVINE, *Guerra e democrazia*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur*, vol. XVI, 2003, passim.

⁸¹ E' quello che lo stesso Agamben definisce "spazio libero dal diritto", ove le decisioni sono meramente politiche e finalizzate ad un obiettivo primario rappresentato dalla salvezza dello Stato. Per i riferimenti v. nota n. 17. Quest'ultimo può essere paragonato all'"*Extra Legal Measures Model*", illustrato da O. GROSS, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, in *112 Yale L. J.*, 2003, 1096 e ss.. Per gli sviluppi dell'idea di uno "spazio libero dal diritto" appare, senza dubbio, doveroso il rinvio agli approfondimenti della dottrina tedesca, in particolare A. KAUFMANN, *Rechtsfreier Raum und eigenwortliche Entscheidung*, in *Festschrift fur Maurach*, Karlsruhe 1972, p. 327 ss. e W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Gegenrede. Aufklarung - Kritik - Offentlichkeit. Festschrift vfur Ernst Gottfried Mahrenholz*, H. DAUBLER-GMELIN, K. KINKEL, H. MEYER, H. SIMON (a cura di), Baden 1994, p. 739 ss.; nella dottrina italiana rimarca efficacemente i confini tra spazio libero dal diritto e spazio libero dall'illecito A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2018, p. 164 ss..

ricorrere a misure d'eccezione esterne o completamente anomiche, lesive dei diritti fondamentali. In altre parole, l'emergenza costringe a scegliere tra uno stato d'eccezione assoluto ed uno stato d'eccezione relativo come di un diritto di necessità ma nell'ordine normativo. E, seppure l'eccezione non possa essere fattualmente circoscritta e resa conforme ad una legge precostituita, a ben guardare ciò che risulta ammissibile è solo la sua accezione "relativa", vincolata al sistema di diritto preesistente, che, pur comportando la sospensione/deroga di diritti e garanzie rimane immanente al sistema per la presenza di limiti inderogabili, che formulano una mutazione, pur sempre di diritto (di necessità), ma connessa all'ordine legale costituzionale. Del resto, solo all'interno di uno stato di eccezione relativo, che imbrigli l'emergenza entro principi e limiti giuridici inderogabili, viene permessa la fedeltà dello Stato alla *Rule of Law*⁸².

Se, dunque, l'unica emergenza che può interessare il giurista è un fenomeno endogeno, interno all'ordinamento costituzionale, ne deriva che nelle norme inderogabili di quell'ordinamento lo stato d'eccezione troverà non solo il fondamento, ma anche il limite, non potendo le misure emergenziali derogare e/o sospendere norme ordinarie assunte come inviolabili dal sistema giuridico. E su questa linea si colloca il citato riferimento all'istituto della dittatura temporanea della Roma della prima repubblica,⁸³ laddove lo stato d'eccezione 'intermedio', connettendosi ad eventi straordinari più o meno sostanzialmente previsti dall'ordinamento, può portare solo ad una sospensione o, meglio, limitazione delle regole ordinarie per il ripristino dello stato di diritto vigente. Per tale via, la democrazia, per quanto fortemente sollecitata, resta mediata dall'osservanza delle competenze e procedure costituzionalmente normate e che pure attribuiscono funzioni eccezionali. Ed è chiaro che il fatto che l'emergenza giuridica si possa manifestare solo in una disciplina eccezionale contestualmente legittimata-limitata dal sistema giuridico vigente, declina immediatamente il discorso sui limiti del

⁸² I. MARCHI, *Stato di eccezione, istanze securitarie e diritto penale*, in A.A. V.V. *L'eccezione nel diritto*, cit., p. 5.

⁸³ C.L. ROSSITER, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Read Books, Routledge, London, 2013, p. 18.

diritto eccezionale⁸⁴. D'altronde, se l'ordinamento potesse validamente autorizzare qualsiasi potere eccezionale dovrebbe, in ultimo, ammettere la natura giuridica di poteri irriducibili alle previsioni ordinamentali⁸⁵, e così non può essere.

Per scongiurare, dunque, la portata antinomica dello stato d'eccezione, risulta evidente la necessità di un potenziamento del sistema di limiti volti ad orientare l'eccezione verso profili di ragionevolezza. Ecco che, allora, si insinua un primo ordine di confini "interni" di tipo temporale, spaziale, di contenuto e di oggetto. I limiti "esterni" o "formali" pongono, invece, un raffronto tra sottosistema straordinario e sistema giuridico complessivo, traducendosi nella condizione necessaria per affermare la natura legittima della disciplina emergenziale. Trattasi di limiti direttamente deducibili dal diritto oggettivo e che, dunque, divengono a loro volta, prescrizioni soggettive, di procedimento, e, dunque, di competenza, allorché i poteri straordinari non possono essere esercitati da soggetti diversi da quelli indicati dalle norme attributive, né secondo procedimenti difforni dalle previsioni ordinamentali.

In sintesi, lo stato di eccezione in senso forte non può trovare spazio nel nostro ordinamento⁸⁶, non essendo ammessa alcuna possibilità di sospensione del diritto, né spazio ad aree di indistinzione tra diritto e mera forza. D'altronde la nostra Carta fondamentale si apre con un chiaro monito: la sovranità appartiene al popolo ed è esercitabile solo nelle forme e nei limiti della Costituzione. Pertanto, anche quando è la necessità a farsi legge, essa incontra dei limiti nei principi generali dell'ordinamento giuridico, tali per cui le misure intraprese devono essere circoscritte nel tempo, nello spazio e nell'oggetto, nonché funzionali e proporzionali. È, dunque, in definitiva solo tramite i principi fondamentali che è possibile calibrare un imprescindibile punto di incontro tra principio di legalità e

⁸⁴ Per un ampio approfondimento sui limiti dello stato d'eccezione si veda, per tutti, G. MARAZZITA, *op. cit.*, p. 237 e ss..

⁸⁵ Così, esaminando il problema della rivoluzione e del colpo di stato, come fatti creativi di diritto secondo il diritto internazionale, H. KELSEN, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, (1944), trad. it. S. COTTA - G. TREVES (a cura di), Milano, 1984, pp. 373-374.

⁸⁶ Sulla ammissibilità di uno stato d'eccezione solo in senso "debole", T. EPIDENDIO, *Il diritto nello "stato di eccezione" ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*, cit., p. 4, secondo cui: "[...] anche durante la permanenza di situazioni eccezionali non si può ritenere che il diritto abdichi a se stesso [...]".

principio di necessità, a garanzia dello stato di diritto. L'emergenza, *rectius* il diritto di necessità, non può andare oltre il “*minimo costituzionale*”, quel nucleo duro e indefettibile dell'ordinamento, oltre il quale si valica il potere costituito per tornare al potere costituente⁸⁷.

4. – L'eccezione nella Costituzione: sintesi di una risposta endogena

Inutile dire, però, che è lo stesso ricordo ancora vivo delle drammatiche vicende del passato e la necessità di difendere l'avvenire dal ritorno di regimi illiberali a spiegare la grande ritrosia alla formalizzazione di una disciplina degli eventi eccezionali che ha caratterizzato le esperienze costituzionali del dopoguerra. L'atteggiamento particolarmente prudente e compromissorio dell'Europa sul fronte della scrittura di norme sui poteri emergenziali cela, difatti, proprio il timore di una facile degenerazione, a discapito dei diritti fondamentali. In particolare, sebbene in presenza di qualche autorevole voce favorevole all'introduzione di uno stato di eccezione nella forma dello stato di assedio in Italia⁸⁸, in ultimo ha prevalso un atteggiamento a tanto ostile, dettato certamente dal timore di giungere – tramite l'introduzione di un ordinamento di eccezione – alla “soppressione totale di tutte le libertà costituzionali, di tutte le garanzie”⁸⁹.

⁸⁷ G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, Giappichelli, 2000, p. 173.

⁸⁸ Così C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, cit., p. 194. Per un commento della posizione dell'Autore, v. L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, cit., p. 479.

⁸⁹ In questi termini il deputato G. Dossetti, nel corso della discussione della prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione tenuta il 2 ottobre 1946, consultabile su *nascitacostituzione.it*. In generale, sulle ragioni dell'esclusione dalla nostra Costituzione di situazioni eccezionali si rinvia alla lettura dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Camera dei deputati (a cura di S.M. CICCONE), Roma, 1970. In dottrina, v. anche P. CAPPELLINI, A. CARDONE, *Le sorti dell'eccezione nell'esperienza costituzionale italiana. Stato democratico pluralista e poteri extra ordinem*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, A. RUGGERI (a cura di), Torino, 2016, p. 399.

La preferenza del Costituente si è, dunque, chiaramente espressa nella direzione di non codificare in alcun modo lo stato d'eccezione, se non per il caso di guerra. La previsione di una clausola generale esplicita sullo stato di emergenza per fronteggiare contingenze imprevedibili fuori dalla normalità ha subito uno scarto per il rischio di 'scivolare' nell'arbitrio, con inammissibile impatto sulla tenuta democratica dell'ordinamento e sull'effettivo godimento dei diritti e delle libertà fondamentali⁹⁰. E proprio per ovviare ad una tale deriva illiberale la proposta volta a far ricomprendere nell'art. 78 Cost. situazioni diverse da quelle dell'emergenza bellica internazionale non ha trovato seguito,⁹¹ né è rinvenibile in Costituzione alcun riferimento preciso allo stato d'assedio, all'emergenza interna latamente politica finalizzata a sovvertire l'ordine costituito oppure alla competenza degli organi responsabili a gestire gravi eccezionalità⁹². Così, lo "stato di guerra" risulta l'unico fatto emergenziale regolato dalla Carta costituzionale⁹³, escludendo qualsivoglia lettura estensiva⁹⁴ dell'art. 78 e privilegiando - anche al cospetto di una situazione di eccezionale emergenza come l'evento bellico - il coinvolgimento dell'organo direttamente rappresentativo della sovranità popolare.

Ora, benché il potere emergenziale non trovi un riferimento scritto nella Carta fondamentale, se ne rinviene un sicuro fondamento implicito nella suprema garanzia di conservazione della Repubblica⁹⁵. Come pure la mancanza di una specifica norma che disciplini lo stato d'emergenza non significa che le diverse

⁹⁰ I.A. NICOTRA, *ult. op. cit.*, 117.

⁹¹ Per una disamina delle diverse argomentazioni di tale rigetto v. B. CHERCHI, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 1981 p. 1108 e ss.; M. PIAZZA, *L'illegittima "sospensione della costituzione" prevista nel cosiddetto c.d. "Piano Solo"* in *Giur. Cost.*, 2001, 804 e ss.; L. BUSCEMA, *Lo stato di emergenza e la (irrinunciabile) saldezza dei valori di libertà in un ordinamento democratico*, in *Democrazia e Sicurezza- Democracy and Security Review*, anno VII, n. 1/ 2017, p. 59 e ss..

⁹² G. MOTZO, *Assedio (stato di)*, cit., 260.

⁹³ In senso critico, circa la poca adattabilità dell'art. 78 Cost. al cambiamento del concetto di guerra rispetto ai modelli tradizionali cfr. F. RIMOLI, *Emergenza e adattamento sistemico. Sui limiti di resilienza degli ordinamenti democratici. Parte Prima*, in *Lo Stato, Rivista Semestrale di Scienza costituzionale e teoria del diritto*, n. 14, 2020, 164.

⁹⁴ Per una posizione critica, secondo cui per l'emergenza sanitaria da virus SARS-CoV-2 si sarebbe potuto applicare l'art. 78 attraverso una lettura evolutiva della nozione di guerra rispetto all'emergenza sanitaria v. A. CELOTTO, *Necessitat non habem legem?*, Modena, 2020, p. 60.

⁹⁵ In questo senso, G. DE MINICO, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, p. 39.

situazioni eccezionali di necessità ed urgenza non trovino una copertura costituzionale⁹⁶. Anzi, al contrario, nella Carta fondamentale esistono molteplici riferimenti a situazioni eccezionali legittimanti (art. 13 e 81 Cost.), di urgenza (artt. 13, 21, 72, 73 e 77 Cost.), così come a situazioni di necessità (art. 13, 50 e 77 Cost.), senza, tuttavia, ammettere mai la possibilità di una sospensione del diritto o una attribuzione di pieni poteri⁹⁷. Occorre pure senz'altro specificare che una disciplina dello stato d'emergenza è stata, successivamente, introdotta con legge ordinaria, ed è precisamente rinvenibile nell'art. 5 della legge inerente all'istituzione del Servizio Nazionale della Protezione civile (l. n. 225 del 24 febbraio 1992), poi confluita nel Codice della Protezione Civile (D.lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018). Così, in nome di una specifica "autorizzazione legislativa" viene consentita la deroga al regime generale ordinario, con provvedimenti atti ad incidere - a determinate condizioni - sulla sfera delle libertà fondamentali direttamente garantite da precetti costituzionali, e ciò mediante uno spostamento delle competenze di produzione normativa in capo all'esecutivo.

Il presupposto fattuale per l'attivazione di un tale meccanismo è l'eventualità di una emergenza di rilievo nazionale (art. 7 lett. c del già menzionato Codice di protezione civile); e, dunque, al verificarsi di eventi straordinari "che per intensità ed estensione debbono, con immediatezza dell'intervento, essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari" prende avvio il procedimento di attivazione e gestione dell'emergenza. La fase procedimentale di apertura dello stato di emergenza vede come protagonista il Governo, con emarginazione del Parlamento da qualunque valutazione o intervento neanche di gestione. È, inoltre, prevista la necessaria delimitazione temporale⁹⁸ con l'individuazione di "durata ed

⁹⁶ Sviluppa il concetto F. COLONNA, *Stato di pericolo pubblico e sospensione dei diritti di libertà dei cittadini*, in *Dem. e Dir.*, 263 e ss.: "[...] i costituenti ritennero che, senza prevedere particolari situazioni di emergenza, la possibilità di interventi straordinari in casi eccezionali di necessità e urgenza, era prevista in alcuni casi espressamente indicati (13.3, 21.4 e 77 Cost.) [...]".

⁹⁷ Come efficacemente puntualizzato da T. EPIDENDIO, *op. cit.*, 2.

⁹⁸ Ai sensi dell'art. 24 c. 3 del Codice Protezione Civile "La durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i 12 mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi"; Il ristabilimento del precedente ordine sospeso è garantito all'art. 26 del Codice rubricato: "Ordinanze volte a favorire il rientro nell'ordinario a seguito di emergenze di rilievo nazionale" cui provvedere "almeno 30 giorni prima" della scadenza dello stato di emergenza di rilievo nazionale.

estensione territoriale” in considerazione dell’evento emergenziale. E, dunque, una volta dichiarato lo stato d’emergenza, sono ammesse limitazioni dei diritti pur con il limite essenziale della conservazione dello Stato di diritto (la c.d. legalità dei periodi eccezionali).

Per concludere, come più volte ribadito, anche quando è la necessità a farsi legge, questa incontra dei limiti, da ravvisarsi “nei principi generali dell’ordinamento giuridico”, tali per cui le misure intraprese dovranno necessariamente avere i caratteri della genericità ed astrattezza, limitazione temporale, irretroattività, giustificazione e proporzionalità rispetto allo scopo⁹⁹. E per vero, lo stato d’eccezione, inteso come sottosistema di atti e di norme che si innesta sulla parte ancora vigente dell’ordinamento giuridico, perché caratterizzato dalla natura antinomica dei suoi precetti, non può che essere espressione di un diritto di necessità temporaneo e strettamente funzionalizzato e formalizzato nei poteri in cui si estrinseca.

4.1. - La decretazione d’urgenza come esempio di “interiorizzazione” dell’eccezione contingente

Le ragioni che hanno indotto i Costituenti a non aprire varchi per i casi di emergenza non hanno impedito, tuttavia, di immaginare e predisporre la risposta ordinamentale al verificarsi di casi eccezionali e ‘straordinarissimi’¹⁰⁰. Una tale risposta è rinvenibile nello strumento della nota decretazione d’urgenza, che rappresenta un “fatto” cui la Costituzione vuole dare disciplina¹⁰¹, quale interiorizzazione ordinamentale della gestione delle emergenze ed espressione di

⁹⁹ F. CERQUOZZI, “Stato d’emergenza” e Costituzione, cit., 6.

¹⁰⁰ L’espressione è di C. ESPOSITO, *Decreti - legge*, in *Diritto costituzionale vivente, Capo dello Stato e altri saggi*, Milano, 1992, p. 183.

¹⁰¹ La tesi è di C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., p. 831 e ss., ripresa da F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, in *Dir. Soc.*, 1974; F. SORRENTINO e G. CAPORALI, *Legge (Atti con forza di)*, in *Dig. Pubbl.*, vol. IX, 1994, p. 15 e ss..

una competenza legislativa attribuita in via astratta al Governo, che si traduce in “atto” e diviene legittimamente esercitabile in vista di un caso di urgente necessità¹⁰².

Del resto, non potendosi ignorare l'esistenza di un diritto di necessità (pure scegliendo di non nominarlo espressamente), l'opzione per il decreto legge - quale *extrema ratio* per l'esercizio straordinario della funzione legislativa da parte dell'esecutivo - si è mostrata decisamente più controllabile. Ciò tramite la predisposizione dettagliata di una funzione normativa affidata al Governo che nel modello immaginato dai Costituenti avrebbe dovuto rappresentare una remota eventualità cui ricorrere sporadicamente, e solo per eventi connotati da grave anomalia¹⁰³. Nella fattispecie della decretazione d'urgenza la competenza normativa si concentra eccezionalmente nelle mani del Governo, tenuto solo a presentare gli atti dotati di forza di legge alle Camere, nello stesso giorno della loro adozione. Sia pure per un periodo temporale determinato e limitato, la potestà legislativa e gli effetti provvisori conseguenti sono adducibili, pertanto, al solo Governo, intervenendo il Parlamento solamente successivamente per ratificare o respingere l'atto.

Occorre rilevare come, salvo stabilire le condizioni di attivazione dell'eccezionale passaggio all'esecutivo della funzione legislativa, la Carta costituzionale nulla dispone dal punto di vista sostanziale. Così, i “casi straordinari di necessità e di urgenza” di cui al comma 2 dell'art. 77 Cost. potranno riguardare più e diverse situazioni, relative non solo ad eventi naturali, ma anche a comportamenti umani che mettano in pericolo la vita, l'incolumità o i beni della persona. Risulta, dunque, palese come - sia pure nel rispetto dei vincoli di provvisorietà e precarietà - il contenuto normativo della decretazione d'urgenza si

¹⁰² In questo senso v. L. CIAURRO, *Decreto legge*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 1988, 1 ss; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, p. 104 ss.; C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 835; C. FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, 1981, p. 122; parla dell'art. 77 Cost. come norma di chiusura del sistema F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sulle conseguenze della trasformazione del decreto-legge*, in *Scritti in memoria di Piras*, Milano, 1996, p. 467.

¹⁰³ D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli, 2014, p. 28 e ss..

riveli pressoché illimitato,¹⁰⁴ con esclusione delle sole materie indicate nell'articolo 72, comma 4, Cost., nonché della regolazione dei rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti. E d'altronde l'impossibilità di prevedere e catalogare le situazioni di necessità e di urgenza per la loro imprevedibilità nelle forme ed a seconda dei diversi contesti di riferimento, ha portato alla scelta di una formulazione generale ed elastica.

Ciò premesso, non è sostenibile che una fonte primaria possa sospendere o derogare previsioni costituzionali, come pure non è agevole ritenere che la necessità possa assurgere a fonte del diritto, costituendo essa - assieme all'urgenza - solo il presupposto giustificativo dei provvedimenti del Governo, per scongiurare danni irreparabili enfatizzati dalle lungaggini parlamentari¹⁰⁵. Infatti, la Costituzione richiede che al requisito della straordinarietà si accompagnino la necessità e l'urgenza¹⁰⁶, mettendo in rilievo l'indifferibilità di una disciplina normativa che non può attendere l'*iter* parlamentare di approvazione¹⁰⁷.

Va, tuttavia, ricercato nella straordinarietà il vero presupposto fenomenico del decreto legge in veste di 'fatto emergenziale', mentre la necessità e l'urgenza rappresentano il 'giudizio di necessità' che collega il fatto con lo stato d'eccezione nel momento effettivamente costitutivo della parentesi giuridica straordinaria. L'art. 77 Cost., dopo aver individuato nei "casi straordinari" il presupposto basilare della decretazione d'urgenza, richiede che il Governo ne assicuri la necessità. Ed allora quest'ultima, più che un dato di fatto¹⁰⁸, appare la

¹⁰⁴ F. MODUGNO, *ult. op. cit.*, p. 467; definisce la decretazione d'urgenza come "centro di riferimento delle emergenze innominate" G. MARAZZITA, *op. cit.*, p. 324.

¹⁰⁵ G.U. RESCIGNO, *Corso di Diritto pubblico*, Bologna, 1984, p. 253.

¹⁰⁶ Tra i sostenitori di una visione unitaria dei concetti di necessità e urgenza v. C. FRESA, *Le circostanze di necessità ed urgenza nella problematica del decreto legge*, in AA. VV., *Decreto legge e suoi aspetti problematici*, Roma, 1980, pp. 68-69; sembrano accedere a tale visione L. CIAURRO, *Decreto legge*, in *Enc. Giur.*, cit., p. 9; C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, cit., p. 834.

¹⁰⁷ I.A. NICOTRA, *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino, 2018, p. 386 ss..

¹⁰⁸ Così C. FRESA, *Le circostanze di necessità ed urgenza nella problematica del decreto legge*, cit. p. 71 e ss., il quale parla dell'urgente necessità come "fatto giuridico permissivo" ovvero "presupposto materiale del decreto legge"; in generale sui presupposti del decreto legge v. F. RIMOLI, *Presupposti oggettivi del decreto legge, sindacato di costituzionalità e trasformazioni della forma di governo*, in *Par condicio e Costituzione*, F. MODUGNO (a cura di), Milano, 1997, p. 231 e ss..

sintesi di un giudizio per nulla scontato demandato all'organo titolare del potere d'eccezione, che effettua - "sotto la propria responsabilità" - un bilanciamento tra i valori posti in pericolo dai casi straordinari e quelli che ne risulterebbero altrimenti compressi o sacrificati. Ed allora la scelta dello strumento del decreto legge - in luogo di uno stato di eccezione - mira non tanto ad introdurre regimi speciali, quanto ad assicurare una distribuzione più rapida del lavoro legislativo tra Governo e Parlamento sindacabile, in ultimo, dalla Corte costituzionale¹⁰⁹. Accertata, dunque, la necessità di ricorrere al potere straordinario (l'*an* dello stato d'eccezione), il decreto-legge potrà e dovrà contenere solamente i provvedimenti che si trovino in rapporto di stretta strumentalità con l'esigenza di fronteggiare la crisi, evitando abusi.

In verità, non può sfuggire a questo punto come l'uso improprio della decretazione d'urgenza¹¹⁰ abbia comportato, tuttavia, una trasfigurazione del decreto legge da fonte d'eccezione a strumento ordinario di attuazione dell'indirizzo politico¹¹¹. Ed invero, non può tacersi il fenomeno di radicale mutazione che, sin dagli anni Settanta, ha travolto la decretazione d'urgenza tanto da allontanarla dal modello immaginato dal Costituente, con un'attribuzione di fatto del potere legislativo al Governo in vasti settori¹¹²; e ciò grazie a una lettura ampiamente dilatata dei presupposti richiesti, a dispetto di una disciplina

¹⁰⁹ Nella sentenza n. 29 del 1995, consultabile al seguente link: www.giurcost.org/decisioni/1995/0029s-95.htm, la Corte Costituzionale ha chiarito che straordinarietà, necessità e urgenza costituiscono un requisito di validità costituzionale per l'adozione del decreto – legge, “*di modo che l'eventuale mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto legge*”, quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione, “*avendo quest'ultima nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l'esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e quindi convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione*”.

¹¹⁰ Per tutti, v. A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, Padova, 1997, passim; per una analisi sull'eccessivo ricorso a strumenti emergenziali nel nostro ordinamento si rinvia, *ex plurimis*, a G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, vol. IV, Napoli, 2008, p. 1966; A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, A. VIGNUDELLI (a cura di), Milano, 2009, p. 172.

¹¹¹ Individua le ragioni di tale trasfigurazione nell'uso improprio della decretazione d'urgenza D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli, 2014, p. 251.

¹¹² Così, P. CARETTI– U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 2008, p. 252.

costituzionale immutata dello strumento prescelto dal legislatore per la disciplina delle fattispecie eccezionali. Ed allora, in definitiva, le perplessità si riscontrano nel paradosso secondo cui mentre, nella teoria, l'intervento normativo poggia su un'emergenza contingente, in realtà, esso disciplina un fenomeno percepito come "permanente", con conseguente stabilizzazione di qualcosa che nasce provvisorio.

A ben vedere, nell'ambito dell'eccezione in senso relativo, il risultato è quello di un diritto emergenziale privo del carattere di temporaneità: in definitiva, un diritto ordinario figlio di una 'emergenza perenne'¹¹³, sintesi di un rafforzamento della eccezionalità nel contesto ordinario. Ed allora, posto che il caso eccezionale viene metabolizzato dall'ordinamento e mostra il suo più intimo collegamento con l'intero sistema giuridico, non può che darsi atto del travolgente impatto di un diritto di necessità evasivo dello stato di normalità.

¹¹³ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997, passim.

CAPITOLO II

ECCEZIONI NEL DIRITTO ED ORDINE NORMATIVO: PROFILI STORICO-DOMMATICI DELLA ‘NON’ PROVOCAZIONE AL REATO

SOMMARIO: - 1. La ‘non’ provocazione come attuazione del diritto di necessità nell’ordine normativo penale. - 2. Genesi di una speciale tecnica investigativa. - 3. Non provocazione al reato ed impunità: profili storico-dommatici e di politica-criminale. - 4. I modelli legislativi nelle tappe nella (dis)organica disciplina delle indagini passive. - 4.1. Lo Statuto normativo dell’agente ‘non’ provocatore. *Reductio ad unitatem*. - 4.2. Lo strumento investigativo alla prova della provocazione ‘coperta’ nel nuovo terreno di contrasto dell’emergenza-corruzione: stato dell’arte e sfide (ancora) in campo.

1. - La ‘non’ provocazione come attuazione del diritto di necessità nell’ordine normativo penale

Volendo calare le argomentazioni poc’anzi svolte sul diritto di necessità nel contesto normativo penale, nell’ambito dell’attività sotto copertura la stessa disciplina riferita ad eventuali forme ‘tipiche’ di ‘non provocazione’ al reato porta alla luce le sembianze di un modello giustificativo d’eccezione ogni qual volta invoca la non punibilità di chi, attraverso la propria condotta, in qualche modo contribuisca alla altrui perpetrazione di reati con evidenti finalità di tutela valori solidaristici.

Ebbene, è evidente che una fattispecie d’eccezione, calata nella sistematica penale, raccolga istanze politico criminali di tutela di interessi di ordine sostanziale¹¹⁴. Sicché proprio quell’inscindibile legame tra diritto penale e politica¹¹⁵ sembra farsi portavoce del ruolo nevralgico assunto da tali esigenze nella

¹¹⁴ Per una consapevole riflessione sul ruolo strumentale del diritto penale quale “delicatissimo *instrumentum regni*” che rivela chiaramente la sua dimensione politica, in collegamento con la sistematica giuspenalistica e i diritti fondamentali, si rinvia al fondamentale lavoro di S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, op. cit., p. 17.

¹¹⁵ D. PULITANO’, *Lezioni dell’emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *Sistema Penale* del 28.4.2020, 7.

costruzione del sistema penale moderno, a garanzia di una pacifica convivenza tra i consociati, rispettosa dei diritti dell'individuo¹¹⁶.

In tal senso, e proprio in questi termini, una visione meramente tecnicistica del sistema penale si coordina con riflessioni di chiara matrice politica; ed in virtù di ciò, la nostra analisi non può che richiedere e presupporre una siffatta costruzione metodologica, appuntando le esigenze solidaristiche su un sistema penale che si erge ad unica reale, benché sussidiaria¹¹⁷, risposta ordinamentale ad istanze coordinate di stato sociale e stato di diritto¹¹⁸.

In questa prospettiva, allora, la validità dell'osservazione di un diritto di necessità nello stato di normalità si staglia su una preliminare analisi dei profili storico-domatici dell'istituto qui oggetto d'esame, ai fini della più esatta collocazione della risposta penale all'eccezione nella disciplina della (non) provocazione al reato.

Ed ecco che a preludio di sviluppi ulteriori sulla tematica soccorrono alcune indispensabili premesse sui caratteri delle varie situazioni collocabili al di fuori di un tale 'stato di normalità'.

Si è appena visto come lo stato di eccezione, nella sua matrice più estrema associato ad una "terra di nessuno" collocata fra ordine giuridico e fatto politico¹¹⁹, passi per la dovuta sospensione¹²⁰ delle leggi ordinarie, la cui ipotesi assoluta si

¹¹⁶ Sul punto, ineludibile il riferimento a C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973, p. 12 ss.

¹¹⁷ La tensione verso l'*extrema ratio* dell'intervento penale all'interno di scelte di criminalizzazione viene sapientemente illustrata da S. MOCCIA, *ult. op. cit.*, p. 23 ss.; le aspirazioni ad un intervento penale 'minimo' e le tensioni verso una giustizia penale intesa quale "male necessario" vengono sintetizzate sulla scia di C. ROXIN, *Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, in *Radius* 1966, vol. III, 37; in tema, si vedano anche le acute considerazioni di G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, p. 37 ss..

¹¹⁸ Invoca l'esigenza della costruzione di un sistema penale che assuma come principi di riferimento i valori, normativizzati, di tipo politico-sociale, di derivazione liberal-solidaristica C. ROXIN, *Friminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1. Aufl., Berlin-New York 1970, trad.it. *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1986, passim.

¹¹⁹ L'espressione si deve a G. AGAMBEN, in www.gruppolaico.it, del 30.7.2020, 1 ss.

¹²⁰ La felice formulazione dello stato d'eccezione come "figura d'ordine sospeso", ove vige una "forza di legge senza legge" è sempre di G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 42.

esprime nel sovvertimento del sistema politico e legislativo esistente, con un rinnovo di principi e valori¹²¹.

Ebbene, una tale 'autonegazione del diritto' invoca, a sua volta, un disfacimento del sistema, per cui, sulle spinte della necessità ed improcrastinabilità dell'intervento, la legislazione eccezionale assurge ad estrema deroga innovativa. Ed è proprio nel carattere della innovatività che si coglie l'emblema dello stato d'eccezione, laddove la sospensione delle regole vigenti tende all'imposizione di un nuovo ordine.

Ma se lo stato d'eccezione è ispirato al rinnovamento, lo stato d'emergenza - all'opposto - raccoglie istanze conservative di sistema; e in considerazione di una tale ultima osservazione si può asserire come l'emergenza, nel presupposto di una tale continuità, miri alla salvaguardia dell'ordine tramite i valori che lo Stato tutela in condizioni di normalità.

Ed è proprio su tali premesse che ristagnano le più aspre critiche alla legislazione dell'emergenza nella materia in oggetto¹²², appuntate non solo (e non tanto) su un innegabile contrasto con il dettato ordinamentale, quanto sulla fonte di legittimazione dello stesso strumento penale, sganciata dal sistema giuridico per essere arbitrariamente ancorata alle istanze della politica¹²³, a difesa dello stato di diritto¹²⁴.

¹²¹ Così, P. TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Napoli, 2001, p. 13; l'Autore chiarisce come la legislazione d'eccezione non debba ritenersi in astratto e sempre in conflitto con l'ordinamento costituzionale, tranne laddove risponda alla finalità di sovvertirlo, mentre se volta ad eliminare turbative prodotte da fenomeni sociali incompatibili con i principi dell'ordinamento diverrà l'unico rimedio per la salvaguardia del sistema contro spinte o interventi eversivi o sovversivi.

¹²² G. RICCIO, *Emergenza*, in AA. VV., *Dizionario di diritto e procedura penale*, G. VASSALLI (a cura di), Milano, 1986, p. 281; G. NEPPI MODONA, *Legislazione di emergenza e istituzioni parallele nell'ordinamento penale*, in *Riv. di Storia contemp.*, n. 1/1979, vol. VIII, 89.

¹²³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 1990, p. 844. Sul punto H. HELLER, *Die Gleichheit in der Verhältnisswahl nach der Weimarer Verfassung*, Berlin, 1929, p. 19; per una recente trattazione monografica delle problematiche implicazioni connesse all'uso politico dello strumento penale, v. E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020, passim.

¹²⁴ Giustifica l'intervento politico su ragioni di convivenza sociale M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto in Italia tra otto e novecento. Il problema dei reati politici dal 'Programma' di Carrara al 'Trattato' di Manzini*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. II, 1973, p. 611.

In una tale prospettiva, allora, e giungendo ad identificare la premessa politico-ideologica dell'intervento statuale nella legislazione dell'ordine pubblico¹²⁵, la scelta incriminatrice pare dirigersi verso una logica di conservazione del sistema 'spuria', filtrata da precise scelte politiche.

Ed ecco che, nell'ottica di una legislazione di emergenza, lo sviamento dello strumento penale dalle finalità giuridiche originarie si traduce pure in un atteggiamento sociale di sfiducia nei precetti da parte dei destinatari della norma¹²⁶, con una "involuzione del sistema punitivo"¹²⁷ verso pericolose derive illiberali e autoritarie¹²⁸.

E proprio sugli effetti del modello della legislazione penale dell'emergenza¹²⁹ si è soffermata la più autorevole dottrina processualpenalistica, la quale, nei termini di una "perenne emergenza"¹³⁰ o di un "gigantismo penale"¹³¹, ha voluto stigmatizzare il male cronico del diritto penale moderno nella esasperazione di un modello di gestione dei problemi sociali basato su uno spasmodico ricorso a strumenti di politica legislativa repressiva.

¹²⁵ Per un'analisi specifica della nozione di ordine pubblico proiettata su scelte di indirizzo politico, si rinvia a C. FIORE, *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXX, Milano 1981, p. 1102; la corretta ricostruzione sistematica e teleologica dell'ordine pubblico viene compiutamente realizzata da S. MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXII Roma, 1990, passim. Inquadra chiaramente l'ordine pubblico nello "scopo" dell'intero ordinamento e, contemporaneamente, nel "presupposto della vita dello Stato" G. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli 1982, p. 69; sul punto cfr. A. SESSA, *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in *Trattato di diritto penale*, S. MOCCIA (diretto da), vol. V, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Napoli 2007, pp. 1-138.

¹²⁶ Così, C. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Torino, 1993, p. 10; in tal senso anche L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1990, p. 845.

¹²⁷ L'espressione è sempre di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 844.

¹²⁸ In tema G.U. RESCIGNO, *Democrazia autoritaria, diritti di libertà, progetto proletario*, in *Critica del dir.*, 1977, n. 10-11, p. 161 ss.

¹²⁹ Definito come "fenomeno endemico" da P. TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia*, cit., p. 176; in tal senso parla di "grammatica emergenziale", V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. Pen. cont.*, n. 5/2019, 309.

¹³⁰ Descrive in questi termini la significativa estensione dell'intervento penale divenuto, a tutti gli effetti, "la forma principale, se non la sola, di presenza legale dello Stato", S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 3; sui molteplici profili associati al vasto tema, più di recente, A. SESSA, *La fisiologica sistematicità dell'emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale penale compulsivo*, in *Ind. pen.*, n. 3/2016, 785 ss..

¹³¹ Così G. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza*, cit., p. 21.

D'altra parte, la progressione di strategie politico criminali improntate ad un "modello penale emergenziale"¹³² ha interessato settori sempre più vasti; ed è in un tale *trend*, come si vedrà, che si inserisce la recente estensione delle tecniche di indagine "mascherata" alla lotta al mercimonio nelle funzioni pubbliche¹³³.

Orbene, convalidando l'estrema attualità e l'elevata importanza delle cruciali questioni in campo, la consapevole necessità di rinvenire una convergenza tra politica penale e Costituzione spinge a ricercare soluzioni d'eccezione che operino necessariamente all'interno di un contesto di 'normalità', *rectius* ordine normativo.

E ciò anche (e soprattutto) considerata la notevole valenza del diritto penale, già sotto il profilo ideologico, quale terreno naturale e privilegiato sul quale far progredire il livello civile del Paese, l'uguaglianza tra i cittadini, ed *in primis* le condizioni stesse di esistenza¹³⁴. Pertanto, adattando le maturate riflessioni alle peculiarità del contesto penale, la cultura giuridica saprà 'metabolizzare' fattispecie d'eccezione solo formulando risposte di necessità all'interno dell'ordine normativo, così preservando l'efficienza simbolica dei valori costituzionali.

Breve. Dall'eccezione al diritto all'eccezione 'nel' diritto, la teoria liberale apre le sue porte ad essa solo a condizione che ricada all'interno della sfera della

¹³² Parla di "fisiologica politica penale dell'emergenza" 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., 2/2020, 2; riferendosi all'ascesa della corruzione a questione criminale nazionale, V. MONGILLO *La legge "spazzacorrotti"*, ult. op. cit., 308 ss., secondo cui: "[...] la repressione della corruzione è solo uno dei numerosi comparti dell'odierno diritto penale in cui ha attecchito la filosofia emergenziale, sempre meno 'speciale'"; Id, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, in Dir. pen. cont. 1/2019, 161 ss.; T. GUERINI, *Antimafia e anticorruzione nell'epoca del furore punitivo*, in Arch. Pen., 3/2019, 2 ss..

¹³³ Il riferimento va all'estensione dell'ambito di operatività delle operazioni sotto copertura ad alcuni dei più gravi delitti contro la pubblica amministrazione per effetto della l. 3/2019, nota come "Spazzacorrotti"; tra i numerosi commenti all'intervento normativo, T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in Arch. pen. n. 3/2018, passim; F. CINGARI, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, in www.lalegislazionepenale.eu, del 1.8.2019, passim; M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella "nuova legge spazza corrotti". Il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in Cass. Pen., n. 1/2019, 44 ss.; R. ORLANDI, S. SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Torino 2019, passim.

¹³⁴ Così M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale, 1883 – 1912*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. I, pp. 632-633.

legittimità, evitando sospensioni della legge in un sistema che non può esimersi dalla sua funzionalità sostanziale, intimamente connessa a normativizzati valori politico-sociali di derivazione liberal-solidaristica¹³⁵.

Ecco che, studiando la materia in oggetto si vedrà come la mancata risposta punitiva a condotte investigative rispondenti ad una vera e propria non provocazione in senso ampio al reato, saprà essere la più razionale possibile solo in quanto sintesi di un diritto di necessità collocato all'interno dell'ordine giuridico non sospeso, 'estirpando' in radice ogni sospetto di contraddittorietà sistematica di una disciplina inedita di norme permissive d'eccezione nel diritto¹³⁶.

2. - Genesi e storia di una speciale tecnica investigativa

Una valida introduzione della disciplina di un modello d'eccezione per atti di indagine passiva ispirati ad una tutela penale da stato sociale di diritto passa necessariamente attraverso una sintesi della fisionomia della (non) provocazione al reato quale eccezionale tecnica nell'attività di contrasto e sotto copertura con la finalità di assicurare i colpevoli alla giustizia¹³⁷.

Ebbene, volendo tracciare l'evoluzione¹³⁸ di un istituto ciclicamente riprodotto nella storia giuridico-politica di ogni sistema penale, quale quello in tema, occorre prendere le mosse dai fondali oscuri dell'esperienza francese

¹³⁵ Cfr. per tutti S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, passim.

¹³⁶ Per i dovuti approfondimenti v. *infra*, cap. I; per un'analisi della tematica ad ampio spettro, da ultimo cfr. AA. VV., *L'eccezione nel diritto*, cit., passim.

¹³⁷ Per una preliminare e completa illustrazione del concetto stesso di "agente provocatore", nonché per una approfondita disamina storica degli archetipi dell'istituto, anche in ordinamenti giuridici stranieri, si rinvia al lavoro monografico di C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Milano, 1991, p. 14 ss.

¹³⁸ E. CALIFANO, *L'agente provocatore*, Milano, 1964, p. 9, fa risalire le prime testimonianze dell'agente sotto copertura, *rectius* provocatore, alle favole di Esopo (Esopo III, favola V, *Aesopus et petulans*), o, con un parallelismo suggestivo, addirittura alla "creazione del mondo stesso", Genesi, III, - 7). Altri sono giunti ad affermare che da quando esiste l'ordinamento giuridico penale nel mondo, si trova sempre la figura dell'agente provocatore, precisando però come, sino al tempo del diritto romano – in cui i giuristi iniziarono ad interrogarsi circa la punibilità del provocatore – l'istituto ebbe una scarsa rilevanza; su quest'ultimo punto cfr. M. SALAMA, *L'agente provocatore*, Milano, 1965, p. 2 ss.

dell'*ancien Règime*, collocando la figura del *provocateur de police*¹³⁹ nei secoli XVII e XVIII del dispotismo di Stato teso all'eliminazione degli oppositori di regime.

Ed invero, a giustificare l'originaria istituzione di delatori privati sono state ragioni squisitamente politiche¹⁴⁰, dato che, solo successivamente, a questi è subentrata la polizia segreta, così convertendo l'acquisizione di benevolenza presso l'autorità nell'adempimento di un preciso dovere d'ufficio¹⁴¹, nonchè sviluppando la (in)efficienza di un'attività di sorveglianza passiva e di mero spionaggio in concreta provocazione al reato¹⁴².

Nata in Francia ben oltre il *crimen laesae maiestatis*¹⁴³, la figura ha assunto rilievo in Russia¹⁴⁴, per poi trovare concettualizzazione, tuttavia, da metà dell'Ottocento, solo nella dommatica tedesca¹⁴⁵, con notevole impatto sulla dottrina italiana per precocità di sviluppi ed ampiezza di soluzioni dommatico-interpretative.

Al di là della genesi storica, dunque, una teorizzazione vera e propria si deve alla dottrina tedesca, la quale - rispetto al tema in oggetto - vanta il primato quanto ad approfondimento sistematico, oltre che per rigore categoriale e potenza concettuale. E difatti, nonostante il *nomen juris* francofono¹⁴⁶, è per prima la

¹³⁹ Cfr. per tutti J. BOUCHERON, "*Provocation*", voce in *Rep. Dr. Pèn. Proc. pèn.*, ed. XII, vol. V, 1969, p. 9 ss.; la polizia segreta francese fece ampio uso di agenti sotto copertura nella convinzione che "per catturare un ladro ne occorre un altro"; così V. FANCHIOTTI, *Agente sotto copertura (diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, Annali VIII, Milano 2015, p. 1 ss..

¹⁴⁰ Per una ricostruzione storica della nascita della figura in esame cfr. R. DELL'ANDRO, *Agente provocatore*, voce in *Enc. Dir.*, vol. I, Milano, 1958, 864; E. CALIFANO, *L'agente provocatore*, cit., ivi; P. DOPFFEL, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateurs*, Truttgart, 1899, p. 3 ss.

¹⁴¹ M. SALAMA, *L'agente provocatore*, cit., p. 3.

¹⁴² C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 4.

¹⁴³ Si veda M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis: il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974, passim.

¹⁴⁴ Si veda lo studio di A. BEKZADIAN, *Der Agent-Provocateur (lockspitzel) mit besonderer Berücksichtigung der politischen Provocation in Russland. Ein Beitrag zum Strafrecht und zur Kriminalpolitick*, Zürich, 1913, passim.

¹⁴⁵ Per tutti, H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1998, ed. IV, p. 622.

¹⁴⁶ Sottolinea il dato significativo per cui nella dottrina tedesca – certamente non propensa all'esterofilia anche nella definizione lessicale degli istituti – è tuttora ampiamente utilizzata l'espressione francese "*agent provocateur*" C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 5.

dottrina tedesca ad introdurre il *topos* nella scienza giuridica europea, conferendogli dignità ed autonomo spazio all'interno del macroargomento della partecipazione criminosa¹⁴⁷.

La tematica *de qua*, per vero, ha da sempre suscitato un vivo interesse tra gli studiosi, giacchè collocata in un'area colma di problematiche giuridiche e culturali di rilevante portata afferenti la regolamentazione del rapporto, tra garanzie di libertà e autodeterminazione della persona¹⁴⁸, come pure intimamente connesse con esigenze preventive ed, al tempo stesso, repressive dei reati¹⁴⁹.

Occorre precisare come l'attenzione della dottrina italiana si sia, tuttavia, immediatamente appuntata sulla punibilità¹⁵⁰ di 'forme qualificate di istigazione'. Ed è in questi termini che le lucide riflessioni degli autori della Scuola classica hanno ben presto recuperato terreno fuori dalla pura dommatica, con uno sguardo - oltre la moralità di forme di provocazione al reato - sulla (in)opportunità di scelte politiche di uno stato di diritto che diventa inquisitore laddove punisce reati che esso stesso provoca, in estremo (dis)accordo con scopi di difesa sociale¹⁵¹. D'altra parte, ed al pari della Scuola classica, anche la Scuola positiva si è soffermata su istanze razionali di selezione di una provocazione al reato in ossequio a criteri rigorosamente causali¹⁵². Da qui l'originaria presa d'atto delle peculiarità strutturali di una tale fattispecie d'eccezione la quale, in un'ottica funzionale, non riesce a

¹⁴⁷ Il riferimento è allo studio pionieristico sul dolo dell'istigatore di J. GLASER, *Zur Lehre vom Dolus des Anstifters*, in *Der Gerichtssaal*, 1858, p. 24.

¹⁴⁸ G. BARROCU, *I profili processuali delle operazioni sotto copertura nella normativa anticorruzione: altre nubi in un cielo in tempesta?*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5/2019, 639; A. MANICCIA, *Considerazioni sul ricorso alle operazioni sotto copertura ed alla controversa figura dell'agente provocatore nella lotta al fenomeno corruttivo*, in *Principi generali del diritto, diritti fondamentali e tutela giurisdizionale: nuove questioni*, L. DANIELE e A. BURATTI (a cura di) Milano, 2019, p. 183.

¹⁴⁹ In questi termini G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, Napoli, 2011, p. 27.

¹⁵⁰ Enfatizza una tale soluzione sulla scia di considerazioni eticamente orientate L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, Verona, 1890, p. 135; nello stesso senso G. CRIVELLARI, *Il codice penale per il regno d'Italia*, vol. IV, Torino, 1892, p. 135.

¹⁵¹ Così G.B. IMPALLOMENI, *Del concorso di più persone in un reato con speciale riguardo al codice penale italiano in progetto*, in *Riv. pen.*, 1887, vol. XXVI, 232.

¹⁵² Per una prima compiuta ricostruzione dommaticamente differenziata dell'agente provocatore cfr. G. CRIVELLARI, op. ult. cit., *ivi*; una significativa distinzione tra contributo causale al reato realizzato ed attività di mero accertamento e controllo di un delitto già commesso si rinviene in C. SALTELLI - E. ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, vol. V, Torino 1931, p. 575.

piegarsi verso la neutralità, vertendo ‘naturalmente’ verso forme di compartecipazione materiale, tali da assumere, senz’altro, la fisionomia di contributo causale al reato¹⁵³.

E proprio partendo da tali premesse, nel tentativo di una piena razionalizzazione, si è ben presto avvertita la necessità di un ‘dimensionamento’ della (non) provocazione sul piano dommatico e sanzionatorio. Del resto, lo sviluppo di un fervido dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull’agente provocatore origina proprio dalla prolungata assenza di una disciplina esplicita in tema.

Ebbene, in un tale contesto, orientandosi verso reati-contratto e delitti di relazione¹⁵⁴, la dottrina ha prioritariamente catalizzato l’attenzione sul provocato¹⁵⁵ anziché sul provocatore, formalizzato nei diversi sottotipi di *fictus emptor* o finta vittima¹⁵⁶.

Successivamente, collocando il provocatore non più sullo sfondo del fatto tipico, si è assistito ad una sua frantumazione, una sorta di vera e propria “polverizzazione”, che ha portato, nella metà del ventesimo secolo (e per il tramite dell’abbandono perfino del dato caratterizzante ‘comune’ della compartecipazione¹⁵⁷), ad una lenta dissoluzione della sua stessa unità categoriale.

Ed invero, è nella perdita dei tratti costitutivi di una tale figura che si scorgono i primi indizi di una disgregazione strutturale, iniziando a vacillare del tutto la stessa propensione ad individuare una sua precisa nozione unitaria.

D'altronde, un chiaro segnale di affrancamento da un modello omogeneo

¹⁵³ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, ed. II, Torino, 1920, p. 323.

¹⁵⁴ Sul punto si veda G. BATTAGLINI, *Osservazioni sul commercio di monete auree*, in *Giust. pen.*, 1948, vol. II, 273; favorevole all’idea che falso acquirente e falsa vittima siano parte integrante della più ampia nozione di agente provocatore F. CARNELUTTI, *Forma del delitto di alienazione di oggetti preziosi*, in *Foro it.*, 1942, vol. II, 61.

¹⁵⁵ Cfr. C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit., p. 220.

¹⁵⁶ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, ed. VII, Torino, 2016, p. 516.

¹⁵⁷ A. CRESPI - F. STELLA - G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1986, p. 125.

sino alla ‘decomposizione’ categoriale, è individuabile, già in prima battuta, nel distinguo “soggettivo” tra (non) provocazione ed istigazione a delinquere¹⁵⁸.

Anzi, si può dire che una evoluzione nel segno della definitiva disintegrazione della figura si osserva ancor prima, già sul piano nozionistico e definitorio, ove si assiste ad una torsione massima dei singoli modelli proposti. Così, accanto a già individuati sottotipi di agente¹⁵⁹, se ne aggiungono altri nei reati a concorso necessario, collocati, in particolare, nei contesti criminali delle associazioni per delinquere.

E su una tale scia, appunto, la totale evaporazione categoriale diviene immediatamente percepibile con l’inserimento, tra le specifiche figure di agente provocatore, dell’infiltrato¹⁶⁰, che, agli antipodi di colui che ‘classicamente’ provoca la commissione di delitti, è costretto - piuttosto - a lasciarsi provocare¹⁶¹.

Ed allora è in un tale passaggio che si scorge il germe della definitiva dispersione nozionale, con la completa disgregazione dell’autonomia strutturale di una categoria che, nata sulla atipicità, man mano è giunta al recupero di condotte perfettamente tipiche.

La crucialità di una tale ultima considerazione è evidente e traccia un chiaro punto di svolta nell’affrontare la tematica della responsabilità dell’agente (non) provocatore e, segnatamente, dei limiti operativi a garanzia della funzione politico-

¹⁵⁸ Per un’analisi completa della tesi sul “doppio dolo” secondo cui l’istigatore, in quanto tale punibile, deve voler determinare l’istigato alla commissione del reato e deve altresì voler causare la realizzazione del fatto principale v. H. PLATE, *Zur Strafbarkeit des agent provocateur*, in *ZStW*, 1972, p. 295.

¹⁵⁹ Il riferimento va al *fictus emptor* e alla cosiddetta “finta vittima”, spesso sovrapposta all’acquirente simulato.

¹⁶⁰ Per una primitiva autorevole definizione cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, III ed., Milano, 1987, p. 578.

¹⁶¹ Inquadra l’infiltrato come soggetto costretto a lasciarsi provocare, più che a provocare alla commissione di delitti C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit., p. 243; in senso contrario, per una impostazione che assimila agente provocatore ed infiltrato fino a “fonderli” in un’unica figura, si vedano G. PETRAGNANI GELOSI, *Le disposizioni in materia di agente provocatore nel quadro del d.l.n. 306 del 1992 convertito nella l.n. 356/1992*, in *Mafia e criminalità organizzata*, P. CORSO – G. INSOLERA – L. STORTONI (coord. da), Torino, 1995, p. 942; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, IV ed., Milano, 1993, p. 555; M. ROMANO – L. GRASSO – T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, artt. 85-149, Milano, 2012, p. 166; G. PETRAGNANI GELOSI, *op. cit.*, p. 942; da ultimo sul punto si veda il contributo di L. MILELLA, *Agenti provocatori indispensabili nell’Italia corrotta*, in *www.repubblica.it* del 23.02.2018, 1 ss.

criminale della sua impunità. Ne deriva un affinamento del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema, necessario ad una congrua definizione sistematica dei modelli di soluzione afferenti a responsabilità per allarmanti forme di provocazione ‘coperta’.

3. – Non provocazione al reato ed impunità: profili storico-dottmatici e di politica-criminale

Quanto appena sopra osservato, calato nel contesto di una figura in frammentazione, rende affatto remota l’eventualità di uno sconfinamento del contegno investigativo verso intollerabili forme di vera e propria determinazione/istigazione al reato in uno stato di diritto; e proprio su tali basi si scandisce il fervido dibattito dottrinale e giurisprudenziale su non provocazione ed impunità, orientato al definitivo superamento di (in)ammissibili automatismi punitivi.

Questo tentativo di evitare il rischio di una punibilità sganciata da valutazioni sulla reale motivazione di azione ha, successivamente, dovuto tradursi in una concreta ipotesi differenziale tra la non punibilità dell’agente ‘non provocatore’ e del provocatore (non) punibile. Sul tema, tuttavia, lo sfondo di un vuoto normativo ha imposto agli operatori del diritto un impegnativo lavoro interpretativo: ecco che la dottrina italiana ha necessariamente percorso il legislatore, forgiando una varietà ‘esuberante’ di soluzioni¹⁶².

Orbene, il parametro valutativo di tali singole soluzioni non potrà che assumere significato politico-criminale, di tal che la validità di un’opzione saprà essere direttamente proporzionale alla sua capacità di differenziare la posizione giuridica dell’agente non provocatore da quella dell’autore del fatto (non)

¹⁶² Per una recente sintesi del dibattito dottrinale e giurisprudenziale si rinvia al lavoro di A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., p. 354 ss.; i vari orientamenti dottrinali sono passati in rassegna anche da A.F. MASIERO, *Profili sostanziali delle operazioni sotto copertura in materia di criminalità organizzata: prospettive nazionali ed europee*, in *www.la legislazione penale* del 28.9.2018, 5 ss.

provocato, tanto sul piano strutturale quanto su quello del trattamento sanzionatorio.

In altri termini, una data soluzione sarà tanto più convincente quanto maggiormente in grado di legittimare il privilegio penale di impunità che la 'ragion pratica' di politica-criminale vorrebbe elargire all'agente provocatore, o - viceversa - la carenza di legittimazione a punire il provocato¹⁶³.

Una tale osservazione preliminare sul tenore delle soluzioni in punto di responsabilità certifica, senza dubbio, il passaggio della linea evolutiva di una disciplina che, come si vedrà, va da un modello di soluzione generale e unitario verso specifici sottotipi delittuosi, per poi tornare a tendere verso una (sorta di) *reductio ad unum*.

E così, volendo vagliare i modelli di soluzione seguendo un ordine logico-sistematico, occorre prendere le mosse dal fatto tipico, con un modello che trova la sua prima eco nella elaborazione francese dell'alternativa causa/occasione.

A ben vedere, si tratta di una risposta tutt'altro che sconosciuta alla risalente giurisprudenza nostrana che, nell'ambito della teoria del concorso di persone, sin dal principio, ha dato priorità al nesso di causalità, incentrando il discrimine tra provocazione penalmente lecita ed illecita sul valore 'occasionale' piuttosto che 'causale' della condotta¹⁶⁴.

In realtà, non v'è chi non abbia scorto in tale criterio un reale intento di sfuggire, in qualche modo, al rigorismo delle "leggi causali", dovendo considerarsi di per sé sola causalmente tipica qualsivoglia condotta concretamente provocatoria¹⁶⁵.

¹⁶³ In questi termini, efficacemente, C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 327, che, tuttavia, osserva come "[...] l'evoluzione storica è andata di fatto contraddicendo in qualche misura a questa indicazione politico-criminale, creando piuttosto, anziché generali 'paragrafi del provocatore', norme ad hoc espressive di specifiche esimenti per specifici 'tipi' di provocatore (*fictus emptor*) o 'tipi' di reato (atti terroristici, traffico di droga etc.). Sicchè, in questo caso più che mai sarà interamente affidata alla concreta verifica dei modelli l'accertare se tale ipotesi politico-criminale abbia un fondamento scientifico o rappresenti soltanto una congettura di senso comune [...]".

¹⁶⁴ Cass. 28 febbraio 1969, in *Arch. pen.*, 1970, 409.

¹⁶⁵ Cfr. C. DE MAGLIE, *ult. op. cit.*, p. 329.

E però, la collocazione sistematica dell'agente provocatore nella struttura della tipicità ha fatto il suo esordio nelle teorie rintracciate dalla dottrina italiana sul terreno dell'idoneità della condotta¹⁶⁶, ove, tuttavia, la soluzione tentativo/reato impossibile ha palesato sin da subito il suo difetto nella mancata differenziazione giuridica tra agente (non) provocatore e (non) provocato, con inaccettabile (non) corresponsabilizzazione, valevole per tutti i modelli di accertamento proposti¹⁶⁷.

D'altronde, al netto di una pure possibile correttezza e coerenza sistematica, un tale criticabile effetto va certamente ad evidenziare l'impraticabilità, da un punto di vista politico-criminale, di tutte quelle soluzioni che vedono il destino dei due protagonisti in oggetto livellarsi, legandosi ora nel segno della impunità, ora della punizione.

Ed è stato proprio un tale deprecabile esito a spingere parte della dottrina italiana nella ricerca di nuove soluzioni, secondo una rilettura del fenomeno ispirata alla teoria dell'azione socialmente adeguata, di matrice tedesca¹⁶⁸, la quale, pure idealmente apprezzabile, ha finito per presentarsi come non soddisfacente, oltre che per la sua eccessiva elasticità¹⁶⁹, in quanto meramente presuntiva di un preliminare

¹⁶⁶ Sul concetto di idoneità e sui problemi relativi all'estensione della base di un tale giudizio è fondamentale lo studio di F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, vol. II, Sassari, 1984, p. 134 ss.

¹⁶⁷ I modelli di accertamento dell'idoneità possono semplificarsi come di seguito: una prima concezione che ritiene il reato impossibile doppiamente negativo del diritto tentato e che utilizza un giudizio *ex ante* e a base parziale valevole sia per il tentativo che per il reato impossibile; una seconda concezione, che propone un giudizio *ex ante* a base totale, anch'esso valevole sia per il tentativo che per il reato impossibile; una terza concezione che differenzia il *modus* di accertamento, *ex ante* e a base parziale per il tentativo, *ex post* ed a base totale per il reato impossibile; una quarta tendenza che differenzia il giudizio *ex ante* e a base parziale per il delitto tentato, sempre *ex ante* ma a base totale per il reato impossibile. Orbene, mentre per il primo e il terzo modello, provocato e provocatore risponderebbero di tentativo, a diverse conclusioni si arriverebbe per il secondo e il quarto modello, quando gli stessi soggetti andrebbero esenti da pena per reato impossibile; per maggiori approfondimenti, cfr. G. NEPPI MODONA, *Reato impossibile*, in *Nss. D.I.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 974; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico criminali*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, G. MARINUCCI – E. DOLCINI (a cura di) Milano, 1985, p. 194 ss.

¹⁶⁸ Per l'originaria formulazione cfr. H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStW*, 1939, 499, secondo cui: "[...] socialmente adeguata e quindi non tipica sarebbe solo e soltanto la condotta (o il frammento di condotta) dell'agente provocatore per lo scopo di difesa della collettività che anima il suo agire"; in Italia opta per la elaborazione all'interno della tipicità C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, p. 61 ss.

¹⁶⁹ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, voce in *Nss. D.I.*, vol. XIX, Torino, 1973, p.

- quanto irrinunciabile - accertamento di conformità dell'azione a valori etico-sociali.

Suddetta teoria, invero, seppure capace di operare la necessaria distinzione tra (non) provocatore e provocato, non ha saputo mostrarsi opportuna, addentrandosi nel faticoso dibattito sulle scriminanti non codificate, con presunzioni di non punibilità anche laddove la condotta di polizia superi la soglia del fatto tipico. Senza contare come la maggior diffidenza verso un modello di soluzione incentrato sull'adeguatezza sociale riguardi, senza dubbio, quella congenita e frontale contrapposizione tra la pubblica provocazione al reato ed i fondamenti dello stato sociale di diritto¹⁷⁰.

Tuttavia, risulta facile comprendere come, proprio nel segno della necessaria ed auspicata diversificazione più volte richiamata, a fronte delle insoddisfacenti soluzioni finora paventate, la dottrina abbia cercato di risolvere il quesito relativo all'impunità dell'agente (non) provocatore tramite una giustificazione della condotta nel segno della conformità a doveri giuridici o dell'adempimento di un ordine superiore.

Così, sul terreno dell'antigiuridicità, l'art. 51 c.p., quale norma in bianco¹⁷¹ in collegamento con l'art. 55 c.p.p., ha da subito finito per evidenziare i limiti entro i quali circoscrivere l'efficacia dell'esimente, col richiamo a quella funzione istituzionale di prevenzione caratterizzante *ex lege* l'operato della polizia giudiziaria, tale da coprire esclusivamente contegni omissivi di osservazione, contenimento e controllo del reato di realizzazione altrui, con esclusione di attività *stricto sensu* provocatoria.

D'altra parte, non potendo alcuna legge autorizzare a provocare un reato con norme permissive¹⁷², nonostante l'inserimento in una fattispecie scriminante generale di norme *ad hoc* che possano rendere lecite forme particolari di intervento

¹⁷⁰ Cfr. G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1982, p. 591, ove si precisa che azione socialmente adeguata è quella di prevenire i delitti e non di reprimerli dopo averli artificiosamente suscitati.

¹⁷¹ Sul punto cfr. C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano 1961, p. 198 ss.

¹⁷² Cfr. G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, p. 274 ss.

nel reato, le sole forme di partecipazione a dirsi scriminate saranno quelle omissive, con chiaro residuo di antigiuridicità per condotte istigatorie¹⁷³.

Ad ogni modo, e nonostante la tenuta differenziale promessa da un'esimente di natura personale sottratta alla regola della comunicabilità ex art. 119 comma 2 c.p.¹⁷⁴, un riferimento esclusivo all'art. 51 c.p. è apparso subito del tutto insufficiente, considerato che l'esclusività soggettiva non ne preclude l'operatività di stampo oggettivo.

Ed in ogni caso, pure volendo superare un tale primo ostacolo, una indispensabile integrazione di rinvio finirebbe solo per confermare i limiti operativi di una esimente intrinsecamente inefficace a coprire contegni attivi legati causalmente al fatto criminoso altrui¹⁷⁵, tipici di una figura multiforme in evoluzione¹⁷⁶.

Ed allora anche la soluzione ancorata all'adempimento di un ordine dell'autorità ha finito per mostrarsi insoddisfacente, considerata l'incompatibilità delle cause di giustificazione tradizionali con una figura di agente *undercover* al passo con i tempi, calata nell'ambito di una funzione istituzionale di stampo chiaramente preventivo e di contenimento.

Da qui, e sempre in un'ottica differenziale, si colloca il tentativo di spostare la visuale prospettica della questione sul settore sistematico dell'elemento soggettivo¹⁷⁷ con soluzioni incentrate sul difetto di dolo, la cui fondatezza dommatica, va precisato, muove da una duplice e stringente condizione dell'attività delittuosa dell'agente, ispirata dalla natura istigatoria del contegno, al contempo cristallizzato allo stadio del tentativo.

¹⁷³ Sulla limitata e insoddisfacente applicabilità dell'art 51 c.p. si veda quanto già rilevato da C. DE MAGLIE, *ult. op. cit.*, p. 346; L. GALLI, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, in *Giust. Pen.*, 1939, 190.

¹⁷⁴ Sul punto cfr. G. MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. II, Torino 1988, 137; impostazione ripresa criticamente da F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano 2007, p. 179.

¹⁷⁵ Per una tale visione di sintesi cfr. G. CONSO – V. GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova 1990, p. 32; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino 2008, p. 307 ss.

¹⁷⁶ Così, lucidamente A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 365.

¹⁷⁷ Per un'analisi critica del dibattito cfr. E. BUSA, *Saggio di una teoria generale del reato*, Torino 1884, p. 397; L. GALLI, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, cit. p. 783.

Orbene, riapprodando alla teoria del concorso, è pur vero che l'istigatore non esercita mai un effettivo dominio sul reato; del resto, il fatto stesso che questi affidi ad altri la gestione della fase esecutiva dell'azione, rivela l'accettazione del verificarsi di circostanze non perfettamente in linea con il proprio volere, 'per eccesso' come 'per difetto'.

Alla luce di una tale ultima considerazione sembra chiara, allora, la non sovrapponibilità dell'elemento soggettivo tra istigatore e provocatore, per una peculiarità intrinseca alla struttura della fattispecie in oggetto racchiusa nella teoria tedesca del 'doppio dolo'¹⁷⁸, secondo cui l'istigatore, per essere tale, oltre a voler determinare l'istigato alla commissione del reato, deve volerne causare la realizzazione; mentre l'agente provocatore, sprovvisto di tale secondo dolo, dirigerà in modo 'diretto' la sua volontà nei confronti del solo tentativo, presentando nei confronti della consumazione una soggettività caratterizzata da sola colpa cosciente¹⁷⁹.

In altri termini, già in via astratta il dolo del provocatore non si rivela comune a quello dell'istigatore, in quanto più ampio e mediato dalla condotta dell'esecutore materiale, affidando gli effetti sul piano della punibilità alla imponderabile eventualità che il delitto si arresti o meno alla soglia del tentativo¹⁸⁰.

Ebbene, è chiaro allora che la critica decisiva al modello dell'elemento soggettivo quale soluzione universale assuma contorni 'strutturali', in primo luogo laddove (seppur riferibile esclusivamente ad un provocatore-non istigatore) porti all'abbandono dell'ambito differenziazione per tutti i casi di consumazione effettiva del reato provocato; e ciò in virtù di uno spostamento del baricentro della provocazione nella 'prima linea' del fenomeno partecipativo, ovvero quella della

¹⁷⁸ Ritiene che "gli elementi del dolo dell'istigatore sono: 1. La volontà della propria condotta (istigatoria) 2. la volontà della provocazione della decisione criminosa dell'istigato" K. LOEWENHEIM, *Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Rechte*, Breslau, 1897, p. 18; per argomentazioni più ampie sul punto, cfr. V. IBACH, *Die Anstiftung*, Breslau, 1912, p. 46 ss.

¹⁷⁹ Pone rilievi critici R. DELL'ANDRO, *Agente provocatore*, cit., p. 867; in tema cfr. anche F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 145 ss.

¹⁸⁰ Come acutamente osserva C. DE MAGLIE, *Teoria e prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1987, 953, nel citare E. MEZGER, *Strafrecht. Ein lehrbuch*, II ed., Berlin – München, 1949, p. 436.

realizzazione autonoma del tipo delittuoso, con inscindibilità dell'elemento soggettivo¹⁸¹.

Su altro versante, la ricerca di soluzioni esclusive sul terreno della colpevolezza fallisce pure nelle ipotesi di reati a consumazione anticipata, come nei casi di pericolo astratto e dei delitti di attentato¹⁸². E ciò per i caratteri fisionomici degli stessi, considerato che nei primi lo schema di comportamento tipizzato coincide con una situazione standardizzata di pericolosità, tale per cui la condotta conforme al modello legale combacia perfettamente con la situazione di pericolo; e nei secondi, non è strutturalmente prevista alcuna distinzione soggettiva, data la stessa coincidenza tra fattispecie tentata e consumata.

Volendo concludere una tale rassegna, anche il modello che fa perno sulla colpevolezza mostra lampanti censure nell'inquadramento sistematico del fenomeno della provocazione al reato; da qui la riluttanza verso qualsivoglia opzione caratterizzata da una tale intrinseca (quanto irragionevole) incapacità di una differenziazione sistematica (e sanzionatoria) nel segno della 'non' provocazione al reato.

4. – I modelli legislativi nelle tappe della (dis)organica disciplina delle indagini passive

Le sopra evidenziate aporie si sono fatte ben presto espressione dell'indifferibilità di una razionalizzazione dell'intera materia; e così le problematichità agitate dalla (non) provocazione sono state incanalate *ex lege* verso comparti criminali circoscritti nella parte speciale del diritto penale, alla ricerca di soluzioni più in linea con i principi del diritto penale.

In tal senso, a partire dagli anni '90, e sempre sull'onda emotiva di una serrata logica emergenziale¹⁸³, il dibattito dottrinale ha dovuto confrontarsi con la

¹⁸¹ Cfr. C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 162.

¹⁸² Per una tale conclusione cfr. ancora C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 372.

¹⁸³ Sostiene che la progressiva estensione delle operazioni sotto copertura sia avvenuta "sulla spinta emotiva ed emergenziale" G. BARRICU, *Le indagini sotto copertura*, cit., p. 43; sul

tendenza ad una massiva “normativizzazione” dell’agente sotto copertura nei settori di maggiore allarme sociale, con una fitta serie di disposizioni *extra codicem*, in una sorta di doppio binario asincrono¹⁸⁴.

Ebbene, sotto la spinta del diritto convenzionale¹⁸⁵, in linea con un necessario adattamento della risposta investigativa all’evoluzione dei sistemi criminali¹⁸⁶, la figura dell’agente *undercover* ha fatto il suo esordio in Italia quale tecnica d’eccezione nel controllo dei fenomeni criminosi più complessi ed impenetrabili, concedendo all’ufficiale di polizia giudiziaria una scriminante a carattere speciale applicabile - “fermo il disposto dell’art. 51 del codice penale” - *in primis* alle condotte connesse al traffico di sostanze stupefacenti¹⁸⁷.

punto, osserva come non sarebbe sufficiente una situazione di emergenza criminale a giustificare il proliferare di norme in tema di agente provocatore per gli indubbi problemi di compatibilità costituzionale di una tale figura G. PETRAGNATI GELOSI, *op cit.*, *ivi*.

¹⁸⁴ V. SPIGARELLI, *L’impiego della polizia giudiziaria e le attività sotto copertura*, in *Terrorismo internazionale: modifiche al sistema penale e nuovi strumenti di prevenzione*, E. ROSI, S. SCOPELLITI (a cura di), Milano 2006, p. 107.

¹⁸⁵ L’esordio in *subiecta* materia è avvenuto su impulso della – seppur tardivamente recepita – Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, conclusa a Vienna il 10 dicembre 1988, che all’art. 11 imponeva agli Stati - “laddove i principi fondamentali dei loro ordinamenti giuridici lo consentissero” - di prendere provvedimenti per effettuare “consegne sorvegliate a livello internazionale”, al fine di individuare gli individui implicati nei reati connessi alle sostanze suddette e di intentare contro costoro procedimenti penali; in generale, sul contributo delle fonti convenzionali alla disciplina interna dell’agente provocatore cfr. M. GARAVELLI, *Meccanismi processuali repressivi ed interventi preventivi nella nuova disciplina relativa agli stupefacenti*, in *Leg. pen.*, 1992, 189.

¹⁸⁶ Cfr., a tal proposito, S. SIGNORATO, “*Le misure di contrasto in rete al terrorismo*” in “*Il nuovo pacchetto anti terrorismo*” R.E. KOSTORIS, F. VIGANO’ (a cura di), Torino 2015, p. 55 ss.

¹⁸⁷ La prima esperienza italiana in materia di indagini sotto copertura risale all’art. 25, comma 1, l. 26 giugno 1990, n. 162, poi confluito nell’art. 97 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 rubricato in principio “Acquisto simulato di droga”, dettando – sulla falsariga delle vecchie leggi speciali emergenziali emanate in tempo di guerra per impedire un altro reato-contratto, quale il commercio di determinati oggetti preziosi o rari – una ipotesi di non punibilità per il c.d. *fictus emptor* di sostanze stupefacenti nel quale si introduceva la possibilità per gli ufficiali di polizia giudiziaria addetti alle unità specializzate antidroga di procedere all’acquisto simulato di sostanze stupefacenti al fine di acquisire elementi di prova in merito ai delitti previsti dallo stesso testo unico. Per approfondimenti sulle origini e sulla evoluzione della figura dell’agente provocatore, con particolare riferimento alla specifica disciplina relativa alle attività “antidroga” si rinvia a G.C. AMATO, *Le specifiche attività di polizia giudiziaria*, in AA. VV., *Trattato teorico pratico di diritto penale*, F. PALAZZO e C.E. PALIERO (diretto da), V. MAIELLO (a cura di), vol. IX, Torino, 2016, p. 501 ss.

E così, fin dall'inizio degli anni Novanta, il legislatore si è in varia guisa occupato delle operazioni mascherate con discipline (solo apparentemente) coincidenti sparse in tanti differenti comparti normativi, palesando sin da subito un approccio disorganico, con l'utilizzo, in uno al classico *fictus emptor*¹⁸⁸, di figure di agente 'non provocatore' sempre più complesse, agli antipodi dello schema tradizionale.

Negli anni immediatamente successivi, la disciplina *de qua* è stata progressivamente estesa ad una fitta serie di fattispecie delittuose¹⁸⁹ in un casuale disegno "a macchia di leopardo". Tuttavia, un tanto massivo - quanto frammentario - intervento normativo, accolto non senza circospezione nel panorama nazionale, ha saputo trovare la sua dimensione in termini di elaborazione propedeutica al varo di quello che è stato definito come un vero e proprio statuto dell'agente 'non' provocatore¹⁹⁰.

E per vero, come si vedrà, eccezion fatta per le 'attività di contrasto' ad alcuni delitti sessuali (la cui disciplina speciale *ex art.* 14, commi 1, 2 e 3, l. 269/1998 non è stata abrogata), nel tentativo di un intervento di sistematizzazione dell'intera materia, tutte le ipotesi di reato per cui sono previste operazioni *undercover* si trovano oggi disciplinate dall'art. 9 della legge n. 146/2006.

Ebbene, la ricostruzione metodologica in tema merita di appuntarsi sul primigenio destino delle *undercover operations*, ben presto sradicate dalla loro

¹⁸⁸ Benchè secondo N. VENTURA, *Commento all'art. 97 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309*, in *Codice di procedura penale commentato*, Tomo III, A. GIARDA e G. SPANGHER (a cura di), Assago, 2017, p. 2812, la figura del *fictus emptor* andrebbe distinta sia dall'agente infiltrato che dall'agente provocatore in quanto questi non si limita ad una mera osservazione passiva, ma non si spinge nemmeno fino all'istigazione di un reato che altrimenti non sarebbe stato commesso, ponendosi quindi a metà strada tra le due figure.

¹⁸⁹ Il riferimento va al sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 7 d.l. 15.1.1991, n. 8, convertito in legge 15.3.1991, n. 82), al riciclaggio ed alla ricettazione di armi, munizioni ed esplosivi (art. 12-quater d.l. 8.6.1992, n. 306, convertito in legge 7.8.1992, n. 356), all'immigrazione clandestina (art. 12 comma 3-septies d.lgs. n. 286/1998, introdotto dal d.l. 14.9.2004, n. 241, convertito in legge 12.11.2004, n. 271), alla prostituzione e pornografia minorile ed al turismo sessuale in danno di minori (art. 14 legge 3.8.1998, n. 269), al terrorismo (art. 4 d.l. 18.10.2001, n. 374, convertito in legge 15.12.2001, n. 438), ai delitti contro la personalità individuale ed inerenti la prostituzione (art. 10 legge 11.8. 2003, n. 228).

¹⁹⁰ Così A. CISTERNA, *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, in *Guida dir.*, n. 17/2006, 78 ss.

connaturale sede applicativa e dirottate verso ambiti alquanto eterogenei, seppure legati ad uno schema realizzativo in forma prevalentemente associata.

Ed è proprio su una tale traiettoria, pure attinta dalla l. 13 agosto 2010 n. 136¹⁹¹, che si collocherà la riforma del 2019¹⁹², la quale - aprendo le porte della tecnica investigativa in questione anche al settore dei delitti contro la P.A.¹⁹³ - ha pure senz'altro consentito lo sviluppo di rinnovati profili critici, certamente legati anche al confronto con le peculiarità di nuovi scenari criminosi. Ma procediamo con ordine.

Con l'art. 97 del D.P.R. 309 /1990 il legislatore italiano, ripercorrendo le più significative tappe nella disciplina delle indagini passive, ha individuato le originarie caratteristiche tipologiche di una scriminante speciale e personale¹⁹⁴, la quale - in nome di un binario giustificativo "speciale" parallelo - ha imposto stringenti condizioni all'utilizzo giustificativo dello strumento investigativo¹⁹⁵.

Del resto, le limitazioni contenute nella prima versione dell'art. 97, tradottesi in comprensibili difficoltà operative di una scriminante ridotta alla sola condotta di acquisto simulato¹⁹⁶, hanno palesato da subito la necessità di un

¹⁹¹ Si tratta del c.d. Piano straordinario contro le Mafie, che ha completato il percorso iniziato nel 2006 con l'unificazione definitiva della materia.

¹⁹² Il riferimento va alla novella del 9 gennaio 2019 n. 3 il cui art. 8 ha inserito all'interno del catalogo di cui all'art. 9 l. 16 marzo 2006, n. 146 i delitti previsti dagli artt. 318, 319, 319ter, 319-quater, comma 1, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis c.p. (ma anche dagli artt. 453, 454, 455, 460, 461 c.p.).

¹⁹³ Secondo la proposta già avanzata da F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino, 2012, p. 179.

¹⁹⁴ Cfr. C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 272-274.

¹⁹⁵ G. AMBROSINI, *La riforma della legge sugli stupefacenti: profili penali, processuali e penitenziari*, Torino, 1991, p. 106; evidenzia un tale profilo anche G. DELLA MONICA, *Il traffico di sostanze stupefacenti: problematiche connesse alla nuova legislazione*, in *Corso di aggiornamento sulle tecniche di indagine "Giovanni Falcone"*, Vol. III, *Tecniche di investigazione su particolari figure di reato*, Quaderni del C.S.M., febbraio 1993, II suppl., n. 61, p. 262; conformi G. CASELLI – M. GARAVELLI, *Gli acquisti simulati di droga*, in AA.VV., *Il testo unico in materia di stupefacenti*, D. FERRANTI, A. PASCOLINI, M. PIVETTI e A. ROSSI (a cura di), Milano, 1991, p. 167;

¹⁹⁶ Si evidenzia come la Suprema Corte, all'epoca, avesse già ritenuto corretta l'estensione dell'impunità non solo all'attività di materiale acquisto della sostanza stupefacente, ma anche a quelle che costituiscono l'antecedente logico o l'ovvio sviluppo dell'azione infiltrata; sul punto cfr. Cass., 3.12.1998, in *Cass. pen.*, 1999, 800.

intervento riformatore, poi individuato solamente nella legge 21 febbraio 2006 n. 49.

Tuttavia, l'apertura a tutte le attività connesse all'acquisto, non ha saputo eliminare quel residuo di aporie che ha continuato a sedimentare, oltre che sugli esatti confini dell'attività scriminata, sul fronte della inutilizzabilità processuale¹⁹⁷ del sapere investigativo, per un istituto concepito, invece, proprio nel(l'opposto) segno dell'emersione del crimine¹⁹⁸.

E difatti, l'inquadramento stesso della causa speciale di giustificazione all'interno di un sistema ispirato al principio di obbligatorietà dell'azione penale, ha sollevato subito la palese incompatibilità congenita dell'agente *undercover* con il ruolo di testimone¹⁹⁹.

¹⁹⁷ La Cassazione ha più volte dichiarato l'inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p. di quanto acquisito a seguito di provocazione; sul punto si veda Cass. pen., Sez. III, 1.8.2013, n. 33322 secondo cui *“qualora l'agente infiltrato agisca fuori dei limiti legislativi posti alla sua azione, commettendo un reato, assume la posizione di coimputato in un procedimento connesso o collegato ed alle sue dichiarazioni dovrà essere applicata la disciplina di cui all'art. 210 c.p.p. (esame di persona imputata in procedimento connesso) e art. 192 c.p.p. (necessità di riscontri estrinseci). Al contrario, qualora agisca nei limiti previsti, assume la posizione di testimone ed alle informazioni da questi apprese dall'imputato durante le investigazioni non si applica l'art. 62 c.p.p. (divieto di testimonianza sulle dichiarazioni rese dall'imputato)”*; in tema, cfr. Cass., Sez. III, 10 gennaio 2013, in *Dir. pen. proc.*, n. 5/2013, 561 ss., con nota di B. PIATTOLI, *Agenti provocatori, indagini “undercover” e diritto alla prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di internazionalizzazione*, secondo cui eventuali abusi da parte delle forze di polizia durante le fasi di indagini *undercover* possono generare *“[...] l'inutilizzabilità della prova acquisita, per contrarietà dei principi del giusto processo, rendendo l'intero procedimento suscettibile di un giudizio di non equità ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”*. Le medesime argomentazioni vengono sviluppate da A. VALLINI, *Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove: spunti dalla giurisprudenza della Corte EDU*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* del 31.05.2011, 1 ss. e da D. VICOLI, M. BIRAL, *La disciplina delle indagini sotto copertura tra esigenze di accertamento e limiti di utilizzabilità*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI-CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), Bologna 2016, p. 666. Per una panoramica generale sulle patologie connesse all'acquisizione degli elementi di prova v. C. CONTI, *L'inutilizzabilità*, in AA. VV., *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, A. MARANDOLA (a cura di), Torino, 2015, p. 106 ss.

¹⁹⁸ Evidenza tale aporia concentrandosi sugli effetti distorsivi dell'istituto A. SESSA, *Le indagini passive*, cit., 29.

¹⁹⁹ Secondo un differente orientamento, volto proprio ad evitare che si disperdano i risultati dell'indagine, l'ufficiale di polizia giudiziaria che procede legittimamente all'acquisto simulato non sarebbe suscettibile di essere sottoposto ad indagini preliminari. In questa prospettiva sarebbe il solo pubblico ministero a dover valutare la condotta dell'operatore di polizia, così, qualora l'attività di quest'ultimo risulti coperta dalla speciale causa di giustificazione o rientri nel combinato disposto degli artt. 51 c.p. e 55 c.p.p., il pubblico ministero non procederebbe all'iscrizione nominale

In tal senso, soltanto una attività di (mera) “infiltrazione” avrebbe potuto essere in grado di produrre conoscenze veicolabili nell’istruzione dibattimentale, laddove, all’opposto, un travalicamento dei limiti operativi, ovvero l’esistenza di un nesso causale tra la condotta dell’agente e la consumazione del reato, si sarebbe tradotto in un *vulnus* probatorio. Ed è chiaro come, in una tale evenienza, il destino stesso del processo sarebbe stato affidato alla scelta del pubblico ministero sull’esercizio o meno dell’azione penale²⁰⁰.

Sempre sul piano dell’utilizzabilità del materiale investigativo si è posto, poi, il problema della genuinità di prove ottenute attraverso la provocazione, con specifico riguardo alla libertà di autodeterminazione della persona (artt. 188 e 189 c.p.p.), nonché al rispetto del principio del giusto processo, con “salvezza” del prodotto di una mera osservazione e raccolta di elementi in ordine a (già) realizzate condotte criminose.

Ulteriori perplessità hanno riguardato, infine, il ruolo stesso della magistratura inquirente: si è fatto riferimento all’obiezione secondo cui, imponendo alla polizia giudiziaria una mera comunicazione gerarchica²⁰¹, l’art. 97 non avrebbe fatto luce sulla portata del coordinamento investigativo tra pubblico ministero, responsabile delle indagini, ed ufficiale di polizia giudiziaria, incaricato di effettuare l’operazione simulata²⁰².

dell’agente nel registro delle notizie di reato e, conseguentemente, si renderebbe superfluo un formale provvedimento di archiviazione. Tra i sostenitori di un tale orientamento cfr. G. AMATO, *La definizione della posizione processuale dell’“agente provocatore”: riflessi sulla capacità a rendere testimonianza*, in *Cass. pen.*, 1996, 2394, secondo cui “il fatto scriminato pur essendo astrattamente conforme alla fattispecie criminosa, proprio per la presenza della causa di giustificazione è privo dell’antigiuridicità e diviene giuridicamente lecito”. In sostanza, quindi, sarebbe proprio la liceità della condotta, determinata dalla accertata presenza della scriminante, ad escludere la sussistenza della *notitia criminis* che imponga al pubblico ministero di procedere all’iscrizione di cui all’art. 335 c.p.p..

²⁰⁰ Così, Cass., Sez. III, 15.12.2017 n. 56037, De Benedectis, in www.italgiure.giustizia.it/sncass/; conformi: Cass., Sez. III, 7.2.2014, in *C.E.D. Cass.*, n. 260081, nonché Cass., Sez. III, 10 gennaio 2013, cit., passim.

²⁰¹ Va sottolineato come tale obbligo di comunicazione continua ad essere in vigore per le sole operazioni sotto copertura in materia di traffico di sostanze stupefacenti (art. 97 comma 3 TULS, non abrogato) mentre si è preferito non riproporlo nell’emanazione dello “statuto delle operazioni sotto copertura”.

²⁰² G. AMBROSINI, *La riforma della legge sugli stupefacenti*. D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309: *profili penali, processuali e penitenziari*, Torino, 1991, p. 106.

Da qui il dibattito sempre crescente sull'efficacia stessa di un tale strumento di indagine sfociato in una significativa tappa nella scomposta evoluzione della normativa *de quo*, rintracciabile nell'art. 12 *quater* della legge n. 356 del 1992²⁰³.

Ebbene, l'innesto dell'attività investigativa nei contesti di ricettazione, riciclaggio ed impiego di denaro illecito simulati, ha presto disvelato l'embrionale sviluppo di una figura di agente protesa verso una partecipazione al fatto tipico in veste di (co)autore materiale, in analogia solo apparente con il citato art. 97.

Del resto, proprio le peculiarità strutturali dell'attività di contrasto di cui all'art. 12 *quater* appena citato hanno consacrato un'idea di agente provocatore 'in senso ampio', comprensiva della figura di agente a sua volta provocato, il quale (infiltrato), divergendo dal tipo del *fictus emptor* - a ben vedere - contiene in sé le premesse di una scelta legislativa nel segno della diversificazione dell'attività investigativa, influenzando inevitabilmente lo sviluppo della normativa fino alla sua attuale formulazione.

E proprio in una tale direzione si colloca il terzo intervento legislativo degli anni '90 (la legge n. 269 del 1998), che, nell'attività di contrasto allo sfruttamento minorile ai fini sessuali, con l'art. 14 ha operato un'estensione oltre misura dei poteri investigativi degli agenti di polizia giudiziaria, fino ad allora mai raggiunta.

Al di là del mancato riferimento all'art. 51 c.p., come si dirà, le peculiarità di una tale fattispecie rispetto alle altre operazioni sotto copertura previste, convergono in una netta svolta sul fronte della sistematica penale, operata tramite un significativo ampliamento delle condotte licitizzate, ben oltre l'acquisto simulato (di materiale pedopornografico).

Difatti, ad essere legittimata è finanche la piena realizzazione di condotte lesive astrattamente riconducibili al tipo delittuoso, tra cui l'apertura di siti "civetta" (art. 600 *ter* c.p.²⁰⁴); ed allora, la legittimazione in concreto di attività di contrasto altrimenti punibili passa necessariamente per la formulazione di opzioni metodologiche concretamente capaci di sventare il più odioso dei rischi per chi

²⁰³ Per una compiuta disamina critica dell'art. 12 *quater* cfr. C. DE MAGLIE, *Gli infiltrati nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 1993, 1062 ss.

²⁰⁴ F. RESTA, *Vecchie e nuove schiavitù. Dalla tratta allo sfruttamento sessuale*, Milano, 2008, p. 515 ss.

contribuisce all'emersione del crimine, ovvero quello di incappare verso il paradosso di una responsabilità a titolo di concorso nell'altrui reato ovvero nella autonoma realizzazione di fatti di reato.

4.1. – Lo Statuto normativo dell'agente 'non' provocatore. *Reductio ad unitatem*

Nell'esame del percorso evolutivo afferente all'attività investigativa qui oggetto di studio, una tappa fondamentale si registra nel 2006, allorchè l'evidenza di forme poliedriche distanti dalla figura classica di agente sotto copertura ha gradualmente rintracciato il principale problema nell'assenza di una normativa generale di regolamentazione unitaria, analitica e chiara, in linea con l'esigenza di disporre di un diritto interno il più possibile "uniforme"²⁰⁵ sulle tecniche di investigazione speciale.

Ed è su tali premesse che, ponendo fine alla citata proliferazione normativa²⁰⁶, la necessità di una razionalizzazione ha trovato espressione nell'accorpamento delle molteplici figure di agente 'non' provocatore in un modello legale unico, con la creazione di quello che è stato definito come un vero e proprio "statuto delle operazioni sotto copertura"²⁰⁷.

Così, il risultato sistematico programmato tramite una tale *reductio ad unum* per mezzo dell'art. 9 della l. 146/2006 si è tradotto in una (quasi) completa

²⁰⁵ La legge 146/2006 nasce dalla risposta dell'Italia agli obblighi internazionali scaturenti dalla Convenzione O.N.U. di Palermo contro il crimine organizzato transnazionale. L'intervento normativo avrebbe dovuto estendere la possibilità di fruire di queste *special investigative techniques* (SIT) nei procedimenti relativi ai reati di riciclaggio, corruzione o, più in generale, i cosiddetti *seriuos crimes*, definiti come i reati commessi con il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato per i quali sia prevista una pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni. La portata della legge di ratifica risulta particolarmente limitata proprio dalla mancata previsione della possibilità di utilizzare le SIT al fine di contrastare i fenomeni associativi in sé considerati, all'infuori dei casi nei quali questi gruppi criminali svolgano attività di narcotraffico, riciclaggio, tratta di persone e riduzione in schiavitù, ovvero si apprestino a compiere attentati di tipo terroristico.

²⁰⁶ Così M. ZAMPELLI, *L'agente sotto copertura*, Roma, 2003, p. 1; A. CISTERNA, *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, in *Guida dir.*, n. 17/2006, 78.

²⁰⁷ Per questa definizione si veda A. CISTERNA, *ult. op. cit.*, 82.

armonizzazione della normativa²⁰⁸, pur non senza ‘sbavature’²⁰⁹, in linea con la chiara antitesi di fondo tra operazione sotto copertura ed istigazione *contra legem*.

E tuttavia, nonostante lo stesso contenuto letterale²¹⁰ dell’art. 9 appena sopra citato, esplicitando dei precisi limiti (soggettivo, oggettivo e finalistico) alla legittima fruizione della scriminante speciale ivi prevista²¹¹ - ed in ossequio alle indicazioni promananti dalla giurisprudenza sovranazionale²¹² (presto

²⁰⁸ Nel dettaglio, risultano escluse dall’abrogazione, e quindi disciplinate autonomamente, le attività *undercover* in materia di stupefacenti di cui all’art. 97 d.P.R. 9.10.1990, n. 309, così come sostituito dall’art. 4 *terdecies* d.l. 30.12.2005, n. 272, di prostituzione, pornografia, turismo sessuale in danno dei minori di cui all’art. 14 legge 3.8.1998, n. 269 (di questo articolo è stato infatti abrogato solo il comma 4, relativo alla facoltà d’uso, per il personale operante nelle operazioni in esame, dei beni sequestrati, e sono rimaste inalterate le facoltà descritte ai commi precedenti) e di pagamento dei riscatti nei sequestri di persona, di cui all’art. 7 d.l. 15.1.1991, n. 8.

²⁰⁹ Il riferimento va al d.l. 3.3.2012, n. 16, recante “Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento”, convertito in legge 26.4.2012, n. 44, in cui è stata introdotta all’art. 10 “Potenziamento dell’accertamento in materia di giochi” una speciale figura di agente provocatore nel personale delle Forze di Polizia, collocata al di fuori dell’art. 9 della legge n. 146/2006.

²¹⁰ Con una decisiva puntualizzazione terminologica il nuovo art. 9 legge n. 146/2006, anziché menzionare l’agente provocatore, parla di “operazioni sotto copertura” e descrive attività tipiche di natura eminentemente passiva orientate “al solo fine di acquisire elementi di prova”.

²¹¹ Sul punto v. 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.* del 5.03.2019, passim, che esclude dal perimetro dell’art. 9 ogni attività che abbia finalità preventiva.

²¹² E’ noto come la giurisprudenza convenzionale ruoti attorno al crinale che separa la figura dell’agente provocatore (*agent provocateur*) da quella dell’agente infiltrato od operante “sotto copertura” (c.d. *undercover agent*), ritenendo che, onde apprezzarne la compatibilità con il principio del processo equo di cui all’art. 6 C.E.D.U., come anche interpretato dalla Corte di Strasburgo, le due figure vadano distinte. L’agente infiltrato, la cui condotta è legittima, è un appartenente alle forze di polizia o un suo collaboratore che agisce in modo controllato nell’ambito di un’attività di indagine ufficiale e autorizzata con finalità di osservazione e contenimento di condotte criminose che, in base a sospetti, si suppone che altri soggetti siano in procinto di compiere. L’agente provocatore, invece, è soggetto che, pur appartenente alle forze di polizia, al di fuori di un’indagine ufficialmente autorizzata, determina altri alla commissione di reati che, senza la sua azione, non sarebbero stati commessi: la sua attività non è consentita e, oltre a determinare la responsabilità penale dell’infiltrato, produce, quale ulteriore conseguenza, l’inutilizzabilità della prova acquisita (art. 191 c.p.p.) e rende l’intero procedimento suscettibile di un giudizio di non equità ai sensi dell’art. 6 C.E.D.U. contrastante con la clausola del “processo equo”. Sul punto, tra tutte cfr. Corte EDU, 9.06.1998, *Teixeira de Castro v. Portugal*, spec. §§ 31-39, su cui v. A. VALLINI, *Il caso “Teixeira De Castro” davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi legali di infiltrazione poliziesca*, in *Leg. pen.*, 1999, 197 ss. tra le tante, Id., 21.03.2002, *Calabrò c. Italia/Germania*, in *Cass. pen.*, 2002, 2920; Id., 26 ottobre 2006, *Khudobin v. Russia*, § 135; Id., 5 febbraio 2008, *Ramanauskas v. Lithuania* (caso di corruzione di un magistrato); Id., 21 febbraio 2008, *Pyrgiotakis v. Greece*; Id., 4.11.2010, *Bannikova v. Russia*, §§ 33-65, in cui compare una dettagliata rassegna dei principi formulati in materia dalla Corte. In generale, sulle implicazioni

interiorizzate da quella nazionale²¹³) - abbia voluto tradurre sul piano normativo la assai evanescente distinzione tra agente infiltrato ed agente provocatore²¹⁴, un tale intento sembra tradito dallo stesso riferimento normativo all'art. 51 c.p..

Sul punto, infatti, è risultato alquanto singolare che una norma pensata per “tassativizzare” i presupposti dell'operazione sotto copertura abbia lasciato dichiaratamente aperta la possibilità di invocare una scriminante generale, senza contare che un tale spazio operativo secondario vada pur sempre correttamente circoscritto ad interventi indiretti e marginali nella esecuzione del fatto, inquadrabili in attività di mero controllo, osservazione e contenimento di azioni illecite altrui.

D'altra parte, come si avrà modo di vedere, ferma restando la disagiata distinzione tra determinazione della condotta criminale sul piano psichico e semplice adesione passiva alla stessa, pure l'ultimo intervento riformatore lascia residuare ambiguità, nella misura in cui non esclude che l'agente sotto copertura possa innescare causalmente la commissione di un delitto contro la pubblica amministrazione sfociando in subdole forme di provocazione statutale ‘coperta’²¹⁵.

Ed è qui che si colloca il dibattito sull'esatto inquadramento dommatico della non punibilità delle attività di indagine di cui all'art. 9 del 2006, che lo stesso legislatore, con la l. n. 136 del 2010, venendo in soccorso all'interprete, riconduce espressamente nel novero delle cause di giustificazione in senso stretto²¹⁶,

processuali connesse al “diritto di non essere istigati alla commissione di un reato”, A. CABIALE, *I limiti alla prova nel processo penale europea*, Milano 2019, p. 161 ss.

²¹³ Cass., sez. IV, 24.1.2008, Casaula, in *CED* 2008/239640; Cass., sez. I, 14.1.2008, D'Amico e altri, in *CED* 2008/239704; Cass., sez. IV, 22.9.2000, Alessandro, in *CED* 2000/217253; Cass., sez. IV, 22.9.1999, Lenza, in *CED*, 1999/215007.

²¹⁴ Per la chiara sintesi di una tale distinzione cfr. M.N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2019, 1283; 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, 963 ss.; V. MONGILLO, *La legge spazzacorrotti*, cit., 253; R. BERARDI, voce *Terrorismo. Sub art. 9 L. 146/2006*, in *Leggi penali complementari commentate*, A. GAITO, M. RONCO (a cura di), Torino, 2009, p. 3615.

²¹⁵ Riferendosi alla riforma dell'art. 9 tramite la cd. Spazzacorrotti (l. n. 3 del 2019), ricostruisce criticamente i rapporti tra determinazione provocatrice ed attività sotto copertura non provocatoria M.N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo*, cit., 1281 ss.

²¹⁶ Una tale opzione è manifestata in modo implicito nella clausola di riserva espressa con cui si apre il comma 1 dell'art. 9 legge n. 146/2006 “fermo quanto disposto dall'art. 51 del codice

connotata, tuttavia, da significative peculiarità rispetto alla configurazione sostanziale tipica delle scriminanti comuni, trattandosi di una fattispecie che, nell'autorizzare il compimento di condotte penalmente rilevanti a fronte di possibili lesioni di interessi fondamentali, privilegia esigenze di controllo e di investigazione, operando un giudizio di bilanciamento a monte.

Difatti, su tale ultimo profilo è evidente come, oltre alla funzionalizzazione della fisionomia assiologica all'indagine penale, in un tale settore appaiano, del pari, peculiari le modalità di 'contemperamento' adottate, e ciò in ragione dell'ontologica incompatibilità tra gli interessi che vengono in gioco²¹⁷, nonché della "ibridazione di fondo"²¹⁸ che caratterizza la figura in esame.

È chiaro, dunque, che tutto passa per un'idea di risoluzione dei conflitti operata mediante una legittimazione di condotte lesive nell'ambito di attività di contrasto diverse dalla 'non provocazione' in senso ampio. E la peculiarità sta nel fatto che qui, diversamente da quanto avviene in un bilanciamento tra beni formulato in nome dell'affermazione di un diritto prevalente, il conflitto viene risolto, come si avrà modo di approfondire, mediante una procedura²¹⁹.

Ebbene, proprio l'esaltazione di modalità procedurali, intrecciandosi con la strumentalità dell'attività *undercover* all'accertamento dei reati, a sua volta, invoca la necessità di preservare determinate modalità delle condotte investigative in linea con l'esigenza di assicurare il rispetto dei principi fondamentali posti alla base della tutela dell'individuo e delle regole del giusto processo²²⁰.

penale". Tale locuzione, indicando l'esistenza di un rapporto di specialità tra le due norme, lascia trasparire la sostanziale coincidenza, salvo gli elementi specializzanti, dei loro rispettivi ambiti di operatività e, soprattutto, per quel che in questa sede interessa, della loro natura giuridica di cause di esclusione dell'antigiuridicità. La definitiva e incontrovertibile prova della assimilazione della speciale causa di non punibilità in questione al *genus* delle cause di giustificazione in senso stretto è contenuta nel successivo comma 1-bis, il quale si apre con la testuale enunciazione: "la causa di giustificazione di cui al comma 1 si applica [...]".

²¹⁷ Così, A. MANICCIA, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: i tratti confusi della riforma anticorruzione*, in *Cass. Pen.*, nn. 5-6/2019, 2371.

²¹⁸ In questi termini, T. PADOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Milano, 2019, p. 350.

²¹⁹ V. *ultra*, CAP. IV.

²²⁰ D. PULITANO', *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *RIDPP* 2005, 962 ss.

In una tale prospettiva, la valorizzazione delle evidenziate singolarità - *in primis* l'esaltazione di modalità procedurali predeterminate - induce, senz'altro, a privilegiare una dimensione intrinsecamente autonoma del fenomeno in oggetto. Ed una tale considerazione presuppone la inevitabile osservazione secondo cui lo scarto tra l'art. 9 della legge 146/2006 e l'art. 14 della legge 269/98 appare irriducibile, laddove il requisito della preventiva autorizzazione dell'autorità giudiziaria (in luogo del semplice dovere gerarchico di comunicazione contenuto nell'art. 9 co. 4²²¹) acquisisce, senza dubbio, una portata operativa non trascurabile nei termini di una chiara scelta verso un nuovo schema di legittimazione *ex ante*, volto a conformare condotte lesive penalmente tipiche all'esito del preventivo espletamento di una procedura di controllo pubblico.

Una tale affermazione trova conferma nel fatto che, nelle attività di contrasto, in virtù dell'operatività di una tale preventiva legittimazione funzionale alla protezione qualificata di beni-valori solidaristici, si registrano ipotesi di condotte autonome qualificabili come lesioni, legittimate sulla base di una prognosi privilegiata statale²²².

In dette ipotesi, a ben vedere, la non punibilità del soggetto, senza invocare l'art. 51 c.p. (del resto neppure richiamato dalla clausola sussidiaria) riposerebbe proprio nella valorizzazione procedurale del requisito della necessaria autorizzazione preventiva dell'autorità giudiziaria, la quale renderebbe leciti, benchè lesivi, gli atti di indagine della polizia giudiziaria, proprio in quanto verificati *ex ante*²²³.

²²¹ L'obbligo di cui trattasi risulta tutt'ora in vigore, anche a seguito della modifica della legge del 2019, per le operazioni sotto copertura in materia di traffico di sostanze stupefacenti in quanto espressamente previsto dall'art. 97 comma 3 TULS non abrogato e si pone in linea con i *dicta* costantemente formulati dalla Corte di Strasburgo, secondo cui condizione imprescindibile di legittimità – nell'orbita dell'art. 6, par. 1, CEDU – dell'operazione sotto copertura è il necessario controllo dell'autorità giudiziaria, da ritenere il meccanismo più appropriato.

²²² In questi termini, A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 378; per una qualificazione giuridica come una nuova scriminante che, strutturalmente sembra riconducibile ad ipotesi di giustificazione procedurale, cfr. anche F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 218 ss.

²²³ A sostegno di un tale assunto cfr. A. VALLINI, *Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove*, cit., 1 ss.

È proprio con riferimento alle condotte integranti la vera e propria provocazione (si pensi al caso dell'attivazione dei siti civetta) che si pone, infatti, il problema della legittimazione politico-criminale di uno sconfinamento nella realizzazione di autonome figure monosoggettive di reato.

Allora, risulta facile comprendere come, sul fronte della sistematica penale per le attività di contrasto alla criminalità, l'art. 14 si ponga a completamento di uno statuto penale delle attività sotto copertura che 'legalizza' attività di partecipazione esecutiva e di (co)autoria sulla base del rispetto di un *iter* procedurale predefinito, aprendo la strada ad una rinnovata idea di giustificazione per condotte di provocazione 'proceduralmente non vietate'²²⁴.

Una tale esaltazione di modalità procedurali, allora, come si dirà, fa assumere alle stesse un valore decisamente costitutivo, per una risoluzione di conflitti affidata dall'ordinamento alle scelte massimamente diligenti del soggetto decidente nell'adempimento di doveri giuridici qualificati e rivolti alla tutela solidaristica di valori²²⁵.

4.2. – Lo strumento investigativo alla prova della provocazione 'coperta' nel nuovo terreno di contrasto dell'emergenza-corruzione: stato dell'arte e sfide (ancora) in campo.

²²⁴ Il riferimento è al modello di giustificazione procedurale che ha trovato la sua genesi teorico dommatica nelle riflessioni di Winfried Hassemer, per poi essere contestualizzato dalla dottrina nell'ambito delle riflessioni afferenti a temi eticamente sensibili (le problematiche relative alla regolazione delle scelte di inizio-fine vita), interessando progressivamente il tema dell'esercizio di poteri conferiti alla pubblica autorità. Per un inquadramento sistematico del concetto di giustificazione procedurale, si rinvia, per tutti e da ultimo, al più volte citato lavoro monografico di A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., passim; Id. *Il processo all'art. 580 del codice penale nella più recente giurisprudenza costituzionale: alle origini di una nuova idea di giustificazione*, in www.lalegislazionepenale.eu, 11.10.2019, passim; in precedenza M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2009, 1646 ss. e M. ROMANO, *Cause di giustificazioni procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, ivi, 2007, 1269 ss; richiama la natura procedurale della scriminante di cui all'art. 9 l. 146/2006 M. N. MASULLO, *ult. op. cit.*, 1287. Per i dovuti approfondimenti v. *ultra*, CAP. III.

²²⁵ A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 378.

Giungendo all'attualità, il 'rinnovato' interesse verso la controversa tecnica investigativa delle *undercover operations*²²⁶, unito ad istanze di stabilizzazione di un consenso socio-economico intorno alle opzioni di contrasto al fenomeno sistemico corruzione²²⁷, ha spinto il legislatore ad intervenire nuovamente sull'art. 9 della legge n. 146 del 2006²²⁸, ampliando ulteriormente la vecchia disciplina delle indagini sotto copertura a determinati reati contro la pubblica amministrazione²²⁹.

Una tale scelta, pur nel pregevole intento di 'confinare' un fenomeno endemico quale la inarrestabile *escalation* dell'emergenza-corruzione²³⁰ come risposta all'esigenza di disvelare il radicato sistema di corrottele pubbliche, tuttavia, non ha tardato ad alimentare sin da subito un aspro scetticismo di fondo.

In tal senso, un sicuro rilievo hanno avuto le specificità delle stesse fattispecie delittuose oggetto di indagine, unite all'ampiezza delle condotte astrattamente suscettibili di essere scriminate (tanto da estendersi anche a quelle

²²⁶ L'introduzione delle *undercover operations* nell'ambito dei reati contro la P.A. è stata per la prima volta caldeggiata dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (nota come Convenzione di Merida), adottata il 31 ottobre 2003 e ratificata dall'Italia con l. 3 agosto 2009, n. 116. L'art. 50 della Convenzione in parola annovera le consegne controllate tra gli strumenti investigativi astrattamente idonei a prevenire e contrastare il fenomeno corruttivo e, laddove opportuno, anche la sorveglianza elettronica e le operazioni sotto copertura.

²²⁷ Sul punto cfr. l'analisi di J. SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, 2008, passim.

²²⁸ In argomento, G. BARROCU, *I profili processuali delle operazioni sotto copertura nella normativa anticorruzione*, cit., 638 ss.; G. MICHELI, *L'agente sotto copertura nei reati contro la pubblica amministrazione*, in DPP 2019, 1712 ss.; A.F. MASIERO, *L'agente sotto copertura in materia di delitti contro la pubblica amministrazione: una (in)attesa riforma. Note a margine della legge "spazzacorrotti"*, in www.lalegislazionepenale.eu, 8.4.2019, passim; M.N. MASULLO, *op. cit.*, 1279 ss.; B. BALLINI, *Prime riflessioni sulle operazioni sotto copertura nei reati contro la pubblica amministrazione*, in www.disCrimen.it, 29.10.2019, passim.

²²⁹ Con la legge n. 3/2019, entrata in vigore il 31 gennaio 2019 e recante "Misure per il contrasto dei reati contro la Pubblica Amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici" hanno fatto il loro ingresso nel citato art. 9 tredici nuove fattispecie: non solo i reati di corruzione attiva e passiva, domestica e internazionale, incluse le condotte istigatorie (artt. 318, 319, 319-bis, 319-ter, 320, 321, 322, 322-bis), ma anche la concussione (art. 317 c.p.) e l'induzione indebita (anche se nella sola forma attiva ex art. 319-quater, comma 1, c.p., giacché l'indotto per definizione è spinto al reato dall'abuso del pubblico agente), e persino il traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.), la turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.) e del procedimento di scelta del contraente da parte della p.a. (art. 353-bis c.p.). Restano fuori, *inter alia*, il peculato, la malversazione e l'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, l'abuso d'ufficio, etc.

²³⁰ Definisce la corruzione un fenomeno seriale e diffusivo P. DAVIGO, *Il sistema della corruzione*, Roma-Bari, 2017, p. 27.

“prodromiche e strumentali” rispetto a quelle non espressamente tipizzate²³¹).

Rinnovati dubbi si sono, tuttavia, affacciati per quel latente rischio (tutt’altro che peregrino) di uno sconfinamento verso controlli apertamente invasivi, tali da legittimare ambigue forme di repressione eticizzante²³².

E tali criticità non hanno fatto altro che amplificarsi, a maggior ragione, per la vaghezza della formula di chiusura (in bianco) contenuta nella disposizione in commento che, riferendosi, appunto, ad “attività prodromiche e strumentali”, ha reso possibile l’ingresso nel meccanismo di esclusione della punibilità a comportamenti la cui limitazione è rimessa alla discrezionalità, tanto di chi viene investito dello strumento investigativo, quanto di chi è chiamato a giudicarne la liceità.

E sono proprio tali consapevolezza a muovere il legislatore del 2019 verso lo sforzo di tradurre sul piano normativo la ‘scivolosa’ distinzione tra attività di indagine sotto copertura originata da altrui iniziativa illecita ed attività di provocazione *stricto sensu*²³³. Sennonché, partendo da un attento confronto con gli elementi costitutivi delle fattispecie criminoso inserite, è proprio su tale aspetto che sembrano albergare le più rilevanti perplessità²³⁴.

²³¹ A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. Pen.*, n. 3/2018, 6; critico anche F.R. DINACCI, *L’agente sotto copertura e i reati contro la pubblica amministrazione: nuovi difetti e vecchi vizi*, in *Arch. Pen.*, n. 1/2020, 11; A. ZAPPULLA, *Commento ad art. 8, l. 13 agosto 2010, n. 136 (piano antimafia)*, in *Leg. pen.*, 2010, 452.

²³² Cfr. per tutti M.N. MASULLO, *op. cit.*, 1286; G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, V. MAIELLO (a cura di), Torino, 2015, p. 185.

²³³ Nell’attuale disposto normativo le condotte coperte *ex novo* dall’operatività della giustificazione appaiono tipizzate tendenzialmente in linea con tali esigenze di garanzia. Nello specifico, le condotte che l’infiltrato può lecitamente compiere fingendosi privato corruttore sono vincolate alla sussistenza di un “patto illecito già concluso da terzi”: in tal modo, viene esplicitato il carattere meramente passivo dell’agire dello stesso infiltrato.

²³⁴ Sul punto cfr. A. MANICCIA, *ult. op. cit.*, 2379 ss., che sottolinea come: “[...] il requisito normativo dell’‘accordo illecito già concluso da altri’ potrebbe portare alla “spiacevole *impasse*” per la quale, a fronte della “sollecitazione” al *pactum sceleris* da parte del p.u. verso il privato/terzo, l’agente sotto copertura rischierebbe di fuoriuscire dalla garanzia scriminante dell’art. 9, qualora – nel suo “infiltrarsi” nello sviluppo dell’illecito mercimonio – non si limiti alla mera attività di corresponsione del denaro od altra utilità, bensì, intervenga anche nello stadio antecedente, guidando il privato/terzo nella stessa conclusione dell’accordo. Tale “suggerimento” si risolverebbe in una vera attività di induzione non scriminabile e che muterebbe, perciò stesso, lo *status*

Del resto, le nuove condotte ‘coperte’ si insinuano in reati-contratto a struttura bilaterale, in cui l’elemento costitutivo sul piano sostanziale (oltre che fenomenico) è dato dall’incontro della volontà illecita di due soggetti tra i quali, solitamente, il rapporto criminoso si esaurisce; ed una tale fisionomia, sovente caratterizzata da selettivi meccanismi di affidabilità personale a ‘circuiti chiusi’²³⁵, non sembra riuscire a cogliere empiricamente la scissione della plurisoggettività sostanziale tra il momento dell’accordo e quello della sua esecuzione.

Nella specie, il riferimento alle c.d. “consegne controllate” pare attagliarsi maggiormente a differenti contesti criminosi, assumendo carattere residuale, sul piano empirico-criminologico, rispetto alla corruzione. In linea generale, infatti, va osservato come, a differenza di altri settori criminali tipicamente interessati da tali tecniche investigative, nei reati contro la pubblica amministrazione non è riscontrabile una condotta pregressa all’intervento dell’agente suscettibile di essere punita in via autonoma²³⁶.

Ebbene, tali motivi, in uno a quell’insopprimibile perimetro fenomenologico a rischio provocazione, hanno ben presto agitato forti dubbi sull’opportunità - e reale praticabilità - dell’infiltrazione in un contesto quale quello che generalmente ospita il fenomeno corruttivo, ben diverso dall’ampia organizzazione criminale finalizzata al traffico di stupefacenti o allo sfruttamento dell’immigrazione²³⁷.

dell’agente sotto copertura in agente provocatore aprendo, per l’effetto, “nuovamente” al problema della ricerca di soluzioni universali alla sua responsabilità penale”.

²³⁵ T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., 5; M. BIRAL, *Le operazioni sotto copertura al banco di prova dei reati contro la pubblica amministrazione* in *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019 n. 3*, R. ORLANDI, S. SEMINARA (a cura di), Torino 2019, p. 224; anche la relazione illustrativa della legge 9 gennaio 2019 n. 3 dà conto della difficoltà di accertamento dei delitti contro la Pubblica Amministrazione a causa della “stretta comunanza di interessi illeciti dei soggetti che vi concorrono e [del] legame omertoso che li protegge”; sul punto v. Camera dei Deputati, *Relazione di accompagnamento al d.d.l. n. 1189 recante misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*, su www.camera.it, p. 25.

²³⁶ Ciò nonostante, per una soluzione volta ad estendere lo statuto delle operazioni sotto copertura al settore criminologico in questione, cfr. F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto “integrato”*, Torino 2012, p. 179.

²³⁷ M. PELLISSERO, *Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria*, in www.ilquotidianogiuridico.it, 11.10.2018, passim.

Di tal guisa, essendo alquanto verosimile che l'agente sotto copertura, anche indossando i panni dell'*intraneus*, possa prendere l'iniziativa innescando causalmente la commissione di un delitto contro la pubblica amministrazione, è apparso subito piuttosto tangibile il problema dei limiti alla mobile provocazione 'coperta' come possibile fonte di arbitrio statale²³⁸.

E sempre verso un'espansione dei tratti identitari dell'istituto a forme di provocazione al reato è sembrata contribuire pure l'inclusione della fattispecie di istigazione alla corruzione nel "nuovo" elenco di reati per cui è ammesso l'utilizzo dello strumento *de quo*.

Inoltre, calibrando l'innesto di una nuova causa di non punibilità per il 'resipiscente' (art. 323 *ter* c.p.²³⁹) e – per quel che in questa sede interessa – dell'esclusione di un tale beneficio a colui che corrompe o si fa corrompere "al solo fine di denunciare il correo", la diacronia con il riformulato art. 9 è presto evidente²⁴⁰.

La lettura combinata delle due disposizioni sembra, infatti, del tutto escludere dall'ambito applicativo l'agente *undercover* che – in violazione del requisito dell'estraneità al momento conclusivo dell'accordo richiesto dall'art. 9 –

²³⁸ In quest'ottica, il pregevole intento del legislatore è stato presto smentito ed il rischio di scivolare nella provocazione si è fatto tangibile, soprattutto per le condotte di acquisto, ricezione o accettazione di denaro o altra utilità, passibili di realizzazione tramite autonome iniziative di sollecitazione indebita, che non presuppongono necessariamente un *pactum sceleris* già perfezionato.

²³⁹ La nuova causa di non punibilità dell'art. 323-ter c.p., dispone che "non è punibile chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319-quater, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-bis e 354 se, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili. La non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma. La causa di non punibilità non si applica quando la denuncia di cui al primo comma è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato. La causa di non punibilità non si applica in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146".

²⁴⁰ Tra i vari presupposti normativi, la disposizione richiede che la corresponsione di denaro o altra utilità avvenga in base ad un "accordo illecito già concluso da altri", così ricavandosi l'esclusione *tout court* della possibilità di ricorrere, nel contrasto al fenomeno corruttivo, all'utilizzo del *modus operandi* tipico dell'agente provocatore, sia privato, sia appartenente alla p.g.

“crei” l’occasione del *pactum sceleris* attraverso una condotta di mera “induzione alla corruzione del pubblico dipendente”, sebbene finalizzata al suo arresto.

E ciò per la considerazione secondo cui in una tale ipotesi, tornando a “vestire i panni” del tradizionale agente provocatore, questi non potrà beneficiare né della scriminante speciale dell’art. 9, né dell’inedita ipotesi di non punibilità, con la conseguenza che l’unica (singolare) ipotesi concretamente coperta dal combinato disposto in parola sarà quella dell’operazione sotto copertura instaurata a seguito di “denuncia tempestiva” (entro quattro mesi) del corrotto resipiscente, estraneo da qualsiasi previo accordo con le forze di polizia giudiziaria.

E tuttavia, neppure un tale “cambio di rotta” da parte del legislatore sembra porre l’Italia al riparo da futuri richiami internazionali, date le criticità della materia *de qua*, originate da un’attitudine “desocializzante” del fenomeno della “provocazione al reato”, che involge e mina il bilanciamento tra contrapposti interessi ontologicamente incompatibili tra loro e che, con tutta probabilità, non tarderanno a riproporsi, passando sopra i buoni propositi che hanno, senza dubbio, animato le scelte motrici della riforma stessa.

Insomma, le recenti modifiche non sembrano traghettare la fattispecie in oggetto verso approdi certi; e questo dato è apparso ancor più evidente considerato il mancato adeguamento procedurale delle modalità di intervento investigativo causato dal difetto di modifica del citato art. 9 comma 4, che ha contribuito (per il tramite della plausibilità di “attività strumentali”) ad un ulteriore assottigliamento della fragile linea di demarcazione tra illecita determinazione punibile ed istigazione astrattamente giustificabile.

E difatti, in tal senso non v’è chi non abbia caldeggiato proprio la valorizzazione, già in chiave di identificazione del tipo, della dimensione essenzialmente “procedurale” del fenomeno in esame, cogliendo l’occasione della riforma per sottoporre lo strumento ad un reale sistema di controllo giudiziario, sia preventivo (mediante autorizzazione) che successivo (in fase esecutiva), circa il corretto svolgimento di operazioni solo così pienamente legittime²⁴¹.

²⁴¹ G. BARROCU, *I profili processuali delle operazioni sotto copertura nella normativa anticorruzione*, cit., 4 ss.; M.N. MASULLO, *op. cit.*, 1283.

Tali riflessioni fanno da sfondo alla considerazione secondo cui, risultando la norma ancora sprovvista di tali requisiti o di altri vincoli di necessità/eccezionalità cui subordinare il ricorso allo strumento investigativo²⁴², non appare affatto scongiurato il rischio che quest'ultimo finisca per assumere le inaccettabili sembianze di una prova di (in)corruttibilità per il cittadino e di (in)fedeltà al potere politico per il pubblico agente.

Ed è la volontà di scongiurare una tale deriva di sistema, allora, a rafforzare l'esigenza di un dettato normativo rigorosamente informato ai principi di uno stato di diritto, che, lontano da discutibili forme di populismo penale²⁴³, passi per una rigorosa applicazione dei requisiti di ammissibilità delle operazioni sotto copertura - tra cui il rispetto dello stringente vincolo finalistico preposto²⁴⁴ - nonché per la realizzazione di condizioni di legittimazione *ex ante* che normativizzino forme di (non) provocazione proceduralmente ammesse.

Va senza dire che, in tal senso, ulteriore baluardo di garanzia rimane l'esistenza di un quadro indiziario di una certa consistenza, collocato nella dinamica investigativa successiva all'acquisizione della *notitia criminis*²⁴⁵.

In questa prospettiva, tra gli indici rivelatori di un'autentica attività di infiltrazione, in quanto tale consentita, rientra - in uno al corretto espletamento delle operazioni stesse - la sussistenza di un effettivo controllo giudiziario volto a preservare la finalità tipica di un'indagine passiva.

²⁴² Segnala le richiamate criticità nella fattispecie originaria anche F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2009, 1054 ss..

²⁴³ Sul punto, cfr. F. ZACCHÈ, *La libertà personale tra diritti della persona e nuove sfide del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1999; registrano l'avvenuta conversione del populismo politico in populismo penale C. SOTIS, D. PULITANÒ, S. BONINI, T. GUERINI, G. INSOLERA, A. SESSA, A. MANNA, L. RISICATO, N. MAZZACUVA, *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in www.dirittopenalecontemporano.it del 21.12.2016, passim; S. ANASTASIA, M. ANSELMi, D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015, p. 27 ss.; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 ss.

²⁴⁴ P. SCEVI, *Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione*, in *Arch. Pen.*, n. 1/2019, 15.

²⁴⁵ Come riscontrato da D. PIVA, *Le sfide del DDL anticorruzione: effettività, proporzione e rieducazione all'insegna del "chi sbaglia paga, l'onestà conviene"*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 3.

E, dunque, se pure giungendo allo stato dell'arte i suddetti rilievi non hanno consentito di dissipare (come, bensì, sembrano alimentare) tutte le esposte criticità, risulta facile comprendere come il dibattito sulla figura generale dell'agente 'non provocatore' risulti tutt'altro che 'ultimato'.

Difatti, a fronte di una connaturata forza espansiva di attività di contrasto ovvero di copertura, ma sempre all'interno di una attività di indagine già iniziata, è diventato sempre più impellente il problema di renderne pre-definiti i confini, e ciò anche al fine di porre argini certi ad una rischiosa compromissione di diritti individuali (*in primis* la libertà di non autoincriminarsi).

Ed allora, una profonda riflessione sistematica di campo si fa impellente in considerazione della oramai evidente inadeguatezza del tradizionale strumento giustificativo, palesata dalla permanente scissione tra la clausola generale di cui all'art. 9 ed il citato art. 14 (nei commi non abrogati), in cui - accanto a condotte passive di accertamento e controllo prive di efficienza causale - il sistema si mostra aperto ad attività di copertura, sotto forma di istigazione e, soprattutto, di (co)autoria.

Nonostante, infatti, il legislatore sia venuto in soccorso dell'interprete designando espressamente l'esimente dell'art. 9 come causa di giustificazione, appare evidente l'insufficienza delle categorie tradizionali, laddove solo il ricorso a nuove opzioni dommatiche saprà essere capace di ispirare quella differenziazione, necessaria pure sul piano processuale, tra punibilità del 'non provocato' e non punibilità di un agente 'non provocatore', autore di condotte solidaristicamente conformi al diritto, recuperate a razionali esigenze di politica criminale.

CAPITOLO III

LA 'NON PROVOCAZIONE' AL REATO IN SENSO AMPIO: FONDAMENTI E LIMITI ALLA SUA PUNIBILITA' NELLA TEORIA DEL CONCORSO

SOMMARIO: - 1. Premessa. - 2. Le garanzie della teoria del concorso per contributi atipici: l'esempio del *falsus emptor*. - 2.1. Provocazione istigatoria e 'non provocazione' al reato: una ricognizione di confini tra le componenti soggettive. - 3. La 'non' provocazione nella teoria del concorso: "correttivi" normativi a corredo di una tipizzazione (meramente) causale del contributo concorsuale. - 3.1. Il rapporto tra condotte di 'non' provocazione e fattispecie di parte speciale: tra imputazione oggettiva *sub specie* aumento del rischio e soluzioni endogene.

1. - Premessa

Partendo dall'esistenza di contributi investigativi non perfettamente in sintonia con una visione propriamente 'classica' dell'istituto oggetto di studio, si è già dato atto delle conclamate antinomie nel rapporto sistematico tra attività sotto copertura *ex art. 9* della legge n. 146 del 2006 ed attività di contrasto *ex art. 14* della legge n. 269 del 1998.

Del resto, nonostante l'affannosa ricerca di una ricostruzione dommatica unitaria delle indagini passive - nel segno del definitivo superamento dell'assolutismo punitivo e più in linea con una razionalizzazione in via differenziata di agente 'non provocatore' e soggetto 'non provocato' - non può non darsi atto del fenomeno di costante ampliamento del raggio d'azione dell'agente *undercover*, emergente dalla sistematica sintesi del citato art. 14 con gli artt. 97 e 12 *quater*, per come pure sopra individuati.

E proprio un tale ampliamento del 'tradizionale' perimetro dell'agente sotto copertura sembra porsi alla base della stessa consacrazione dommatica di una 'non provocazione' in senso ampio, che, aprendo il sistema a forme di (co)autoria non punibile - per condotte tipiche di una provocazione rispetto alle fattispecie di parte speciale - ha senza dubbio esteso lo scarto rispetto all'originario dato fenomenico

del *fictus emptor* – per condotte atipiche di ‘non provocazione’ rispetto alle fattispecie di parte speciale.

Ebbene, in una tale prospettiva, collegando l’eccezionalità dello strumento investigativo nei vari contributi di ‘non provocazione’, ai canoni di un diritto di necessità nello stato di normalità, occorre ‘testare’ le soluzioni interne, in piena rispondenza a criteri valoriali, in accordo con esigenze da stato sociale di diritto²⁴⁶.

Del resto, per quanto si dirà, si impone un richiamo a risposte di normalità, dommaticamente incasellabili nelle categorie ordinamentali classiche, ove l’attenzione sulla più ampia figura di agente ‘non provocatore’ coniata dalla dottrina, marcando netti confini con la provocazione istigatoria, (rin)traccia sentieri battuti ante “statuto”, seppure con sfumature distinte.

E così, nel recupero della teoria del concorso, ritorneranno utili, *in primis*, riflessioni intorno all’elemento soggettivo, nei temi del dolo del tentativo, dell’istigazione, nonché - come si vedrà - del ruolo della causalità e dei connessi ‘limiti’ nell’accertamento del contributo concorsuale.

2. – Le garanzie della teoria del concorso per contributi atipici: l’esempio del *falsus emptor*

La problematicità del criterio indifferenziato²⁴⁷ adottato nel nostro sistema penale per disciplinare il concorso di persone nel reato si impernia decisamente sulle tematiche poc’anzi accennate, relative all’elemento soggettivo ed al nesso causale.

E ciò in quanto la determinazione del criterio minimo di imputazione di contributi atipici, per come già ‘livellato’ in sede di astrazione normativa, è

²⁴⁶ Per un approfondimento dei canoni di garanzia di un diritto penale del fatto ispirato a valori da stato sociale di diritto cfr. per tutti S. MOCCIA, *Il dover essere della premialità*, in AA. VV., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, S. MOCCIA (a cura di), Napoli, 1998, p. 203 ss.

²⁴⁷ Sottolinea l’evanescenza di un modello differenziato di disciplina del concorso di persone messa in luce dalla giurisprudenza, S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, p. 29 ss.

operazione che sconta gli inesorabili effetti di una delega interpretativa di stampo creativo²⁴⁸, con intuibili derive di mera ‘processualizzazione’²⁴⁹.

Evidentemente, il ‘seme’ di una tale uniformità²⁵⁰ dei diversi apporti concorsuali, di sicura matrice prevenzionistica²⁵¹, va posto nel criterio d’incriminazione oggettivistico della causalità, per cui “tutte le condizioni, che concorrono a produrre l’evento, sono indistintamente cause di esso”²⁵², relegando

²⁴⁸ In questi termini, C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin-New York, 2000, p. 113.

²⁴⁹ Così descrive il (necessario) processo di tipizzazione giurisprudenziale dei requisiti di rilevanza penale dei contributi atipici S. DE FLAMMINEIS, *Reato associativo e concorso di persone tra teoria e prassi: il caso del concorso nel reato continuato*, in *Sistema penale*, n. 3/2022, 77 ss.

²⁵⁰ Secondo autorevole dottrina, la non differenziazione tra le diverse figure di concorrenti, in relazione all’apporto per la realizzazione del reato, sarebbe problematica con riguardo all’osservanza del principio di determinatezza della fattispecie criminosa; sul punto cfr. M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell’ordinamento vigente*, Torino, 1979, p. 297 ss.; S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 1 ss.; M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 179 ss.; L. MONACO, *La riforma dell’art. 110 del codice penale italiano. Spunti introduttivi*, in *Problemi generali di diritto penale*, G. VASSALLI (a cura di), Milano, 1982, p. 119 ss.; L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l’identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1358 ss. e 1374 s.; E. MORSELLI, *Note critiche sulla normativa del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 415 ss.; G. FORNASARI, *Il concorso di persone nel reato*, in *Percorsi europei di diritto penale*, G. FORNASARI - A. MENGhini (a cura di), Padova, 2005, p. 98; G. SAMMARCO, *Le condotte di partecipazione al reato*, Napoli, 1979, p. 162 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2009, p. 497; R. RIZ, *Lineamenti di diritto penale, Parte generale*, Padova, 2012, p. 402; U. GIULIANI BALESTRINO, *L’equivalenza non causale tra le condotte dei concorrenti nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 650 ss.

²⁵¹ Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 539 ss. il quale, in termini aspramente critici sulla scelta di fondare la disciplina concorsuale sul criterio oggettivistico-causale, osserva come l’equiparazione di ogni attività concorrente nel reato si affidi a ragioni di politica criminale prevenzionistiche, mettendo in ombra l’aspetto, scientificamente e politicamente rilevante, della diversa intensità criminosa dell’offesa arrecata da ciascuno dei concorrenti.

²⁵² V. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, parte I, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco*, Roma, 1929, p. 165: “Il legame, invero, che avvince l’attività dei vari concorrenti, si realizza in una associazione di cause coscienti, alle quali è dovuto l’evento e, perciò, a ciascuno dei compartecipi deve essere attribuita la responsabilità dell’intero [...]”; in proposito, v. fra gli altri F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, ed. XVI, integrata ed aggiornata da L. CONTI, Milano, 2003, pp. 549-550; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 451; G. GRASSO, *Pre-Art. 110*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Artt. 85-149, cit., p. 125; nonché, criticamente, M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, cit., 180 ss..

la deroga ad una tale perequazione a successive operazioni di commisurazione punitiva per apporti causali ‘minimi’.

Ineludibile, allora, appare il dato di partenza, comunemente rilevato nella formulazione tautologica della clausola di “estensione della tipicità oggettiva”²⁵³ contenuta nell’art. 110 c.p. sul piano della fondazione della punibilità, i cui presupposti indefiniti, risultano, di fatto, rimessi all’interprete²⁵⁴.

Da qui, il richiamo all’esigenza di un’interpretazione sistematica della normativa *de qua*, che tenga in debito conto i principi generali dell’imputazione, con riguardo alle regole in tema di causalità e di elemento psicologico, passando per una – sia pur debole – trasposizione del dogma dell’equivalenza causale e, quindi, della punibilità di qualsiasi contributo alla causazione dell’evento²⁵⁵.

In questa prospettiva, i brevi rilievi esposti mostrano come sia proprio una tale combinazione tra il carattere uniformante del criterio causale²⁵⁶, da un lato, e l’esclusività del ricorso ad esso per l’affermazione della responsabilità penale concorsuale, dall’altro, a traghettare la disciplina della responsabilità verso la rinuncia ad una differenziazione (dis)valoriale dei contributi punibili²⁵⁷.

²⁵³ Per la terminologia impiegata v. C. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 170-171; la tesi secondo cui la disciplina del concorso ha una funzione di estensione della tipicità presuppone una concezione restrittiva, opposta a quella estensiva, ed è accolta nella dottrina italiana ampiamente dominante, tra cui, fra gli altri, C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo 1952, p. 7 ss.; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano 1957, p. 12 ss.; A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, II ed., Napoli, p. 36 ss.; G. GRASSO, *Pre-Art. 110*, cit., p. 123; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, ed. IV, Padova, 2001, pp. 527-528; T. PADOVANI, *Diritto penale*, V ed., Milano 1999, p. 371.

²⁵⁴ Commenta così l’onnicomprendività della vigente disciplina del concorso A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi dell’associazione per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003, p. 210.

²⁵⁵ Sul punto cfr. S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 255; sulle origini culturali, ideologiche e applicative della tipizzazione causale cfr., per tutti, L. MONACO, *La riforma dell’art. 110 del codice penale italiano*, cit., p. 119 ss., nonché la particolare interpretazione di M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, cit., 175 ss.

²⁵⁶ Per una efficace illustrazione delle istanze repressive che hanno costituito il fondamento della disciplina vigente, al di là delle ragioni dommatiche e pratiche, v. M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, cit., 182 ss.; sul piano metodologico, in relazione ai rapporti tra funzione della pena e teoria del reato vanno tenute presenti le acquisizioni di S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 17 ss.

²⁵⁷ Così M. HELFER, *Il concorso di più persone nel reato. Problemi aperti del sistema unitario italiano*, Torino, 2013, p. 13.

Ed è inutile evidenziare come, su di una tale scia, tali problematicità siano state pure accentuate dall'originario *deficit* normativo caratterizzante la figura dell'agente *undercover*, a maggior ragione in relazione all'inquadramento dommatico delle particolari condotte collocabili fuori dagli argini della mera osservazione e contenimento del fenomeno criminoso, ben oltre l'art. 55 c.p.p..

Tanto più che, volendo sintetizzare quanto messo in luce nel precedente capitolo, la prima ipotesi di normativizzazione *extra codicem* dell'attività 'non' provocatoria, in riferimento ai contesti criminosi riguardanti gli stupefacenti (e per contributi ai margini dell'efficienza causale), ha fatto registrare il tentativo di ricondurre la non punibilità dell'acquirente simulato all'effetto dell'applicazione di una causa di giustificazione speciale, oltre che personale.

E tuttavia, pur a fronte di una tale determinante chiarificazione legislativa, è stata la verifica dell'elemento soggettivo a rivestire il ruolo di 'costante' in materia; e ciò per la considerazione secondo cui le attività nell'ambito delle operazioni sotto copertura si prestano a definire condotte di tipo partecipativo, funzionali all'inserimento del particolare strumento di ricerca probatoria nell'ambito di realtà criminali complesse, altrimenti impenetrabili.

D'altronde, non è un caso che la 'non provocazione' al reato rinvena nell'acquisto simulato il suo originario dato fenomenico, laddove proprio il riferimento al fine specifico di "acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti" ha orientato la dottrina dominante ben oltre la sua rilevanza causale, verso soluzioni sul piano dell'elemento soggettivo²⁵⁸.

Ed allora, in considerazione sicuramente di tali ultime osservazioni, proprio il binomio tra le caratteristiche di una disciplina in cui anche il benché minimo contributo causale risulta punibile e la consacrazione di un agente provocatore in senso ampio, imponendo la ricerca di più marcati confini tra 'non' provocazione e

²⁵⁸ Cfr. T. DELOGU, *La responsabilità dell'agente provocatore*, in *Studi sassaresi*, Sassari, 1938, passim; E. CALIFANO, *L'agente provocatore*, in *Foro pen.* 1956, 408; L. GALLI, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, cit., 776; A. MALINVERNI, (voce) *Agente provocatore*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, I, 1957, 396; L. VIGNALE, (voce) *Agente provocatore*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1987, I, 65.

provocazione istigatoria, ha finito per aprire la strada verso una (ri)considerazione della problematica in chiave soggettiva.

Ebbene, stante il ruolo di ‘costante’ in tema²⁵⁹ assunto dalle verifiche sul coefficiente psicologico dell’agente *undercover* - pur con i relativi margini di applicabilità e validità già messi in evidenza - lo spostamento della visuale prospettica verso un tale approccio ha finito anche per confermare l’approdo alla teoria del concorso²⁶⁰.

Ed è qui che si colloca l’esempio originario del *fictus emptor* nei delitti di relazione riferiti alla fenomenologia delittuosa del commercio di sostanze stupefacenti, laddove, assimilato alla finta vittima, mediante l’atto di acquisto, il soggetto contribuisce alla realizzazione di una fattispecie perfettamente integrata sul piano oggettivo, con esclusione del dolo di illecito²⁶¹.

Così, e nell’ambito di un tale originario modello legale, la condotta provocatoria ha finito per scontare le problematicità di un’istigazione oggettivamente tipica e antigiuridica (anche se non punibile), imponendo un primo momento differenziativo tra provocazione istigatoria e contributo che, in quanto “autorizzato”, non risulta punibile, assumendo una dimensione ontologica diversa, nelle vesti di una ‘non’ provocazione.

2.1. - Provocazione istigatoria e ‘non’ provocazione al reato: una ricognizione di confini tra le componenti soggettive

I contenuti appena sopra esposti, nell’ambito di una considerazione della condotta del soggetto agente calata nella teoria del concorso, nella valorizzazione

²⁵⁹ Tra i molti, v. E. CALIFANO, *L’agente provocatore*, cit., ivi; R. DELL’ANDRO: *Agente provocatore*, cit., 864; A. MALINVERNI, *Agente provocatore*, cit., ivi; M. SALAMA: *L’agente provocatore*, Milano 1965, passim; L. VIGNALE, *Agente provocatore*, voce in *Dig. disc. pen.*, cit., ivi.

²⁶⁰ Per l’affermazione secondo cui quello dell’agente provocatore “è, e resta, sostanzialmente un problema di concorso nel reato”, cfr. C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit., p. 312.

²⁶¹ In tema di disvalore di illecito cfr. la lezione di S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., passim.

dell'elemento soggettivo, dimostrano come l'agente sotto copertura operi nella distinzione tra consumazione formale e consumazione materiale lesiva non voluta, poggiandosi la non punibilità sulla mancanza del dolo di istigazione²⁶².

Orbene, come già rilevato, la riflessione 'madre' in materia trova collocazione nella dottrina tedesca, emblematica per una considerazione dell'attività istigativamente provocatoria naturalmente orientata a soluzioni incentrate sull'elemento soggettivo, che, proprio nell'ambito del concorso di persone, con la figura di compartecipe morale²⁶³ dell'istigatore (*Anstifter*) qualifica la sua azione nell'intenzione (*Absicht*).

E così, la soluzione "classica" della dommatica tedesca basata sulla figura di un provocatore come "istigatore senza dolo", nel formalizzarsi di un paradigma monotipico di provocazione del reato, risulta intimamente connessa con il noto argomento che riposa sulla duplicità dell'elemento soggettivo²⁶⁴.

E dunque, è proprio una tale annessione tra provocazione ed istigazione nella veste tipica di determinazione al reato²⁶⁵ a ritrovarsi, poi, smentita dalle teorie riconducibili, dapprima allo schema del "diritto penale della volontà" (*Schuldteilnahmetheorie*), poi basate sul contributo causale dell'agente (*Verursachungteilnahmetheorie*) ed, infine orientate su valutazioni 'soggettivistiche' del tentativo punibile²⁶⁶.

²⁶² Per la distinzione tra consumazione formale e materiale che confermerebbe l'uscita di una tale figura dalla teoria del reato per farla riapprodare alla teoria del concorso, per cui l'agente provocatore, non volendo la consumazione materiale lesiva, ma solo quella formale, non sarebbe punibile per carenza del dolo dell'istigazione, cfr. H. SINGEWALD, *Der Agent provocateur*, Breslau 1908, p. 85.

²⁶³ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, III ed., Lucca, 1869 – 1873, p. 471; G.B. IMPALLOMENI, *Del concorso di più persone in un reato con speciale riguardo al codice penale italiano in oggetto*, in *Riv. pen.*, 1887, XXVI, 231.

²⁶⁴ È chiaro il riferimento al c.d. "doppio dolo", vale a dire il dolo specifico di far punire il provocato e quello generico di far realizzare il fatto provocato, di cui pure non si vuole la consumazione, cfr. per tutti R. DELL'ANDRO, *op. ult. cit.*, ivi.

²⁶⁵ H. PLATE, *Zur Strafbarkeit des agent provocateur*, *ZSTW*, 1972, 294.

²⁶⁶ Cfr. G. STRATENWERTH, *Der Agent provocateur*, *MDR*, 1953, 720, per cui "se il partecipe vuole contribuire al tentativo da parte di un autore principale – sia pure al solo tentativo – allora egli vuole, pur in assenza di un qualsiasi disvalore d'evento, (co)produrre il disvalore d'azione che è connesso al tentativo dell'autore principale".

All'opposto, nel valorizzare le peculiarità strutturali cui rimanda, la tesi del doppio collegamento di volontà si basa su una posizione di compromesso secondo cui se il dolo dell'agente provocatore non è dolo di consumazione ed in seguito si realizza solo il provocato delitto tentato, allora l'agente provocatore resta non punibile in quanto qualora sprovvisto del dolo del reato consumato, lo sarà anche del dolo del tentativo²⁶⁷.

E tuttavia, nella valutazione del tentativo punibile, il nostro ordinamento appura la dispersione della rilevanza soggettiva della condotta²⁶⁸, ove il fermo argine ad un tale accertamento risulta (im)posto dalla stessa natura (oggettiva) degli elementi strutturali del delitto tentato.

D'altronde, e proprio in questa prospettiva, chiare evidenze oggettivistiche si impiantano sul giudizio di idoneità²⁶⁹ (più che di univocità²⁷⁰), evidenziando pienamente le criticità di soluzioni basate sul difetto di dolo - in uno a quelle facenti capo alla teoria della idoneità tipica.

Ma le perplessità riemergono, in modo altrettanto marcato, pure nella dicotomia tra istigatore ed istigato, da un lato, ed istigatore e fatto realizzato, dall'altro, laddove – pure considerato il presupposto di una coincidenza piena tra fattispecie tentata e consumata - si insinua l'elemento “impalpabile e imprevedibile” della condotta dell'esecutore materiale²⁷¹.

Tali premesse, originando da una collocazione dell'attività del provocatore nell'ambito della partecipazione psichica, inglobano la netta distinzione tra le due

²⁶⁷ Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, artt. 1-84, Milano, 2004, p. 588 ss.

²⁶⁸ Nella storia del nostro ordinamento, la fortuna di una teoria del tentativo di stampo soggettivistico si rintraccia tra i maggiori esponenti del positivismo criminologico quando venne a maturare una considerazione del fatto alla quale si accompagnava la valutazione delle caratteristiche della personalità del soggetto attivo; sul punto cfr. E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 546; R. GAROFALO, *Criminologia*, Torino, 1891, p. 238; E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, in *Trattato di diritto penale*, Milano, 1934, p. 655.

²⁶⁹ Sul punto v. L. VIGNALE, (voce) *Agente provocatore*, in *Dig. disc. pen.*, I, 1987, 62.

²⁷⁰ Per l'impostazione soggettivistica del giudizio di univocità degli atti come prova dell'*intentio criminis*, si vedano G. BETTIOL - L. PETTOELLO - F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, p. 627.

²⁷¹ Così E. MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, ed. III, Berlin-München, 1949, p. 436.

ipotesi di interazione, ovvero di determinazione altrui al reato e di istigazione propria, quale mero rafforzamento di un proposito criminoso già maturato²⁷².

In tal senso, occorre avere, anzitutto, chiara la distinzione ‘teorica’ tra agente provocatore e agente infiltrato operante sotto copertura, incompatibile con ipotesi di vera e propria determinazione alla commissione di un reato per acquisire la prova di un comportamento colpevole.

L’attività dell’agente *undercover* non può, infatti, legittimarsi nell’esercizio di un’influenza causale a livello psichico, ammettendo solo una mera adesione alla condotta criminale, finalizzata all’emersione di una trama criminosa già deliberata.

Ed invero, mentre nelle ipotesi di determinazione è rinvenibile il legame causale effettivo di natura condizionale tra condotta ed evento, alle stesse conclusioni non può giungersi per i casi di semplice rafforzamento dell’altrui proposito criminoso, quale condotta accessoria per eccellenza, non condizionale rispetto alla verifica dell’evento-reato, ‘geneticamente’ legata all’autore del fatto²⁷³.

E così, i principi maturati in tema di istigazione richiedono la coniugazione al “movente” che ispira la condotta provocatoria, votata a raggiungere quantomeno le soglie di un’(altrui) attività punibile, sconfiggendo qualcosa che il nostro ordinamento considera meno del tentativo²⁷⁴. E ciò non senza considerare le

²⁷² F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 520; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 502. Si tratta dell’autorevole dottrina che, per quanto concerne il contributo morale nel concorso di persone nel reato, propone la distinzione tra la figura dell’istigatore e quella del determinatore. Per tutti, sulla base del criterio della preesistenza del proposito criminoso, cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 559; per la differenziazione tra i due concetti fondata sulla distinzione tra rappresentazione (a cui andrebbe riferita l’istigazione) e volontà (a cui andrebbe riferita la determinazione) nell’ambito del dolo, cfr. R. A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, III, Torino, 1958, p. 82. Come è noto, la tipizzazione delle condotte concorrenti è accolta nel sistema tedesco nell’ambito del quale la figura del determinatore (*Anstifter*) è normativamente distinta da quella dell’istigatore, considerata in termini di *Gehilfe*: sul punto per tutti, cfr. C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band II, *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003, p. 149 ss.

²⁷³ In questi termini L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, p. 21.

²⁷⁴ Il principio di personalità della responsabilità penale e soprattutto la natura accessoria della partecipazione criminosa condurrebbero, così, alla necessità di punire solo le condotte di fatto collegate ad un’offesa tipica; sul punto cfr. C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 70.

criticità probatorie della causalità psichica²⁷⁵, incentrate sulla nota irriducibilità dei processi mentali a definiti criteri scientifici di accertamento²⁷⁶, nell'ambito di una difficoltà nel rintracciare modelli identificativi di una relazione tra soggetti che non ha riscontro sul piano materiale²⁷⁷, e che finisce per tradursi nell'impossibilità di una verifica empirica²⁷⁸.

Pertanto, una volta rimarcata la differenza concettuale tra le due forme di partecipazione morale descritte²⁷⁹ - negata dall'art. 110 e prontamente recuperata *quoad poenam* dagli artt. 111 ss.²⁸⁰ - l'ampio raggio di azione dell'agente sotto copertura consente di applicare a quest'ultimo le categorie elaborate ancor prima dell'intervento di razionalizzazione legislativa.

Dunque, un ponte tra provocazione istigatoria e 'non' provocazione al reato sconta una, seppur breve, ricognizione teorica dell'oggetto del dolo di istigazione.

²⁷⁵ Secondo L. CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in AA. VV., *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, S. CANESTRARI, G. FORNASARI (a cura di), Bologna, 2001, p. 199, la denominazione "causalità psichica" "appare carente dal punto di vista della capacità semantico-descrittiva: la costellazione di ipotesi contrassegnata da tale sintagma è quella per cui un'azione umana esercita un influsso di carattere psicologico su un altro soggetto. Pertanto più che di causa si dovrebbe parlare di evento psicologico di una condotta".

²⁷⁶ O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 679: è ben vero che anche nella c.d. causalità psichica "sono reperibili generalizzazioni su modalità comportamentali, ma tanto non consente di ravvisare l'operatività di meccanismi causali veri e propri. In primo luogo, il tasso di verificabilità empirica delle leggi è, in relazione ai meccanismi psichici, più basso che altrove. Il che di per sé inficia il tasso di scientificità della legge, declassandola a criterio meramente indiziario. In secondo luogo, il ricorso ad assunzioni tacite dev'essere abbondante e quindi tale da svilire ulteriormente la bontà del metodo logico, gettando ombre sulla possibilità stessa di chiarire il singolo fenomeno di condizionamento psicologico".

²⁷⁷ Sul punto v. A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000, passim; L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, cit., passim.

²⁷⁸ In tale senso, per tutti, cfr. E. SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht: zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, Frankfurt am Main 1972, p. 181 ss.

²⁷⁹ Per considerazioni pregnanti in tema nel sistema tedesco, cfr. per tutti P. CRAMER – G. HEINE, *sub par. 26, Rdn. 1-2 ss.*, in A. SCHÖNKE – H. SHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, München, 2001, passim.

²⁸⁰ Cfr. F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico. Tecnicismo giuridico ed elaborazione teleologica nell'interpretazione delle fattispecie*, Napoli, 2004, p. 175 secondo cui le disposizioni richiamate già valorizzano una diversa considerazione dell'istigatore e del determinatore, successivamente desunta da altre norme sulla struttura fondamentale del concorso di persone nel medesimo reato; sul punto v. anche A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., p. 41.

Difatti, è noto come l'istigatore, collocato dalla scuola classica all'interno della compartecipazione morale²⁸¹, pur spingendo al reato consumato, voglia solo il tentativo²⁸²; e proprio in tale precisa circostanza, la peculiarità dell'elemento soggettivo dell'agente provocatore pare impiantarsi sulla dicotomia del rapporto tra istigatore ed istigato, da un lato, e tra istigatore e fatto realizzato dall'istigato, dall'altro.

Risulta, quindi, sin da subito evidente una diretta dipendenza della responsabilità del provocato rispetto all'attività del provocatore nelle ipotesi in cui l'esecuzione materiale soddisfi pienamente la rappresentazione di quest'ultimo.

Ed allora, seguendo lo schema teorico del c.d. "doppio dolo", onde escluderne la punibilità, l'azione dell'agente provocatore risulterà caratterizzata da un dolo di istigazione accompagnato da un "secondo dolo", non coincidente con il dolo di consumazione²⁸³.

In tale prospettiva, nella tradizionale distinzione tra determinazione e mero rafforzamento del proposito criminoso altrui già maturato²⁸⁴, appare necessario il rimando ai principi elaborati in tema di istigazione, che - coniugati al particolare "movente" della condotta provocatoria sotto copertura, e tenuto conto dell'art. 115 c.p.²⁸⁵ – richiedono, quantomeno, il raggiungimento delle soglie di un'attività punibile.

La presenza di un "fatto esterno" si qualifica, infatti, come elemento imprescindibile per l'accertamento della causalità psichica²⁸⁶, laddove la mera

²⁸¹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, cit., ivi; G.B. IMPALLOMENI, *Del concorso di più persone in un reato con speciale riguardo al codice penale italiano in oggetto*, in *Riv. pen.*, XXVI, 1887, 231.

²⁸² Introduce l'analisi delle soluzioni universali incentrate sulla colpevolezza con la problematica della responsabilità del provocatore per il tentativo, C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 356.

²⁸³ In argomento R. DELL'ANDRO, *Agente provocatore*, cit., p. 866.

²⁸⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 520; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 502.

²⁸⁵ Su significato e funzione dell'art. 115 c.p. in rapporto al c.d. "tentativo di concorso" si rinvia a L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, p. 220 ss.

²⁸⁶ Sul punto A. SERENI, *Istigazione al reato e autoreponsabilità*, cit., p. 104; F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale del diritto penale*, Milano, 2000, p. 106; M.

risoluzione di volontà, non avendo alcun ‘peso’ nel sistema del diritto penale del fatto, finirebbe per assumere rilevanza, se del caso, per i soli criteri soggettivi di pericolosità sociale nel sistema delle misure di sicurezza²⁸⁷.

E se, come si è detto, riferendoci all’oggetto concreto dell’istigazione (al netto dell’intima volizione²⁸⁸), rintracciare una tale connessione tra condotta e ideazione è operazione ‘dovuta’, proprio la stessa suonerà nei termini di una ragionevole corrispondenza tra dolo e fatto tipico²⁸⁹.

Dunque è proprio su questa via che, in tema di accertamento, vengono in soccorso le teorie sull’intensità della provocazione, laddove, in particolare, il carattere di abitudine rispetto alla condotta provocata, lascia esente dalla responsabilità per aver determinato un reato che, anche se allo stato latente, sarebbe stato comunque commesso.

Quello appena descritto racchiude, infatti, lo stesso caso emblematico dell’acquisto simulato di stupefacenti, ove l’esclusione di una ‘determinazione’ del proposito criminoso si fonda su di una “abitudine” del contegno criminoso, sempre nell’ambito di un’attività di indagine ufficiale nei confronti di soggetti propensi al crimine²⁹⁰.

Ciò premesso, tuttavia, è appena il caso di ricordare come l’esempio descritto non racchiuda la “frequenza”, per cui - onde scongiurare atti di indagine *contra legem* quando non decisamente passive (distorsive del carattere equo del processo), torna alla ribalta la cruciale importanza di un accertamento concreto sulla influenza effettiva del contributo dell’agente²⁹¹.

DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, cit., 222. Da ultimo, sottolinea la necessità di una riconoscibilità esterna di una pressione esercitata sull’altrui volontà A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 239.

²⁸⁷ Così, F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., p. 207.

²⁸⁸ S. SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1121.

²⁸⁹ M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., p. 99.

²⁹⁰ Secondo le modalità di un agire sotto copertura conforme ai canoni del giusto processo per come pure elaborati dalla Corte europea, cfr. *Relazione di accompagnamento al d.d.l. n. 1189*, cit., 25- 26.

²⁹¹ L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, cit., 1406; L. VIOLANTE, (voce) *Istigazione* (nozioni generali), in *Enc. dir.*, 1972, XXII, 993.

Ebbene, è su tale ultimo punto che, a ben vedere, si erge la distinzione tra surrettizio atteggiamento induttivo coperto e condotte atipiche di ‘non’ provocazione. Ed è qui che si innesta la posizione di chi, per certificare un rapporto di corrispondenza e funzionalità in concreto rispetto alle dinamiche operative di realizzazione dell’illecito, sollecita l’abbandono di una ricostruzione su un piano puramente psichico²⁹². Tanto più che la non punibilità riposerebbe nella convinzione che il reato non si sarebbe verificato²⁹³, versando il provocatore in ‘non’ dolo laddove si rappresenti la condotta criminosa collettiva idonea a commettere il reato, ma, *a contrario*, “sia a conoscenza di un fattore impeditivo, concomitante o preesistente all’inizio dell’attività criminosa, tale da rendere irrisoria la possibilità della sua consumazione”²⁹⁴.

Tuttavia, è proprio facendo tesoro di quanto appena verificato che, a questo punto, una precisazione è d’obbligo: se valgono i principi generali in materia di dolo e istigazione²⁹⁵, è pur vero che, in materia di provocazione, le peculiarità si impernano nella stessa mancanza di dominio da parte di chi, come partecipe nella fattispecie plurisoggettiva, affidi ad altri l’esecuzione di un fatto senza padroneggiarne i decorsi causali²⁹⁶.

Ed allora, alla luce di una tale considerazione, emerge già in astratto la netta distinzione tra dolo del provocatore e dolo dell’istigatore, ove il primo - più ampio e mediato dalla condotta dell’esecutore materiale - mira a perseguire un obiettivo diverso da quello del provocato, per una responsabilità “non astrattamente da escludersi a fronte della non imprevedibilità in assoluto che il delitto cui partecipa si arresti alla soglia del tentativo, proprio perché nel comportamento dell’agente

²⁹² G. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone nel reato*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, p. 328.

²⁹³ G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 197; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 456; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 541.

²⁹⁴ L. VIGNALE, voce, *Agente provocatore*, cit., 66, specifica: “ad esempio quando abbia fatto predisporre un ampio spiegamento di forza pubblica. In tal caso si può ritenere che l’agente provocatore non si rappresenti l’attività concorsuale come idonea alla commissione di un delitto e lo si potrà considerare in difetto di dolo”.

²⁹⁵ Cfr. M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., p. 99.

²⁹⁶ In questi termini, limpidamente, A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 368.

provocatore si registra l'assenza di quel 'doppio dolo' che è tipico dell'istigatore nella fattispecie istigatoria"²⁹⁷.

Pertanto, tenuto conto della frantumazione dell'unitarietà ricostruttiva della provocazione al reato, possiamo dire che siamo agli albori dello sviluppo di una figura di agente sotto copertura "in negativo", vale a dire alla presa d'atto dell'esistenza di condotte non punibili, tali da rendere indispensabile una differenziazione sistematica delle posizioni in gioco.

E così, tramite la consacrazione dommatica di un agente 'non' provocatore in senso ampio, isolando contributi di vera e propria determinazione-istigazione al reato sanzionabile e partendo da esempi di contributi partecipativi 'sostanzialmente' atipici rispetto alle fattispecie di parte speciale, si iniziano a scorgere soluzioni infra-sistematiche, nel passaggio dalla teoria del reato alla teoria del concorso nel fondamento della non punibilità di atti di indagine passiva.

3. - La 'non' provocazione nella teoria del concorso: "correttivi" normativi a corredo di una tipizzazione (meramente) causale del contributo concorsuale

Oltre il dato psicologico, nel richiamare esigenze di interpretazione sistematica della normativa in materia, la compromissione di esigenze di differenziazione valoriale dei contributi concorsuali, lontano da indeterminate 'tipizzazioni' in via ermeneutica²⁹⁸, non può che attrarre considerazioni sul

²⁹⁷ Sempre A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., *ivi*, che per concludere sul punto, non esclude la possibilità di una *reductio ad unum* fondata sulla punibilità a titolo di dolo del provocato con quella a titolo di colpa del provocatore, concedendo l'alternativa tra la soluzione "della non punibilità dell'agente provocatore in difetto di dolo, quando la condotta provocata si arresta allo stadio del tentativo ovvero la sua punibilità a titolo di colpa quando la condotta provocata pervenga alla consumazione effettiva".

²⁹⁸ Cfr. M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, cit., 179, secondo cui occorrerebbe "tipicizzare in via interpretativa le carenze del dato positivo"; cosicché, all'esito di una tale operazione ermeneutica, "la ricostruzione tracciata persuade nel rispetto del principio di tassatività da parte della vigente normativa sul concorso di persone" (*ivi*, 242). Cfr. pure M. DONINI, *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, in *La riforma del codice penale. La parte generale*, C. DE MAGLIE -S. SEMINARA (a cura di),

requisito su cui si impernia il concorso di persone stesso, ovvero il nesso di causalità.

Ebbene, è proprio in questo senso che, nell'analisi del rapporto tra 'non' provocazione ed evento-reato, l'ancoraggio ad un tale requisito risulta imprescindibile. Ed in considerazione di un 'dovuto' richiamo alla disciplina di cui agli artt. 40 e 41 c.p., in sede di ricostruzione della causalità nel concorso di persone nel reato risultano trasponibili gli stessi 'correttivi' già rintracciati dalla più attenta dottrina per la causalità 'equivalente'²⁹⁹.

Ineludibile, in tal senso, il riferimento alle tradizionali impostazioni tendenti a sminuire, o, addirittura, a privare di rilevanza la (mera) connessione causale in ambito concorsuale³⁰⁰, appuntate proprio sugli eccessi derivanti da un utilizzo "assolutistico" del modello della *condicio sine qua non*³⁰¹, per l'esistenza di contributi concorsuali della cui punibilità nessuno dubita e, tuttavia, non definibili come necessari in senso condizionalistico³⁰².

Milano 2002, p. 154, ove, peraltro, lo stesso Autore ha abbandonato la precedente posizione: "Io non credo più (come invece ritenevo diciassette anni orsono) alla sufficienza di una tipicizzazione interpretativa".

²⁹⁹ Così, C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli-Roma, 2011, p. 329.

³⁰⁰ Per una completa ricostruzione critica dei vari orientamenti, per tutti, si rinvia a A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 222 ss.

³⁰¹ Non si può dimenticare che la ricezione penalistica della teoria della *condicio sine qua non*, dopo la sua fondazione filosofica in J. STUAR MILL, *A System of Logic ratiocinative and inductive*, 1843, trad. it. *Sistema di logica raziocinativa ed induttiva*, Roma, 1956, rist. 1968, p. 323 ss., avviene: 1) sul terreno dei reati omissivi impropri, al fine di equiparare l'omissione alla causazione, e pertanto ai fini dell'imputazione dell'evento (J. GLASER, *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, Tendler, Wien, 1858, p. 293 ss.); 2) sul terreno della partecipazione al reato, per giustificare la distinzione tra autore e partecipe non già in termini oggettivi, in quanto qui si avrebbe "equivalenza" condizionalistica dei contributi, ma sul terreno soggettivo. Trattasi di un modello elaborato tra l'Ottocento e il Novecento da Von Buri ed Engisch, la cui essenza principale è connotata dal ricorso a un procedimento logico *ex post* di eliminazione mentale, in virtù del quale l'interprete, per valutare se una condotta umana sia stata causa o concausa dell'evento, deve procedere a un giudizio "controfattuale" che consiste nel valutare che cosa sarebbe accaduto se la condotta (attiva od omissiva) del soggetto agente non fosse stata posta in essere (V. BURI, *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, Gießen, 1860; K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931).

³⁰² Il riferimento va a contributi effettivamente impiegati, ma che avrebbero potuto sostituirsi con strumenti effettivamente o ipoteticamente disponibili al momento della realizzazione della fattispecie incriminatrice di parte speciale; sul punto cfr. F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. Pen.* 1977, 409 ss.; L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, cit., 1364 ss.

Da qui l'impraticabilità della sola via della *condicio sine qua non*³⁰³, palesata soprattutto nell'ambito applicativo della causalità addizionale, in cui più condotte umane, da sole sufficienti a produrre l'evento, vi danno contemporaneamente luogo³⁰⁴.

Ciò in quanto la realizzazione di una condizione che, conformemente ad una legge scientifica, ha prodotto un evento, è sufficiente ad affermare un nesso di causalità, ed esso non può essere escluso dal rilievo per cui, in assenza di quella condizione, un'altra realmente (decorso alternativo) o solo ipoteticamente data (decorso alternativo ipotetico) l'avrebbe realizzato ugualmente³⁰⁵.

Da qui, di fronte all'ipotesi in cui l'evento si sarebbe verificato anche senza il contributo del partecipe, la dottrina dominante non ritiene minimamente pregiudicata la causalità di questo³⁰⁶, per cui una (sgradita) reciproca

³⁰³ Da tali critiche sorge la teoria della causalità umana elaborata da F. ANTOLISEI, *Manuale. Parte generale*, cit., p. 198 ss., la quale costituisce, tra le concezioni causali minori, quella maggiormente utilizzata dalla dottrina e, tuttora, della giurisprudenza. Essa muove dalla premessa per la quale possono ricondursi alla condotta dell'agente solo le azioni da lui dominabili, con la conseguenza che vengono esclusi gli eventi eccezionali, ossia quelli che hanno una esigua probabilità di verificarsi.

³⁰⁴ Efficacemente M. DONINI, *La partecipazione al reato*, cit., 208: "[...] anche se non siamo in grado di affermare che, senza quel fatto, certamente, o molto probabilmente, non sarebbe avvenuto quell'altro evento che abbiamo dinanzi, ciò non toglie che non sia possibile e anzi normale verificare che, comunque, [...] quello che realmente è accaduto è consequenziale rispetto al fatto che lo precede. Se tutte le condiciones sine quibus non sono "cause", non tutte le "cause" sono condiciones sine quibus non".

³⁰⁵ In tema, ponendo la specifica questione della reciproca neutralizzazione delle condotte nell'ambito di una decisione collegiale illecita, C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen. Aufbau der Verbrechenslehre*, III ed., München 1997, pp. 299-300; L. KUHLEN, *Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte*, in *NStZ*, 1990, 566; E. HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft*, Berlin, 1993, p. 125 ss.

³⁰⁶ Per tutti, v. M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 171; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 507; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2002, p. 424; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, IV ed., Torino, 2011, p. 436 ss. Per l'applicazione del criterio condizionalistico anche alle ipotesi di concorso di persone, v. A. CASSIA, *Rapporto di causalità e concorso di persone nel reato*, Roma, 1968, 162; L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, cit., 1358 ss.; da ultimo, P. COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli, 2008, *passim*; v. anche Cass., Sez. Un. 12.07.2005, n. 33748, Mannino, in *Foro it.*, 2006, II, 80.

neutralizzazione delle cause sarà evitabile solo modificando la concezione di condotta o di evento, nonché introducendo particolari criteri di imputazione³⁰⁷.

Una prima svolta è rappresentata dalla teoria della causalità scientifica³⁰⁸, che, in rapporto al concorso di persone, considera ‘causali’ tutti quei contributi che hanno effettivamente inciso, conformemente a leggi di copertura³⁰⁹ (quanto al concorso morale, anche nella semplificata forma di massime di esperienza³¹⁰), su elementi costitutivi del fatto preveduto come reato, nella loro conformazione concreta; e ciò anche se, eliminando mentalmente taluno di quei contributi, il fatto avrebbe potuto ugualmente verificarsi³¹¹.

³⁰⁷ G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano 1986, p. 51, osserva che la punibilità del contributo minimo dimostra “l'impossibilità di risolvere unitariamente con il paradigma causale il problema della identificazione del contributo punibile”, proponendo quale termine di riferimento finale a cui commisurare il significato dei singoli contributi la “organizzazione”; in tema cfr. anche F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, cit., 403 ss.; L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, cit., p. 17 ss., la quale rileva che “il divorzio tra causalità e condicio sine qua non rappresenta un riflesso della peculiarissima natura del fatto plurisoggettivo, sovente caratterizzato da un concorso di cause concomitanti di per sé sole insufficienti a produrre l'evento”.

³⁰⁸ D'altronde, non è possibile affermare la presenza di una *condicio sine qua non* se non si conosce la legge scientifica in base a cui al verificarsi di una certa condizione segue un certo evento; in tal senso K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, cit., p. 13 ss.; M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale. Studio sul rapporto tra scienze naturali e scienza del diritto*, Milano, 1999, pp. 7-8; nella manualistica cfr. C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. I, cit., pp. 295-296; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., pp. 207-209. In argomento, G. AZZALLI, *Scritti di teoria generale del reato*, ed. II, Milano 1999, pp. 5-6; O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 634 ss., che prospetta un concetto “bifasico” di causa che parte dal dato naturalistico, conosciuto mediante induzione, per approdare a quello più schiettamente giuridico: dimostrato dal punto di vista logico attraverso un giudizio ipotetico della irrealtà (il controfattuale) e provato sotto il profilo empirico per esclusione.

³⁰⁹ Anche se lo stesso teorizzatore del modello nomologico deduttivo di accertamento della causalità applicato al diritto penale, K. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, ed. II, Heidelberg, 1965, p. 127, ha in realtà ammesso la rilevanza e l'utilità del concetto “comune” e “naturale” di causa basato anche su massime di esperienza, ritenendo che il giurista dovesse fornire una spiegazione di accadimenti quotidiani secondo schemi propri del senso e del linguaggio comune e non spiegare la realtà da un punto di vista fisico e scientifico.

³¹⁰ La cui validità presuppone pur sempre il loro sottendere successioni regolari, empiricamente verificabili, che soddisfino requisiti assimilabili a quelli delle leggi scientifiche; per una tale posizione rigoristica cfr. F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, cit., p. 123 ss.

³¹¹ Sul punto E. SAMSON, *Die Kausalität der Beihilfe*, in *Peters FS*, Tübingen, 1974, p. 124; così anche A. FIORELLA, *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, p. 1301.

Del resto, nel pensiero scientifico moderno l'effetto viene comunemente inteso come una conseguenza dipendente dalla causa, sulla sola base di conformità di circostanze naturali constatate nel passato, e con la sola necessità derivante dallo stabilire induttivo di dette uniformità sotto forma di leggi (c.d. causa in senso nomologico funzionale)³¹².

Ebbene, ulteriore argomento critico verso l'esigenza di un'efficacia causale del contributo concorsuale viene sollevato anche in rapporto alle ipotesi di esecuzione frazionata, le quali mostrerebbero l'improprietà di un riferimento al nesso causale da sostituirsi con la tipicità parziale dei singoli contributi³¹³, seppure uniti da un nesso di contestualità.

Tuttavia, per la dottrina del concorso orientata ad una concezione personale dell'illecito penale³¹⁴ non pare trattarsi di obiezioni decisive, posto il richiamo, da parte dell'art. 110 c.p., alla realizzazione di tutti gli elementi della fattispecie incriminatrice di parte speciale³¹⁵; per cui 'concorre' chiunque dia un contributo causale al fatto, realizzando o contribuendo a realizzare uno dei suoi elementi costitutivi³¹⁶.

Le citate criticità sono state, allora, affrontate primariamente con una manipolazione della teoria condizionalistica per mezzo del criterio dell'evento *hic et nunc*³¹⁷, inducendo pur sempre ad una "depurazione" del requisito causale dal

³¹² Nel senso che il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche non rappresenti una rivoluzione del modello causale, ma più semplicemente la sua naturale evoluzione, in linea con il progresso delle conoscenze scientifiche, si veda su, passim; ID., *Etica e razionalità del processo nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 767 ss.

³¹³ Così M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., pp. 63-64.

³¹⁴ Sul punto A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., p. 94 ss.

³¹⁵ Cfr. R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano 1956, pp. 7-8.

³¹⁶ Concepisce l'esistenza di un tale rapporto anche per le ipotesi di esecuzione frazionata, in quanto ciò che conta è il reale contributo all'offesa, anche se in modo non contestuale C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, cit., pp. 330-331; l'A. sul punto richiama, a sua volta, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 139 ss.

³¹⁷ In questi termini, K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, p. 67.

fuorviante riferimento alla *condicio sine qua non*³¹⁸, verso l'individuazione del secondo termine della relazione causale.

Ebbene, nella dottrina e giurisprudenza italiane la concezione della partecipazione svincolata dalla causalità condizionalistica (sulla base della interpretazione sistematica degli artt. 114, 115 e 116 c.p.)³¹⁹ si è tradotta, originariamente, nell'utilizzo della prognosi postuma, ritenendosi sufficiente - in luogo della causa in senso stretto - l'agevolazione o intensificazione dell'evento³²⁰.

Infatti, a tal fine, si è sostenuto che il nesso causale andrebbe valorizzato in relazione ai singoli contributi concorsuali, non come criterio di imputazione, ma solo in funzione di tipizzazione, che potrebbe avvenire anche su altre basi (appunto, di tipo prognostico)³²¹. Ciò in quanto, inteso come criterio di imputazione, il nesso causale dovrebbe sussistere tra l'insieme delle condotte e l'evento giuridico, e non tra i singoli contributi ed il fatto lesivo³²².

E non risulta difficile comprendere, allora, perché una tale pretesa riduzione della verifica del nesso causale ad un giudizio 'cumulativo', rapportato all'insieme delle condotte concorsuali, sia stata concepita come un "mero *escamotage*

³¹⁸ La crisi del criterio condizionalistico in materia concorsuale trova origine in Germania; per una panoramica, v. C. ROXIN, *Strafrecht*, II, cit., p. 193 ss..

³¹⁹ In particolare, l'art. 114 c.p. (relativo alla punibilità del contributo di minima importanza) confermerebbe la configurabilità di un contributo punibile anche se non necessario alla realizzazione dell'illecito; in particolare, secondo G. GRASSO, *Pre-Art. 110*, cit., p. 231, l'attenuante si applica a quelle ipotesi nelle quali "l'apporto del concorrente si riveli "trascurabile" o "marginale" nell'economia complessiva del reato, il che si verifica quando l'efficacia condizionante del contributo del concorrente si eserciti o su elementi circostanziali o su modalità rilevanti di un fatto che si sarebbe verificato egualmente (sia pure con diverse modalità) anche in assenza del contributo *de quo*".

³²⁰ Per una tale impostazione si veda, in particolare, F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, cit., 426 ss.; E. MORSELLI, *Note critiche sulla normativa del concorso di persone nel reato*, cit., 429-430; in tal senso va intesa anche la posizione di A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, VII ed., Milano 2000, p. 553 ss., che riconduce l'utilità dell'impiego (in via sostitutiva o sussidiaria) del criterio prognostico alla punibilità di condotte concorsuali risultate, *ex post*, inefficaci o inutili.

³²¹ F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, cit., 426; L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, cit., 1375 ss.

³²² Si veda A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, cit., p. 540.

repressivo, privo, in sé, della benché minima giustificazione, ed idoneo a legittimare finanche la punizione della nuda *cogitatio*³²³.

Pertanto, per ovviare al problematico sdoppiamento tra funzione di imputazione e funzione di tipizzazione, allontanando così l'idea di un 'ripiego' su criteri prognostici, è stato utilizzato l'argomento della non punibilità del tentativo di concorso mediante istigazione o accordo non accolti, di cui all'art. 115 c.p.³²⁴, senza mancare di evidenziare i pericoli sottesi a soggettivizzazioni nella fondazione di punibilità³²⁵.

Da qui, e in pieno accordo con esigenze di integrazione sociale³²⁶, la necessità di tenere ferma l'efficienza causale del contributo concorsuale quale primo, indefettibile presupposto della responsabilità penale personale³²⁷, non essendo ammessa una punizione fondata su condotte di cui non possa dirsi in che modo abbiano contribuito ad un accadimento nella realtà fenomenica³²⁸.

L'esigenza di un'efficienza causale del contributo concorsuale va ribadita pure in rapporto ad un ulteriore indirizzo, secondo cui si potrebbe "utilizzare (al

³²³ In questi termini, A. CAVALIERE *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 229, che sottolinea il paradosso della teoria 'cumulativa', laddove la semplice volontà del soggetto inerte, consapevole del fatto realizzato da altri, potrebbe bastare a farne un concorrente.

³²⁴ D'altronde, si è ritenuto che deroghi alle regole generali in tema di causalità l'impostazione che voglia ricavare la punibilità, qualora il delitto sia commesso, dall'art. 115 c.p. - a contrario e per il solo fatto che l'istigazione e l'accordo risultano 'tipizzati'; sul punto, cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 462; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 542; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 317-318; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 379-380; S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., pp. 260-261, 268; criticamente pure G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, cit., p. 50 ss; M. DONINI, *La partecipazione al reato*, cit., 230 ss.

³²⁵ Una tale tendenza soggettivistica sembra caratterizzare la posizione di A. PAGLIARO, *ult. op.*, cit., p. 547, secondo cui "la coscienza di cooperare con l'azione altrui fa venir meno, tra la condotta di ciascun soggetto e l'evento, la necessità del requisito causale di cui agli artt. 40 e 41 c.p."; il nesso causale andrebbe sostituito mediante il riferimento ad una comune realizzazione del volere, essendo sufficiente che "ciascun partecipe apporti un contributo che faccia "sua" l'intera realizzazione criminosa. E, perché ciò accada, è sufficiente un apporto qualsiasi, capace di favorire il verificarsi della realizzazione collettiva" (p. 554).

³²⁶ Sul punto, per tutti, cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 50 ss.

³²⁷ In tal senso, con specifico riferimento al concorso di persone, A. ALESSANDRI, *Art. 27 co. 1 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma 1991, p. 28 ss.

³²⁸ Per un diverso ordine di idee, v. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, cit., pp. 554-555.

posto della categoria della causalità) quella [...] di una relazione di carattere ‘strumentale’, di un nesso di ‘funzionalità’ delle condotte di partecipazione rispetto alle dinamiche di realizzazione di un determinato fatto di reato”³²⁹.

E del resto non v’è chi non veda come, in ogni caso, un tale riferimento alla strumentalità finisca, pur se in una “veste terminologica inconsueta”³³⁰, per richiamare la condivisibile necessità della verifica di un nesso causale tra i contributi ed il fatto concreto, traducibile in dipendenza effettiva, reale, in termini di utilizzazione dello strumento come condizione, conforme a leggi scientifiche o ad affidabili massime di esperienza.

Ora, nel riaffermare l’esigenza di un riferimento al criterio causale e volendo definirne i contorni nell’ambito del concorso morale – al netto del fuorviante ricorso ad un processo di eliminazione mentale – occorre riferirsi alla causalità psichica, tenendo fermo il riflesso di un modello generalizzante di spiegazione causale³³¹, con frequente ricorso, non senza critiche, a schemi di tipo presuntivo o prognostico³³².

Ed è su questa via che si innesta quella verifica di corrispondenza e funzionalità del messaggio istigatorio rispetto alle dinamiche operative di realizzazione dell’illecito³³³, da ritenersi - però - tutt’altro che “risolutiva”³³⁴, in virtù di un accertamento dell’effettiva influenza dell’istigazione, prima sulla psiche e, quindi, sulla condotta altrui³³⁵.

³²⁹ Così G. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 334; in argomento v. pure T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 81-382.

³³⁰ Si veda A. CAVALIERE *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., pp. 234-235.

³³¹ Sul punto, V. MORMANDO, *L’istigazione: i problemi generali delle fattispecie ed i rapporti con il tentativo*, Padova, 1995, p. 35.

³³² Lamenta l’impiego di presunzioni di causalità psicologica, anche mediante generiche asserzioni di idoneità dell’istigazione, in particolare, G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, II, ed. III, Roma-Bari, 1996, p. 486; G. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone nel reato*, cit., pp. 336-337; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 544.

³³³ Sempre G. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone nel reato*, cit., *ivi*.

³³⁴ Nei casi in cui, ad esempio, venga intrapresa l’esecuzione di un fatto che presenti modalità oggettive diverse da quelle oggettivamente pianificate; in senso analogo, S. SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, cit., 1129-1131.

³³⁵ Esaustivamente A. CAVALIERE *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 239.

D'altronde, neppure può dirsi che le indubbie difficoltà probatorie della causalità morale, come già messe a fuoco, autorizzino (inammissibili) ripieghi presuntivi, a maggior ragione considerando i prevedibili esiti estensivi della punibilità di una netta rinuncia alla tipizzazione.

E però, se da un lato, in un diritto penale del fatto, il criterio causale (pur con tutte le sue inefficienze) rimane un requisito indispensabile, è pure vero che la non autosufficienza dello stesso ad esprimere un giudizio di conformità al tipo pare palesarsi proprio nell'ambito di contributi di 'non' provocazione, nei termini di una carenza di tipicità³³⁶.

Ed in linea con tali considerazioni, posti gli eccessi legati al criterio condizionalistico, in un sistema penale orientato ad esigenze di sussidiarietà e idoneità lesiva, la dottrina ha iniziato ad avvertire la necessità di proporre dei "correttivi" secondo direttive di valore³³⁷.

Si è trattato di un'opera di 'assestamento' mediante utilizzo di criteri normativo-valutativi³³⁸, secondo una lettura combinata del sistema causalità/imputazione da porre a garanzia della responsabilità per fatto proprio già a livello tipico, facendo seguire ad un primo momento logico-naturalistico³³⁹ uno

³³⁶ In tema, chiaramente, lo stesso A. CAVALIERE *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., pp. 242-243 rileva come "a causa di una tipizzazione legislativa meramente causale dei contributi concorsuali, la condotta istigatoria, svuotata di un pregnante contenuto esteriore, diventa un elemento la cui sussistenza finisce per dipendere essenzialmente dalla testa dell'istigato". In senso convergente, L. MONACO, *La riforma dell'art. 110 del codice penale italiano*, cit., p. 126, "la labilità dei concetti con cui lavora la prassi è sconcertante: senso di insicurezza, sostegno morale, stimolo psicologico"; sostiene la necessità di una tipizzazione in termini pregnanti delle condotte di istigazione anche A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità*, cit., pp. 93-94.

³³⁷ Per tutti cfr. C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, cit., p. 336; C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 46 ss.; L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova 1981, p. 87 ss.

³³⁸ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pp. 361-362 afferma che "il problema della causalità in diritto penale si affronta oggi in due fasi concettualmente distinte l'una dall'altra; [...] ci si occupa dapprima del nesso causale propriamente detto, ovvero del nesso di condizionamento fra azione ed evento, poi dell'imputazione oggettiva. In un primo tempo si risponde all'interrogativo: "Quando e a quali condizioni un evento, questo evento, è conseguenza dell'azione del soggetto?"; [...] in un secondo momento, la domanda suona invece: "Sul presupposto che l'agente ha causato l'evento, questo evento verificatosi hic et nunc, vi sono dei criteri, e quali, di delimitazione della rilevanza (oggettiva) di tale rapporto causale?".

³³⁹ Anche se ciò non implicherebbe la mancanza di profili normativi anche nella prima parte dell'accertamento inerente alla causalità; sul punto cfr. le osservazioni di J. RANZIKOWSKI,

di tipo squisitamente normativo³⁴⁰, in cui scelte di valore consentano al nesso causale di diventare vera e propria imputazione oggettiva³⁴¹, capace di sorreggere una responsabilità penale per fatto proprio.

E ciò, precisando la necessaria integrazione tra tali due momenti, benchè non traducibile in endiadi, bensì in termini di ‘binomio’³⁴², ponendosi la causalità in veste “prospettiva” (implicante un processo di generalizzazione) e l’imputazione in veste “retrospettiva” (implicante un giudizio di concretizzazione)³⁴³.

Orbene, nell’ambito del concorso di persone, tali considerazioni, se non ispirate alla ricerca di un corretto equilibrio negli elementi che compongono il rapporto eziologico, sia dal punto di vista condizionalistico che normativo, rischiano di tradursi in un “contenitore vuoto”³⁴⁴, che espone alla violazione dei principi in materia di diritto e processo. E ciò tanto più che, principalmente in tema di istigazione-determinazione, il mero criterio causale abbraccia, sovente, condotte del tutto insignificanti sul piano del contributo all’offesa³⁴⁵.

Pfliche und Rechte. Rechtsverhältnis und Zurechnung, in GA, 2007, p. 574, dove si osserva che il concetto di causalità è normativo fin dal principio.

³⁴⁰ Per una riflessione sul rapporto tra naturalismo e normativismo nella causalità cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2006, p. 249 ss.; sul tema del normativismo in generale, K.H. GÖSSEL, *Probleme eine rein normativen Begriffs- und Systembildung, insbesondere in ihren Verhältnis zum Naturalismus in der Handlungslehre*, in *Festschrift für Küper*, Heidelberg, 2007, p. 83 ss.; G. MAGGIORE, *Normativismo e antinormativismo nel diritto penale*, in *Arch. Pen.*, 1949, I, p. 3 ss.; A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo 1960, p. 313 ss.; G. RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, I, *Lineamenti generali*, Napoli 1965, p. 9 ss.

³⁴¹ La letteratura tedesca in tema è sterminata. Per tutti, cfr. C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1931, trad.it. a cura di S. MOCCIA, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1988. Per alcuni bilanci più recenti, v. M. FRISCH, *Zum gegenwertigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre*, in GA, 2003, 719 ss.; I. PUPPE, *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht, dargestellt an Beispielsfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, Baden, 2000, p. 1 ss.; G. JAKOBS, *Bemerkungen zur objektiven Zurechnung*, in *Fest. Hirsch*, Berlin-New York, 1999, 45 ss.; E. GIMBERNAT- B. SCHUNEMANN- J. WOLTER (Hrsg.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, Heidelberg, 1995.

³⁴² Ripudia l’eccesso di ogni separazione radicale tra causalità e imputazione, M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 62.

³⁴³ F. STELLA, *La “descrizione” dell’evento*, I, *L’offesa - Il nesso causale*, Milano, 1970, p. 169 ss.

³⁴⁴ Per una tale espressione v. C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, cit., p. 332.

³⁴⁵ Anzi, è stato correttamente rilevato da A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 246, il paradosso secondo cui sia abbracciato dal criterio causale in senso

Ed allora, l'aspetto più interessante della evoluzione del pensiero penalistico intorno alla causalità è costituito, senza dubbio, dalla (rinnovata) proposta di un tale criterio oggettivo di imputazione, ove la necessità di un recupero di una valutazione politico-criminale del rapporto eziologico, adombrata da una riduttiva visione naturalistica³⁴⁶, ha condizionato la diffusione di un approccio innovativo al problema causale.

E dunque, in una prospettiva teleologica, alla luce di una graduale sostituzione del metodo delle scienze naturali nell'ambito del dogma causale, la ricerca di criteri normativi di imputazione oggettiva ha la funzione di circoscrivere condotte ed eventi rilevanti ai fini del giudizio di tipicità, proponendo criteri valutativi di tipo giuridico³⁴⁷, nella precisa distinzione tra 'esistenza' e 'rilevanza' del rapporto causale.

Orbene, sebbene un peso considerevole del dibattito in tema sia stato assunto nella letteratura tedesca e spagnola³⁴⁸, in Italia il primo cenno all'imputazione oggettiva³⁴⁹ suole farsi risalire ad Antolisei³⁵⁰ e Pagliaro³⁵¹.

naturalistico perfino un contributo materiale che ostacoli la realizzazione del fatto (complice maldestro), ma risulti comunque causale rispetto al fatto concreto.

³⁴⁶ Cfr. S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p. 73 rileva come "la sola utilizzazione dei mezzi messi a disposizione da una logica di tipo scientifico-naturale appare incongrua; essa è in grado di fornire una definizione meramente esteriore, statistico-formale dei fenomeni, ma non il loro significato in rapporto alle esigenze di tipo assiologico, che esprime un ordinamento giuridico".

³⁴⁷ S. MOCCIA, *ult. op. cit.*, p. 71.

³⁴⁸ E. ANARTE BORRALLÓ, *Causalidad e imputación objetiva. Estructura, relaciones y perspectivas*, Universidad de Huelva Publicaciones, 2002; S.M. MIR PUIG, *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal*, in *Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003, 1 ss.; M. MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid-Apartado, 1992; M. CORCOY BIRASOLO, *Imputación "objetiva" en el delito imprudente*, in *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, XXVI, 33 ss.; M.A. RUEDA MARTIN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Barcelona, 2001.

³⁴⁹ Le origini di tale espressione possono farsi risalire alla scuola di G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. di F. MESSINEO, Bari 1971, p. 124 ss.. Sul punto cfr. S. MOCCIA, *Contributo ad uno studio sulla teoria penale di G.W.F. HEGEL*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1984, 131 ss.

³⁵⁰ F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova 1934, rist. Torino 1960, p. 229 ss.

³⁵¹ A. PAGLIARO: "Imputazione obiettiva dell'evento", *cit.*, 779 ss.

Come accennato, tale impostazione³⁵², muovendo dal “superamento di una comprensione meramente naturalistica in favore di una teleologica del *Tatbestand*”³⁵³, non limitandosi ai profili della scienza, analizza il rapporto eziologico sotto il profilo della sua stessa delimitazione giuridica.

E nel momento in cui ad un’indagine prettamente empirica viene affiancato un accertamento basato su criteri di politica criminale, inevitabilmente si finisce con il restringere l’ambito della fattispecie oggettiva, escludendosi la rilevanza di tutte quelle condotte che, pur essendo ricollegabili all’evento sotto il profilo naturalistico, a ben vedere abbiano contribuito (finanche) a diminuire o a ritardare il rischio del suo verificarsi³⁵⁴.

Ebbene, rinvenendo il proprio antecedente nella teoria della rilevanza tipica, elaborata nel 1930 da Richard Honig³⁵⁵, è proprio sul “rapporto di rischio” tra la

³⁵² Nella letteratura italiana la categoria dell’imputazione oggettiva è recepita (in modo eterogeneo, ma sostanziale) da diversi contributi, di varie scuole e provenienze, tra cui S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 130; A. CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d’evento*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1987, 881; ID., *La teoria dell’aumento del rischio e l’illecito colposo*, in *Studi Urbinati*, 1985-86/1986-87/1987-88, 127 ss; ID., *L’imputazione oggettiva nel delitto colposo d’evento*, Napoli, 1989, passim; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 374; E. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 206 ss.; ID., *Lettura sistematica delle teorie dell’imputazione oggettiva dell’evento*, cit., 588; ID., *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, Milano, 1991, pp. 291-421; A. CAVALIERE, *ult. op. cit.*, ivi; C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, cit., p. 263 ss.; V. MILITELLO, *Rischi e responsabilità penale*, Milano, 1988, p. 231 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, passim; A. PAGLIARO, *“Imputazione obiettiva dell’evento”*, cit., 779 ss.; A. BONDI, *I reati aggravati dall’evento tra ieri e domani*, Napoli, 1999, p. 370 ss.; F. MAZZACUVA, *Il fatto tipico*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 61 ss.; A. NAPPI, *Guida al codice penale*, Milano 2003, p. 191 ss.; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, PG, cit., p. 200 ss.; A. CADOPPI- P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, PG, Padova, 2002, p. 214 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, p. 310 ss.; R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale tra teoria e prassi*, Milano, 2004, p. 90 ss.; C. PONGILUPPI, *Dolo generale e preterintenzione: la realizzazione del rischio come criterio risolutivo nelle indicazioni della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, 38 ss.

³⁵³ A. CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo della teoria del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, E. DOLCINI-C. PALIERO (a cura di), vol. II, Milano, 2006, p. 1464.

³⁵⁴ C. LONGOBARDO, *Sui rapporti tra causalità ed imputazione obiettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, 676.

³⁵⁵ Secondo M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, p. 7, nelle principali ricostruzioni non sempre viene valorizzato l’apporto teorico di Karl Engisch (K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, cit., passim) concentrandosi i richiami sui canonici Larenz e Honing

condotta e la causazione di un risultato che può fondarsi il concetto di imputazione oggettiva, che esige (non solo) azione od omissione, dolo, colpa, causalità e risultato tipico, (ma anche) la creazione di un rischio illecito che trovi specifica realizzazione nell'evento.

Pur tuttavia, nelle sue molteplici versioni, la categoria *de qua* si è fatta strada in un clima di perplessità, e talora di aperto contrasto, talvolta considerando la presunta discrezionalità dei criteri, ovvero la limitazione ai soli delitti colposi³⁵⁶, piuttosto che la loro stessa identificazione con quelli propri della responsabilità per colpa³⁵⁷.

Ma in senso opposto sul punto, muovendo dalla separazione tra i profili oggettivi e soggettivi della tipicità, si è obiettato come l'indagine relativa all'elemento soggettivo sia sempre da ritenersi successiva a quella concernente la fattispecie oggettiva³⁵⁸, vertendo su di un evento già causalmente accertato, e soltanto in un secondo momento normativamente verificato³⁵⁹.

Di tal guisa, la finalità di matrice politico-sociale ispirata ad un temperamento degli eccessi punitivi della teoria condizionalistica, non solo porta a valorizzare criteri normativi di imputazione dell'evento, ma trova sviluppo ulteriore

(K. LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtphilosophie des kritischen Idealismus und der Lehre von der "juristischen Kausalität"*, Leipzig, 1927, passim; R.M. HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, in *Festschrift R. Frank*, Bd. I, Tübingen, 1930, 174 ss.). L'A., invece, reputa l'apporto teorico di Engisch fondamentale, perché in esso si trovano i concetti fondamentali del punto di vista *ex ante* e di quello *ex post*, nonché della creazione del rischio non consentito e della realizzazione del rischio nell'evento. Per una ricostruzione storica si rinvia a M. HUBER, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Berlin, 2004.

³⁵⁶ E' la tesi critica sostenuta da G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. "Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 3 ss., il quale intese rilevare come i risultati sostenuti da taluni autori sotto l'insegna della "moderna teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento" avrebbero trovato in realtà la propria origine e ragione normologica, ancor prima, nella teoria dei reati colposi.

³⁵⁷ In tal senso, sempre G. MARINUCCI, *ult. op. cit.*, 13 ss. parla di "duplicazione concettuale imbarazzante" dei criteri utilizzati in sede di accertamento della responsabilità colposa, la quale verrebbe "anticipata" nella componente oggettiva del fatto tipico ed in tal modo (surrettiziamente) sottintesa anche al dolo.

³⁵⁸ Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 137.

³⁵⁹ Sul punto cfr. M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1119; A. CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., 912.

nella selezione degli eventi imputabili al soggetto agente all'interno della rassicurante cornice della tipicità, esaltando funzione sussidiaria e “direzione vittimologica” del diritto penale³⁶⁰.

3.1. – Il rapporto tra condotte di ‘non’ provocazione e fattispecie di parte speciale: tra imputazione oggettiva *sub specie* aumento del rischio e soluzioni endogene

Come pure si è avuto già modo di rilevare, la ricerca di ulteriori criteri di imputazione per ovviare ad una causalità penale “cieca”³⁶¹ rispetto a finalità di matrice politico-criminale, si è imposta al fine di evitare un'estensione della punibilità a condotte che, pur naturalisticamente causali, non hanno creato o aumentato effettivamente il pericolo di produrre l'evento lesivo, oltre il rischio consentito³⁶².

Ed invero, nell'espressione di una responsabilità per fatto proprio, rimane fermo il collegamento necessario tra condotta e risultato, secondo un particolare nesso di rischio, autonomo dal nesso causale.

Così costruendo l'illecito su basi funzionali³⁶³, la dottrina dell'imputazione oggettiva, andando oltre il pensiero causalistico e finalistico fissato sulle leggi dell'essere, ha puntato a superare i limiti della dommatica tradizionale³⁶⁴ in termini di determinatezza del fatto tipico, laddove quest'ultimo principio *sub specie* verificabilità empirica, unito a quello di materialità, impone di non considerare sufficiente l'accertamento di un'efficienza eziologica dell'inerzia di taluno sulla

³⁶⁰ Così A. BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, cit., p. 370.

³⁶¹ L'espressione è di C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, cit., p. 280.

³⁶² Per uno sforzo di concretizzazione di tali confini, B. SCHUNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrliissigkeits- und Gefährdungsdelikte*, in JA, 1975, 575 ss.

³⁶³ Così, C. ROXIN, *ult. op. cit.*, pp. 178-179, secondo il quale “quando si concepisce l'azione tipica quale realizzazione di un rischio non consentito, si ricostruisce l'accadimento penalmente rilevante a partire dal compito del diritto penale, che è quello di proteggere da rischi, per il singolo e per la società, intollerabili dal punto di vista politico-sociale”.

³⁶⁴ C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, cit., p. 52 ss.

psiche e/o sull'agire altrui, esigendo una condotta che avvii il processo causale o incida attivamente su di esso³⁶⁵.

Una tale teoria, infatti, osserva restringersi l'ambito della fattispecie oggettiva sotto istanze costituzionali di prevenzione, sussidiarietà, frammentarietà e determinatezza, senza le quali risulterebbe (naturalisticamente) tipica anche la causazione di un evento mediante condotte, nei fatti, (ri)dimensionative.

Orbene, assumendo la dottrina dell'imputazione oggettiva come un'evoluzione dell'*Adäquanztheorie*³⁶⁶, per quel che ci riguarda, occorre accertare se il contegno del concorrente - tenuto conto della situazione effettivamente data *ex ante* - abbia aumentato il rischio della realizzazione del fatto in modo non insignificante, e se lo stesso rischio si sia effettivamente realizzato, non essendo punibile un contributo effettivamente prestato, ma del tutto superfluo o esiguo.

Del resto, un'applicazione alla teoria del concorso della dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento saprà essere proficua ai fini di un'interpretazione della vigente disciplina orientata ad esigenze di sussidiarietà ed idoneità lesiva.

E però, d'altro canto, la mancanza di una previsione normativa, così come il riferimento a parametri quantitativi, insito nei criteri dell'aumento del rischio e della significatività o non esiguità di tale aumento, come si dirà, reca con sé pure una certa instabilità³⁶⁷.

Per quanto sopra anticipato, dunque, un tale criterio evidenzia come l'imputazione dell'evento presupponga, oltre al nesso condizionalistico, che l'azione in questione abbia, di fatto, creato o accresciuto il rischio, giuridicamente riprovato, di una lesione di beni conforme a quella descritta in una fattispecie

³⁶⁵ A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 241.

³⁶⁶ E. DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 790.

³⁶⁷ Così, sempre A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 247, il quale ritiene, tuttavia, come tali inconvenienti non invalidino il riferimento all'imputazione oggettiva, allorché si intenda confrontarsi seriamente con la necessità di circoscrivere l'ambito della punibilità in rapporto ad una tipizzazione meramente causale del fatto o del concorso.

incriminatrice; pericolo che si sia, poi, concretizzato nello specifico evento lesivo di cui si discute³⁶⁸.

Ragionando *a contrario*, risulterà, dunque, inadeguato quel processo causale che non realizzi, nel suo sviluppo, un pericolo creato dall'agente, che pure lo ha messo in moto; e ciò sulla base del principio della realizzazione di un pericolo oltre il rischio consentito, che rappresenta la possibilità di verificare concretamente l'esistenza di un'offesa al bene giuridico, altrimenti escludendo la stessa conformità del fatto al tipo.

A ben vedere, si tratta dell'assunto teorico di una concezione, che – con la promessa di ovviare agli esiti infelici della *condicio sine qua non* nei casi di decorso causale atipico³⁶⁹ - poggia sull'inutilità della repressione penale, alla luce di una politica criminale ispirata a criteri di razionalità e di eguaglianza, secondo cui l'azione vietata, laddove non innalza il rischio tutelato, andrebbe trattata alla stregua dell'azione lecita³⁷⁰.

Appare, infatti, di tutta evidenza che una concezione che subordina l'imputazione dell'evento al peggioramento del danno o alla anticipazione dell'evento implichi la considerazione di decorsi ipotetici³⁷¹, pur rimanendo nell'ombra, ciononostante, il collegamento con il principio della diminuzione del rischio³⁷².

Partendo da tali premesse, e volendo interpretare il pensiero del giurista tedesco Claus Roxin³⁷³, la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, trovando

³⁶⁸ C. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 206; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. pp. 189-190; M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, cit., p. 317;

³⁶⁹ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, PG, cit., p. 197.

³⁷⁰ Come efficacemente sintetizzato da A. CASTALDO, *La teoria dell'aumento del rischio e l'illecito colposo*, in *Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche*, 1988, 133.

³⁷¹ Così chiarisce K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, cit., p. 175, laddove sostiene, come: "[...]nell'ambito della impostazione dominante che colloca a fondamento della imputazione oggettiva dell'evento la creazione di un rischio illecito non consentito, non può non rilevare la questione se il rischio creato abbia determinato una maggiore probabilità di verificazione dell'evento (ovvero un peggioramento della situazione del bene giuridico) rispetto al rischio preesistente, rendendo necessario un confronto tra un decorso reale e uno ipotetico".

³⁷² Rileva la contraddizione A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, p. 71.

³⁷³ Il criterio ascrittivo dell'aumento del rischio fu (ri)proposto da Claus Roxin in un contributo dedicato al nesso normativo tra comportamento antidoveroso ed evento lesivo nei reati

fondamento proprio sui criteri della creazione (o l'aumento) di un rischio riprovato dall'ordinamento (*Risikoschaffung*) e della realizzazione nell'evento di quel rischio (*Risikoverwirklichung*)³⁷⁴, dovrebbe bastare a se stessa³⁷⁵.

Ad un attento esame, però, la dommatica dell'imputazione obiettiva pare articolarsi pure su altri livelli di c.d. "appartenenza dell'evento alla sfera di tutela del diritto penale"³⁷⁶, per cui "l'imputazione dell'evento viene [...] meno, se contrastata da altri criteri derivanti dal complesso dell'ordinamento giuridico", tra cui quello dell'autonomia della vittima, dello scopo della norma violata, nonché il principio della pertinenza alla sfera di responsabilità di un terzo.

Così, l'imputazione dell'evento andrà ad appuntarsi (anche) sulla rilevanza dell'autoresponsabilità³⁷⁷, sulla coincidenza tra l'evento e specifico rischio giuridicamente rilevante³⁷⁸, nonché su di una 'perimetrazione' dei vari ambiti di responsabilità³⁷⁹.

colposi ove Roxin segnalò come lo stesso fosse già stato proposto da Mittasch in un "quasi dimenticato" contributo del 1943: C. ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1962, 74, 411, 431 ss.

³⁷⁴ Cfr. C. ROXIN, *Ult. op. cit.*, ivi, p. 372; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 79.

³⁷⁵ C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 1066.

³⁷⁶ C. ROXIN, *La problematica dell'imputazione oggettiva*, in *Studi di scienze penalistiche integrate, Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, S. MOCCIA (a cura di), vol. V, Napoli, 2009, p. 97.

³⁷⁷ L'idea di dover prendere in considerazione – con riguardo alla determinazione della responsabilità penale per un fatto pregiudizievole – anche l'apporto autoresponsabile della vittima al reato è riuscita ad affermarsi saldamente nel sistema penale tedesco negli anni '70. A tal fine, fondamentali sono state le opere di S.K. RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre*, in *JuS*, 1969, 549 ss., e di C. ROXIN, *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, in *Festschrift Gallas*, K. LACKNER, H. LEFERENZ, E. SCHMIDT, J. WELP, E.A. WOLFF (a cura di), Berlin-New York, 1973, p. 241. In particolare, per un approfondimento del tema della vittimologia nel sistema penale italiano, cfr., tra gli altri, V. DEL TUFO, *Profili critici della vittima-dommatica*, Napoli, 1990, passim; S. CAGLI, *Condotta della vittima ed analisi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1150; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino 2003, passim; più di recente, G. CIVELLO, voce *Autoresponsabilità*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., VIII ed., Torino, 2016, 109 ss.

³⁷⁸ Per le critiche ad un tale criterio basate sulla difficoltà di individuare, in determinati casi, la *ratio* della norma incriminatrice, cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p.260; G. FIANDACA, voce *Causalità (rapporto di)*, *Dig. disc. pen.*, 2005, vol. II, 128.

³⁷⁹ Sul punto, cfr. P. BOCKELMANN – K. VOLK, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 1987, p. 60 ss.

A questo punto, calando le presenti argomentazioni nel contesto della (non) provocazione al reato, ai fini della punibilità dell'agente sarebbe richiesto, quale espressione di un'autonoma aggressione al bene giuridico tipicamente tutelato³⁸⁰, un contributo in termini di aumento del rischio della realizzazione del fatto in modo non insignificante – tenuto conto della situazione data *ex ante*, al momento della condotta concorsuale – nonché la realizzazione del rischio stesso.

Ed allora, ad una attenta analisi, pare evidente come già solo per il tramite delle categorie del concorso, un contributo investigativo atipico, anziché ad un aumento, potrà dirsi orientato ad una riduzione del rischio, nella misura in cui, anziché aggredire il bene giuridico, ha come dichiarato obiettivo proprio la sua protezione, evitando la realizzazione di un evento 'maggiormente' pericoloso per i consociati.

Ai fini della partecipazione punibile, infatti, all'agente è richiesta la rappresentazione di un rischio non consentito per l'aggressione autonoma al bene giuridico e se questo non si realizza, l'agente assume il ruolo di 'non provocatore', mancando alla sua condotta i presupposti necessari per una tipica partecipazione punibile³⁸¹.

Vero è che, parlare di "riduzione del rischio" può pure tranne in inganno, laddove tale riduzione sembri incidere sull'idoneità *ex ante* della condotta a generare un rischio di verifica dell'evento; valutazione che, in tal modo, dovrebbe rimanere ferma, a prescindere dal fatto che *ex post* il rischio risulti effettivamente ridotto o meno.

Ed invece, una tale *impasse* appare il frutto di "imprecisione terminologica e dommatica"³⁸²: solo facendo riferimento alla riduzione del 'danno' (cioè al grado di lesione del bene giuridico), subentra la (corretta) prospettiva *ex post*, che

³⁸⁰ Riprendendo la lucida analisi di A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 375, secondo cui "la necessità di un'autonoma aggressione al bene giuridico è [...] tra gli elementi indiscussi della partecipazione che, se non in via espressa, è sicuramente deducibile dai principi generali di imputazione oggettiva, per cui un evento può essere imputato solo se è il risultato dell'aumento di un rischio non consentito".

³⁸¹ C. ROXIN, *Strafrecht*, II, cit., p. 129 ss.

³⁸² In questi termini, K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, cit., p. 176.

costringe ad assumere come criterio decisivo la misura della lesione, e quindi l'evento.

Ciò detto, trattandosi di un problema di imputazione dell'evento, il principio della diminuzione del rischio viene a dipendere non dal fatto che sia stato effettivamente ridotto il rischio che minacciava di realizzarsi, ma dal fatto che l'intervento dell'agente si sia rivelato, in definitiva, "vantaggioso" per il bene³⁸³.

Ed ecco che, il criterio dell'aumento del rischio può essere accertato tenendo conto di tutte le circostanze concretamente presenti, anche se conosciute solo *ex post*. Per cui, (nella prospettiva dell'evento) si avrà aumento del rischio solo laddove sia possibile accertare che il comportamento lecito, nel caso concreto, avrebbe determinato una reale possibilità di impedire l'evento³⁸⁴ e, all'inverso, che il comportamento illecito ha provocato un reale 'peggioramento' delle condizioni del bene tutelato³⁸⁵.

Del resto, in un ordinamento costituito da norme dirette ad impedire eventi lesivi, può essere rilevante soltanto una condizione da cui dipenda la verifica di un evento concretamente lesivo e non una condizione che semplicemente si inserisca nel corso degli eventi, modificando o sostituendo aspetti secondari o semplici modalità del decorso stesso³⁸⁶.

Orbene, mostrata la base dommatica della teoria in esame, volendo dare brevemente conto delle obiezioni mosse, oltre che sulla mancata concretizzazione

³⁸³ A questo proposito, M.A. SANCINETTI, *Principio della diminuzione del rischio versus rilevanza del disvalore d'evento nella teoria dell'illecito*, in *Ind. pen.*, 2008, 392; l'Autore osserva criticamente che "ciò che determina la non imputazione dell'evento quando l'agente diminuisce il rischio, anche se in seguito si produca l'evento, determina anche la non imputazione di un aumento del rischio, se la decisione volta alla riduzione era di per sé ragionevole secondo un giudizio *ex ante* nella prospettiva dell'agente: "anche quando qualcosa finisce male, si può aver agito correttamente" [...]. I decorsi *ex post* non alterano un verdetto di atipicità dettato in funzione di un giudizio di prognosi; ciò dovrebbe suggerire di per sé che ogni giudizio di imputazione relativo ad una condotta indebita, anche quando si crea un rischio riprovato, deve limitarsi alla valutazione del rischio iniziale che l'agente poteva ragionevolmente creare, ovvero che la misura della riprovazione del rischio, che la condotta poteva ragionevolmente creare secondo una prognosi, deve determinare anche la misura dell'illecito".

³⁸⁴ C. ROXIN, *Strafrecht*, II, cit., p. 645 ss.

³⁸⁵ M. KAHLO, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1990, p. 143.

³⁸⁶ Così, in particolare, G. JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Delikt*, Berlin-New York, 1972, p. 26.

del *quantum* di incremento del pericolo o sul metodo stesso per accertare tale incremento³⁸⁷, a ben vedere, la più rilevante critica che il ‘subentro’ di parametri di puro rischio ha (com)portato riguarda la presunta trasformazione dei delitti d’evento in fattispecie di pericolo.

Tale osservazione nasce dalla considerazione che ai fini dell’inflizione della pena, ad essere richiesto sia il solo aumento del pericolo, indipendentemente dalla produzione dell’evento, con l’illogico corollario di punire la mera causazione del rischio³⁸⁸.

Ebbene, come rilevato, l’applicazione della teoria dell’imputazione oggettiva alla teoria del concorso si rivela proficua, pur se non tradotta in formulazioni di rigore tale da assumere un ruolo assoluto, e pure tenendo conto della difficile vincolatività dei relativi esiti ermeneutici.

Ma volendo tirare le fila del discorso, al netto di quanto detto in relazione ai limiti propri dell’imputazione oggettiva, un ulteriore ‘confine applicativo’ che interessa la responsabilità dell’agente ‘non’ provocatore è, senz’altro, rappresentato dalla forma (atipica) dei contributi penalmente (ir)rilevanti.

³⁸⁷ Questione risolta inizialmente modo non convincente, individuando l’aumento del rischio mediante un procedimento di prognosi postuma ovvero con un giudizio proiettato *ex ante*; cfr. l’orientamento dottrinario conforme al “primo” Roxin: C. ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, cit., 411 ss., ora in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, 168 ss.; R.V. HIPPEL, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen*, ZStW 42, 1930, 528; W. MUNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966, 181 ss.; S. MIR PUIG, *Die «ex ante» Betrachtung im Strafrecht, Festschrift für Jescheck*, I, 1985, 339 ss. Successivamente, sul punto, si assiste ad una correzione roxiniana, quale germe dell’integrale abbandono del giudizio di prognosi postuma, a favore dell’accertamento *ex post*: C. ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Festschrift für Honig*, 1970, 133 ss. (ripubblicato in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, 126 ss.). Tra i sostenitori del criterio *ex post*, v. anche P. SCHWANDER, *Die Gefährdung als Tatbestandsmerkmal im Schweiz. StGB*, SchwZStr, 66 1951, 450, 453; E. HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, 107 ss.

³⁸⁸ L’obiezione si ritrova in M. FINCKE, *Arzneimittelpriifung. Strafbare Versuchsmethoden*, 1977, 60 ss.; H. BINDOKAT, *Versari in re illicita und Erfolgszurechnung*, in JZ, 1977, 550; H. SCHULTZ, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, I, IV ed., 1982, 129; J. BAUMANN – U. WEBER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, IX ed., 1985, p. 274. Nella dottrina italiana, una presa di posizione in tal senso si rinviene in G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, p. 268, il quale liquida sbrigativamente la teoria roxiniana come posizione “appena diversa dall’indirizzo che propugna - di fatto - l’estromissione dell’evento dal campo di azione della colpa”, ponendola sullo stesso piano delle correnti di pensiero favorevoli al principio del *versari in re illicita*.

E ciò per la considerazione secondo cui, come già visto partendo dal dato fenomenico originario del *falsus emptor*, siccome l'utilizzo della teoria *de qua* rispetto alla 'non provocazione' risulta funzionale per le sole condotte dell'agente *undercover* che fondino contributi atipici in riferimento alle fattispecie di parte speciale, la vera questione si pone per la qualificazione giuridica delle attività di contrasto che, sconfinanti nella realizzazione di autonome fattispecie monosoggettive di reato previste nella parte speciale, troveranno un diverso fondamento politico-criminale per la loro non punibilità.

Dal che, risulta evidente l'irrazionalità di 'scomodare' una causa speciale di giustificazione per contributi atipici di 'non' provocazione, laddove, già nell'ambito della dommatica della teoria del concorso, il ricorso a criteri atti a verificare la riduzione di un rischio non consentito, permette di escluderne la rilevanza penale.

Ed allora, è proprio nel passaggio dalla teoria del reato alla teoria del concorso che, seguendo una sana logica differenziale conforme ad opzioni politico-criminali, sapranno (ac)cogliersi soluzioni (endogene) di esclusione della responsabilità penale.

Ma ciò, evidentemente, solo per condotte atipiche che, "pure causalmente rilevanti, vedono esclusa la loro rilevanza penale sulla base di filtri normativi avanzati dalle regole di imputazione oggettiva dell'evento"³⁸⁹, laddove colui che incide su un rischio senza aumentarlo in una prospettiva *ex ante* – anzi, riducendolo – non crea certamente un rischio riprovato³⁹⁰ e, pertanto, per ragioni preventive risulterà fondatamente non punibile.

³⁸⁹ Sempre A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., ivi.

³⁹⁰ M.A. SANCINETTI, *Principio della diminuzione del rischio versus rilevanza del disvalore d'evento nella teoria dell'illecito*, cit., 384.

CAPITOLO IV

LA ‘NON PROVOCAZIONE’ AL REATO IN SENSO AMPIO: FONDAMENTO E LIMITI ALLA SUA NON PUNIBILITÀ NELLA TEORIA DEL REATO

SOMMARIO: - 1. Interrogativi sulla corretta qualificazione scriminante di attività *undercover* mediante modalità esecutive tipiche: verso un ripensamento dei classici modelli di liceità. - 1.1. Alle origini di una rinnovata idea di (non) antigiuridicità: i limiti strutturali delle giustificazioni tradizionali. - 1.2. La nuova idea di giustificazione nella consacrazione di forme lecite di provocazione ‘proceduralmente non vietata’. - 1.3. Pericolose tentazioni connesse alla prossimità con ‘spazi liberi dal diritto’. - 1.4. La prognosi privilegiata statale: un’annotazione. - 2. Confronto con il dato normativo: l’ambigua scissione tra l’art. 9 della l. 146/2006 ed il modello di eccezione formulato dall’art. 14 della l. 269/1998. - 2.1. ...un breve sguardo oltre confine. - 3. Requisiti per un’attività di indagine passiva maggiormente ‘garantista’ nel sistema penale multilivello. - 4. L’agente (non) provocatore nella “Spazzacorrotti”: vecchie e nuove criticità *de lege ferenda*. - 5. Considerazioni conclusive.

1. - Interrogativi sulla corretta qualificazione scriminante di attività *undercover* mediante modalità esecutive tipiche: verso un ripensamento dei classici modelli di liceità

Giunti ad un tale punto della trattazione, e muovendo dalla piena rilevanza di un utilizzo della teoria del concorso per la non punibilità di contributi atipici rispetto alle fattispecie di parte speciale, l’analisi si innesta sulle (più) spinose questioni afferenti le risposte ‘giustificative’ a fatti investigativi non marginali - perché penalmente tipici - da contenere pur sempre nei limiti di una stretta legittimità ed opportunità politico-criminale³⁹¹.

Ed una tale considerazione riposa proprio sui limiti di un utilizzo della teoria suddetta per la qualificazione giuridica di attività di contrasto ben oltre la mera complicità plurisoggettiva, bensì (s)confinanti nella realizzazione di autonome

³⁹¹ In questi termini, lucidamente A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 375.

fattispecie monosoggettive di reato operata per l'effetto di una spinta alla 'legalizzazione' della partecipazione esecutiva che abbraccia contegni delittuosi tipici.

Così, mentre le ipotesi di condotte investigative atipiche, benchè causalmente rilevanti, possono vedere esclusa la loro rilevanza penale sulla base dei filtri normativi avanzati dalle regole di imputazione oggettiva dell'evento, sono proprio le tecniche di investigazione 'attiva'³⁹² a scontare le maggiori criticità, allorchè le attività di contrasto spingono al limite della legittimità costituzionale l'azione statale di contrasto alla criminalità³⁹³.

Difatti, pensando alla condivisa legalizzazione tassativamente pre-determinata di tipi astrattamente delittuosi volti all'accertamento 'coperto' di reati, può dirsi che lo spazio a forme di partecipazione materiale abbia generato una figura strutturalmente sempre più eclettica che, solo se paragonata sistematicamente con quella di cui all'art. 14 della legge 269/1998³⁹⁴, può essere sottratta ad un inaccettabile diritto d'eccezione³⁹⁵.

In tal senso va intesa l'evoluzione sistematica dello strumento investigativo in esame, che, nello scarto con l'impostazione tradizionale e fino alla odierna

³⁹² Così e per tutti da ultimo P. IELO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it del 5.03.2019, 1 ss.

³⁹³ Il confine invalicabile dell'attività investigativa è stato segnato con un certo rigore teorico dalla Corte edu, a partire dalla sentenza *Texeira de Castro* ed è perfettamente coincidente con la costante giurisprudenza della Cassazione in tema di agente provocatore: mentre sono sicuramente lecite le attività di osservazione e controllo, non può essere scriminata la condotta di sollecitazione del reato e di partecipazione attiva ad esso, a pena di rendere inutilizzabile la prova acquisita, responsabile penalmente il pubblico agente e non punibile il soggetto provocato; sul punto cfr. *Texeira de Castro vs. Portogallo*, 9 giugno 1998, su cui A. VALLINI, *Il caso "Texeira de Castro"*, cit., 197. In argomento si veda anche A. DI MARTINO, *Concorso di persone*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, F. PALAZZO - C.E. PALIERO (diretto da), vol. II, *Le forme di manifestazione del reato*, G.A. DE FRANCESCO (a cura di), Torino, 2011, p. 237.

³⁹⁴ Le ipotesi di acquisto simulato di materiale pedopornografico e di partecipazione ad iniziative turistico-sessuali rappresentano la base di un'attività di contrasto mediante condotte che giungono fino all'integrazione del tipo astrattamente delittuoso; sul punto, condivisibilmente, C. DI BUGNO, *Commento all'art. 14 legge 269/1998*, in *Leg. Pen.*, n. 1/1999, 151.

³⁹⁵ Per gli approfondimenti in tema di eccezione cfr. AA. VV., *L'eccezione nel diritto*, cit., passim.

disciplina delle operazioni sotto copertura³⁹⁶, vede dilatarsi il raggio d'azione dell'agente *undercover*, spostando il suo baricentro dalla 'non provocazione' morale fino alla possibile realizzazione autonoma materiale³⁹⁷, con un'estensione ben oltre i delitti-fine delle associazioni a delinquere³⁹⁸, nella deviazione verso mobili forme di provocazione 'coperta'.

Ed allora, se l'individuazione di soluzioni intra-sistematiche consente di centrare l'irrilevanza penale della 'non provocazione' passiva, è con riferimento alle condotte integranti ipotesi di vera e propria co(autoria) che occorre sondare i limiti di operatività, nonché la stessa correttezza, di una qualificazione esimente, per come pure normativamente tradotta nel nuovo art. 9 della legge n. 246 del 2006.

Tanto più che, con riferimento ad attività di indagine non collocate in un ruolo decisamente passivo, per effetto della citata legge n. 3/2019, nel suddetto articolo ora si inseriscono condotte (come la promessa o offerta di denaro da parte del soggetto simulato privato), tali da integrare - in assenza di un precedente

³⁹⁶ Va ricordato che la disciplina, inizialmente frammentaria, è stata poi riunita nell'art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, in occasione della ratifica della Convenzione di Palermo del 2000 sul crimine organizzato transnazionale. L'art. 9, co. 11, abroga contestualmente quasi tutte le norme che erano intervenute in materia. L'art. 97 D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 non invece è stato abrogato; non si pongono, tuttavia, problemi di coordinamento, poiché oggi tale articolo rimanda *in toto* alla disciplina di cui all'art. 9. Residua invece una disciplina speciale per le operazioni sotto copertura nell'ambito del traffico di materiale pedopornografico (art. 14 legge 3 agosto 1998, n. 269). Residuano, inoltre, al di fuori della disciplina generale, alcune disposizioni specifiche per le operazioni sotto copertura finalizzate al contrasto del gioco illecito (art. 29, d.l. 26 ottobre 2019, n. 124, conv. con l. 19 dicembre 2019, n. 157) nonché la scriminante prevista per gli agenti dei servizi segreti che pongano in essere "*condotte previste dalla legge come reato, legittimamente autorizzate di volta in volta in quanto indispensabili alle finalità istituzionali di tali servizi*" (art. 17, l. 3 agosto 2007, n. 124).

³⁹⁷ In questo senso, cfr. anche le osservazioni di F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., 148.

³⁹⁸ Si tenga conto che recentemente, l'art. 2 della legge 9 marzo 2022, n. 22 ha esteso l'ambito di applicazione dello strumento investigativo alle nuove fattispecie di riciclaggio di beni culturali (art. 518-sexies c.p.) e autoriciclaggio di beni culturali (518-septies c.p.). Per un approfondito *excursus* dei vari interventi legislativi fino al 2018 cfr. A.F. MASIERO, *Profili sostanziali delle operazioni sotto copertura in materia di criminalità organizzata*, cit., passim.

accordo illecito³⁹⁹ - fattispecie tipiche di istigazione ovvero sollecitazione, purché non induttive ex art. 322 c.p.⁴⁰⁰.

Ecco che, in tale prospettiva, si inserisce la ricerca⁴⁰¹, ancora tuttora fervida, di una base giuridica all'interno della sistematica del reato sulla quale fondare il giudizio di non punibilità dell'agente senza vanificare l'utilità dell'intera *undercover operation*⁴⁰².

Ebbene, complice l'assenza di una specifica disciplina nel codice Rocco, ad un tale problema la teoria del reato ha già tentato di fornire soluzione, con il ricorso ai vari istituti della sistematica codicistica penale collocati nella struttura della tipicità oggettiva, di cui pure si è dato atto⁴⁰³.

In quest'ottica, fino all'inquadramento legislativo del 2010, il reato putativo⁴⁰⁴ ed il reato impossibile⁴⁰⁵ hanno rappresentato, senza dubbio, il punto di partenza, così come tutte le ipotesi di idoneità⁴⁰⁶ su base tipica, sebbene muovendo verso conclusioni (non) differenziali inaccettabili.

³⁹⁹ Sul punto cfr. T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., 4 ss.

⁴⁰⁰ Le condotte autorizzabili sono distintamente esplicitate dal legislatore, secondo quanto pure esplicitato da B. BALLINI, *Prime riflessioni sulle operazioni sotto copertura nei reati contro la pubblica amministrazione*, in *Giust. pen.*, 3/2019, 697 ss.

⁴⁰¹ Si deve ad autorevole dottrina il primo tentativo di sganciare la figura dell'agente provocatore dalla teoria del concorso, vale a dire dal pur rigoroso terreno eziologico plurisoggettivo; sul punto cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 323.

⁴⁰² Cfr. A. MANICCIA, *L'estensione delle "operazioni sotto copertura"*, cit., 2369-2383.

⁴⁰³ Per i dovuti approfondimenti cfr. *infra*, CAP. II, par. 3.

⁴⁰⁴ Cfr. A. DE MARSICO, *Il reato apparente e l'apparenza nella teoria del reato*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, vol. I, Milano, 1952, p. 319; C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, p. 52 ss.

⁴⁰⁵ Si rinvia a quanto efficacemente sintetizzato nel ponderoso studio di A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 359, per cui: "[...] attraverso il ricorso al reato putativo nel codice Zanardelli ovvero al reato impossibile nel Codice Rocco, con l'art. 49 c.p. si finiva per affidare alla (in)idoneità della condotta, da focalizzare sulla tipicità di un fatto obiettivamente criminoso, la dimostrazione dell'impraticabilità della provocazione investigativa come strumento di accertamento di un reato ovvero della sua incriminazione. E, proprio di fronte ad una tale presa di posizione della dottrina, la stessa giurisprudenza del tempo fu costretta a ripiegare sull'adozione di una soluzione di compromesso che, destinata a scongiurare un'irragionevole conseguenza sistematica legata alla non punibilità anche del provocato, mirava, invece, a recuperare, in virtù dell'idoneità della condotta, la punibilità del provocato per delitto tentato o consumato, a seconda che la polizia interrompesse o meno l'iter criminis".

⁴⁰⁶ Per maggiori approfondimenti cfr. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano 1984, p. 134; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti Note dommatiche e politico criminali*, cit., p. 194 ss.

Muovendo da tali contesti, si è, poi, dato atto dell'approdo al terreno tradizionale delle cause di giustificazione, con prioritaria ed esclusiva applicazione (dapprima) dottrinale dell'art. 51 c.p., nel segno della conformità a doveri giuridici o all'adempimento di un ordine superiore⁴⁰⁷, onde scriminare l'obiettivo di prevenzione dell'evento reato in ragione di un bilanciamento apprezzabile tra beni in conflitto⁴⁰⁸.

Ineludibile è stata, ad ogni modo, la constatazione di come l'espresso riferimento ad una speciale "causa di giustificazione" da parte del legislatore del 2010 non sia riuscito a spegnere i riflettori sulla esatta natura di un tale modello di liceità. Ed allora, la riflessione in tema si è incentrata proprio sul reale apporto della dommatica della giustificazione nel contributo alla differenziazione della figura dell'agente (non) provocatore da quella del (non) provocato, con precipuo riferimento a quelle attività investigative non marginali perché causalmente rilevanti rispetto al fatto commesso.

Ebbene, nonostante lo "sforzo" nella creazione di una causa di giustificazione personale sottratta alla regola della comunicabilità ai concorrenti ex art. 119 comma 2 c.p.⁴⁰⁹, ci si è trovati al cospetto di un (fallimentare) intervento della teoria del reato, e ciò con riferimento all'insufficienza del riferimento esclusivo all'art. 51 c.p.⁴¹⁰, che pure ha da sempre mostrato una chiara duttilità verso una politica criminale della differenziazione.

⁴⁰⁷ Laddove si è affermato che la provocazione non sarebbe stata diretta a provocare un evento, ma a prevenirlo e, pertanto, giustificata in ragione di un bilanciamento tra beni, cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 323.

⁴⁰⁸ In tema di bilanciamento immanente di interessi, cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti: principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Milano, 2018, spec. p. 43 ss.; come pure M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, n. 2/2016, 731 ss.

⁴⁰⁹ Cfr. sul punto G. MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, cit., 137; impostazione ripresa criticamente da F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 179 nonché da A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 365, nel senso che l'esclusività soggettiva della causa di giustificazione non muterebbe in astratto la natura oggettiva dell'operatività della stessa e, dunque, il limite dell'art. 119 comma 2 c.p. sarebbe invalicabile.

⁴¹⁰ Per una visione di sintesi dell'art. 51 c.p. come una finestra aperta pronta a autorizzare fatti tipici, laddove invece appare chiara la funzione di prevenzione per la reintegrazione di diritti violati con compiti chiaramente impeditivi di controllo e contenimento di fenomeni criminosi affidati all'agente di polizia giudiziaria 'non provocatore' cfr. G. CONSO – V. GREVI, *Profili del*

Di fronte a questo scenario, inoltre, pure l'innesto di una tale esimente con altre fonti del dovere di agire (ed è il caso dell'art. 55 c.p.p.) ha finito per palesare la sua inadeguatezza rispetto alla possibilità di scriminare le condotte oltre l'osservazione e il contenimento del fenomeno criminoso, allorquando proprio il codice di rito non autorizza come doveri d'ufficio della polizia giudiziaria le condotte provocatorie dotate di efficienza causale⁴¹¹.

In tale prospettiva, i cennati limiti, allora, marcano già la direzione dell'inquadramento dommatico di una non punibilità nel segno del ripensamento dei modelli di liceità 'tradizionali', con il volontario recupero di risposte più adeguate alle ragioni dello stato, più che alla ragione di stato⁴¹².

1.1. – Alle origini di una rinnovata idea di (non) antigiuridicità: i limiti strutturali delle giustificazioni tradizionali

Nel confutare l'accettabilità di una tendenza a risolvere la non punibilità dell'agente (non) provocatore sul terreno tradizionale dell'antigiuridicità - per come espressamente qualificato dal comma 1 *bis* dell'art. 9 della rivisitata legge n. 146/2006 - occorre partire, senz'altro, dall'essenza e dalla struttura stessa delle norme di liceità, non essendo solo il costo sociale dell'incriminazione a richiedere di essere legittimato da buone ragioni in termini politico-criminali⁴¹³. Del resto, l'antigiuridicità si fa potente veicolo di istanze sociali libertarie, volte cioè al

nuovo codice di procedura penale, cit., p. 32; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*. PG, cit., p. 307 ss.

⁴¹¹ Per i dovuti approfondimenti, cfr. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Torino, 2007, p. 142.

⁴¹² L'efficace espressione si rinviene in A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 382.

⁴¹³ Sul tema del rapporto tra norma penale e legittimazione sociale cfr. U. CURI, *Il farmaco della democrazia. Alle radici della politica*, Milano, 2003, p. 79 ss. Evidenzia come il processo di costituzionalizzazione del diritto penale imponga l'obiettivo di generalizzare il consenso sociale su beni giuridici essenziali anche R. RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 574. Si veda, da ultimo, sul tema G. MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1219 ss.

riconoscimento di diritti, come pure securitarie, tese al riconoscimento di una libertà di azione difensiva rispetto ai “pericoli” percepiti dalla collettività⁴¹⁴.

E su tali intrinseche caratteristiche, allora, ecco che si eleva l'immediata strumentalità delle cause di giustificazione nella gestione del conflitto sociale, quale ‘pulsione’ che dirige verso la scriminante, in modo simile a quanto avviene, *a contrario* e specularmente, per il bisogno di pena rispetto all'incriminazione⁴¹⁵.

Pertanto, è chiaramente proprio la presenza di un fatto tipico ad imporsi come oggetto della valutazione di (non) antigiuridicità; mentre l'assenza di una tale tipicità, da sottoporre a scrutinio di liceità, chiaramente esclude il bisogno stesso di giustificazione⁴¹⁶; sicché, l'eventuale ricorrenza di una scriminante interpella il legislatore in ordine al “motivo” per cui lo Stato si astenga dalla punizione di una azione descritta dalla legge come meritevole di sanzione.

E', dunque, il fatto tipico ad ‘attualizzare’ una tale esigenza di legittimazione; e, posto che, mediante l'inserimento di una scriminante nel sistema penale, si veicolano giudizi di meritevolezza di condotte altrimenti illecite⁴¹⁷, è nella ragionevolezza che può individuarsi il criterio politico-criminale di fondo che legittima la giustificazione⁴¹⁸.

⁴¹⁴ Secondo quanto sostenuto da F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., p. 45, per cui “le giustificazioni non sono indipendenti dal consenso sociale, ma semplicemente sono meno costose delle norme incriminatrici”.

⁴¹⁵ Sulla necessità che istituti che conducano alla non punibilità di fatti che astrattamente costituiscono reato abbiano un'idonea giustificazione, per cui l'esenzione da pena deve essere il frutto di ragionevole bilanciamento tra valori in gioco cfr. D. PULITANÒ, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, cit., 966.

⁴¹⁶ Il punto è colto, in area anglosassone, da D.N. HUSAK, *On the Supposed Priority of Justification to Excuse*, in *Law and Philosophy*, 2005, 568.

⁴¹⁷ Nello stesso senso M. GALLO, *Il reato nel sistema degli illeciti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 794.

⁴¹⁸ Come evidenziato da G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 88 ss., qualsiasi norma che restringa la punibilità, e dunque anche la scriminante, può trovare una propria legittima posizione nel sistema giuridico allorché abbia un fondamento costituzionale e rifletta un ragionevole bilanciamento dei valori in gioco. In argomento, si vedano le limpide riflessioni di F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art.25, commi II e III, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Questione Giustizia*, 1980, 229, ora in ID., *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Tomo II, Milano, 1997, p. 1273 ss.

A questo punto, appare manifesta la matrice simbolica del diritto⁴¹⁹ nell'ambito del contrasto a forme peculiari di criminalità, orientata a trasmettere messaggi di valore politico, ove la giustificazione si erge a strumento elettivo di un diritto penale repressivo-preventivo, in nome di un accrescimento della libertà operativa per il tramite di norme di liceità proprie, ritagliate sui pubblici agenti.

Ebbene, tali premesse fotografano appieno l'essenza, nonchè il "fondamento" stesso del fenomeno giustificativo, rinvenuto dalla principale manualistica, senza dubbio, nel bilanciamento obiettivo di interessi⁴²⁰.

Difatti, rispetto alla lesione del bene cagionata dalla condotta, le cause di giustificazione presuppongono un "diritto migliore"⁴²¹ che l'ordinamento sceglie di opporre alla lesione del bene giuridico indotta dal contegno tipico e sulla cui esistenza è chiamato a decidere, di volta in volta, il giudice penale.

E d'altronde si fa notare come, seppure tutti i livelli della sistematica del reato si caratterizzino per un bilanciamento degli interessi coinvolti dalla normazione penale - il quale connota ogni attività normativa e applicativa di norme giuridiche - esista il "pregiudizio" che esso riguardi essenzialmente il rapporto tra fatto e scriminanti⁴²².

⁴¹⁹ Sull'impiego della legge come simbolo in un confronto tra gruppi sociali si vedano T.W. ARNOLD, *The Symbols of Government*, New Haven, 1935, 1 ss. e J.R. GUSFIELD, *Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement*, Urbana, 1963, 166 ss.; ID., *Moral Passage, the Symbolic Process in Public Designation of Deviance*, in *Social Problems*, 1967, 175 ss.

⁴²⁰ Per un'utile ricostruzione critica e di sintesi G. DE FRANCESCO, *Sulle scriminanti*, in *Studium Iuris*, 2000, 270 ss.; e in generale P. NOLL, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, in *ZStW*, Bd. 77, 1965, 1 ss.; per tutti H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT5, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, P. 325 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, B. I4, Beck, München, 2006, § 14/28 ss. Sul bilanciamento sotteso alle scriminanti come adeguamento del conflitto al fatto storico, C. ROXIN, *Problemi fondamentali di teoria dell'illecito*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., passim; sul bilanciamento sotteso al tipo F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, p. 168 ss.; S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1016 ss.

⁴²¹ L'espressione è utilizzata da M. ROMANO, *Cause di giustificazioni procedurali?*, cit., 1269 ss.

⁴²² Sostiene che il bilanciamento non assurge a prerogativa esclusiva delle cause di giustificazione M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie*, cit., p. 734, ove chiaramente rileva che "i bilanciamenti non sono materia specifica del fenomeno della giustificazione, ma operano a tutti i livelli, nel fatto, nelle scriminanti, nelle scusanti, nelle ipotesi

Del resto, è inutile dire che un tale ‘usuale’ ricorso al citato concetto consente di richiamare ed individuare un minimo comune denominatore, ovvero uno dei “pilastri” nella logica intrinseca di tutte le norme ricondotte alla classe delle scriminanti.

E così, volendo decifrare la funzione tipica di un tale tradizionale istituto, essa deve individuarsi nella risoluzione di un conflitto tra interessi che, in una situazione data, non possono essere ugualmente tutelati; pertanto, l’efficacia giustificatrice proviene proprio dall’esito di un tale bilanciamento, nell’espressione di una chiara opzione legislativa sottostante ad un giudizio valutativo d’illiceità⁴²³.

Al contempo, però, il bilanciamento consente di superare un’antinomia giuridica, giacché, prima che tra due interessi, a porre in crisi l’ordinamento giuridico è il contrasto tra due precetti e, quindi, tra due valutazioni normative di una medesima fattispecie⁴²⁴.

Ed allora, in prospettiva, sottintesa al concetto di scriminante è la natura di “deroga” all’ordinaria sequenza che dalla tipicità della condotta conduce all’applicazione della qualifica di illiceità della stessa, neutralizzando quel perdurante senso di estraneità della scriminante rispetto al sistema penale⁴²⁵.

di non punibilità: ma nelle scriminanti hanno la forza di risolvere un conflitto socialmente marcato per la presenza di un fatto comunque pregiudizievole per un qualche interesse”.

⁴²³ Così, M. DONINI, *ult. op. cit.*, ivi, pp. 713-714, ove sostiene che “per vietare un fatto si dovrebbe averne prima verificato il contrasto di tipo sostanziale, sul piano degli interessi, con valori o interessi superiori a quelli privilegiati dal comportamento tipico. Da qui l’assunto che vi sia un bilanciamento d’interessi che esprime l’opzione razionale del legislatore, che sottostà al giudizio valutativo d’illiceità, il quale non si giustifica come un mero comando: solo dopo aver assicurato la razionalità di un bilanciamento si dovrebbe porre la questione del divieto e quindi della sua colpevole trasgressione [...]”.

⁴²⁴ Per la tesi secondo cui “la giustificazione componendo una crisi sociale (la contrapposizione di interessi) distende una crisi normativa (il conflitto tra norme, ove per norma si deve intendere la risultante di una disposizione quando viene sottoposta ad interpretazione)”, cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., pp. 60-61.

⁴²⁵ Nel senso che le norme scriminanti sarebbero “eccezionali” piuttosto che derogatorie, invece, si veda l’opinione di E. MORSELLI, *Analogia e fattispecie penale*, in *Ind. pen.*, 1990, 511 ss., che distingue tra esimenti impeditivi dell’antigiuridicità, che si risolvono in limiti impliciti della tipicità, e quindi espressivi di una liceità generale e esimenti dirimenti dell’antigiuridicità, che liceizzano un fatto già tipico e pertanto sono espressive di una eccezione per casi particolari ad un precetto permanentemente valido.

Ma analizzando la cifra specifica del bilanciamento nell'ambito della logica giustificativa intrinseca, per cui pure si impone il ricorso ad altri principi ispiratori⁴²⁶, occorre declinare il concetto in due differenti tipologie di giudizio.

Esso, scomposto, in una sua prima declinazione assume la forma di una valutazione 'legislativa' degli interessi, beni e valori coinvolti⁴²⁷; mentre, in una seconda accezione, si fa operazione casistica, fattuale e provvisoria che presuppone un confronto finalizzato ad ottenere una soluzione equitativa singolare, ad opera di un giudice⁴²⁸.

Proprio in quest'ultima declinazione – nonché oggettivamente⁴²⁹ - opera la scriminante classica, applicandosi pur non avendo il soggetto agente alcuna "certificazione" della sua effettiva ricorrenza; e ciò proprio in quanto la verifica di legittimità del suo operato avviene sempre *a posteriori*⁴³⁰. Del resto, su tale aspetto si fonda il regime giuridico dell'art. 59 c.p.⁴³¹, e, di riflesso, la comunicabilità intersoggettiva dell'esimente, qualora il reato si manifesti in forma concorsuale.

L'effetto scriminante, come noto, si trasmette a tutti i partecipi e solo eccezionalmente potrebbe rimanere confinato a specifici soggetti, per esplicite gerarchie assiologiche diversamente modellate in considerazione dello *status* personale degli agenti⁴³².

⁴²⁶ Cfr. D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, ora in ID., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1996, p. 243. Per C. ROXIN, *Problemi fondamentali di teoria dell'illecito*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., p. 47, le cause di giustificazione non possono essere ricondotte ad un numero chiuso e definito di principi regolativi.

⁴²⁷ Per una fondamentale tassonomia dei tipi di bilanciamento, M. BARBERIS, *Legittima difesa e bilanciamenti*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, A. BERNARDI - B. PASTORE - A. PUGIOTTO (a cura di), Milano, 2008, p. 86 ss.

⁴²⁸ Per una tale distinzione cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., p. 70 ss.

⁴²⁹ Al riparo dagli elementi soggettivi che compongono la struttura delle situazioni tipiche giustificate, cfr. F. SCHIAFFO, *Le situazioni quasi scriminanti nella sistematica teleologica del reato: contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998, passim.

⁴³⁰ Cfr. M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 4/2009, 1666.

⁴³¹ Sottolinea l'operatività oggettiva di una scriminante su basi soggettive A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 362.

⁴³² Nella manualistica parlano di eccezionali cause di giustificazione personali G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 273; in senso critico cfr. A. SESSA, *Ult. op. cit.*, ivi.

Tuttavia, il tessuto normativo solo a volte mostra la natura “personale” o “propria” della giustificazione, come nel caso dell’agente sotto copertura⁴³³, essendo la sua applicazione limitata a categorie di soggetti tassativamente nominati⁴³⁴; mentre il carattere di “specialità” (rispetto all’art. 51 c.p.) pare confermato dall’inciso finale⁴³⁵, il quale garantirebbe l’efficacia residuale della norma sull’adempimento del dovere, nel caso di difetto dei requisiti di applicabilità dell’art. 9 sopra citato.

Ebbene, è proprio all’esito di una tale digressione nel funzionamento intrinseco delle tradizionali cause di giustificazione che si pongono in risalto sempre più marcati profili di criticità dell’esimente messa in piedi dall’attuale versione dell’art. 9 della legge 146 del 2006⁴³⁶, ove, nel sondare la natura della

⁴³³ Le espressioni “scriminante personale” e “scriminante propria” sono, però, equivoche e impiegate in modo alternativo. Si veda, con riferimento all’uso legittimo delle armi, la qualificazione come “causa di giustificazione personale” di G. MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, cit., 136; il punto è colto da D. TASSINARI, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella teoria del reato*, Bologna, 2012, p. 405. Di recente parla di causa di giustificazione personale, in prospettiva *de iure condendo*, a proposito di reati non violenti e contro beni non personalissimi e indisponibili, motivati culturalmente, C. DE MAGLIE, *Società multiculturali e scriminanti*, in *Il penale nella società dei diritti*, M. DONINI - R. ORLANDI (a cura di), Bologna, 2010, p. 93.

⁴³⁴ In materia, la platea include “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” (art. 9, comma 1). Il comma 1-bis, poi, estende la causa di giustificazione di cui al comma 1 “agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria e agli ausiliari che operano sotto copertura”, purché le attività siano “condotte in attuazione di operazioni autorizzate e documentate ai sensi” dello stesso articolo, nonché alle “interposte persone che compiono gli atti di cui al comma 1”. L’estensione della platea dei soggetti legittimati a partecipare alle operazioni si evince, altresì, dal comma 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”.

⁴³⁵ Cfr, *ex multis*, C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit., p. 278 ss.; G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 176; 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.*, n. 2/2017, 786; P. MOROSINI, *L’acquisto simulato di sostanze stupefacenti (Artt. 97 e 98, d.p.r. 9-10-1990, n. 309)*, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale – Parte speciale Vol. IV: I delitti contro l’incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, 2010, p. 764; cfr. in giurisprudenza *Cass.*, sez. VI, 3 dicembre 1998, Carista, in *Guida al dir.*, 7/1999, p. 62; *contra* il carattere di specialità cfr. F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 166; S. DEL CORSO, *Art. 12 quater d.l. 8/6/1992 n. 306 (antimafia)*, in *Leg. pen.*, 1993, 153.

⁴³⁶ Così G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, p. 274; nella manualistica, per tutti G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 550 ss.

causa di non punibilità qui oggetto di studio, risulta necessario tracciare le distanze proprio rispetto ad un tale modello.

Ed allora, incentrando la riflessione in tema sul reale apporto della dommatica della giustificazione nel contributo alla differenziazione della figura dell'agente (non) provocatore da quella del (non) provocato, l'espresso riferimento della l. n. 136 del 2010 ad una speciale "causa di giustificazione", non coglie nel segno, fermi i limiti di struttura di una esimente speciale rispetto alle cause di giustificazione ordinarie⁴³⁷.

Siamo, evidentemente, agli albori di una nuova dimensione concettuale di genere nella (ri)costruzione classificatoria dell'esclusione dell'antigiuridicità, per tutto quanto si dirà appresso.

1.2. - La nuova idea di giustificazione nella consacrazione di forme lecite di provocazione 'proceduralmente non vietata'

Facendo tesoro delle premesse di cui sopra, la necessità di una rivisitazione della tradizionale idea di giustificazione penale parte, anzitutto, dalla comparazione tra i presupposti fondanti la struttura oggettiva delle classiche fattispecie sostanzialmente scriminanti⁴³⁸ ed il modello normativo delle situazioni tipiche giustificate dalla disciplina qui in esame, le quali si caratterizzano, diversamente dalle scriminanti tradizionali, in ragione della rispettiva individuazione di condizioni in grado di ridurre il rischio di illiceità penale.

Tali situazioni appaiono 'dominate' da una finalità di controllo sociale di chiaro stampo politico-criminale, ove il rischio di lesione del bene protetto pare tollerato in funzione dei risultati investigativi che l'agente (non) provocatore è in grado di assicurare nell'ambito di un ordinamento civile, pur senza violare il

⁴³⁷ In nome di un bilanciamento immanente di interessi da accertare *ex post*, cfr. G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 177.

⁴³⁸ Cfr. F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 161; S. DEL CORSO, *Art. 12 quater d.l. 8/6/1992 n.306 (antimafia)*, cit., 154.

principio di non contraddizione, in nome del quale lo stesso Stato non può indurre normativamente i cittadini alla commissione di delitti per poi punirli⁴³⁹.

La risposta ad istanze securitarie⁴⁴⁰, infatti, spinge ad ampliare i margini d'azione delle pubbliche autorità riducendo le garanzie e le libertà degli individui. Ecco che, a governare la disciplina del nuovo art. 9 l. 146/2006, sono ragioni di opportunità politica, più che la stretta applicazione di principi generali dell'ordinamento⁴⁴¹.

Ciò, in particolare vale per l'esercizio del diritto e l'adempimento del dovere: la matrice originariamente non penale di un tale tipo di norme non conduce per necessità alla soluzione del conflitto nel senso di una indiscriminata prevalenza della norma di liceità⁴⁴². E infatti, come rilevato, i limiti del riferimento esclusivo all'art. 51 c.p. si basano sulla stessa mancanza di norme 'permissive' di richiamo convalidanti la provocazione, considerato che tra gli obblighi degli agenti di polizia giudiziaria non rientra l'istigazione o determinazione a nuovi crimini (sia pure per assicurare colpevoli alla giustizia), assumendo rilievo - *a contrario* - attività di mero controllo, osservazione e contenimento dell'azione illecita altrui.

Dunque, manca un bilanciamento "a rime obbligate", poiché nel nostro campo mancano esplicite linee guida per l'eventualità di un conflitto di norme. E quando la lettera della legge non fornisce un criterio univoco di decisione, questo resta ancorato ai principi ordinatori ricavabili dal tessuto normativo o dall'esperienza giurisprudenziale diretta a concretizzarli: così, il confronto normativo si fa più libero, improntato a rapporti di pura gerarchia assiologica⁴⁴³.

⁴³⁹ Cfr. C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 271.

⁴⁴⁰ Così, F. CONSULICH, *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, in *Sist. pen.*, 21 novembre 2019, 1 ss.

⁴⁴¹ Sul punto, F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., p. 155; M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi*, cit., p. 1646 ss.

⁴⁴² In questo senso, ritiene che l'art. 51 c.p. attribuirebbe sempre la prevalenza alla norma di liceità G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, cit., p. 1228. 1988, 98. Ritiene la norma superflua perché presuppone il conflitto già risolto *aliunde* e non individua alcun criterio utile alla soluzione F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 55 ss.; nello stesso senso F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, 2000, p. 236 ss.

⁴⁴³ Si noti come A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Milano, 2003, p. 434, ritiene che l'unica funzione pratica svolta dall'art. 51 c.p. sia proprio quella

Ed ecco che i ‘vincoli operativi’ dell’art. 51 c.p.⁴⁴⁴ emergono evidenti proprio con riguardo a chi, come l’infiltrato, non potendo vedere limitato il suo contributo ad un’attività di mera osservazione⁴⁴⁵, al fine di non destare sospetti sulla sua reale funzione, si veda costretto a realizzare un comportamento penalmente tipico.

Per cui, seppure nel ventaglio delle norme giustificanti, il richiamo all’art. 51 c.p. non ha mancato di destare perplessità sul piano della coerenza sistematica, così come sulla compatibilità strutturale con la figura dell’agente *undercover*, proprio relativamente ad un’attività realizzata mediante modalità esecutive di (co)autoria integrante tipi astrattamente rispondenti a fattispecie incriminatrici di parte speciale.

Ebbene, è proprio partendo dai limiti dettati dalla struttura ‘classica’ delle cause di giustificazione - e consapevoli dei profili di legittimazione politico-criminale tirati in ballo da contegni di soggetti fiduciarmente qualificati⁴⁴⁶ - che, oltrepassando i confini del lecito, trova accesso la realizzazione di autonome figure monosoggettive di reato.

Ecco che, partendo da tali basi, sembra giunto il momento di approfondire adeguatamente la portata dei meccanismi immanenti la (non) punibilità dei contegni dell’*undercover agent* esorbitanti da tradizionali attività di indagine passiva lecita.

di sancire la prevalenza della norma permissiva di rango inferiore su quella incriminatrice di rango superiore, alla inderogabile condizione, però, che la prima sia speciale rispetto alla seconda.

⁴⁴⁴ Sulla limitata ed insoddisfacente applicabilità dell’art 51 c.p. nonché degli artt. 50, 52 e 54 vedi quanto già rilevato da C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit., p. 346; L. GALLI, *La responsabilità penale dell’agente provocatore*, cit., 190; Chiaramente sul punto Cass. pen. sez. VI, 29 settembre 1987, in *Riv. pen.* 1988, 345.

⁴⁴⁵ A. MANNA, *L’antigiuridicità*, in *Trattato di diritto penale - Parte generale Vol. II: Il reato*, A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA (a cura di), Torino, 2013, p. 211, 354; L. PAOLONI, *La controversa linea di confine tra attività sotto copertura e provocazione poliziesca. Spunti dalla giurisprudenza della Corte Edu*, in *Cass. Pen.*, 2016, fasc. 5, p. 1899, p. 1908.

⁴⁴⁶ Il riferimento va alle decisioni relative ad attività che, poste nell’esercizio di funzioni pubbliche, sono espressione di un vincolo fiduciario da riferire ad una posizione di garanzia qualificata orientata alla protezione dei valori della persona. Per approfondimenti sul punto cfr. G. ZUCCALA, *L’infedeltà nel diritto penale*, Padova 1961, p. 43 ss.; A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*, Napoli 2006, passim; S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988, p. 131 ss.

E, ad una attenta analisi, non può che emergere il dato di una forte valorizzazione di elementi di matrice prettamente procedurale, quali quelli richiesti all'art. 9 per le modalità di intervento investigativo consentite agli operatori, dunque legislativamente predeterminate⁴⁴⁷ già in chiave di identificazione del tipo.

Quello della proceduralizzazione è, infatti, un concetto essenziale, che colloca il modello procedurale oltre il positivismo⁴⁴⁸, per il fondamento di valori e verità, secondo la 'teoria del discorso'⁴⁴⁹, giacchè i procedimenti, conducendo a contenuti liberi, contribuiscono al ridimensionamento di tendenze normative autoritarie⁴⁵⁰.

Si tratta di rilevare, dunque, i margini della risoluzione di un conflitto tra interessi significativi, in assenza di quel bilanciamento tipico delle giustificazioni sostanziali, conformando al diritto condotte generatrici di un'offesa, tollerata dall'ordinamento in nome della protezione di altri beni sistematicamente rivolti a garantire un ordinato vivere civile⁴⁵¹.

Pertanto, per attività caratterizzate dalla realizzazione di condotte penalmente rilevanti, domina nella ricerca della non punibilità un'idea di risoluzione di conflitti. Quest'ultima, diversamente da quanto avviene in un bilanciamento tra beni in nome dell'affermazione di un diritto prevalente, viene operata, nell'attività sotto copertura, mediante una procedura in cui si assiste alla legittimazione *ex ante* di condotte lesive ed in cui l'ordinamento si impegna a rispettare l'ineccepibile prognosi del soggetto decidente⁴⁵².

⁴⁴⁷ F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., 1033 ss.

⁴⁴⁸ Per un approfondimento in tema, tra filosofia della conoscenza e filosofico-giuridica del valore, cfr. A. KAUFMANN, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, in A. KAUFMANN – W. HASSEMER (a cura di), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 5. Aufl., Heidelberg 1989, p. 131 ss.

⁴⁴⁹ Per la conferma di un tale assunto, J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurtheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main 1992, p. 516 ss.

⁴⁵⁰ In tema si rinvia al rilevante contributo di W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., p. 748.

⁴⁵¹ Usando l'efficace espressione di A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 25.

⁴⁵² Così, efficacemente, A. SESSA, *ult. op. cit.*, *ivi*, p. 379, secondo cui "questo [il soggetto decidente], fiduciarmente qualificato, adempie in modo massimamente e ragionevolmente diligente ai suoi doveri giuridici, e ciò nell'interesse alla protezione di ulteriori beni, individuali o collettivi".

E', dunque, la stessa procedura normativa - e non un interesse contrapposto⁴⁵³ - a licitizzare il fatto tipico, ove l'accento posto sul procedimento gioca da condizione per l'astensione dello Stato dall'ingerenza nella nuova ricostruzione classificatoria della 'esclusione dell'antigiuridicità', che, al passo con l'evoluzione di un diritto penale della società dei diritti, assume senz'altro il rango di strumento elettivo di gestione del conflitto tra interessi individuali e collettivi, ontologicamente controversi in quanto a forte connotazione ideologica⁴⁵⁴.

Ebbene, l'enucleazione di stringenti procedure che conducono verso una completa licitizzazione, consente di utilizzare lo schema della legittimazione *ex ante* di una condotta lesiva in modo tale che, in virtù dell'espletamento di una procedura di controllo pubblico in costanza del comportamento tipico, la stessa condotta sia da ritenersi lecita già al momento della sua realizzazione⁴⁵⁵.

In altri termini, lo Stato fa un passo indietro⁴⁵⁶, lasciando alla morale dei cittadini ovvero ad una ineccepibile prognosi solidaristicamente qualificata, la possibilità di adottare la soluzione liberalizzatrice, ma solo nel rispetto di una disciplina 'proceduralmente' definita, alla stregua, nel nostro caso, del comma 3 dell'art. 9 della legge 146, nella misura in cui è prevista una previa 'comunicazione' da parte degli organi di polizia all'autorità giudiziaria competente per le indagini,

⁴⁵³ Sostiene, al contrario, che la procedura in realtà sancisce la prevalenza di un interesse o di un obiettivo di politica del diritto sugli altri e che la stessa sia tutt'altro che *value free*, M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica*, Bologna, 2000, p. 228 ss.

⁴⁵⁴ Sul punto C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1185 ss.

⁴⁵⁵ Quest'ultima, pertanto, resta non impedibile, e ciò solo in virtù dell'espletamento di una procedura di controllo pubblico *ex ante* capace di consentire alla scriminante di intervenire non *ex post*, ma proprio in costanza della realizzazione del comportamento tipico, privato così anche della sua precettività penale. Sul punto limpidamente e per ulteriori approfondimenti M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, p. 32.

⁴⁵⁶ Per una tale ricostruzione cfr. K. ENGISCH, *Der rechtsfreie Raum* (1952), poi in ID., *Beiträge zur Rechtslehre*, Frankfurt a.M., 1984, 9 ss. e A. KAUFMANN, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, cit., p. 327 ss.; ID., *Rechtsphilosophie*², München, 1997, p. 226 ss., in senso critico, per tutti, H.J. HIRSCH, *Strafrecht und rechtsfreier Raum*, in *Fest. Bockelmann*, Beck, München, 1979, 89 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I3, § 14/25 ss.; cfr. anche M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 906 ss.

la quale deve essere informata senza ritardo, nel corso dell'operazione, delle modalità e dei soggetti che vi partecipano, nonché dei risultati della stessa.

Ma soprassedendo per un attimo sulle ambiguità dell'attuale dettato normativo nel delicato rapporto tra forze dell'ordine e autorità giudiziaria, su cui pure ci si soffermerà⁴⁵⁷, sembra opportuno focalizzare, in via prioritaria, l'attenzione sulle condizioni di liceità rimesse all'espletamento di una tale procedura di controllo pubblico da far intervenire in costanza del comportamento tipico.

Ebbene, prima di portare a nuove conseguenze un tale modello ordinamentale, muovendo dalle origini, ovvero dal fondamento della conformità al diritto di condotte 'lesive', lo stesso pare connettersi - *in primis* - all'evoluzione della società dei diritti, nonché alla derivata crisi della capacità statale di prendere decisioni autoritative, tipiche del diritto penale⁴⁵⁸.

Dunque, volendo approfondire l'essenza dommatica di un'aggressione 'proceduralmente legittimata *ex ante*'⁴⁵⁹, nonché gli aspetti centrali della teoria del reato e le qualificazioni delle diverse 'non punibilità' che riposano su una soluzione estranea alla struttura classica delle cause di legittimazione, occorre ripercorrere brevemente il dibattito e le questioni sollevate dalla Consulta tedesca del 1992 sui rapporti tra cause di esclusione del tipo di illecito penale e cause di giustificazione⁴⁶⁰, ovvero la soluzione data all'interruzione della gravidanza nelle prime dodici settimane⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ Per gli opportuni approfondimenti critici, v. *ultra*, par. 3.

⁴⁵⁸ Così M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi*, cit., 1669.

⁴⁵⁹ Cfr., ancora, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 32.

⁴⁶⁰ Così per tutti M. ROMANO, *Cause di giustificazioni procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali*, cit., passim e spec. 1281 ss.

⁴⁶¹ Immediatamente dopo il § 218 StGB, che punisce in generale come delitto (con la reclusione fino a tre/cinque anni o con una multa) l'interruzione della gravidanza, il § 218a recita: "non viene realizzato" il fatto del § 218, se la donna richiede l'interruzione della gravidanza e comprova al medico con la certificazione di cui al § 219, comma 2 che "si è fatta consigliare" (ha accettato e seguito la consultazione) almeno tre giorni prima dell'intervento; se l'intervento viene eseguito da un medico; se non sono trascorse più di dodici settimane dal concepimento. Presenti tali condizioni, dunque (richiesta, consultazione e intervento medico nei termini indicati), il fatto "non viene realizzato". Questa formula, denominata *beratene Lösung* ("soluzione dietro consultazione"), è stata introdotta nella metà degli anni '90, dopo la controversa dichiarazione di incostituzionalità del § 218a previgente, per il quale, invece, l'osservanza delle condizioni rendeva il fatto "non

Partendo dal prezioso contributo teorico di Winfried Hassemer⁴⁶², nel diritto penale della società dei diritti⁴⁶³, in situazioni necessitate di natura esistenziale caratterizzate da un *deficit* assoluto di conoscenza, l'ordinamento giuridico si astiene dall'indicare quale sia la decisione corretta: è il singolo soggetto decidente ad essere responsabilmente chiamato a decidere cosa fare, mentre al diritto è chiesto il rispetto di una tale decisione, persino in termini etico-giuridici⁴⁶⁴.

Così, proprio su di una tale impostazione si fonda la consacrazione di un nuovo modello di giustificazione c.d. procedurale⁴⁶⁵, che si sta affermando nella dottrina italiana⁴⁶⁶ come categoria autonoma e collaterale rispetto allo schema esivamente tradizionale, entro cui inquadrare peculiari situazioni di conflitto tra beni.

antigiuridico". Il § 218a, comma 1, con la soluzione consultiva, prevede la soppressione della vita umana, definendo il fatto "non antigiuridico", ovvero giustificato.

⁴⁶² È proprio dal dibattito scaturito a seguito della soluzione consultiva che l'autorevole penalista tedesco Winfried Hassemer prende l'avvio per la teorizzazione di una nuova categoria di cause di giustificazione. Riprendendo l'argomento centrale della sentenza della Corte, egli ha cura di ribadire la piena validità dalla concezione da tempo consolidata nella parte generale del diritto penale, secondo cui: a) è il legislatore che deve prevedere le cause di giustificazione e il loro contenuto materiale, cioè il "diritto migliore" da opporre alla lesione del bene giuridico indotta dal comportamento tipico; b) non è possibile affidare allo stesso soggetto autore del fatto il giudizio con efficacia giuridica sulla concreta esistenza dei presupposti della liceità della sua condotta. Ammette, inoltre, che in tema di interruzione della gravidanza il c.d. modello discorsivo, al quale si ispira la soluzione consultativa, contrasta con entrambi tali pilastri delle cause di giustificazione: la presenza di un "diritto migliore", appunto, che come tale sopravanza la violazione del bene tutelato, nonché l'accertamento di esso da parte del giudice. Così, W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., p. 114.

⁴⁶³ Cfr. AA. VV. *Il penale nella società dei diritti*, M. DONINI - R. ORLANDI (a cura di), Bologna 2010, passim.

⁴⁶⁴ Per una posizione di sintesi della letteratura di riferimento cfr. A. KAUFMANN, *Rechtsfreier Raum und eigenwortliche Entscheidung*, cit., p. 341, 343; per quanto attiene al dibattito sull'aborto volontario, cfr. ancora A. KAUFMANN, *Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmässig oder was?*, in JZ 1992, 981 ss.

⁴⁶⁵ Fondamentale, a tale proposito, il contributo teorico di W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., p. 740. Qualche spunto, in precedenza, in K. AMELUNG - J. BRAUER, *Nota a OLG Schleswig 15 giugno 1984*, in *Juristische Rundschau*, 1985, 474 ss. Inoltre, J. WOLTER, *Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschlussgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1996, 206 ss. Da ultimo, A. POPP, *Patientenverfügung, mutmaßliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2006, vol. 118, 639 ss.

⁴⁶⁶ A fronte del vivace e problematico dibattito che si è sviluppato nella dottrina tedesca sul processo evolutivo che ha portato alla concretizzazione penalistica della giustificazione procedurale, anche nella dottrina italiana non è mancato chi autorevolmente e acutamente si è interrogato sulla compatibilità strutturale di tale istituto con il nostro ordinamento. Ha sviluppato il fondamentale contributo di Hassemer, portandolo ad ulteriori conseguenze M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 27; ID., *Il "posto" delle scriminanti nel diritto penale moderno*,

E non è un caso che la teorizzazione di una tale categoria abbia trovato la sua genesi dommatica e la sua successiva contestualizzazione nell'ambito delle riflessioni afferenti a situazioni esistenziali ovvero fiduciarmente qualificate, caratterizzate dal 'comune' problema della riduzione di un loro alto rischio etico ovvero solidaristico di illiceità penale⁴⁶⁷.

Si è visto, infatti, come il riferimento a temi eticamente contrastati, quali le problematiche relative alla regolazione delle scelte di inizio-fine vita⁴⁶⁸, che ha progressivamente interessato anche, appunto, la disciplina delle attività di indagine nel contrasto alla criminalità⁴⁶⁹, si costruisca proprio sulla impossibilità di un'opzione ordinamentale "giusta" per l'asserita mancanza di un 'sapere specifico'⁴⁷⁰.

Non è un caso che la portata euristica della nuova idea di giustificazione sia stata di recente valorizzata dalla giurisprudenza costituzionale e di merito in materia di suicidio assistito⁴⁷¹, in cui ha trovato valorizzazione la necessità di ricollegare la

in AA. VV., *Il penale nella società dei diritti*, cit., p. 233. Per un recente studio monografico sulla categoria delle scriminanti procedurali, per tutti, v. il fondamentale lavoro di A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit. In generale, sulle scriminanti procedurali v., *ex multis*, M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali?*, cit.; M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi*, cit. *passim*.

⁴⁶⁷ Così come sottolineato da A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., *passim* e spec. p. 253, ove si specifica come: "In questi settori [...] la risoluzione del conflitto tra beni personalissimi (vita, salute, dignità della persona) parimenti meritevoli di tutela deve essere affidata, in un ordinamento 'relativamente neutrale', perché ispirato da una politica criminale orientata alla laicità costituzionale, a modalità procedurali costitutive che siano in grado, attraverso la normativizzazione di condizioni oggettivamente e chiaramente riconoscibili, di accertare in via anticipata gli spazi consentiti al soggetto decidente [...]".

⁴⁶⁸ Per una sintesi complessiva sul tema vedi ancora A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., *passim*. Con preciso riguardo alle tematiche dei 'diritti infelici' cfr. anche ID. *Il processo all'art. 580 del codice penale nella più recente giurisprudenza costituzionale: alle origini di una nuova idea di giustificazione*, in www.lalegislazionepenale.eu, 11.10.2019, *passim*.

⁴⁶⁹ Considerano le norme sulle operazioni sotto copertura delle scriminanti procedurali A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, p. 354 ss.; M.N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo*, cit., p. 1287; critico sulla stessa configurabilità di tale categoria G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 177; per una ricostruzione delle diverse opinioni in materia v. A. SAVARINO, *Extremis malis, extrema remedia: l'infiltrazione investigativa quale forma di esercizio autorizzato di poteri coercitivi, in funzione di contrasto della corruzione*, in *Leg. pen.*, 29.10.2020, 14 ss.

⁴⁷⁰ Situazione efficacemente declinata alla stregua di un "insolubile limbo penalistico" da M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali?*, cit., 1282.

⁴⁷¹ Il riferimento è alla sentenza manipolativa additiva ovvero di co-legislazione della Corte Costituzionale n. 242 del 2019 (preceduta dalla ordinanza n. 207 del 2018) ed alla sentenza della

non punibilità del soggetto che si presta a scelte (terapeutiche) di questo tipo (o di chi lo assiste) al rispetto di una procedura predeterminata *ex lege*⁴⁷².

Invero, in base a tale impostazione, l'effetto giustificativo non si produce all'esito di un bilanciamento tra beni in conflitto che conduce all'affermazione di un diritto prevalente⁴⁷³: la risoluzione verrebbe operata dal legislatore tramite la predeterminazione di una procedura costitutiva della legittimazione *ex ante* di condotte lesive, rese così prive di rilevanza penale⁴⁷⁴.

Corte Ass. Massa, 27 luglio 2020, in C. CUPELLI, *I confini di liceità dell'agevolazione al suicidio e il ruolo del legislatore. Brevi note a margine della nuova sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby*, in www.sistemapenale.it del 3.08.2020, 1 ss.; M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in www.sistemapenale.it del 10.02.2020, passim; S. CANESTRARI, *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 2159 ss.; nella dottrina costituzionalistica per tutti M.E. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in www.osservatorioaic.it, n. 1/2020, 1 ss.; M.M. PANEBIANCO, *Il seguito dall'ordinanza super monitoria della Corte costituzionale n. 207 del 2018: la sentenza di colegislazione n. 242 del 2019*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, n. 1/2020, 1 ss. Tra i primi contributi in commento all'ordinanza n. 207/2018, cfr. M. AZZALINI, *Il caso 396 "Cappato" davanti alla Consulta: equivoci e paradossi in tema di aiuto al suicidio e diritto all'autodeterminazione terapeutica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 1/2018, 1462 ss.; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in questioneigiustizia.it, 19.11.2018, passim; R. BIN, *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *Biolaw Journal-Rivista di Biodiritto*, n. 2/2019, 1 ss.; S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *Biolaw Journal-Rivista di Biodiritto*, n. 3/2018, 153 ss.; V. MARCENÒ, *L'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato: comprendere per (valutare se) giustificare*, in *Giur. cost.*, n. 2/2019, 1217 ss.

⁴⁷² Sottolinea il collegamento di una tale non punibilità alla nuova idea di giustificazione procedurale, A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.): un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Consulta n. 207/2018* in AA. VV., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, F.S. MARINI e C. CUPELLI (a cura di) Napoli, 2019, p. 338; M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.* n. 3/2007, 908; parla di "autorevole apertura della giurisprudenza costituzionale ad un nuovo statuto penale delle scriminanti" anche F. DI PAOLA, *Il trattamento sanitario lecito di fine vita: teoria e prassi nell'esercizio di "diritti infelici"*, in www.filodiritto.com, n. 2/2021, 65. In senso diametralmente opposto, sempre in merito all'inquadramento delle scelte eutanasiche, *de jure condendo*, M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della corte costituzionale)*, in www.sistemapenale.it, 8.1.2020, 9 ss.

⁴⁷³ In riferimento alla scriminante procedurale, la logica del bilanciamento di interessi viene del tutto esclusa da A. NATALINI, *Inedita scriminante procedurale applicabile in futuro*, in *GD*, 9.1.2020, 67 ss.

⁴⁷⁴ Negli stessi termini anche S. CANESTRARI, F. FAENZA, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, 73 ss., spec. 83 ss.

La procedura, in definitiva, consente di legittimare fatti altrimenti vietati⁴⁷⁵, il fondamento del suo utilizzo collimando con l'istanza alla base del c.d. errore privilegiato dello Stato nell'esercizio del potere coercitivo⁴⁷⁶, per cui la forza preventiva della pena fallisce e gli obblighi di punire ammutoliscono⁴⁷⁷.

Pertanto, la procedura di controllo pubblico ha senso laddove una decisione è necessaria ma, non potendosi contare al momento dell'azione su una scelta a priori certa o univoca, l'ordinamento accetta la lesione di un bene giuridico per scongiurare la quale non vi è alcuna valida alternativa *ex ante*.

Trattasi, dunque, di un concetto di proceduralizzazione 'costitutiva'⁴⁷⁸ della qualifica di liceità, e non semplicemente 'dichiarativa' o 'servente'. Essa appare, difatti, costitutiva del diritto esercitato, che non viene meramente "accertato" attraverso la procedura, la quale è funzionale a tutelare insieme i diritti della persona che decide, quelli di un eventuale terzo e il controllo pubblicistico su tali scelte, a garanzia del pluralismo etico ovvero della difesa solidaristica di valori individuali e collettivi⁴⁷⁹.

1.3. – Pericolose tentazioni connesse alla prossimità con 'spazi liberi dal diritto'

La presa d'atto della proceduralizzazione giustificante come modello normativo porta con sé esigenze di razionalizzazione atte ad infondere credibilità e razionalità ad un istituto pervaso da molteplici intralci dommatici.

E ciò in quanto le origini del processo evolutivo che ha portato alla concretizzazione penalistica della giustificazione procedurale si rinvencono in

⁴⁷⁵ Cfr. M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., 909.

⁴⁷⁶ Cfr. sul punto M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali?*, cit., ivi.

⁴⁷⁷ Cfr. W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., pp. 118, 121.

⁴⁷⁸ Così A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 187; cfr. anche M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi*, cit., 1659.

⁴⁷⁹ Cfr. M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., 907; J. HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, in *Humanitas*, n. 2/2004, 239 ss; HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., ivi.

quell'idea assoluta di uno "spazio libero dal diritto"⁴⁸⁰, ove il soggetto che decide di agire è posto al riparo da accertamenti giudiziari incerti *ex post*, per una valutazione *ex ante* di non antigiuridicità del proprio comportamento, in virtù di una disciplina normativa di controlli pubblicistici.

Ebbene sono proprio questi ultimi a fondare uno "spazio di diritto libero", *rectius*, uno "spazio libero dall'illecito"⁴⁸¹, corrispondente ad una zona giuridicamente neutra che nasce da situazioni di stallo etico⁴⁸² e che, investendo condotte non disciplinate dal diritto, dà origine al "non vietato" (ma neppure approvato), ovvero a ciò che si rivela opportuno anche senza essere positivamente approvato, in nome di una pressante esigenza pluralistica, necessaria ad impedire scelte ordinamentali coercitive⁴⁸³.

Alla luce di quanto detto, non deve meravigliare come una tale teoria non abbia mancato di suscitare critiche che, a tacer d'altro, riposano sul fatto che questioni rilevanti per beni fondamentali non possano essere lasciate alla vaghezza di una figura giuridica tra lecito ed illecito, dovendosi, invece, prevedere in modo più opportuno e puntuale i meccanismi legali di verifica di scelte liberamente riconoscibili ai singoli.

⁴⁸⁰ Si tratta di riflessioni sviluppate in rapporto al problema dell'interruzione della gravidanza da A. KAUFMANN, *Rechtsfreier Raum und eigenwortliche Entscheidung*, cit., p. 330 ss., nonché ID. *Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmässig oder was?*, in *Juristen Zeitung*, 1992, 981 ss. Secondo l'illustre autore, trattandosi di situazioni-limite e necessità di natura esistenziale, l'ordinamento giuridico non indica quale sia la decisione corretta; il singolo, non il diritto, deve qui responsabilmente decidere che cosa fare e il diritto – sicuramente senza approvarla – deve rispettare questa decisione. Tra le critiche alla teoria, v. soprattutto H.J. HIRSCH, *Strafrecht und rechtsfreier Raum*, cit., p. 89 ss.; v. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 30.

⁴⁸¹ Si tratta della proposta di J.M. PRIESTER, *Rechtsfreier Raum und strafloser Schwangerschaftsabbruch*, in AA. VV., *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, p. 499 ss.

⁴⁸² Cfr. M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., 906, per cui "da tale stallo nasce, tuttavia, proprio un "rechtsfreier Raum", uno "spazio libero dal diritto", dove la condotta non è né lecita né vietata, ma semplicemente non disciplinata giuridicamente, creando una sorta di *tertium genus* fra il lecito e l'illecito, il "non vietato" (ma neppure approvato) resosi necessario dall'esigenza di dare spazio al pluralismo etico, senza operare una scelta coercitiva piuttosto che di parte".

⁴⁸³ Sul punto J. HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, cit., 239 ss.

In altri termini, le maggiori obiezioni trovano fondate argomentazioni nell'esigenza di eliminare i rischi collegati ad un possibile caos giuridico⁴⁸⁴. Ed una tale esigenza ha trovato ulteriore conferma nelle perplessità sorte di fronte all'idea di considerare un medesimo fatto non conforme al diritto, ma non vietato, e, pertanto, non permesso e non vietato nello stesso tempo⁴⁸⁵.

E se lasciare che a vario modo il mondo del diritto resti fuori da ogni valutazione non è ipotesi che persuade, vi è chi in dottrina non esclude, in nome di una relativa neutralità morale orientata dalla laicità costituzionale⁴⁸⁶, una compatibilità dello spazio libero dal diritto con una disciplina vincolata, anche se la procedura imposta non implicherebbe il rispetto obbligatorio di una soluzione di tipo sostanziale. Ciò in quanto la giustificazione qui non esprimerebbe una valutazione positiva dell'ordinamento, quanto piuttosto, nell'osservanza della procedura, essa sarebbe chiamata a definire esclusivamente i confini di uno spazio consentito, che lascerebbe al singolo interessato l'autonomia di una consapevole decisione conforme al diritto⁴⁸⁷.

Tanto lo spazio libero dal diritto quanto la giustificazione procedurale, infatti, si basano sul presupposto comune ed essenziale dell'offesa di un bene giuridico che il diritto penale è chiamato, in un caso, a giustificare secondo criteri giuridici e, nell'altro, a classificare dommaticamente⁴⁸⁸.

Ed è qui che, alla luce delle aporie sistematiche appena citate, si è pienamente avvertita quella istanza di razionalizzazione, che passa senza dubbio per un modello di verifica delle scelte, anche quando la loro opportunità sia rimessa ai singoli.

⁴⁸⁴ Così, J.H. HIRSCH, *Strafrecht und rechtsfreier Raum*, cit., p. 103.

⁴⁸⁵ In questi termini, M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali?*, cit., 1285 ss. per cui è opportuno che si ricavi direttamente dalla legge - anche per la primaria funzione d'ordine del diritto penale circa il confine etico-sociale tra lecito e illecito - se un fatto è vietato oppure no e se non è vietato a cosa si debba la liceità.

⁴⁸⁶ Sul punto, da ultimo, C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, cit., 177; per un'ulteriore ricostruzione in tema cfr. AA. VV., *Laicità, valori e diritto penale*, A. CADOPPI (a cura di), Milano 2010, passim; M.B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. it. proc. pen.* 1994, 1382 ss.

⁴⁸⁷ Per una sintesi delle obiezioni al modello teorico e pratico dello 'spazio libero dal diritto', cfr., per tutti, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 30 ss.

⁴⁸⁸ Cfr. W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, pp. 740-741.

Ed invero, seppure – come visto – il modello teorico citato non abbia mai prodotto esiti persuasivi, è indubbio che esso abbia costituito la premessa per la ricerca di nuove discipline più liberali rispetto al passato⁴⁸⁹. Pertanto, se in determinati casi le norme si ritraggono, lo spazio libero dal diritto non può collocarsi all'interno dell'illecito, poiché una volta che la condotta viene valutata come tipica e si consuma la lesione del bene giuridico tutelato, il diritto non può astenersi⁴⁹⁰.

Di fronte ad una tale presa d'atto, a questo punto, è proprio il ricorso al citato 'spazio libero dall'illecito' che, perdendo la sua connotazione astratta, emerge in tutta la sua consistenza di legalizzazione senza approvazione, accomunata, quanto agli effetti, ad una classica causa di giustificazione, pur se da essa strutturalmente distinguibile⁴⁹¹.

Ed una tale funzione di politica del diritto, si pone come primo orientamento per l'attuazione delle esigenze suddette, laddove traccia i limiti dell'effettività dello Stato e del diritto, al riparo da situazioni giuridicamente caotiche⁴⁹².

A questo punto, allora, le conseguenze da ricollegare ad un tale presupposto sono coerentemente dedotte: il diritto penale accetta la scelta consapevole della persona interessata senza chiederne il fondamento e persino senza verificarla.

In tale senso, allora, presupposti e conseguenze così determinati sono in grado di escludere la riconducibilità di una decisione che offende un bene giuridico tanto ad un modello "classico" di giustificazione, quanto ad un'ulteriore esimente o "causa di esenzione da pena"⁴⁹³.

Pertanto, la giustificazione specificamente procedurale è destinata a riformulare lo stesso significato di "spazio libero dal diritto", dato che con la

⁴⁸⁹ Cfr. M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., 907.

⁴⁹⁰ Cfr. sul punto A. KAUFFMANN, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, cit., p. 332 ss.

⁴⁹¹ In questi termini J.M. PRIESTER, *Rechtsfreier Raum und strafloser Schwangerschaftsabbruch*, cit., p. 499, che ricollega lo spazio libero dall'illecito alla necessaria conformità al diritto di determinati casi in cui l'ambito del 'non antigiuridicamente-tipico' verrebbe proiettato in via giustificante sulla legalizzazione *ex ante* di condotte lesive, laddove la causa di esclusione dell'illecito è pienamente adempiuta.

⁴⁹² Ancora, J.M. PRIESTER, *op. ult. cit.*, p. 511.

⁴⁹³ Così, A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., pp. 179-180.

formalizzazione dei presupposti procedurali di una scriminante, un tale modello può solo guadagnare in consistenza dommatica, sottraendosi ad ogni possibile distorsione.

Breve. L'idea dello "spazio libero dal diritto", recuperata alla compatibilità con una disciplina giuridicamente vincolata e 'relativamente neutrale', non solo vivrebbe di una procedura imposta, ma anche del fatto che quest'ultima non implicherebbe assolutamente una soluzione di tipo sostanziale, quanto piuttosto la delimitazione di uno spazio consentito entro cui il soggetto possa esercitare insindacabilmente la propria libera e consapevole autodeterminazione decisionale⁴⁹⁴.

Così, muovendo da una tale idea, la traduzione di essa nella teoria dello "spazio di diritto libero"⁴⁹⁵, ponendo le basi per il riconoscimento di una zona libera dall'illecito, ha saputo fornire, anche in Italia, il fondamento per resistere ai tentativi di svuotamento della scriminante procedurale⁴⁹⁶.

In definitiva, facendo proprie le critiche che in Germania sono state sollevate verso una possibile concretizzazione della giustificazione procedurale⁴⁹⁷, è possibile concentrare la traduzione della nuova idea di giustificazione nella teoria dello 'spazio di diritto libero'⁴⁹⁸.

Così, le teorie orientate alla non punibilità da legittimazione procedurale *ex ante* di condotte lesive trovano spazi di affermazione, ora anche giurisprudenziale,

⁴⁹⁴ Il diritto attribuisce agli stessi soggetti coinvolti la determinazione di una decisione che poi si impegna a rispettare; sul punto C. ROXIN, *Cause di giustificazione e scusanti, distinte da altre cause di esclusione della pena*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., p. 103 ss.

⁴⁹⁵ Sui rapporti tra spazio libero dal diritto, spazio proceduralmente libero dal diritto e spazio di diritto libero, cfr. W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., p. 739 ss.; A. KAUFMANN, *Rechtsfreier Raum und eigenwortliche Entscheidung*, cit., p. 327 ss.; C. ROXIN, *Cause di giustificazione e scusanti*, cit., p. 87. e spec. p. 36 ss.; nella dottrina italiana M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., 902 ss.

⁴⁹⁶ Cfr. A. SESSA, *Strutture ed opzioni di valore: il diritto penale "inedito" tra nomofilachia delle norme ed utopia dinamica*, in *Cass. Pen.*, n. 2/2021, 749. Sul punto anche M. MANTOVANI, *Autorizzazioni e cause di giustificazione*, in *AA. VV.*, *Il penale nella società dei diritti*, cit., p. 185 ss.

⁴⁹⁷ Il riferimento non è solo alla teoria dello 'spazio libero dal diritto', ma anche a quella delle 'cause di esclusione dell'illecito' penale sviluppate da H.L. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln 1983, passim.

⁴⁹⁸ Cfr. W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., p. 731 ss.

per la presa d'atto della licitizzazione sin dal momento della loro realizzazione di aggressioni generatrici di un'offesa 'proceduralmente non vietata', e ciò per garantire in via anticipata e indiretta la protezione di altri beni, tollerata dall'ordinamento in virtù di prescrizioni legislative predeterminate e poste a garanzia di una decisione consapevolmente ovvero fiduciarmente qualificata e necessitata⁴⁹⁹.

La nuova idea di giustificazione, così come sopra ricostruita, dunque, tanto sul piano dommatico quanto su quello politico-criminale, sembra trovare sempre più una sua ragion d'essere; ma tutto questo, sicuramente, in virtù di una struttura scriminante che sappia concorrere ad affermare la prevalenza *ex ante* di un diritto ovvero di una prognosi privilegiata statale aperti ad una valutazione dei fatti concreti, nel rispetto di regole funzionali alle garanzie dell'individuo e solidaristicamente della collettività⁵⁰⁰.

1.4. – La prognosi privilegiata statale: un'annotazione

Le acquisizioni sopra maturate in merito alla risoluzione di un conflitto tra interessi affidato ad una procedura costitutiva della qualifica di liceità tassativamente pre-determinata, contribuiscono, senza dubbio, a comprendere le ragioni dell'affrancamento della disciplina *de qua* dall'arbitrio legislativo⁵⁰¹, laddove la *ratio* delle cause di giustificazione connota anche l'intervento di soggetti qualificati, dei quali si provvede a controllare l'ineccepibile correttezza prognostica di una decisione destinata a vincolare la valutazione di non anti-giuridicità di un fatto all'adempimento di condizioni di legittimazione garantite *ex ante* da riserva di legge.

⁴⁹⁹ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 27 ss.; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 25-27.

⁵⁰⁰ Un tale aspetto è rilevato da F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., *ivi*.

⁵⁰¹ In questi termini, lucidamente, C. FIORE, *I "nuovi orizzonti" della giustificazione e il ruolo della dommatica*, in AA. VV. *Il penale nella società dei diritti*, cit., p. 327.

Così, nella giustificazione procedurale, la norma giustificante limita la precettività penale di una regola di condotta⁵⁰² passando per la risoluzione di un conflitto tra interessi sociali e/o individuali affidato ad una procedura funzionale ad una legittimazione preventiva di condotte lesive ‘non vietate’.

E l’esigenza di una tale legittimazione *ex ante* nasce, a sua volta, per assicurare - grazie al controllo di garanti pubblicistici - il riconoscimento anticipato del diritto che il soggetto decidente eserciterà proprio in quello spazio libero dall’illecito⁵⁰³.

E dunque, la giustificazione di una limitazione di diritti costituzionalmente tutelati in nome di prevalenti interessi contrapposti, come si vedrà⁵⁰⁴, passa per il riconoscimento di una ineccepibile prognosi privilegiata statale, posta a tutela primaria di fondamentali valori solidaristici.

Pertanto, è su una tale prognosi ineccepibile e privilegiata, in virtù della massima e ragionevole diligenza *ex ante* del soggetto fiduciarmente qualificato e legittimato ad assumere la decisione⁵⁰⁵, che si fonda la liceità di una scriminante ‘inedita’⁵⁰⁶, che garantisce l’attribuzione di poteri di intervento implicanti significative ingerenze nei diritti altrui.

E d’altronde, autorevole dottrina ritrova la familiarità di un tale giudizio prognostico nello schema di individuazione dei presupposti di “pericolo di fuga” e di “indiziato di delitto”, che pure investono decisioni basate su di un giudizio *ex ante* per interventi limitativi di diritti tollerati a beneficio degli interessi collettivi⁵⁰⁷, a prescindere da un possibile successivo risultato divergente⁵⁰⁸.

⁵⁰² Per una rivisitazione dei rapporti tra giustificazione e incriminazione cfr. F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., p. 294 ss.

⁵⁰³ Così, A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 248.

⁵⁰⁴ Per una analisi dei principi di autolimitazione del potere statale a fronte di prerogative individuali meritevoli di particolare tutela all’interno di un sistema penale multilivello, v. *ultra*, p. 147 ss.

⁵⁰⁵ Cfr. A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 281.

⁵⁰⁶ Così, A. NATALINI, *Inedita scriminante procedurale applicabile in futuro*, cit., 67 ss.

⁵⁰⁷ Una conferma di tale assunto si trova nelle illuminanti pagine del lavoro di G. MARINUCCI, *Agire lecito in base ad un giudizio “ex ante”*, in AA. VV. *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Napoli, 2011, p. 1098 ss.

⁵⁰⁸ Cfr. G. MARINUCCI, *op. ult. cit.*, ivi.

Tuttavia in questo contesto, e diversamente dai presupposti fondanti le giustificazioni sostanziali, le condizioni oggettive di liceità si basano sulla necessità di agire e sul *deficit* di sapere assoluto, quali criteri per una legittimazione preventiva di condotte lesive in funzione politico-criminale di protezione di valori fondamentali. Infatti, nell'ambito di una valutazione prognostica, l'ordinamento si assume il rischio legato alla migliore scelta possibile riferibile al soggetto decidente.

Il risultato è l'effetto di un bilanciamento rimesso discrezionalmente a quest'ultimo, che rinviene la sua sintesi negli atti processuali a duplice effetto⁵⁰⁹, legittimi per il necessario coinvolgimento dell'autorità giudiziaria, a recupero di una idonea garanzia dei presupposti facoltizzanti.

Solo in questo modo la lesione potrà ritenersi autorizzata sin dal momento iniziale della realizzazione di una condotta non impedibile, in virtù dell'espletamento di una procedura di controllo pubblico capace di consentire alla scriminante di intervenire in costanza della realizzazione del comportamento tipico, così privato anche della sua precettività penale⁵¹⁰.

Pertanto, in presenza di condizioni oggettive e finalità soggettive proceduralmente giustificanti, il disvalore di evento viene tollerato in funzione di protezione di ulteriori valori personal-solidaristici e riferito ad una fattispecie di eccezione incentrata su di un atto autorizzativo proveniente dalla pubblica autorità il quale finisce per 'vincolare' il rilievo giudiziale di insussistenza fattuale o giuridica del reato.

2. - Confronto con il dato normativo: l'ambigua scissione tra l'art. 9 della l. 146/2006 ed il modello di eccezione formulato dall'art. 14 della l. 269/1998

⁵⁰⁹ Per approfondimenti sulla categoria delle *doppelfunktionelle Prozeß handlungen* cfr. D. NEGRI, *Il processo penale come scriminante*, in AA. VV., *Il penale della società dei diritti*, cit., 199 ss.

⁵¹⁰ Per ulteriori approfondimenti, cfr. M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 48.

Una volta affrontato il contributo che la giustificazione procedurale può offrire nell'ambito della ricerca di forme di legittimazione di condotte lesive, e prima di addentrarci nel contesto dell'attuale assetto normativo, è giunto il momento di portare ad ulteriore sviluppo le considerazioni che precedono nel campo specifico qui oggetto di studio.

E così, avendo come riferimento la dinamica che caratterizza le condizioni di liceità tipiche di una valutazione di non antigiuridicità basata su criteri predeterminati per l'ineccepibilità di un giudizio *ex ante* operato da soggetti qualificati, le argomentazioni rese risulteranno ben sovrapponibili a condotte dell'*undercover agent* che, nonostante realizzino gli estremi di una fattispecie penale, possono rivelarsi non punibili per le peculiarità proprie del procedimento di attivazione delle stesse.

E ciò, a maggior ragione, dopo aver (ri)dato atto della profonda inadeguatezza della natura scriminante della previsione generale di cui all'art. 55 c.p.p., allorquando, formulata in modo onnicomprensivo con riferimento ai compiti della polizia giudiziaria⁵¹¹, non autorizza come doveri d'ufficio le condotte provocatorie dotate di efficienza causale.

Si tratta, a ben vedere, di risolvere il problema della altrimenti intollerabile legittimazione di un possibile sconfinamento di atti di indagine in condotte di 'provocazione coperta', nella necessaria differenziazione processuale tra la punibilità del 'non provocato' e la non punibilità di un agente 'non provocatore' al reato, perché autore di condotte che, pur rispondenti a figure delittuose tipiche, sapranno rivelarsi lecite in quanto conformi al diritto.

E, dunque, su tali basi è evidente che le giustificazioni procedurali da prognosi privilegiata statale, sapranno rispecchiare il modello per cui l'ordinamento fiduciarmente affida la risoluzione di conflitti non ad un bilanciamento tra beni per l'affermazione di un diritto prevalente⁵¹² da rimettere all'accertamento *ex post*

⁵¹¹ Cfr. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., p. 142.

⁵¹² Cfr., per tutti, D. PULITANÒ, *Coazione a fin di bene e cause di giustificazione*, in *Foro it.* 1985, II, 445.

di un terzo (il giudice), bensì alle scelte normativamente insindacabili e non ripetibili di soggetti qualificati da funzioni pubbliche.

E ciò sembra ancor più facilmente comprensibile laddove il riferimento ad una nuova idea di giustificazione, quella procedurale, si fonda sul modello della fattispecie di eccezione di cui all'art. 14 della legge n. 269 del 1998, che, quale norma di completamento sistematico dello statuto penale delle attività sotto copertura, esclude la punibilità di quelle attività investigative di contrasto alla criminalità proprio sulla base della legittimità di un procedimento di attivazione delle stesse operazioni valutate *ex ante* come conformi al diritto⁵¹³.

Infatti, in ipotesi evidentemente fuori da attività di mero contenimento e controllo, sembra che la non punibilità del soggetto fiduciarmente qualificato – senza invocare l'art. 51 c.p. – del resto qui neppure richiamato dalla clausola sussidiaria⁵¹⁴ – riposerebbe proprio nella valorizzazione procedurale del requisito di necessaria 'autorizzazione' preventiva dell'autorità giudiziaria: in tal senso essa, nel legittimare le attività di contrasto, renderebbe leciti, benchè lesivi, gli atti di indagine della polizia giudiziaria, in quanto preventivamente verificati nella loro massima e ragionevole diligenza⁵¹⁵.

Del resto, una tale consacrazione di suggestive forme lecite di provocazione 'proceduralmente non vietata' torna utile pure sul piano politico-criminale nel superamento di quei problemi legati alla operatività delle giustificazioni tradizionalmente sostanziali, garantendo una finale differenziazione tra la posizione del soggetto 'non' provocatore legittimato con quella del 'non' provocato punibile.

Pertanto, l'effetto valorizzativo dei requisiti procedurali richiesti risulta chiaro, già in chiave di identificazione del tipo, anche riguardo all'art. 9, il quale riserva la qualifica di agenti sotto copertura — così come la relativa non punibilità

⁵¹³ Per una qualificazione giuridica di tali ipotesi come scriminanti riconducibile a giustificazioni procedurali per agenti provocatori che si rendono autori di condotte espressamente tipizzate dalle norme di parte speciale, cfr. da ultimo F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., 218 ss.

⁵¹⁴ Da tale mancanza fa derivare l'essenza di scusante e non scriminante speciale L. VIGNALE, *Agente provocatore*, cit., p. 64.

⁵¹⁵ A sostegno di un tale assunto A. VALLINI, *Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove*, cit., 1 ss.

— solo a coloro che svolgono le predette attività investigative all'interno di un *iter criminis* in atto, e dunque nell'ambito di un procedimento penale già avviato⁵¹⁶.

Tale ultima circostanza pare desumibile, a livello normativo, dalla necessità che le operazioni in oggetto siano disposte dagli organi di vertice delle forze dell'ordine previa 'comunicazione' all'autorità giudiziaria competente per le indagini, non senza perplessità interpretative e rischi applicativi di cui appresso.

Quel che, invero, resta caratterizzato da una certa ambiguità è proprio il delineato rapporto tra forze dell'ordine ed autorità giudiziaria. Infatti, il co. 4 dell'art. 9 l. n. 146 del 2006 fa riferimento al solo obbligo di dare al pubblico ministero una "preventiva comunicazione": tale onere informativo denuncia un'organizzazione ed esecuzione dell'attività sotto copertura come *affaire* della polizia giudiziaria, la quale può procedervi anche *motu proprio*⁵¹⁷, ricordando come tali poteri, ai sensi dell'art. 348 co. 3 c.p.p., possano essere esercitati anche all'indomani dell'assunzione delle direzioni delle indagini⁵¹⁸.

Inoltre, il fatto che il pubblico ministero debba essere informato "senza ritardo" pare racchiudere un ulteriore indice di autonomia operativa della polizia giudiziaria (che, per inciso - ai sensi del comma 5 dell'art. 9 - può avvalersi non solo degli ufficiali ma anche degli "agenti di polizia giudiziaria, degli ausiliari e di interposte persone"⁵¹⁹), nell'espletamento di un obbligo informativo connotato da

⁵¹⁶ Ritiene che tale momento possa identificarsi con il momento di acquisizione della *notitia criminis*, P. IELO, *L'agente sotto copertura*, cit., 3.

⁵¹⁷ Così, F.R. DINACCI, *L'agente sotto copertura e reati contro la pubblica amministrazione: nuovi difetti e vecchi vizi*, in *Arch. Pen.*, n. 1/2020, 14.

⁵¹⁸ In tema G.M. BACCARI, *Le indagini integrative ex art. 430 c.p.p.: limiti soggettivi ed inutilizzabilità della relativa documentazione*, in *Giur. it.*, 1996, II, 467.

⁵¹⁹ Il richiamo ad un' indefinita categoria di "interposte persone" accentua le criticità di una disciplina affidata a soggetti non determinabili sul piano delle figure processuali e "gestite" in autonomia dagli organi investigativi. Per non svuotare di effetti precettivi la distinzione operata dal legislatore, si ritiene che la norma debba essere interpretata nel senso di attribuire alle persone interposte la facoltà di effettuare le condotte di cui al comma 1, riservando agli ausiliari soltanto le attività ancillari e strumentali. Sul punto cfr. F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., 170; A. BALSAMO - A. SALEMME, *La criminalità organizzata transfrontaliera (narcotraffico) - Cooperazione internazionale*, in *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, A. BARGI (a cura di), Torino, 2013, p. 106; per una sostanziale assimilazione delle due figure operata dall'art. 9 cfr., invece, C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano: nuovi scenari dopo il "caso Dorigo" e gli interventi della Corte Costituzionale*, A. BALSAMO - R.E. KOSTORIS (a cura di), Torino, 2008, p. 408.

una preoccupante elasticità temporale, in considerazione della delicatezza quanto della pervasività dello strumento di indagine in oggetto.

Ebbene, la sovrapposizione sistematica tra attività sotto copertura (art. 9) ed attività di contrasto (art. 14) sembra - così - disperdersi in concreto, laddove mentre in queste ultime si assiste a condotte investigative normativamente autorizzate in via previa dall'autorità giudiziaria, nell'art. 9, anche a seguito della modifica della legge del 2019, il legislatore si accontenta di una mera comunicazione.

A ben vedere, stando ad un'interpretazione letterale, tale ultima norma sembrerebbe addirittura escludere che il pubblico ministero possa opporsi alle operazioni disposte e comunicate dagli organi di vertice delle forze dell'ordine, con la conseguenza che — se anche questi dovesse pronunciarsi in senso contrario all'esecuzione di tale attività investigativa — la polizia resterebbe libera di agire. Allo stesso modo, al p.m. non sarebbe data la possibilità di indirizzare o di bloccare le operazioni già disposte, rilevando la semplice informazione sulle modalità di indagine, nonché sui risultati conseguiti.

Ed è chiaro come un tale ampio margine di autonomia riconosciuto alla polizia giudiziaria non possa garantire da un indebito uso esplorativo delle operazioni sotto copertura, con esposizione a non indifferenti rischi operativi, per una disciplina che già di per sé non mostra particolari consapevolezze dei valori dell'ordinamento a cui il legislatore prima, e gli operatori poi, devono osservanza⁵²⁰.

Infatti, ed anche volendo sopassedere sul rischio di indagini parallele e di mancato coordinamento investigativo, a preoccupare davvero è proprio l'attribuzione alla polizia di un tale ruolo di *dominus* di strumenti di indagine intrinsecamente pericolosi per i diritti fondamentali degli indagati, specialmente quando appartenenti alla pubblica amministrazione.

E ciò senza contare che il rapporto così delineato tra forze dell'ordine e autorità giudiziaria rischia di vanificare l'argine legislativo contro ogni forma di provocazione illegittima 'innalzato' dalla clausola che esclude l'utilizzo preventivo

⁵²⁰ Secondo quanto pure rilevato da F.R. DINACCI, *L'agente sotto copertura*, cit., 15.

delle operazioni sotto copertura, al di fuori di una finalità necessariamente e prettamente probatoria⁵²¹, traducendosi in un *test* di l'integrità dei cittadini, pur in assenza di fondati sospetti circa una pregressa attività criminale⁵²².

D'altronde, un'interpretazione che valorizzi la dimensione (necessariamente) giurisdizionale delle indagini imporrebbe un'attivazione dello strumento investigativo sempre successiva all'acquisizione e formale iscrizione della *notitia criminis*⁵²³, contro un uso apertamente esplorativo dello stesso⁵²⁴.

E necessariamente in questa prospettiva si pongono le tranquillizzanti prese di posizione⁵²⁵ di chi – nel ribadire la necessità di un sostanziale rispetto del principio di diretta dipendenza della p.g. rispetto all'autorità giudiziaria (art. 109 Cost.), nonché del ruolo di direzione e coordinamento delle indagini che il codice di procedura penale assegna al p.m. (art. 327 c.p.p.) – impone una più stringente interpretazione della normativa in commento.

⁵²¹ In questo senso, ancora A. VALLINI., *Il caso "Teixeira de Castro"*, cit., 197.

⁵²² Così L. PISTORELLI, *Intercettazioni preventive ad ampio raggio ma inutilizzabili nel procedimento penale*, in *Guida dir.*, 2001, 42; P. MOROSINI, *L'acquisto simulato di sostanze stupefacenti*, (Artt. 97 e 98, d.p.r. 9-10-1990, n. 309), in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale – Parte speciale Vol. IV: I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, Torino, 2010, p. 770; C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, cit., p. 408; D. CURTOTTI, *Operazioni sotto copertura*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, B. ROMANO (a cura di), Torino, 2015, pp. 447-448; *contra* P. DUBOLINO - C. DUBOLINO, *Codice delle leggi penali speciali, Commento ad art. 9, l. 16 marzo 2006, n. 146*, Piacenza, 2014, p. 768.

⁵²³ Cfr. G. BARROCU, *I profili processuali delle operazioni sotto copertura nella normativa anticorruzione*, cit., 643.

⁵²⁴ Esclude la riconducibilità dell'*undercover* alle c.d. attività pre-procedimentali D. CURTOTTI, *Operazioni sotto copertura*, cit., p. 448; P. MOROSINI, *L'acquisto simulato di sostanzestupefacenti*, cit., p. 761.

⁵²⁵ In tale prospettiva P. IELO, *L'agente sotto copertura*, cit., secondo cui "un'interpretazione dell'art. 9 di tipo sistematico impone di ritenere che ogni volta che nel corso dell'indagine emerga la necessità dell'uso dell'*undercover*, nella quale sia intervenuto il p.m., con l'autorizzazione del medesimo si debba inoltrare una richiesta ai competenti organi di vertice, i quali disporranno le operazioni, individueranno le articolazioni competenti, che dovranno ottemperare agli obblighi di tempestiva comunicazione al titolare delle indagini, al quale è rimesso il coordinamento delle strategie investigative, ivi compreso il potere di bloccare l'operatività dell'*undercover*". Inoltre, non mancano voci accreditate secondo cui dal dettato dell'art. 9 sarebbe comunque evincibile che la decisione degli organi verticistici delle polizie "sia *sospensivamente condizionata all'assenso quantomeno del pubblico ministero titolare delle indagini e, nell'eventualità, del diverso pubblico ministero competente in relazione al locus commissi delicti*"; sul punto A. BALSAMO – A. SALEMME, *La criminalità organizzata transfrontaliera (narcotraffico)*, cit., p. 119.

In tal senso pare indubbio che, indipendentemente dai margini di autonomia riconosciuti alla p.g. dallo stesso art. 327 c.p.p.⁵²⁶, una ricostruzione che abbia un andamento coerente con la natura stessa delle indagini non potrà collocare un tale strumento investigativo in un'area che esula dai poteri direttivi della magistratura⁵²⁷.

In questa prospettiva, le operazioni *undercover*, siano esse volte alla ricerca di elementi di prova oppure alla ricerca di ulteriori notizie di reato, non dovrebbero mai poter costituire una sorta di “microcosmo” nel quale poter disattendere le norme del codice di rito, che – appunto - presuppongono la direzione delle indagini in capo all'organo requirente⁵²⁸.

Eppure il *vulnus* sul piano del controllo giurisdizionale pare evidente, sicchè nella prassi è fatta salva l'ipotesi che l'attività sotto copertura sia disposta anche prima dell'intervento del p.m., così come risulta da due circolari diramate dalle Procure di Roma e Napoli nel 2019⁵²⁹ con funzione suppletiva, che fanno salva l'ipotesi di “un'attività autonoma delle forze di polizia, ma sempre compresa nella fase successiva all'acquisizione della notizia di reato, prima dell'intervento del p.m., ai sensi dell'art. 348 c.p.p.”⁵³⁰.

⁵²⁶ La disposizione interpolata con L. 26 marzo 2001, n. 128 prevede che la polizia giudiziaria “anche dopo la comunicazione della notizia di reato, continua a svolgere attività di propria iniziativa secondo le modalità indicate nei successivi articoli”.

⁵²⁷ Così C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 280; G. AMBROSINI, *La riforma della legge sugli stupefacenti. D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309: profili penali, processuali e penitenziari*, Torino, 1991, p. 106.

⁵²⁸ Sul punto M. GRANDE, *Le attività di investigazione “sotto copertura” nel processo penale*, in *Ordines*, n. 2/2020, 167-168.

⁵²⁹ Cfr. G.L. GATTA, *Le direttive della procura di Roma e della procura di Napoli sulle operazioni sotto copertura, estese ai delitti contro la p.a., e sulla causa di non punibilità ex art. 323-ter c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, del 5.3.2019, 1 ss.

⁵³⁰ Nell'ambito delle indagini preliminari, e per una attività di iniziativa della polizia giudiziaria in senso stretto (c.d. autonoma), che è svolta prima di aver ricevuto direttive dal pubblico ministero, consistendo nel raccogliere ogni elemento utile alla ricostruzione del fatto e alla individuazione del colpevole ex art. 348 comma 1 c.p.p. cfr. per tutti P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2016, p. 521. Sul problematico confine tra attività di prevenzione e attività di accertamento cfr. D. CURTOTTI, *Operazioni sotto copertura*, cit., pp. 434-435; sul punto anche G. AMATO, *I traffici illeciti di sostanze stupefacenti*, Milano, 1999, p. 448.

Da qui la precarietà insita nel requisito minimo della comunicazione, che d'altra parte la giurisprudenza tende pure a svilire, non collegando alcun effetto sulla legittimità dell'operazione ad una eventuale sua carenza⁵³¹.

Ebbene, proprio le perplessità che accompagnano un tale *deficit* di determinatezza e tassatività per una disciplina in grado di incidere su diritti processuali costituzionalmente tutelati⁵³², sollevano istanze comparative verso più 'rigorose' prescrizioni pubblicistiche, atte a sottrarre il sistema da possibili sviamenti verso minacciosi atti di investigazione attiva.

Un modello da assumere a riferimento è, senza dubbio, rinvenibile nella più volte citata fattispecie di cui all'art. 14 della legge n. 269/1998, che contiene la sua peculiarità proprio nella esplicitazione di una prescrizione autorizzativa del pubblico ministero, quale condizione di legittimità per l'operato della polizia giudiziaria⁵³³.

Per cui la maggiore restrittività della struttura di legittimazione normativa di cui all'art. 14, nella forma di peculiari attività di contrasto costruite su una rigorosa procedura di attivazione costitutiva, saprà – senza dubbio - meglio arginare

⁵³¹ La Corte di Cassazione ritiene che la mancata comunicazione non determini l'inapplicabilità della causa di giustificazione, potendo rilevare, tuttalpiù, sotto il profilo disciplinare; tra le tante, Cass., sez. VI, 17 maggio 1993, Kinkela ed altri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1992; Cass., 31 marzo 1995, Pellegrino, in C.E.D., rv. 203080; Cass., 30 agosto 1993, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1592; Cass., 10 aprile 1995, Ascia, in *Cass. pen.*, 1996, 2388. In dottrina in questo senso cfr. F. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti. Profili penali*, Padova, 1994, p. 236; S. DEL CORSO, Art. 12 quater d.l. 8/6/1992 n. 306 (*antimafia*), cit., 157; A. SUTERA SARDO, *Una nuova ipotesi di "acquisto simulato"*, in *Dir. pen. proc.*, n. 11/2000, 1522; G. DI GENNARO - G. LA GRECA, *La questione droga. Diffusione del consumo e strategie del contrasto*, Milano, 1999, p. 306; *contra* G. AMBROSINI, *La riforma della legge sugli stupefacenti*, cit., p. 106 ritiene che la mancata comunicazione renda illegittima l'attività dell'agente.

⁵³² Su tali generali considerazioni già C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 1280.

⁵³³ In questi casi il questore, il responsabile di livello almeno provinciale, gli ufficiali di p.g. delle strutture specializzate per la repressione dei crimini sessuali o per la tutela dei minori ovvero per il contrasto dei delitti di criminalità organizzata dovranno dare preventivamente disposizioni generali e generiche, in quanto "l'autorizzazione" del p.m. deve essere assimilata "all'ordine legittimo" che, in queste ipotesi, verrebbe formulato *ex lege* dalla medesima autorità giudiziaria, così R. MINNA – A.S. SARDO, *Agente provocatore: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003, p. 77.

la deriva verso illiberali forme di investigazioni ‘coperte’, nel rispetto delle garanzie di uno stato sociale di diritto⁵³⁴.

E, d'altra parte non è un caso che anche la Corte di Cassazione si sia dimostrata maggiormente rigorosa con riferimento alle condizioni procedurali delle operazioni sotto copertura antipedofilia, ove, nonostante il silenzio della legge, ritiene che sia la mancanza di autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria⁵³⁵, sia l'assenza dei requisiti soggettivi in capo a coloro che partecipano alle indagini⁵³⁶, determinino l'inutilizzabilità delle prove acquisite⁵³⁷.

E' chiaro, dunque, come sia proprio il ricorso alle garanzie di una ragionevole preventiva autorizzazione a riprodurre un più rigoroso modello legale, posto che l'esigenza di circoscrivere tassativamente lo spazio di legittimità investigativo nell'ambito di una stringente disciplina positivizzata – e, dunque, allineata con una riduzione della discrezionalità insita nell'attivazione di una procedura di (non) comunicazione – concorre alla riduzione del rischio di cedere a pericolose tentazioni da spazi liberi dal diritto, scongiurando autonome articolazioni delle attività sotto copertura.

Diversamente, il rischio di pregiudicare le garanzie dell'individuo, superando il confine concettuale tra *passive investigation* e *police incitement*, rimane dietro l'angolo.

2.1. - ...un breve sguardo oltre confine

⁵³⁴ Solo nel rispetto di tali garanzie si possono scongiurare i rischi di una provocazione d'autore; sul punto cfr. le acute osservazioni di F. RESTA, *Vecchie e nuove schiavitù*, cit., p. 535.

⁵³⁵ Cass., sez. III, 3 dicembre 2001, n. 5397, D'Amelio, in *Giur. it.*, 2003, 545.

⁵³⁶ Cass., sez. III, 8 maggio 2003, n. 39706, Busi, in *Dir. e giust.*, 2003, 20; caso in cui la predisposizione del sito civetta era stata effettuata da una società privata (benché su incarico della procura), e non da agenti o ufficiali di polizia giudiziaria.

⁵³⁷ Sul tema B. PIATTOLI, *Agenti provocatori, indagini "undercover" e diritto alla prova*, cit., 571; C. MARINELLI, *L'attività dell'agente provocatore per il contrasto alla pedopornografia: straripamenti" investigativi e relative implicazioni processuali*, in *Cass. pen.*, n. 9/2015, 2683 ss.; G. LEO, *Limiti all'utilizzabilità delle prove*, in *Dir. pen. proc.*, n. 6/2009, 712; D. CURTOTTI, *Operazioni sotto copertura*, cit., 451 ss.

Gettando uno sguardo fugace oltre i confini nazionali, l'evoluzione verso l'individuazione di strumenti investigativi nella sempre crescente esigenza di reprimere gravi forme di criminalità transnazionale ha coinvolto diversi ordinamenti, pur tuttavia senza uniformità di risultati, posta la mancanza – a livello sovranazionale e soprattutto europeo – di una disciplina uniforme delle operazioni sotto copertura.

Da qui la necessità di un breve cenno necessariamente disgiunto sulle esperienze normative più significative, per uno sguardo d'insieme sulla disciplina del particolare metodo investigativo qui oggetto di studio⁵³⁸.

Partendo dal sistema francese, va anzitutto evidenziato, seppur limitatamente ad alcuni settori, l'impiego della vera e propria 'provocazione poliziesca', frutto dell'elaborazione di tre distinti modelli di attività sotto copertura: la *livraisons surveillées*, in cui l'agente di polizia giudiziaria svolge un ruolo meramente passivo, di osservatore; la *livraisons contrôlées*, che, invece, postula un contegno attivo dell'infiltrato, il quale potrà commettere eventuali reati a svolgimento del ruolo di possibile affiliato, ed infine l'*infiltration*, che prevede lo svolgimento di attività di coordinamento dell'associazione illecita e di incentivazione dell'altrui attività criminosa⁵³⁹.

Da una tale sommaria indagine emerge già chiaramente la peculiarità di un metodo libero da costruzioni dommatiche rigide, di stampo fenomenologico "*case law*", funzionale a suscitare artificiosamente delitti per consegnare alla giustizia chi si suppone ne commetta abitualmente⁵⁴⁰.

Più affine alla disciplina nostrana è, invece, l'esperienza tedesca che, sotto la spinta della legislazione emergenziale degli anni ottanta, con la legge *OrgKG* del 15 luglio 1992 ha operato una *reductio ad unum*, creando una sorta di *extrema ratio* investigativa, percorribile solo in via sussidiaria⁵⁴¹.

⁵³⁸ Per un'analisi approfondita dell'agente provocatore e della sua evoluzione storica nei vari Stati europei si veda il poderoso lavoro di C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 7 ss.

⁵³⁹ Così, G. MELILLO - C. MOTTA, *Linee di una possibile evoluzione normativa della figura dell'agente provocatore*, in *Arch. nuov. proc. pen.*, 2001, 132.

⁵⁴⁰ Sul punto cfr. C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 18.

⁵⁴¹ Cfr. G. MELILLO - C. MOTTA, *Linee di una possibile evoluzione*, cit., 133.

Per quel che più interessa, nonostante l'uniformità normativa, il sistema tedesco non ha disatteso la risoluzione di importanti questioni problematiche, con sorprendenti sviluppi soprattutto sul piano processuale; in particolare, infatti, è proprio alla giurisprudenza tedesca che si deve la soluzione in ordine alla punibilità della vittima provocata a seguito dell'istigazione poliziesca, per un'evoluzione poi fatta propria dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo.

E proprio in piena conformità ai dettami della C.E.D.U., infatti, in Germania il paradigma di una tale verifica ha assunto di recente i connotati del *due process of law*, ovvero dell'equità dello svolgimento procedimentale rispetto ai canoni convenzionali del giusto processo, dando vita ad una distinzione – ancora operante – tra i destinatari della provocazione.

Una tale distinzione basa l'ammissibilità o meno delle investigazioni e, dunque, l'utilizzabilità contro la vittima delle risultanze probatorie acquisite, a seconda che risultino rivolte ad un soggetto già indagato (in quanto funzionali ad acquisire ulteriori indizi di reità) oppure, al contrario, nei confronti di una persona insospettata, almeno formalmente.

Sempre con riferimento alla fase processuale, altra peculiarità a tutela degli investigatori coinvolti nell'operazione (previa autorizzazione scritta del pubblico ministero), è la possibilità di sostituire l'escussione dibattimentale con una testimonianza *de relato*, con corrispondente fonte a identità fittizia.

Spostando, l'attenzione sull'ordinamento iberico, invece, con la *Ley Organica* n. 5 del 13 gennaio 1999, si assiste ad una legislazione assimilativa tra le figure di *agente provocador* e *agente encubierto*⁵⁴², considerando fuori dall'ambito di copertura “legale” il solo confidente, quale soggetto inserito nell'organizzazione criminale al fine di determinare alla commissione dei reati.

L'ambito di operatività dell'*agente encubierto* appare, dunque, circoscritto da un criterio di politica criminale di lotta contro la “*criminalidad organizada*” in

⁵⁴² Cfr., in tal senso, la precisazione sui limiti dell'attività sotto copertura di M.L. MONTON GARCIA, *Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos*, in *La Ley*, 1999, 178; secondo l'Autore “*no deben provocar el delito y encuadrarse de esta manera dentro del supuesto del art. 373 del Código Penal, se si tratara de un caso de tràfico de drogas*”.

cui, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento tedesco (ed italiano), il divieto di provocare un delitto non pare una preclusione assoluta per le forze di polizia, giustificandosi la *prueba provocada* laddove frutto di un'attività che non crei *ex novo* la volontà di commettere il delitto, ma si limiti a propiziare lo scenario idoneo al compimento⁵⁴³.

Da ultimo, tra le legislazioni di spicco in materia di operazioni sotto copertura – seppure collocata fuori dai confini europei - merita di essere annoverata la disciplina elvetica, per le caratteristiche proprie di una regolamentazione come modello di legislazione d'avanguardia, “contenitore” delle più pressanti istanze di prassi e dottrina nostrane.

E proprio in tal senso vanno letti i principi enunciati dalla legge federale svizzera del 20 giugno 2003 sull'inchiesta mascherata, laddove, accanto alla protezione dell'integrità e identità dell'agente infiltrato, l'attenzione per la forma e l'entità dei mezzi scelti avviene preservando il pieno bilanciamento tra esigenze investigative e garanzie processuali⁵⁴⁴.

L'esperienza elvetica detiene, soprattutto, il notevole merito della risoluzione normativa dei più pressanti dubbi ermeneutici sorti dall'applicazione pratica di un tale istituto nei vari paesi continentali, riguardanti aspetti concreti del rapporto fra polizia e autorità giudiziaria, nonché i limiti dell'attività dell'agente *undercover*.

Così, in conformità ai dettati della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'ordinamento svizzero, più che dell'agente sotto copertura, sceglie di (pre)occuparsi del provocato, disponendo che nel caso in cui il primo oltrepassi i limiti legali invalicabili oltre i quali l'inchiesta mascherata risulta illecita e censurabile, il giudice ne tenga adeguatamente conto nella commisurazione della pena per la persona influenzata o prescinda dalla sua punizione.

Inoltre, la legge federale svizzera distingue nettamente attività sotto copertura “preventiva” da azioni *undercover* finalizzate alla repressione, dettando

⁵⁴³ Cfr., M.R. PEREZ ARROYO, *La provocation de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto*, in *La Ley*, 2000, 1789.

⁵⁴⁴ Così, J.A. COLQUITT, *Rethinking entrapment*, in *Ann. Crim. L. Rev.*, 2004, 1389.

un'apposita disciplina a seconda che l'attività *undercover* debba svolgersi in presenza di un mero sospetto o timore che possa essere compiuto un grave reato oppure all'interno di un procedimento penale già avviato.

In specie, se durante l'inchiesta viene accertato un delitto, il caso va denunciato all'autorità giudiziaria affinché questa prosegua all'iscrizione della notizia di reato; l'art. 13, di converso, pone tra i casi di interruzione dell'indagine *undercover* quello in cui i rischi dell'intervento siano sproporzionati rispetto all'esito atteso, ovvero l'agente infiltrato non si attenga agli obblighi in qualsivoglia maniera.

Ebbene, a conclusione di questo breve *excursus*, e nonostante la mancanza di disposizioni sovranazionali vincolanti per una disciplina uniforme, occorre sottolineare il ruolo di spicco della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di legittimità e liceità delle *undercover investigations* alla luce dei principi statuiti dall'articolo 6 C.E.D.U. e, soprattutto, in tema dell'utilizzabilità della prova illecitamente acquisita nel processo a carico del provocato.

In tal senso, onde scongiurare il rischio che le operazioni mascherate sfocino in una vera e propria istigazione a delinquere con “intollerabile sacrificio della libertà e del diritto all'autodeterminazione del cittadino sull'altare di una pretesa ‘ipereffettività’ del diritto penale⁵⁴⁵” sovviene il c.d. *but-for test of causation*, vale a dire una verifica che la Corte EDU effettua in sede decisionale circa la rilevanza causale della condotta dell'agente infiltrato rispetto al fatto di reato commesso⁵⁴⁶.

La verifica in parola comprende, oltre il c.d. *subjective test* sull'intenzione da parte dell'indagato di commettere il reato, il c.d. *objective test*, sulla condotta attiva o passiva delle forze dell'ordine sull'indagato, per cui qualora all'esito del test risulti che l'operazione sotto copertura sia sfociata in una provocazione tale da determinare il ricorrente alla commissione del reato, che non era nelle sue intenzioni

⁵⁴⁵ Cfr. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, 478.

⁵⁴⁶ Così, B. FRAGASSO, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte Edu, e dalle corti americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca*, in *Dir. pen. cont.*, 5.3.2019, 728 ss.

commettere, allora ci si troverà in presenza di una palese violazione dell'articolo 6 CEDU, con contestuale inutilizzabilità delle prove ottenute.

3. – Requisiti per un'attività di indagine passiva maggiormente 'garantista' nel sistema penale multilivello

Le considerazioni appena svolte trovano una specifica conferma nell'analisi delle scelte operate nell'ambito della cooperazione giudiziaria penale nello spazio comune europeo. E d'altronde, le carenze sistematiche del dato positivo poc'anzi messe in luce trovano diretta conseguenza nella necessità che le operazioni sotto copertura, lontano da uno strumento *ante o praeter delictum*⁵⁴⁷ - dunque in un procedimento già avviato formalmente - siano allineate ad un sistema penale multilivello.

Tale prospettiva pare suggerita dai connaturati tratti di una disciplina, che, intrinsecamente propensa ad incidere su posizioni giuridiche costituzionalmente protette, (im)pone una coerenza al dettato di fonti sovraordinate, nell'ambito di una tutela sempre più ampia dei diritti dell'uomo riflessa nella dimensione europea ed internazionale assunta dal processo penale.

Ed è, dunque, una tale dovuta "osmosi" tra normativa convenzionale, diritto eurounitario e normativa nazionale (ordinaria e costituzionale) ad imporre ai protagonisti della giustizia penale la consapevole e concreta attuazione dei principi del processo penale europeo.

Ebbene, partendo dalla maturazione di una 'irreversibile' dimensione europea assunta dalla giustizia penale, può affermarsi la portata "universale" raggiunta dal modello di processo equo di cui all'art. 6 C.E.D.U.⁵⁴⁸, nei tratti

⁵⁴⁷ Cfr. A. SCAGLIONE, *Le attività investigative speciali della polizia giudiziaria previste dalla legge 16 marzo 2006 n. 146*, in *Studi in onore di M. Pisani*, Piacenza 2010, p. 759 ss.

⁵⁴⁸ La violazione del principio del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU si sostanzia nel comportamento degli appartenenti alla p.g. che non si limitino ad una mera operazione di osservazione e contenimento, ma in una vera e propria induzione alla condotta criminosa altrui, che, senza la provocazione non si sarebbe concretizzata. E questo per due conseguenze inevitabili: da un lato, la responsabilità penale dell'agente e, dall'altra, l'inutilizzabilità della prova acquisita da parte

scolpiti dalla giurisprudenza di Strasburgo, per una risposta ad istanze securitarie in linea con le garanzie e le libertà individuali⁵⁴⁹.

Proprio il riconoscimento stesso della disciplina dell'agente sotto copertura nell'ambito dell'ordine europeo di indagine, porta a delineare potenziali profili di contrasto nel vaglio di conformità del diritto interno alle garanzie processuali che, in ambito europeo assumono perlopiù la veste di "principi".

E' certo che una tale ultima considerazione discende dal mutamento dei paradigmi tipici del sistema processuale nazionale calibrati sul diritto unionale⁵⁵⁰ e dalla stessa morfologia dell'ordinamento comunitario⁵⁵¹, in quanto fattori implicanti una maggior valenza unificante nella costruzione di un codice linguistico condiviso – appunto – tramite principi generali⁵⁵².

Ed allora, volendo contestualizzare quanto sopra, nella piena legittimità del ricorso alle investigazioni "mascherate", il rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione della Corte Edu, rimane - anzitutto -

di soggetti sottratti anche ad ogni dichiarazione con valore probatorio; sul punto cfr., tra gli altri, C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, cit., p. 403; V. MAIELLO, *La legislazione penale*, cit., p. 174 ss. Parallelamente, in altre occasioni successive, la Corte Edu ha avuto modo di chiarire che quando le autorità si siano limitate ad osservare il comportamento di soggetti che si muovono in ambienti vicini alla criminalità e la commissione del reato è dipesa, in ultima analisi, dalla libera scelta del reo, non influenzata in maniera sostanziale dall'azione degli agenti di polizia, i loro comportamenti devono essere scriminati, poiché non integrano alcuna violazione del principio dell'equo processo: in questi termini, cfr. *ex plurimis*, Corte EDU, 21 febbraio 2008, *Pyrgiotakis c. Grecia*, in www.echr.coe.int; Corte Edu, 21 marzo 2002, *Calabrò c. Italia e Germania*, in *Cass. Pen.*, 2002, con nota di A. TAMIETTI, *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, 2920; Corte EDU, 1 luglio 2008, *Malinas c. Lituania*, in www.echr.coe.int, ove la Corte affronta lo specifico problema della violazione del diritto di confrontarsi con il proprio accusatore; Corte EDU, 1 giugno 2011, *Lalas c. Lituania*, in www.echr.coe.int; Corte EDU, 4 novembre 2010, *Bannikova c. Russia*, in www.echr.coe.int, ove si ribadisce che se l'attività dell'infiltrato rimane nei limiti "del comportamento essenzialmente passivo" non c'è alcuna violazione dell'art. 6 CEDU, diversamente, se li oltrepassa agendo illecitamente come agente provocatore, la violazione sussiste.

⁵⁴⁹ F. CONSULICH, *La riforma della legittima difesa*, cit., *ivi*.

⁵⁵⁰ Sul punto, cfr. più in generale L. LUPÁRIA, *Los veinticinco años del proceso penal italiano y las tendencias de reforma en Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 17.11.2014, 9 ss.

⁵⁵¹ Sulle caratteristiche del diritto penale europeo, V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, n. 3/2017, 955 ss.

⁵⁵² In questi termini sempre V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, n. 3/2012, 846.

incompatibile con forme di vera e propria istigazione (*incitement* o *entrapment*) causalmente ‘essenziale’ alla commissione di un fatto-reato⁵⁵³.

E, per quanto qui interessa, il Supremo consesso europeo, nel sollevare reiteratamente il contrasto con l’equità processuale⁵⁵⁴, ha redarguito gli Stati, in particolare, per gli abusi della speciale metodica di indagine laddove sottratta al coordinamento centralizzato ed alla supervisione giudiziaria⁵⁵⁵.

In particolare, la questione relativa ai rapporti tra organo di vertice ed organo di direzione delle investigazioni deve essere, senza dubbio, risolta proprio mediante un’interpretazione convenzionalmente conforme⁵⁵⁶. E i *dicta* della Corte di Strasburgo pongono, appunto, quale condizione imprescindibile di legittimità dell’operazione sotto copertura ai sensi dell’art. 6, par. 1, CEDU, il necessario controllo dell’autorità giudiziaria⁵⁵⁷; ovvero, in subordine, la supervisione dell’organo dell’accusa⁵⁵⁸.

⁵⁵³ Tale valutazione è volta a verificare se la condotta illegittima dell’agente abbia avuto un’efficacia causale ai fini della realizzazione del fatto-reato rilevando se gli agenti abbiano semplicemente dato l’opportunità al ricorrente di commettere un reato che avrebbe comunque commesso oppure se abbiano esercitato un’influenza determinante, instillando nella mente del ricorrente un proposito criminoso prima inesistente. Sul punto si rinvia a B. FRAGASSO, *L’estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., passim.

⁵⁵⁴ Tra le molteplici pronunce della Corte Edu di incompatibilità con il principio dell’equo processo cfr. *Teixeira de Castro c. Portogallo*, n. 25829/94, 9 giugno 1998, con nota di A. VALLINI, *Il caso “Teixeira de Castro”*, cit., 197; *Ramanauskas c. Lituania*, n. 74420/01, 5 febbraio 2008; *Calabrò c. Italia e Germania (dec)*, n. 59895/00, 21 marzo 2002; *Scholer c. Germania*, n. 14212/10, 18 dicembre 2014; *Furcht c. Germania*, n. 54648/09, 23 ottobre 2014; *Sequeira c. Portogallo (dec)*, n. 73557/01, 6 maggio 2003; *Eurofinacom c. Francia (dec)*, n. 58753/00, 24 giugno 2003; *Patrascu c. Romania*, n. 7600/09, 14 febbraio 2017.

⁵⁵⁵ In particolare cfr. Corte Edu, 30 ottobre 2014, *Nosko e Nefedov c. Russia*, in cui la Corte di Strasburgo, nel ravvisare la violazione dell’art. 6 comma 1 Cedu, ha rimproverato allo Stato russo proprio l’assenza di qualsiasi controllo giudiziario sul potere discrezionale della polizia di intraprendere attività sotto copertura. Nell’analisi comparatistica effettuata in C. Edu, *Veselov e altri c. Russia*, nn. 23200/10 e a., 2 ottobre 2012, § 50 e 60, l’Italia – tuttavia – viene citata tra gli ordinamenti che prevedono un controllo giurisdizionale sull’attività sotto copertura, al contrario di quei paesi (quali, appunto, la Russia) che richiedono per l’attivazione dell’*undercover* soltanto una decisione amministrativa da parte dell’organismo deputato all’esecuzione dell’operazione stessa (§ 104).

⁵⁵⁶ Così C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e “giusto processo”*, cit., p. 408.

⁵⁵⁷ Cfr. Corte Edu *Matanović v. Croatia*, 4 aprile 2017, § 124.

⁵⁵⁸ Cfr. Corte Edu, 24 giugno 2008, *Miliniene v. Lithuania*, § 39.

E, dunque, in piena coerenza con gli arresti della Corte, l'assenza di uno stringente controllo giudiziario sul potere di polizia di infiltrare operatori appare in pieno contrasto con la Convenzione, nonché con il principio secondo cui in uno Stato di diritto, laico e liberal-democratico, gli organi investigativi sono preposti alla scoperta dei reati e non a testare la moralità dei consociati.

D'altronde, sin dal primo noto *leading case*⁵⁵⁹ di violazione dell'art. 6, la Corte di Giustizia non ha mai ammesso deroghe al principio del giusto processo in nome della necessità di una difesa sociale⁵⁶⁰, non potendo il diritto ad un'amministrazione *fair* della giustizia essere pretermesso per ragioni utilitaristiche⁵⁶¹.

Ebbene, di fronte ad una tale possibile deriva, la particolare invasività di uno strumento investigativo potenzialmente in grado di 'aggirare' i fondamentali diritti dell'indagato sembra imporre un affinamento normativo, che si traduca nella predisposizione di una disciplina in grado di marcare (più) nettamente i confini di una investigazione dai tratti necessariamente "passivi"⁵⁶², in piena coerenza con un sistema penale convenzionalmente (oltre che costituzionalmente) orientato.

In una tale prospettiva, allora, risulta facile comprendere come le carenze dell'attuale normativa - 'lassista' in particolare sul rapporto tra polizia giudiziaria e pubblico ministero nelle diverse fasi dell'operazione – abbiano concesso interventi suppletivi, i quali, audacemente affidati a precari strumenti di *soft law*

⁵⁵⁹ Cfr. C. Edu, *Teixeira de Castro vs. Portogallo*, 9 giugno 1998, spec. §§ 31-39, su cui A. VALLINI, *Il caso "Teixeira de Castro"*, cit., p. 197 ss. che ritiene contrastante con la clausola del "processo equo" (art. 6, par. 1, CEDU) la condanna di soggetti il cui intento criminoso, prima inesistente, sia sorto solo per il surrettizio atteggiamento induttivo di agenti delle forze dell'ordine; mentre, di contro, reputa legittima la prova raccolta nell'ambito di un'attività di indagine ufficiale nei confronti di soggetti già propensi a compiere il reato accertato.

⁵⁶⁰ Cfr. C. Edu, *Bannikova c. Russia*, cit., spec. § 33: "*The right to the fair administration of justice holds so prominent a place in a democratic society that it cannot be sacrificed for the sake of expedience*"; in dottrina sul punto ampiamente M. DE SALVIA, *Principali orientamenti giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritto penale*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 2000, 35; C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, cit., p. 339.

⁵⁶¹ Così, V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., 253.

⁵⁶² Già *Teixeira de Castro v. Portugal*, cit., § 38.

promanati dagli uffici inquirenti stessi⁵⁶³, hanno lasciato alla magistratura margini di discrezionalità eccessiva, contro il principio di legalità processuale⁵⁶⁴.

Ed è su questa via che si rafforza, allora, l'esigenza di corredare una tale disciplina delle dovute garanzie, che, per quanto più da vicino riguarda il nostro tema, risultano incentrate sul principio della proporzionalità⁵⁶⁵. Lo stesso, quale baluardo per la tutela dei diritti fondamentali nella dinamica processuale e “comun denominatore” nella cooperazione giudiziaria in materia penale (art. 82 TFUE), comporta l'utilizzo del mezzo più idoneo, solo in quanto necessario al

⁵⁶³ Il riferimento è alle note circolari diramate dalle Procure di Roma e Napoli, per cui cfr. *supra*, nota n. 129.

⁵⁶⁴ “*Nell'ordinamento italiano i giudici ordinari sono tenuti a verificare la conformità della vicenda concreta alla norma corrispondente, ma non sono abilitati a dettare quest'ultima per risolvere un ipotetico attrito assiologico [...]. La condotta degli organi giurisdizionali ordinari deve pertanto ispirarsi al principio di proporzionalità nella preferenza da accordare a uno strumento piuttosto che a un altro tra quelli contemplati dall'ordinamento (ad esempio, nella scelta del tipo e del modo esecutivo concernenti un'acquisizione probatoria o una misura cautelare), ma non può trovare in tale canone una giustificazione per condotte estranee al tessuto normativo interno, poiché va ribadito che la ponderazione del rapporto tra questo e le fonti internazionalistiche o sovranazionali spetta al legislatore e alla Corte costituzionale*”. In questi termini, G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen.*, n. 2/2017, 391 ss. Chiaramente sul punto già C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 1280;

⁵⁶⁵ Il principio di proporzionalità risulta espressamente contemplato dall'art. 7 del decreto attuativo della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa all'ordine europeo di indagine penale (D.lgs. n. 108 del 2017), il quale specifica che “*l'ordine d'indagine non è proporzionato se dalla sua esecuzione può derivare un sacrificio ai diritti e alle libertà dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini o di altre persone coinvolte dal compimento degli atti richiesti, non giustificato dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto, tenuto conto della gravità dei reati per i quali si procede e per la pena per essi prevista*”. In generale, sugli aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale, cfr. M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *Cass. pen.*, n. 6/2018, 2197 ss.; M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, n. 7-8/2017, 208 ss.; G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'Ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, n. 1/2018, 22 ss. In generale sul principio di proporzionalità, cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, passim; R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, p. 133 ss.; M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.* n. 3-4/2014, 143 ss.; G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion Pratica*, n. 2/2014, 541 ss.. In particolare sulla direttiva 2014/41, cfr. M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, n. 3/2015, 1 ss.; I. ARMADA, *The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence: Is a Fundamental Rights-Based Refusal the Solution?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 6, 2015, 8-31; M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 4/2015, 86 ss.

raggiungimento del fine, in modo tale da non comprimere in maniera intollerabile (appunto, sproporzionata) la sfera giuridica dell'interessato.

Del resto, la proporzionalità come “bussola”⁵⁶⁶ di autolimitazione del potere statale a fronte di prerogative individuali meritevoli di particolare tutela⁵⁶⁷ è un principio che recupera una posizione di rilievo certamente pure con riferimento alla normativa interna⁵⁶⁸, concretizzandosi nella individuazione di un punto di equilibrio tra diritti inviolabili ed ingerenza pubblica⁵⁶⁹, così come nella tolleranza di una compressione solo ‘minima’ del diritto aggredito, in virtù di quanto già disposto per l’operatività di attività *undercover* estere (o richieste dall’estero)⁵⁷⁰.

D'altronde, come detto, il principio di proporzionalità opera a livello interno quale “corollario delle inviolabilità di certe prerogative individuali tutelate dalla Costituzione”⁵⁷¹, fungendo per i diritti fondamentali sia da limite alle scelte del legislatore che da criterio esegetico-applicativo per l’autorità giudiziaria, quando dispone una restrizione di essi o controlla il relativo procedimento⁵⁷².

Il principio *de quo* impone che l’attività da compiere debba essere proporzionata sia rispetto al suo presupposto (il reato), sia rispetto all’obiettivo che intende perseguire (le esigenze investigative o probatorie), di modo che esso comporti il minor sacrificio possibile ai diritti ed alle libertà dell'imputato/indagato.

⁵⁶⁶ L’espressione è di M. DANIELE, *I chiaroscuri dell’OEI e la bussola della proporzionalità*, in *L’Ordine Europeo di indagine penale*, M. DANIELE - R. KORTIS (a cura di), Torino, 2018, p. 76 ss.

⁵⁶⁷ Così come definito da F.R. DINACCI, *L’agente sotto copertura*, cit., 29.

⁵⁶⁸ Per quanto rilevato da F. CASSIBBA, *L’espansione delle operazioni sotto copertura*, in *La c.d. Legge Spazzacorrotti. Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, C. IASEVOLI (a cura di), Bari, 2019, p. 211 dove ricorda che la proporzionalità “integra un limite all’esercizio delle prerogative dell’*European Public Prosecutor Office* in forza dell’art. 30 par. 5 Regolamento (U.E.) 2017/ 1939 [...]”.

⁵⁶⁹ Così per tutti R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell’ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2018, 406 ss.

⁵⁷⁰ Sul tema cfr. R. KOSTORIS, *L’attuazione italiana dell’ordine investigativo europeo*, in *Processo penale e paradigmi europei*, Torino, 2018, p. 141; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Milano, 2017, p. 238. Affronta i pericoli e le incertezze operative che pervadono, anche sul piano processuale, lo strumento investigativo atipico *de qua* in epoca digitale nella ricerca di soluzioni in grado di assicurare legalità e proporzionalità, P. TROISI, *Operazioni digitali sotto copertura*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, 2019, p. 619 ss.

⁵⁷¹ In termini, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 148.

⁵⁷² Così, G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale*, cit., 390.

L'art. 7 del decreto attuativo della direttiva 2014/41/UE valorizza un approccio di tipo sostanziale, facendo ricorso alla dimensione concreta dell'atto probatorio richiesto, con un approccio teso al bilanciamento tra la restrizione imposta al singolo ed il contrapposto fine perseguito dal pubblico potere.

E la proporzionalità – proprio imponendo un tale bilanciamento tra tutela dei diritti fondamentali ed esigenze efficientiste connaturate alla raccolta del materiale probatorio all'estero – rappresentare lo strumento idoneo a raggiungere quell'imprescindibile obiettivo, e dunque consentire la raccolta di un dato probatorio utilizzabile in quanto rispettoso dei principi dell'ordinamento costituzionale, oltrech  dell'*acquis communautaire*⁵⁷³.

Ai fini del nostro studio,  , dunque, chiaro che pi  la disciplina   regolamentata e garantita da presidi di controllo, maggiore sar  l'argine a derive provocatorie sempre in agguato, con risvolti positivi non trascurabili in termini di fruibilit  processuale del dato probatorio raccolto⁵⁷⁴.

Oggi, inoltre la 'scansione' del principio di proporzionalit , declinata a baluardo contro la discrezionalit  degli organi inquirenti, si fonda su una serie di passaggi capaci di basare il mezzo investigativo su canoni di idoneit , necessariet  e sussidiariet , assicurando la realizzazione dello scopo di acquisizione e successiva utilizzazione probatoria, senza giungere mai alla compressione in maniera intollerabile del diritto coinvolto⁵⁷⁵.

⁵⁷³ In questi termini, M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione Europea, Cedu e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, n. 4/2016, 51.

⁵⁷⁴ In tal senso cfr., tra le tante, Corte Edu, 14 febbraio 2017, *Patrascu c. Romania*. Come gi  segnalato, anche la giurisprudenza interna ha riconosciuto l'inutilizzabilit  della prova acquisita in caso di operazioni sotto copertura consistenti nell'incitamento o nell'induzione alla commissione di un reato; cos , Cass., Sez. VI, 11 dicembre 2014, n. 51678; Id., III, 9 settembre 2012, in *Cass. pen.*, 2013, 3564. Sul punto, in dottrina M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalit  nel procedimento penale*, cit., p. 161 osserva come "l'inutilizzabilit  [...] rappresenta una ipotesi di invalidit  posta a tutela della compromissione dei diritti fondamentali". Sul concetto di inutilizzabilit  in generale, cfr. N. GALANTINI, *L'inutilizzabilit  della prova nel processo penale*, Padova, 1990, passim; G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilit  della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2010, 521 ss.; F. M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilit *, in *Dig. d. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 242 ss.; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, passim.

⁵⁷⁵ Sul punto cfr. CASSIBBA, *op.ult.cit.*, p. 211 ss.

Il triplice vaglio di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto⁵⁷⁶, in altri termini, consente il ricorso all'agente sotto copertura in via estremamente residuale, a fronte di una rigorosa e comprovata "indispensabilità" del mezzo investigativo, da azionare nella modalità meno invasiva possibile per la sfera giuridica dell'individuo.

Ciò affinché l'attività sotto copertura non costituisca la prima risorsa investigativa, preferendo l'adozione di un mezzo di ricerca della prova assoggettato non solo all'autorizzazione dell'organo della pubblica accusa, ma anche a forme di controllo dell'autorità giudiziale, quale organo di garanzia di diritti fondamentali compressi dalle indagini.

L'idoneità rappresenta lo strumento atto ad individuare il mezzo più conforme al perseguimento degli obiettivi della Comunità europea: l'atto utilizzato potrà e dovrà essere considerato illegittimo se nell'alternativa con un atto diverso e maggiormente efficace a conseguire lo scopo pubblico prefissato⁵⁷⁷.

Il criterio di necessità, invece, ha la finalità di indirizzare la scelta nell'adozione della misura più idonea, circoscrivendo altresì l'ambito di scelta ai soli atti che si configurano come quelli meno restrittivi degli interessi dei singoli soggetti⁵⁷⁸.

In particolare, dunque, i primi due vagli consistono nella verifica della capacità in astratto dell'atto di raggiungere il fine prefissato scegliendo il mezzo che sia meno intrusivo, per cui in presenza di più atti tutti astrattamente idonei allo scopo, andrà preferito quello che realizza la minor compressione possibile della sfera giuridica del destinatario del provvedimento che, solo in quest'ottica, sarà definito necessario⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ In tale elaborazione del principio di proporzionalità la Corte di giustizia è stata influenzata dal pensiero dell'ordinamento tedesco; sul punto cfr. M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., 6.

⁵⁷⁷ A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, passim.

⁵⁷⁸ C. MALINCONICO, *Il principio di proporzionalità in Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, atti del 47° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2002, p. 54.

⁵⁷⁹ Il *Considerando* n. 11 e art. 10 par. 3 della Direttiva OEI impone che il canone di proporzionalità debba essere rispettato sin dalla fase di emissione dell'ordine: in questo caso, la prognosi spetta in prima battuta allo Stato richiedente. Allo stesso modo in fase di esecuzione, l'autorità giudiziaria è chiamata a formulare anch'essa una verifica del giudizio dell'emittente, con

La terza fase di verifica, infine, combacia con il risultato del bilanciamento operato tra la restrizione imposta all'individuo ed il fine perseguito dal pubblico potere nell'esercizio delle sue funzioni, affinché i diritti del singolo non siano compressi in modo intollerabile⁵⁸⁰.

Ebbene, tirando le fila del discorso, la regolamentazione delle indagini sotto copertura richiede scelte legislative accorte, nel (notevole) sforzo di sintesi tra esigenze agli antipodi; ed un tale aspetto rende l'istituto *de quo* uno strumento investigativo certamente prezioso, ma, al contempo, pericolosamente "scivoloso", ora in provocazioni non ammesse, ora verso una paradossale (quanto non remota) ipotesi di responsabilità dell'agente a titolo di concorso nell'altrui reato.

Lo strumento investigativo "duttile, invasivo, redditizio e nato per contrastare gravi delitti"⁵⁸¹ consiste, invero, in un mezzo potenzialmente lesivo delle garanzie individuali, in bilico tra prevenzione e repressione dei reati.

Proprio da qui prende, allora, a svilupparsi l'esigenza di circoscrivere tassativamente *ex ante* lo spazio di legittimità investigativo, nell'ambito di una 'positivizzazione procedurale', per mezzo della predisposizione di protocolli investigativi (maggiormente) vincolanti, in ossequio di protezioni normativamente dovute per la tutela individuale di diritti.

Solo così potrà parlarsi di processo penale 'giusto', giacché informato al principio di proporzionalità quale "paradigma" attraverso cui valutare la tutela della dignità della persona nella fase di formazione del dato probatorio, (solo) per tale via pienamente adoperabile⁵⁸².

la possibilità di individuare un altro strumento istruttorio, che sia tuttavia meno intrusivo ma altrettanto capace di garantire l'efficienza del mezzo originariamente prescelto.

⁵⁸⁰ M.P. VIPIANA, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Milano, 1993, pp. 84-85.

⁵⁸¹ In questi termini, P.P. PAULESU, *Le operazioni sotto copertura*, in M. DANIELE e R. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, Torino, 2018, p. 337.

⁵⁸² Osserva come il principio di proporzionalità sia "capace di fissare un ineludibile metodo di controllo della corretta attuazione dei diritti fondamentali anche nell'ambito del processo penale", M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., 92. Sul punto cfr. anche M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 143 ss.

4. – L'agente (non) provocatore nella "Spazzacorrotti": vecchie e nuove criticità *de lege ferenda*

Lo studio sinora condotto trova diretta conferma proprio nel confronto con l'attuale dato normativo, che, quale ultimo approdo di un diritto penale "emergenziale"⁵⁸³ e sulla scia di una ormai nota strumentalizzazione del processo⁵⁸⁴, continua a smentire proprio quel canone di idoneità allo scopo insito nel principio di proporzionalità suddetto.

Una forte mistica moralizzatrice⁵⁸⁵, difatti, continua a pervadere (pure) la l. n. 3/2019⁵⁸⁶, quale ulteriore tassello⁵⁸⁷ dell'*escalation* repressiva di una fitta catena

⁵⁸³ Fondamentale in tema, S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, op. cit., passim; più di recente, A. SESSA, *La fisiologica sistematicità dell'emergenza*, cit., 785 ss.

⁵⁸⁴ Il riferimento è al populismo penale, laddove il processo da luogo di affermazione di garanzie si trasfigura in spazio di contrasto preventivo alla criminalità dai toni sanzionatori; così, da ultimo F. ZACCHÈ, *La libertà personale tra diritti della persona e nuove sfide del processo penale*, cit., ivi. Si tratta, in sintesi, di registrare l'avvenuta conversione del populismo politico in populismo penale; per ulteriori approfondimenti sull'assunto cfr. C. SOTIS, D. PULITANÒ, BONINI, T. GUERINI, G. INSOLERA, A. SESSA, A. MANNA, L. RISICATO, N. MAZZACUVA, *La società punitiva*, cit., passim; S. ANASTASIA, M. ANSELMi, D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015, p. 27 ss.; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit., 95 ss.; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, cit., 123 ss.

⁵⁸⁵ In tal senso cfr. F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2019, 10.

⁵⁸⁶ Sull'estensione delle operazioni sotto copertura ai reati contro la p.a. operata dalla legge n. 3 del 2019 cfr., T. PADOVANI, *La spazzacorrotti*, cit., 8 ss.; D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 3/2019, 235 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti"*, cit., p. 44 ss.; N. PISANI, *Il disegno di legge "spazza-corrotti": solo ombre*, in *Cass. Pen.*, 2018, p. 3589 ss.; V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., 231; F. CINGARI, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, in *Leg. pen.*, 1 agosto 2019; A. SESSA, *Le indagini passive nella legge n. 3 del 2019*, cit., passim; M.N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo*, cit., passim; M. BIRAL, *Le 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*, Torino, 2019, p. 223 ss.; P. SCEVI, *Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura*, cit., passim; A. MANICCIA, *L'estensione delle "operazioni sotto copertura"*, cit., 2369.

⁵⁸⁷ In questo trend si pone anche la legge n. 179 del 30 novembre 2017, *Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, che accorda protezione giuridica al c.d. whistleblower, essendo volta ad ampliare il ricorso alle segnalazioni di illeciti e gravi irregolarità sul luogo di lavoro, quale strumento di contrasto della corruzione. A tale scopo si assicura una maggiore protezione del dipendente, sia pubblico che privato, da possibili discriminazioni, prevedendo anche una disciplina volta a limitare, con diverse modalità, la pubblicizzazione dell'identità del segnalante.

di fonti normative sovranazionali preordinate ad un irrobustimento dell'insieme degli strumenti giuridici statali atti all'emersione del fenomeno corruttivo.

Così, replicando il modello emergenziale contro l'associazionismo mafioso ed il traffico di stupefacenti, si è cercato di omologare tale sottosistema repressivo con altre pratiche criminose di (apparente) minor offensività⁵⁸⁸, giacchè della fenomenologia corruttiva si paventano effetti parimenti deleteri per la crescita culturale e sociale della nazione, dell'economia, e finanche la "disgregazione dello Stato di diritto"⁵⁸⁹.

Ebbene, in linea con il potenziamento degli strumenti d'indagine e processuali in materia⁵⁹⁰, l'ultimo intervento novellistico punta a favorire l'emersione della "cifra oscura" attraverso l'ampliamento del raggio di azione della tecnica investigativa speciale *de qua* all'odierno contesto della lotta al malaffare⁵⁹¹, in accordo alle pressanti spinte internazionali⁵⁹².

E del resto, come già rilevato, l'adempimento dei vincoli internazionali passa, in primo luogo, per il mantenimento di un profilo di netta separazione tra la figura dell'*undercover agent* da quella dell'*agent provocateur* – ovvero tra

⁵⁸⁸ Così, V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., 248.

⁵⁸⁹ E' quanto si legge nella relazione di accompagnamento al d.d.l. n. 1189 del 2018 (d.d.l. "Bonafede"), presentato alla Camera dei Deputati il 24 settembre 2018; tra i primi commenti al d.d.l. cfr. R. CANTONE, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 10/2018, 1 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti"*, cit., 44 ss.; T. PADOVANI, *La spazzacorrotti*, *ivi*.

⁵⁹⁰ Tra cui le intercettazioni ed ai captatori informatici (art. 6 d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216), alle regole particolari in materia di accesso al rito speciale del patteggiamento (v. il comma 4 inserito nell'art. 165 c.p. dalla novella del 2015), ai criteri di priorità nella trattazione degli affari penali (art. 132-bis, lett. f-bis, disp. att. c.p.p.), etc..

⁵⁹¹ G. FLORA – A. MARANDOLA, *La nuova disciplina dei delitti di corruzione: profili penali e processuali* (L. 9 gennaio 2019, n. 3 c.d. "Spazzacorrotti"), Pisa, 2019, p. 149 ss.; A. MANICCIA, *L'estensione delle 'operazioni sotto copertura' ai delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 2369 ss.; G. BARROCU, *I profili processuali delle operazioni sotto copertura*, cit., 638 ss.

⁵⁹² Tra cui l'art. 50 della Convenzione ONU contro la corruzione del 2003 – *Tecniche investigative speciali*: "1. Per combattere efficacemente la corruzione, ciascuno Stato, nei limiti consentiti dai principi fondamentali del proprio ordinamento giuridico interno, e conformemente alle condizioni stabilite dal proprio diritto interno, adotta le misure necessarie, con i propri mezzi, a consentire l'appropriato impiego da parte delle autorità competenti [...] di altre tecniche speciali di investigazione, quali la sorveglianza elettronica o di altro tipo e le operazioni sotto copertura, entro il suo territorio, e a consentire l'ammissibilità in tribunale della prova così ottenuta".

l'acquisizione di prove relative ad attività illecite in corso e forme di provocazione al reato non ammesse.

Ma se una tale separazione è chiaramente impressa nella *voluntas legis*⁵⁹³, è sul piano concreto che sembra disperdersi, in considerazione della lacunosità descrittiva di un prodotto normativo che, non garantendo effettivamente da un indebito uso esplorativo delle operazioni sotto copertura⁵⁹⁴, desta vecchie e nuove perplessità, certamente (anche) collegate alle peculiarità delle nuove fattispecie delittuose.

In effetti, tali perplessità sembrano acuirsi proprio in contesti come quelli dell'amministrazione pubblica, di regola avulsi da una rete di corruzione sistemica da reato associativo, in cui pare difficile immaginare l'infiltrazione di un soggetto esterno che simuli di ricoprire una posizione "interna all'ufficio"⁵⁹⁵. Tanto più che, accanto a vicende di corruzione organizzata, persiste una corruzione "pulviscolare"⁵⁹⁶, che non si sviluppa in ambito associativo, mantenendosi sul piano del *do ut des*.

Pertanto, essendo disagevole evocare l'accesso di estranei ai 'rodati' meccanismi della *grand corruption*⁵⁹⁷, relegare lo strumento delle operazioni sotto copertura al di fuori dei contesti associativi renderà, certamente, più complesso dimostrare che un funzionario pubblico (o un privato) si sarebbe determinato a commettere un fatto corruttivo anche in assenza dell'intervento delle forze dell'ordine⁵⁹⁸.

D'altra parte, le poliedriche forme di manifestazione della tecnica investigativa *de qua* sollevano perplessità applicative pure negli episodi corruttivi

⁵⁹³ Cfr. Relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 1189 del 2018, consultabile sul sito www.camera.it.

⁵⁹⁴ Così F.R. DINACCI, *L'agente sotto copertura*, cit., 15.

⁵⁹⁵ A. MANICCIA, *L'estensione delle "operazioni sotto copertura"*, cit., 2382.

⁵⁹⁶ Prendendo in prestito l'efficace espressione di A. VANNUCCI, *Come cambia la corruzione in Italia: pulviscolare, sistemica, organizzata*, in E. CICONTE - F. FORGIONE - I. SALES (a cura di), *Atlante delle mafie*, vol. V, 2017, p. 43-65.

⁵⁹⁷ Così T. PADOVANI, *La spazzacorrotti*, cit., 5; A. MANICCIA, *La non punibilità dell'agente provocatore*, cit., 2382.

⁵⁹⁸ Nota questa discrasia tra obiettivi politico-criminali e struttura dello strumento investigativo V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., 259.

marginali, ove pare assai probabile che l'attività di *undercover* possa superare i confini consentiti, spingendosi oltre l'adesione ad un *pactum sceleris* già definito oppure ad una richiesta indebita già avanzata⁵⁹⁹.

È pur vero che - quanto all'attività del simulato privato corruttore - il riferimento all'"accordo già concluso da altri" e alla "richiesta" o "sollecitazione" da parte del p.u. indagato dovrebbe scongiurare condotte propulsive da parte delle forze dell'ordine; eppure gli accordi corruttivi non seguono i classici schemi contrattuali⁶⁰⁰, una sollecitazione indebita del pubblico agente potendo pure accedere a comportamenti suggestivi o surrettiziamente induttivi.

D'altronde, quanto all'*extraneus* alla p.a., occorre rilevare come le azioni scriminate corrispondano a precisi tipi legali⁶⁰¹ o comunque potrebbero rilevare a titolo di compartecipazione in un fatto delittuoso, sul modello dell'art. 14 ancora in vigore, in cui compaiono forme di attività di vero e proprio contrasto contenenti ipotesi di realizzazione autonoma di condotte lesive.

Pertanto, il rischio che una tale tecnica di investigazione si articoli in inquietanti forme di 'provocazione coperta' non punibile appare ben tangibile, e ciò - a maggior ragione - per l'estrema vaghezza delle condotte di polizia legittimate, descritte genericamente come "prodromiche e strumentali" rispetto a quelle espressamente tipizzate, che, unitamente alla consumazione anticipata di talune fattispecie di corruzione, rende pienamente effettivo il rischio che l'agente sotto copertura si trasformi in concreto in agente provocatore⁶⁰².

Un tale effetto appare ancor più evidente laddove l'infiltrato indossi i panni dell'*intraneus*, giacché la ricezione di un'*utilitas* non è assolutamente incompatibile con un'istigazione iniziale del pubblico agente⁶⁰³, generando notevoli preoccupazioni pure sotto il profilo "etico" laddove siano gli organi dello Stato ad

⁵⁹⁹ Così, M.N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo*, cit., 1281.

⁶⁰⁰ Piuttosto esse consistono "in 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"; in questi termini A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti*, cit., 1.

⁶⁰¹ Così anche T. PADOVANI, *La spazzacorrotti*, cit., 4, secondo cui "è facile constatare come il legislatore abbia attribuito all'agente sotto copertura un ruolo corrispondente a quello del corruttore".

⁶⁰² Cfr. G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 185.

⁶⁰³ Secondo quanto rilevato pure da A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti*, cit., 6.

offrire o comunque a generare l'occasione di delinquere⁶⁰⁴. E tanto più che, quanto all'attività del simulato pubblico funzionario corrotto, le condotte scriminate parrebbero compatibili con un'iniziativa autonoma dell'agente sotto copertura, non essendo menzionati i requisiti del previo accordo o dell'offerta da parte del privato⁶⁰⁵.

Del resto, al netto delle perplessità suddette, per ciò che qui interessa, la liceità della condotta dell'agente è pur sempre condizionata al rispetto di un *iter* procedurale, che, a sua volta, passa inderogabilmente per l'osservanza di precisi obblighi informativi.

Tuttavia, è proprio sotto quest'ultimo aspetto che sorgono le maggiori perplessità, secondo quanto già detto in ordine alla succinta disciplina che regola il rapporto tra polizia giudiziaria e pubblico ministero nelle diverse fasi dell'operazione (con i citati indebiti espansionismi del formante giudiziario), quando si assiste alla riduzione di un'autorizzazione a mera comunicazione successiva all'autorità giudiziaria.

Invero, per come già rilevato, e diversamente da quanto richiesto in materia di pedopornografia, l'inizio dell'investigazione speciale non è assoggettata ad un previo controllo dell'autorità giudiziaria, sebbene al contrario, in un settore così delicato, sarebbe stato più accorto riconoscere espressamente al magistrato inquirente il pieno comando dell'operazione investigativa speciale sin dalla fase embrionale, evitando (pure) il rischio di una selezione "arbitraria" dei destinatari.

Ed ecco che tornano a riaffacciarsi le problematiche legate ad un precario bilanciamento tra istanze di difesa sociale statale⁶⁰⁶ e libera autodeterminazione, fortemente limitata da attività investigative incentrate su condotte riconducibili ad

⁶⁰⁴ Si è posto in evidenza come le scelte legislative facciano emergere situazioni connotate da una ambiguità tale da far ritenere che "*la presunta scelta governativa di prevedere l'agente infiltrato per il contrasto dei fenomeni corruttivi e non il provocatore si potrebbe definire un falso positivo*". Così G. BARROCU, *Le operazioni sotto copertura nel d.d.l. anticorruzione: facciamo chiarezza*, in *Quot. Giur.*, 21.12.2018, passim.

⁶⁰⁵ Sulla differenza tra le condotte di simulata corruzione attiva e passiva, diffusamente B. FRAGASSO, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., passim.

⁶⁰⁶ Cfr. C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, p. 61 ss.

una “induzione al crimine”, oltre ai correlati problemi di matrice processuale, legati alla genuinità della prova raccolta⁶⁰⁷.

Così, proprio in tali nuovi contesti criminosi, sull’onda di un ulteriore ampliamento della figura (e della disciplina) in oggetto, si è andati verso la sempre più piena consapevolezza della necessità di una razionalizzazione sistematica⁶⁰⁸, tramite coordinate legislative predeterminate e (maggiormente) puntuali, idonee a preservare la tutela delle prerogative inviolabili dell’individuo contro la prevaricazione statuale⁶⁰⁹.

A questo punto dello studio, una volta dimostrata la debolezza dei classici modelli scriminanti all’interno dei nuovi scenari criminologici - proprio perché in essi la condotta provocatoria pare l’unica davvero capace a far emergere il fenomeno corruttivo - il riferimento a nuove idee di giustificazione procedurale pare decisivo.

E’ evidente, allora, che ci stiamo già muovendo in proiezione di una (ri)costruzione sistematica del concetto di lecito, in un percorso evolutivo perfettamente allineato ad un sistema penale da stato sociale di diritto.

5. – Considerazioni conclusive

Ma a questo punto della nostra indagine, una considerazione di sintesi spinge ad incardinare, per evidenti esigenze di razionalità sistematica, la causa di giustificazione ‘speciale’ di cui all’attuale art. 9 all’interno dei connotati strutturali di una giustificazione procedurale, omologandola al modello di cui all’art. 14 della legge n. 269 del 1998, ‘calibrato’ ai requisiti sovranazionali pure richiamati, per un’indagine passiva che, ricorrendo ad una prognosi statale ineccepibile per la tutela di valori solidaristici e nel rispetto di una stringente procedimentalizzazione giustificativa *ex ante*, diviene lecita in quanto non vietata.

⁶⁰⁷ In tema, M. N. MASULLO, *L’emersione del patto corruttivo*, cit., 1285.

⁶⁰⁸ Cfr. C. SALTELLI- E. ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, cit., *ivi*.

⁶⁰⁹ Si rinvia all’analisi critica di G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 180.

Da tutto quanto detto, è evidente, allora, come una tale strada sia l'unica percorribile, giacchè diretta verso un nuovo (e più coerente) modello strutturale di giustificazione, nel rispetto dei principi e delle regole – *in primis* costituzionali e convenzionali – in pieno accordo con le dovute esigenze probatorie nel legittimo esercizio di indagini passive.

Questa innovativa visuale della teoria dell'(il)lecito e delle cause di giustificazioni risulta, difatti, centrata verso la sola quadratura possibile della 'non provocazione' in senso ampio, in una materia che, come per il biodiritto, impone all'ordinamento di indietreggiare nella ricerca di forme di legittimazione *ex ante* di condotte lesive con finalità investigativa.

Dopo aver ampiamente sviluppato l'impraticabilità di soluzioni incapaci di apportare una differenziazione sistematica e sanzionatoria tra agente (non) provocatore e (non) provocato, nell'evidenza di una disapplicabilità dell'art. 51 c.p. con riferimento a quelle attività non marginali rispetto al fatto commesso, solo il recupero della dommatica della teoria del concorso connessa alla teoria del reato saprà offrire un positivo contributo al razionale controllo dei fenomeni criminosi di specie.

Ed allora, la specificità dei nuovi reati oggetto di investigazione richiede la valorizzazione di una tale proposta di ristrutturazione normativa, che affidi la (non) punibilità dell'agente 'non provocatore' ad una disciplina basata sulla legittimazione *ex ante* di aggressioni tipiche 'proceduralmente non vietate' in quanto rispettose di condizioni predeterminate per legge.

In prospettiva, (anche) qui l'autorizzazione sarà necessariamente chiamata ad assurgere ad elemento costitutivo della procedura, orientata ad una prognosi ineccepibile se solo ispirata a scelte ragionevoli, in quanto, oltre che approvate e controllate, rispondenti ad (ulteriori) rigorosi canoni di proporzionalità, sussidiarietà e necessità a livello probatorio.

In conclusione, solo sviluppando tali nuove frontiere di analisi, l'ipotesi classificatoria di una 'provocazione proceduralmente non vietata' saprà sfruttare l'effetto scriminante basato su presupposti di legittimazione predeterminata all'interno di uno spazio di diritto libero, in cui l'ordinamento si impegna a

rispettare l'ineccepibile prognosi del soggetto decidente, pur sempre nell'ambito di un procedimento penale già avviato.

Questa innovativa soluzione sarà in grado di sventare il più odioso dei rischi per chi contribuisce all'emersione del crimine; ciò sulla base del modello di eccezione di cui all'art. 14 della legge n. 269 del 1998, portato a compimento solo se rafforzato e recuperato a criteri di costituzionalità mediante la valorizzazione di una (più) stringente disciplina di controllo pubblicistico che, superando inammissibili carenze garantistiche, e nella stretta osservanza di (ulteriori) parametri normativamente predeterminati, saprà porre le basi per una legittimazione *ex ante* su cui fondare il privilegio di una ineccepibile prognosi statale per condotte lesive, ma lecite in quanto conformi al diritto.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, a cura di G. GOZZI - P. SCHIERA, Bologna, 1987.

AA. VV., *Decreto legge e suoi aspetti problematici*, Roma, 1980.

AA. VV., *Democrazia e forma di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, a cura di S. GAMBINO, Rimini, 1997.

AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Milano, 1985.

AA. VV., *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G. VASSALLI, Milano, 1986.

AA. VV., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. MARINI – C. CUPELLI, Napoli, 2019.

A.A. V.V. *Il penale nella società dei diritti*, a cura di M. DONINI - R. ORLANDI, Bologna, 2010.

AA. VV., *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. GALIZIA, P. GROSSI, Milano, 1990.

AA.VV., *Il testo unico in materia di stupefacenti*, a cura di D. FERRANTI, A. PASCOLINI, M. PIVETTI - A. ROSSI, Milano, 1991.

AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001.

A.A. V.V. *L'eccezione nel diritto. Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza*, a cura di S. BONINI, - L. BUSATTA – I. MARCHI, Trento, 2015.

AA. VV., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1998.

AA. VV., *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, a cura di G. ARRIGO - G. VARARO, Roma, 1982.

AA. VV., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1998.

AA. VV., *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di A. CADOPPI, Milano, 2010.

AA. VV., *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di A. MARANDOLA, Torino, 2015.

AA. VV., *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. CANESTRARI, G. FORNASARI, Bologna, 2001.

AA. VV. *Politica criminale e cultura giuspenalistica, Scritti in onore di S. MOCCIA*, a cura di A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA, Napoli, 2017.

AA. VV., *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, a cura di M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI -CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO, Bologna 2016.

AA. VV., *Strafgerichtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993.

AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Napoli, 2011.

AA. VV., *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO - C.E. PALIERO, a cura di V. MAIELLO, vol. IX, Torino, 2016.

AGAMBEN G., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 1995.

AGAMBEN G., *Stato di eccezione*, Torino, 2003.

ALBEGGIANI F., *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. Pen.* 1977, 409.

ALESSANDRI A., *Art. 27 co. 1 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Artt. 27-28, Bologna-Roma, 1991.

ALEXY R., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012.

AMARELLI G., *Le operazioni sotto copertura*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. MAIELLO, Torino, 2015, p. 185.

AMATI E., *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020.

AMATO G., *I traffici illeciti di sostanze stupefacenti*, Milano, 1999.

AMATO G., *La definizione della posizione processuale dell'“agente provocatore”*: riflessi sulla capacità a rendere testimonianza, in *Cass. pen.*, 1996, 2394.

AMATO G.C., *Le specifiche attività di polizia giudiziaria*, in AA. VV., *Trattato teorico pratico di diritto penale*, cit., p. 501 ss.

AMBROSINI G., *La riforma della legge sugli stupefacenti. D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309: profili penali, processuali e penitenziari*, Torino, 1991.

AMELUNG K. - BRAUER J., *Nota a OLG Schleswig 15 giugno 1984*, in *Juristische Rundschau*, 1985, 474 ss.

AMIRATE C., *Il modello costituzionale weimariano: fra razionalizzazione, leadership carismatica e democrazia*, in AA. VV., *Democrazia e forma di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, cit.

ANARTE BORRALLLO E., *Causalidad e imputaciòn objetiva. Estructura, relaciones y perspectivas*, Universidad de Huelva Publicaciones, 2002.

ANASTASIA S., ANSELMI M., FALCINELLI D., *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015.

ANGIOLINI V., *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986.

ANGIONI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, vol. II, Sassari, 1984. ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova 1934, rist. Torino 1960.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, ed. XVI, integrata ed aggiornata da L. CONTI, Milano, 2003.

ARMADA I., *The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence: Is a Fundamental Rights-Based Refusal the Solution?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 6, 2015, 8-31.

ARNOLD T.W., *The Symbols of Government*, New Haven, 1935, 1 ss.

AZZALINI M., *Il caso 396 “Cappato” davanti alla Consulta: equivoci e paradossi in tema di aiuto al suicidio e diritto all’autodeterminazione terapeutica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 1/2018, 1462 ss.

AZZALLI G., *Scritti di teoria generale del reato*, ed. II, Milano, 1999.

BACCARI G.M., *Le indagini integrative ex art. 430 c.p.p.: limiti soggettivi ed inutilizzabilità della relativa documentazione*, in *Giur. it.*, 1996, II, 467.

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

BALSAMO A. - SALEMME A., *La criminalità organizzata transfrontaliera (narcotraffico) – Cooperazione internazionale*, in *Il “doppio binario” nell’accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. BARGI, Torino, 2013.

BARBERIS M., *Legittima difesa e bilanciamenti*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. BERNARDI - B. PASTORE - A. PUGIOTTO, Milano, 2008, p. 86 ss.

BARROCU G., *I profili processuali delle operazioni sotto copertura nella normativa anticorruzione: altre nubi in un cielo in tempesta?*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5/2019, 639.

BARROCU G., *Le indagini sotto copertura*, Napoli, 2011.

BARROCU G., *Le operazioni sotto copertura nel d.d.l. anticorruzione: facciamo chiarezza*, in *Quot. Giur.*, 21.12.2018.

BASCHERINI G., *L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 3.

BATTAGLINI G., *Osservazioni sul commercio di monete auree*, in *Giust. pen.*, 1948, vol. II, 273.

BAUMANN J. –WEBER U., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, IX ed., 1985.

BEKZADIAN A., *Der Agent-Provocateur (lockspitzel) mit besonderer Berücksichtigung der politischen Provocation in Russland. Ein Beitrag zum Strafrecht und zur Kriminalpolitick*, Zürich, 1913.

BELFIORE R., *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2018, 406 ss.

BELLAGAMBA F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano 2007.

BERARDI R., voce *Terrorismo*. Sub art. 9 L. 146/2006, in *Leggi penali complementari commentate*, a cura di A. GAITO, M. RONCO, Torino, 2009, p. 3615.

BETTIOL G. - PETTOELLO - MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 1986.

BETTIOL G., *Diritto penale*, Padova, 1982.

BIGNAMI M., *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *questionegiustizia.it*, 19.11.2018.

BILANCIA F., *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. Cost.*, n. 4/1993, 3012.

BIN R., *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *Biolaw Journal-Rivista di Biodiritto*, n. 2/2019, 1 ss.

BINDOKAT H., *Versari in re illicita und Erfolgszurechnung*, in *JZ*, 1977, 550.

- BIRAL M., *Le operazioni sotto copertura al banco di prova dei reati contro la pubblica amministrazione in Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019 n. 3*, a cura di R. ORLANDI, S. SEMINARA, Torino 2019.
- BOCKELMANN P. – VOLK K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 1987.
- BONDI A., *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Napoli, 1999.
- BONVECCHIO C., *Decisionismo. La dottrina politica di Carl Schmitt*, Milano, 1984.
- BORTOLIN C., *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano: nuovi scenari dopo il "caso Dorigo" e gli interventi della Corte Costituzionale*, a cura di A. BALSAMO - R.E. KOSTORIS, Torino, 2008.
- BOUCHERON J., *"Provocation"*, voce in *Rep. Dr. Pèn. Proc. pèn.*, ed. XII, vol. V, 1969, 9 ss.
- BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art.25, commi II e III, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Questione Giustizia*, 1980, 229, ora in ID., *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Tomo II, Milano, 1997.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, voce in *Nss. D.I.*, vol. XIX, Torino, 1973.
- BUSA E., *Saggio di una teoria generale del reato*, Torino, 1884.
- BUSCEMA L., *Lo stato di emergenza e la (irrinunciabile) saldezza dei valori di libertà in un ordinamento democratico*, in *Democrazia e Sicurezza- Democracy and Security Review*, anno VII, n. 1/ 2017, p. 59 e ss.
- CADOPPI A. - VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, PG, Padova, 2002.
- CAGLI S., *Condotta della vittima ed analisi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1150.
- CAIANIELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.* n. 3-4/2014, 143 ss.

CAIANIELLO M., *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *Cass. pen.*, n. 6/2018, 2197 ss.

CAIANIELLO M., *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, n. 3/2015, 1 ss.

CALIFANO E., *L'agente provocatore*, in *Foro pen.*, 1956, 408.

CALIFANO E., *L'agente provocatore*, Milano, 1964.

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

CAMPANALE A.M., *L'eccezione come regola: paradosso di una identificazione*, in *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, vol. V, n. 1/2008.

CANESTRARI S. - FAENZA F., *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, 73 ss.

CANESTRARI S., *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 2159 ss.

CANGUILHEM G., *Il normale e il patologico*, Torino, 1998.

CANTERA ORTIZ DE URBINA J., *Diccionario Akal del Refranero Latino*, Madrid, Akal, 2005, p. 80.

CANTONE R., *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 10/2018, 1 ss.

CAPPELLINI P. - CARDONE A., *Le sorti dell'eccezione nell'esperienza costituzionale italiana. Stato democratico pluralista e poteri extra ordinem*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, a cura A. RUGGERI, Torino, 2016, p. 399.

- CARETTI P. – DE SIERVO U., *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 2008.
- CARLASSARE L., *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in A.A. V.V. *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., p. 479.
- CARNELUTTI F., *Forma del delitto di alienazione di oggetti preziosi*, in *Foro it.*, 1942, vol. II, 61.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, III ed., Lucca, 1869 - 1873.
- CASELLI G. – GARAVELLI M., *Gli acquisti simulati di droga*, in AA. VV., *Il testo unico della legge sugli stupefacenti*, cit., p. 167.
- CASERTA M., *La decisione sovrana, Potere ed autorità fra Thomas Hobbes e Carl Schmitt*, Torino, 1996.
- CASSIA A., *Rapporto di causalità e concorso di persone nel reato*, Roma, 1968.
- CASSIBBA F., *L'espansione delle operazioni sotto copertura*, in *La c.d. Legge Spazzacorrotti. Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, a cura di C. IASEVOLI, Bari, 2019.
- CASTALDO A., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989.
- CASTALDO A., *La teoria dell'aumento del rischio e l'illecito colposo*, in *Studi Urbinati*, 1985-86/1986-87/19878-88, 127 ss.
- CASTALDO A., *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*1987, 881.
- CASTRUCCI E., *Introduzione alla filosofia del diritto pubblico di Carl Schmitt*, Torino, 1991.
- CAVALIERE A., *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi dell'associazione per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003.

CAVALIERE A., *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo della teoria del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI-C. PALIERO, vol. II, Milano, 2006.

CELOTTO A., *L'abuso del decreto-legge*, Padova, 1997.

CELOTTO A., *Necessitat non habem legem?*, Modena, 2020.

CERQUOZZI F., *“Stato d'emergenza” e Costituzione*, in www.iusinitinere.it del 26.3.2020, 4 e ss.

CHERCHI B., *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 1981, 1108 e ss.

CHIAVARIO M., *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Torino, 2007.

CHINNI D., *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli, 2014.

CIAURRO L., *Decreto legge*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 1988, 1.

CINGARI F., *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto “integrato”*, Torino, 2012.

CINGARI F., *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, in *Leg. pen.*, 1 agosto 2019.

CISTERNA A., *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, in *Guida dir.*, n. 17/2006, 78 ss.

CIVELLO G., voce *Autoresponsabilità*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, ed. VIII, Torino, 2016.

COCO P., *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli, 2008.

COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

COLESANTI V., Voce *Eccezione*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XIV, Milano, pp. 172-204.

COLONNA F., *Stato di pericolo pubblico e sospensione dei diritti di libertà dei cittadini*, in *Dem. e Dir.*, 263 e ss.

COLQUITT J.A., *Rethinking entrapment*, in *Ann. Crim. L. Rev.*, 2004, 1389 ss.

COMAZZETTO G., *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *biodiritto.org*, del 20.3.2020, 1.

CONSO G.– GREVI V., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1990.

CONSULICH F., *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, in *Sist. pen.*, 21 novembre 2019, 1 ss.

CONSULICH F., *Lo statuto penale delle scriminanti: principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Milano, 2018.

CONTENTO G., *Corso di diritto penale*, II, ed. III, Roma-Bari, 1996.

CONTI C., *L'inutilizzabilità*, in AA. VV., *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, cit., p. 106 ss.

CORCOY BIRASOLO M., *Imputación "objetiva" en el delito imprudente*, in *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, XXVI, 33 ss.

CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004.

CORNACCHIA L., *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in AA. VV., *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, cit., p. 199.

CRAMER P. – HEINE G., *sub par. 26, Rdn. 1-2 ss.*, in, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26, A. SCHÖNKE – H. SHRÖDER, Auflage, Munchen, 2001.

CRESPI A. - STELLA F. - ZUCCALÀ G., *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1986.

- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984.
- CRIVELLARI G., *Il codice penale per il regno d'Italia*, vol. IV, Torino, 1892.
- CUPELLI C., *I confini di liceità dell'agevolazione al suicidio e il ruolo del legislatore. Brevi note a margine della nuova sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby*, in www.sistemapenale.it del 3.08.2020, 1 ss.
- CURI U., *Il farmaco della democrazia. Alle radici della politica*, Milano, 2003.
- CURTOTTI D., *Operazioni sotto copertura*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di B. ROMANO, Torino, 2015, pp. 447-448.
- D'AGOSTINO F., *Tirannide*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 546.
- D'AMICO M.E., *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in www.osservatorioaic.it, n. 1/2020, 1 ss.
- DANIELE M., *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in *L'Ordine Europeo di indagine penale*, a cura di M. DANIELE - R. KORTIS, Torino, 2018.
- DANIELE M., *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, n. 7-8/2017, 208 ss.
- DANIELE M., *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 4/2015, 86 ss.
- DANIELE M., *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, Cedu e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, n. 4/2016, 51 ss.
- DANIELE M., *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009.
- DAVIGO P., *Il sistema della corruzione*, Roma-Bari, 2017.
- DE FLAMMINEIS S., *Reato associativo e concorso di persone tra teoria e prassi: il caso del concorso nel reato continuato*, in *Sistema penale*, n. 3/2022, 77 ss.

DE FRANCESCO G., *Il concorso di persone nel reato*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 328.

DE FRANCESCO G., *Sulle scriminanti*, in *Studium Iuris*, 2000, 270 ss.

DE FRANCESCO G.A., *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, p. 37 ss.

DE GIOVANNI B., *Elogio della sovranità politica*, Napoli, 2015, p. 1 ss.

DE MAGLIE C., *Gli infiltrati nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 1993, 1062 ss.

DE MAGLIE C., *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Milano, 1991.

DE MAGLIE C., *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 271.

DE MAGLIE C., *Società multiculturali e scriminanti*, in *Il penale nella società dei diritti*, a cura di M. DONINI - R. ORLANDI, Bologna, 2010.

DE MAGLIE C., *Teoria e prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1987, 953.

DE MARSICO A., *Il reato apparente e l'apparenza nella teoria del reato*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, vol. I, Milano, 1952.

DE MINICO G., *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016.

DE SALVIA M., *Principali orientamenti giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritto penale*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 2000, 35.

DE VERGOTTINI G., *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza. In margine al pensiero di Costantino Mortati*, in *Diritto e società*, n. 2/1994, 229.

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*, n. 4/2019, 963 ss.

DEL CORSO S., *Art. 12 quater d.l. 8/6/1992 n. 306 (antimafia)*, in *Leg. pen.*, 1993, 153.

del processo penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1999 ss.

DEL TUFO V., *Profili critici della vittimo-dommatica*, Napoli, 1990.

DELL'ANDRO R., *Agente provocatore*, voce in *Enc. Dir.*, vol. I, Milano, 1958, 864.

DELL'ANDRO R., *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano 1956.

DELLA MONICA G., *Il traffico di sostanze stupefacenti: problematiche connesse alla nuova legislazione*, in *Corso di aggiornamento sulle tecniche di indagine "Giovanni Falcone"*, Vol. III, *Tecniche di investigazione su particolari figure di reato*, Quaderni del C.S.M., febbraio 1993, II suppl., n. 61, p. 262.

DELOGU T., *La responsabilità dell'agente provocatore*, in *Studi sassaresi*, Sassari, 1938.

DI BUGNO C., *Commento all'art. 14 legge 269/1998*, in *Leg. Pen.*, n. 1/1999, 151.

DI GENNARO G. - LA GRECA G., *La questione droga. Diffusione del consumo e strategie del contrasto*, Milano, 1999.

DI GIOVINE A., *Guerra e democrazia*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur*, vol. XVI, 2003.

DI GIOVINE O., *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino 2003.

DI GIOVINE O., *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 634 ss.

DI MARTINO A., *Concorso di persone*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO e C.E. PALIERO, vol. II, *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G.A. DE FRANCESCO, Torino, 2011.

DI PAOLA F., *Il trattamento sanitario lecito di fine vita: teoria e prassi nell'esercizio di "diritti infelici"*, in www.filodiritto.com, n. 2/2021, 65.

DINACCI F.R., *L'agente sotto copertura e i reati contro la pubblica amministrazione: nuovi difetti e vecchi vizi*, in *Arch. Pen.*, n. 1/2020, 11.

DOLCINI E., *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 790.

DONINI E., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.

DONINI M., *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2009, 1646 ss.

DONINI M., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, n. 2/2016, 731 ss.

DONINI M., *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 906 ss.

DONINI M., *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, in *La riforma del codice penale. La parte generale*, a cura di C. DE MAGLIE - S. SEMINARA, Milano 2002, p. 154.

DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.

DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 62.

DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006.

DONINI M., *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 179 ss.

DONINI M., *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1119.

DONINI M., *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in www.sistemapenale.it del 10.02.2020.

DOPFFEL P., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateurs*, Truttgart, 1899.

DUBOLINO P. - DUBOLINO C., *Codice delle leggi penali speciali, Commento ad art. 9, l. 16 marzo 2006, n. 146*, Piacenza, 2014.

ENGISCH K., *Beiträge zur Rechtslehre*, Frankfurt a.M., 1984.

ENGISCH K., *Der rechtsfreie Raum*, In: *ZStaatW* 108 (1952).

ENGISCH K., *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931.

ENGISCH K., *Vom Weltbild des Juristen*, ed. II, Heidelberg, 1965.

EPIDENDIO T., *Il diritto nello "stato di eccezione" ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*, in www.giustiziainsieme.it del 30.3.2020, 1.

ESPOSITO C., *Decreti - legge*, in *Diritto costituzionale vivente, Capo dello Stato e altri saggi*, Milano, 1992.

EYCK E., *Storia della Repubblica di Weimar (1918 – 1933)*, traduzione italiana, Torino, 1966.

FANCHIOTTI V., *Agente sotto copertura (diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, Annali VIII, Milano 2015, p. 1 ss..

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1990.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, ed. IV, Bologna, 2009.

- FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.
- FIANDACA G., voce *Causalità (rapporto di)*, *Dig. disc. pen.*, 2005, vol. II, 128.
- FINCKE M., *Arzneimittelpriifung. Strafbare Versuchsmethoden*, 1977, 60 ss.
- IORE C. – IORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008.
- IORE C., *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Torino, 1993.
- IORE C., *I “nuovi orizzonti” della giustificazione e il ruolo della dommatica*, in AA. VV. *Il penale nella società dei diritti*, cit., p. 327.
- IORE C., *Il reato impossibile*, Napoli, 1959.
- IORE C., *L’azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966.
- IORE C., *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXX, Milano 1981.
- IORELLA A., *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988.
- FLORA G. –MARANDOLA A., *La nuova disciplina dei delitti di corruzione: profili penali e processuali (L. 9 gennaio 2019, n. 3 c.d. "Spazzacorrotti")*, Pisa, 2019.
- FLORIAN E., *Parte generale del diritto penale*, in *Trattato di diritto penale*, Milano, 1934.
- FORNASARI G., *Antinomie giuridiche, norme di civiltà e l’ideologia dell’eccezione*, in AA. VV. *L’eccezione nel diritto. Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza*, cit., p. 427.
- FORNASARI G., *Il concorso di persone nel reato*, in *Percorsi europei di diritto penale*, a cura di G. FORNASARI - A. MENGHINI, Padova, 2005.
- FRAGASSO B., *L’estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte Edu, e dalle corti americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca*, in *Dir. pen. cont.*, 5.3.2019, 707 ss.

- FRESA C., *Le circostanze di necessità ed urgenza nella problematica del decreto legge*, in AA. VV., *Decreto legge e suoi aspetti problematici*, cit., pp. 68-69.
- FRESA C., *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, 1981.
- FROSALI R.A., *Sistema penale italiano*, III, Torino, 1958.
- GALANTINI N., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1990.
- GALLI L., *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, in *Giust. Pen.*, 1939, 190.
- GALLO M., *Il reato nel sistema degli illeciti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 794.
- GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957.
- GAMBARDELLA M., *Il grande assente nella "nuova legge spazza corrotti". Il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. Pen.*, n. 1/2019, 44 ss.
- GARAVELLI M., *Meccanismi processuali repressivi ed interventi preventivi nella nuova disciplina relativa agli stupefacenti*, in *Leg. pen.*, 1992, 189.
- GAROFALO L., *In tema di iustitium*, in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova, 2008.
- GAROFALO R., *Criminologia*, Torino, 1891.
- GATTA G.L., *Le direttive della procura di Roma e della procura di Napoli sulle operazioni sotto copertura, estese ai delitti contro la p.a., e sulla causa di non punibilità ex art. 323-ter c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, del 5.3.2019, 1 ss.
- GIMBERNAT E. - SCHUNEMANN B. - WOLTER J. (Hrsg.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, Heidelberg, 1995.

GIORDANO P., *Considerazioni in tema di eccezione, responsabilità, diritto*, in *Annali -Università degli Studi Suor Orsola Benincasa*, www.universitypress.unisob.na.it, ed. 2020, 445.

GIULIANI BALESTRINO U., *L'equivalenza non causale tra le condotte dei concorrenti nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 650.

GLASER J., *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, Tendler, Wien, 1858.

GÖSSEL K.H., *Probleme eine rein normativen Begriffs- und Systembildung, insbesondere in ihren Verhältnis zum Naturalismus in der Handlungslehre*, in *Festschrift für Küper*, Heidelberg, 2007.

GRANDE M., *Le attività di investigazione "sotto copertura" nel processo penale*, in *Ordines*, n. 2/2020, 167-168.

GRASSO G., *Pre-Art. 110*, in *Commentario sistematico del codice penale*, II, Artt. 85-149, ed. II, a cura di M. ROMANO – G. GRASSO, Milano, 1996.

GRIFANTINI F.M., voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. d. pen.*, vol. VII, Torino, 1993.

GROSS O., *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, in *112 Yale L. J.*, 2003, 1096 e ss.

GROSSO C.F., *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961.

GUERINI T., *Antimafia e anticorruzione nell'epoca del furore punitivo*, in *Arch. Pen.*, 3/2019, 2 ss.

GÜNTHER H.L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln, 1983.

GUSFIELD J.R., *Moral Passage, the Symbolic Process in Public Designation of Deviance*, in *Social Problems*, 1967, 175.

GUSFIELD J.R., *Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement*, Urbana, 1963.

HABERMAS J., *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, in *Humanitas*, n. 2/2004, 239 ss.

HASSEMER W., *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Gegenrede. Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz*, a cura di H. DAUBLER-GMELIN, K. KINKEL, H. MEYER, H. SIMON, Baden 1994.

HEGEL G.W.F., *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. di F. MESSINEO, Bari, 1971.

HELPER M., *Il concorso di più persone nel reato. Problemi aperti del sistema unitario italiano*, Torino, 2013.

HELLER H., *Die Gleichheit in der Verhältnisswahl nach der Weimarer Verfassung*, Berlin, 1929.

HILGENDORF E., *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft*, Berlin, 1993.

HIPPEL R.V., *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen*, ZStW 42, 1930, 528 ss.

HIRSCH H.J., *Strafrecht und rechtsfreier Raum*, in *Fest. Bockelmann*, Beck, München, 1979.

HOFER W., *Il nazionalsocialismo. Documenti raccolti e commentati*, Milano 1964.

HUBER M., *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Berlin, 2004.

HUSAK D.N., *On the Supposed Priority of Justification to Excuse*, in *Law and Philosophy*, 2005, 568.

IBACH V., *Die Anstiftung*, Breslau, 1912.

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.* del 5.03.2019, 1.

ILLUMINATI G., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2010, 521 ss.

IMPARATO E.A., *Lo stato d'eccezione e forme normative nell'ordinamento italiano tra stato di diritto e sindacato di conformità*, in *Consulta online*, in *Riv. dir. e Giust. Cost.*, del 22.6.2020.

INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986.

JAKOBS G., *Bemerkungen zur objektiven Zurechnung*, in *Fest. Hirsch*, Berlin-New York, 1999.

JAKOBS G., *Studien zum fahrlässigen Delikt*, Berlin-New York, 1972.

JESCHECK H.H. - WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts, AT5*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

KAHLO M., *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1990.

KAUFMANN A., *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, in, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 5. Aufl., a cura di A. KAUFMANN – W. HASSEMER, Heidelberg, 1989.

KAUFMANN A., *Rechtsfreier Raum und eigenwortliche Entscheidung*, in *Festschrift für Maurach*, Karlsruhe, 1972.

KAUFMANN A., *Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmässig oder was?*, in *JZ* 1992, 981 ss.

KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. TREVES, Torino, 1967.

KELSEN H., *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, (1944), trad. it. a cura di S. COTTA e G. TREVES, Milano, 1984.

KERVÉGAN J., *État d'exception*, in *Dictionnaire de philosophie politique*, a cura di P. REYANOUD - S. RIALS, PUF, Parigi, 1996.

KNEALE W.C., *Le normal et le normatif*, in *Archives de philosophie*, 32, 1969, 548.

KOSTORIS R., *L'attuazione italiana dell'ordine investigativo europeo*, in *Processo penale e paradigmi europei*, Torino, 2018.

KUHLEN L., *Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte*, in *NStZ*, 1990, 566.

LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Vendôme, 1962.

LATAGLIATA A.R., *I principi del concorso di persone nel reato*, II ed., Napoli.

LEO G., *Limiti all'utilizzabilità delle prove*, in *Dir. pen. proc.*, n. 6/2009, 712.

LOEWENHEIM K., *Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Rechte*, Breslau, 1897.

LONGOBARDO C., *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli-Roma, 2011.

LONGOBARDO C., *Sui rapporti tra causalità ed imputazione obiettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, 676.

LUPÁRIA L., *Los veinticinco años del proceso penal italiano y las tendencias de reforma en Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 17.11.2014, 9 ss.

MAIWALD M., *Causalità e diritto penale. Studio sul rapporto tra scienze naturali e scienza del diritto*, Milano, 1999.

MALINCONICO C., *Il principio di proporzionalità in Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, atti del 47° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2002.

MALINVERNI A., (voce) *Agente provocatore*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, I, 1957, 396.

MANES V., *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, n. 3/2017, 955 ss.

MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, n. 3/2012, 846.

MANICCIA A., *Considerazioni sul ricorso alle operazioni sotto copertura ed alla controversa figura dell'agente provocatore nella lotta al fenomeno corruttivo*, in *Principi generali del diritto, diritti fondamentali e tutela giurisdizionale: nuove questioni*, a cura di L. DANIELE e A. BURATTI, Milano, 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.*, n. 2/2017, 786.

MANICCIA A., *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: i tratti confusi della riforma anticorruzione*, in *Cass. Pen.*, nn. 5-6/2019, 2371.

MANNA A., *L'antigiuridicità*, in *Trattato di diritto penale - Parte generale Vol. II: Il reato*, a cura di A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA, Torino, 2013.

MANNOZZI G., *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1219 ss.

MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, ed. IV, Padova, 2001.

MANTOVANI M., *Autorizzazioni e cause di giustificazione*, in AA. VV., *Il penale nella società dei diritti*, cit., p. 185 ss.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, ed. II, Torino, 1920.

- MARAZZITA G., *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003.
- MARCENÒ V., *L'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato: comprendere per (valutare se) giustificare*, in *Giur. cost.*, n. 2/2019, 1217 ss.
- MARCHI I., *Stato di eccezione, istanze securitarie e diritto penale*, in AA. VV. *L'eccezione nel diritto. Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza*, cit., p. 5.
- MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2002.
- MARINUCCI G., *Agire lecito in base ad un giudizio "ex ante"*, in AA. VV. *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 1089 ss.
- MARINUCCI G., *Cause di giustificazione*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. II, Torino 1988, 137.
- MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico criminali*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 194 ss.
- MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.
- MARINUCCI G., *Non c'è dolo senza colpa. "Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 3 ss.
- MASIERO A.F., *L'agente sotto copertura in materia di delitti contro la pubblica amministrazione: una (in)attesa riforma. Note a margine della legge "spazzacorrotti"*, in www.lalegislationepenale.eu, 8.4.2019, 1.
- MASIERO A.F., *Profili sostanziali delle operazioni sotto copertura in materia di criminalità organizzata: prospettive nazionali ed europee*, in www.lalegislationepenale.eu del 28.9.2018, 5 ss.
- MASULLO M.N., *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2019, 1283.

- MEINECKE F., *L'idea della ragion di Stato nella storia moderna*, Milano, 1970.
- MEINECKE F., *L'idea della ragion di Stato nella storia moderna*, Milano, 1970.
- MELILLO G. - MOTTA C., *Linee di una possibile evoluzione normativa della figura dell'agente provocatore*, in *Arch. nuov. proc. pen.*, 2001, 132 ss.
- MEZGER E., *Strafrecht. Ein lehrbuch*, II ed., Berlin – München, 1949.
- MIELE G., *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1936, 425 e ss.
- MILELLA L., *Agenti provocatori indispensabili nell'Italia corrotta*, in www.repubblica.it del 23.02.2018.
- MINNA R. – SARDO A.S., *Agente provocatore: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003.
- MIR PUIG S., *Die «ex ante» Betrachtung im Strafrecht, Festschrift für Jescheck*, I, 1985, 339 ss.
- MOCCIA S., *Contributo ad uno studio sulla teoria penale di G.W.F. HEGEL*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1984, 131 ss.
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.
- MOCCIA S., *Il dover essere della premialità*, in AA. VV., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, cit., p. 203 ss.
- MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997.
- MOCCIA S., *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.
- MOCCIA S., *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXII Roma, 1990.

MODUGNO F., *Riflessioni interlocutorie sulle conseguenze della trasformazione del decreto-legge*, in *Scritti in memoria di Piras*, Milano, 1996.

MONACO L., *La riforma dell'art. 110 del codice penale italiano. Spunti introduttivi*, in *Problemi generali di diritto penale*, a cura di G. VASSALLI, Milano, 1982.

MONGILLO V., *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. Pen. cont.*, n. 5/2019, 309.

MONTON GARCIA M.L., *Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos*, in *La Ley*, 1999, 178 ss.

MORMANDO V., *L'istigazione: i problemi generali delle fattispecie ed i rapporti con il tentativo*, Padova, 1995.

MORRONE A., *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, a cura di A. VIGNUDELLI, Milano, 2009.

MORSELLI E., *Analogia e fattispecie penale*, in *Ind. pen.*, 1990, 511 ss.

MORSELLI E., *Note critiche sulla normativa del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 415 ss.

MORTATI C., *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962.

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 1975-76.

MOTZO G., *Assedio (stato di)*, in *Enc. Dir.*, vol. III, Milano, 1958, 260

MUSTI D., *Storia greca*, Bari-Roma, 1997.

NATALINI A., *Inedita scriminante procedurale applicabile in futuro*, in *GD*, 2020, 67 ss.

NEGRI D., *Il processo penale come scriminante*, in AA. VV., *Il penale della società dei diritti*, cit., 199 ss.

NEPPI MODONA G., *Il reato impossibile*, Milano, 1965.

NEPPI MODONA G., *Legislazione di emergenza e istituzioni parallele nell'ordinamento penale*, in *Riv. di Storia contemp.*, vol. VIII, n. 1/1979, 89.

NEPPI MODONA G., *Reato impossibile*, in *Nss. D.I.*, vol. XIV, Torino, 1967.

NICOTRA I.A., *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino, 2018.

NICOTRA I.A., *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Riv. Ass. it. Cost.*, n. 1/2021, 112.

PADOVANI T., *Diritto penale*, V ed., Milano 1999.

PADOVANI T., *Diritto penale*, XII ed., Milano, 2019.

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

PAGLIARO A., *“Imputazione obiettiva dell’evento”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/1999, 779 ss.

PAGLIARO A., *Il fatto di reato*, Palermo, 1960.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, Parte generale*, IV ed., Milano, 1993.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, Parte generale*, VII ed., Milano, 2000.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, III ed., Milano, 1987.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Milano, 2003.

PALAZZO F., *Consumo e traffico degli stupefacenti. Profili penali*, Padova, 1994.

PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, II ed., Torino 2006.

PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Torino, 2016.

PALAZZO F., *Costituzione e scriminanti*, in *RIDPP*, 2009, 1054 ss.

PALAZZO F., *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2019, 10.

PALAZZO F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999.

PALIERO E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, 478 ss.

PALIERO C.E., *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, in *Riv. it. dir proc. pen.*, 2016, 1185 ss.

PAULESU P.P., *Le operazioni sotto copertura*, in *L’ordine europeo di indagine penale*, a cura di M. DANIELE - R. KOSTORIS, Torino, 2018.

PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952.

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

PERASSI T., *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1958.

PEREZ ARROYO M.R., *La provocation de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto*, in *La Ley*, 2000, 1789 ss.

PERSICHETTI P., *La giudiziariazione della eccezione*, in *Interventi*, www.insorgenze.net del 7.2.2009, 1 e ss.

PETRAGNATI GELOSI G., *Le disposizioni in materia di agente provocatore nel quadro del d.l n. 306 del 1992 convertito nella l.n. 356/1992*, in *Mafia e criminalità organizzata*, coord. da P. CORSO – G. INSOLERA – L. STORTONI, Torino, 1995.

PIATTOLI B., *Agenti provocatori, indagini “undercover” e diritto alla prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di internazionalizzazione*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5/2013, 561 ss.

PIAZZA M., *L’illegittima “sospensione della costituzione” prevista nel cosiddetto c.d. “Piano Solo”* in *Giur. Cost.*, 2001, 804.

PICIOCCHI C., *Alcune considerazioni a margine. Tra eccezioni, dissonanze ed armonia*, in A.A. V.V. *L'eccezione nel diritto*, cit., p. 257.

PINNA P., *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988.

PINO G., *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion Pratica*, n. 2/2014, 541 ss.

PISTORELLI L., *Intercettazioni preventive ad ampio raggio ma inutilizzabili nel procedimento penale*, in *Guida dir.*, 2001, 42.

PIVA D., *Le sfide del DDL anticorruzione: effettività, proporzione e rieducazione all'insegna del "chi sbaglia paga, l'onestà conviene"*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018.

PLATE H., *Zur Strafbarkeit des agent provocateur*, ZSTW, 1972, 294.

POPP A., *Patientenverfügung, mutmaßliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2006, vol. 118, 639 ss.

PRETEROSSO G., *Carl Schmitt e la tradizione giuridica moderna*, Roma-Bari, 1996.

PRIESTER J.M., *Rechtsfreier Raum und strafloser Schwangerschaftsabbruch*, in AA. VV., *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, cit., p. 499 ss.

PULITANÒ D., *Coazione a fin di bene e cause di giustificazione*, in *Foro it.* 1985, II, 445.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, IV ed., Torino, 2011.

PULITANÒ D., *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 ss.

PULITANÒ D., *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 3/2019, 235 ss.

PULITANO' D., *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *Sistema Penale* 2020, 7 ss.

PULITANO' D., *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *RIDPP* 2005, 962 ss.

PUPPE I., *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht, dargestellt an Beispielsfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, Baden, 2000.

RAMPIONI R., *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 574 ss.

RAZZANO G., *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, vol. IV, Napoli, 2008.

REDAELLI E., *Legge ed eccezione. Benjamin, Schmitt e il fondamento del diritto*, in *Nóema - Rivista online di filosofia*, n. 7-2/2016, 1 ss.

RESCIGNO G.U., *Corso di Diritto pubblico*, Bologna, 1984.

RESCIGNO G.U., *Democrazia autoritaria, diritti di libertà, progetto proletario*, in *Critica del dir.*, n. 10-11/1977, 161 ss.

RESTA F., *Vecchie e nuove schiavitù. Dalla tratta allo sfruttamento sessuale*, Milano, 2008.

RICCIO G., *Emergenza*, in AA. VV., *Dizionario di diritto e procedura penale*, cit., p. 281.

RICCIO G., *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli, 1982.

RIMOLI F., *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2007, 2 ss.

RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001.

RISICATO L., *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007.

RIZ R., *Lineamenti di diritto penale, Parte generale*, Padova, 2012.

ROBLEDA O., *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, II ed., Roma, 1979.

ROMANO M. –GRASSO L. –PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, artt. 85-149, Milano, 2012.

ROMANO M., *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della corte costituzionale)*, in www.sistemapenale.it, 8.1.2020, 9 ss.

ROMANO M., *Cause di giustificazioni procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2007, 1269 ss.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, artt. 1-84, Milano, 2004.

ROMANO S., *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, 1909, ora in Id., *Scritti minori*, a cura di G. ZANOBINI, vol. I, 1950, rist. 1990.

ROSENFELD M., *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica*, Bologna, 2000.

ROSSITER C.L., *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Read Books, Routledge, London, 2013.

ROXIN C., *Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, in *Radius*, vol. III, 1966, 37.

ROXIN C., *Friminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1. Aufl., Berlin-New York 1970, trad.it. a cura di S. MOCCIA *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1986.

ROXIN C., *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, *Festschrift für Honig*, 1970, 133 ss.

ROXIN C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1931, trad.it. a cura di S. MOCCIA, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1988.

ROXIN C., *La problematica dell'imputazione oggettiva*, in *Studi di scienze penalistiche integrate, Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. MOCCIA, vol. V, Napoli, 2009.

ROXIN C., *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW*, 1962, 74 ss.

ROXIN C., *Problemi fondamentali di teoria dell'illecito*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, trad. it. a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1996.

ROXIN C., *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973.

ROXIN C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Aufbau der Verbrechenslehre*, III ed., München, 1997.

ROXIN C., *Strafrecht, AT, B. I4*, Beck, München, 2006.

ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003.

ROXIN C., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, *ZStW*, 1973, 168 ss.

ROXIN C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin-New York, 2000.

ROXIN C., *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, in *Festschrift Gallas*, a cura di K. LACKNER, H. LEFERENZ, E. SCHMIDT, J. WELP, E.A. WOLFF, Berlin-New York, 1973.

RUGGIERO G., *Gli elementi normativi della fattispecie penale, I, Lineamenti generali*, Napoli, 1965.

SALAMA M., *L'agente provocatore*, Milano, 1965.

SALTELLI C. - ROMANO DI FALCO E., *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, vol. V, Torino, 1931.

SAMSON E., *Die Kausalität der Beihilfe*, in *Peters FS*, Tübingen, 1974.

SAMSON E., *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht: zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, Frankfurt am Main, 1972.

SANCINETTI M.A., *Principio della diminuzione del rischio versus rilevanza del disvalore d'evento nella teoria dell'illecito*, in *Ind. pen.*, 2008, 392 ss.

SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.

SANTAMARIA D., *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, ora in *ID.*, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1996.

SAVARINO A., *Extremis malis, extrema remedia: l'infiltrazione investigativa quale forma di esercizio autorizzato di poteri coercitivi, in funzione di contrasto della corruzione*, in *Leg. pen.*, 29.10.2020, 14 ss.

SBRICCOLI M., *Crimen laesae maiestatis: il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974.

SBRICCOLI M., *Dissenso politico e diritto in Italia tra otto e novecento. Il problema dei reati politici dal 'Programma' di Carrara al 'Trattato' di Manzini*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. II, 1973.

SBRICCOLI M., *Il diritto penale sociale, 1883 - 1912*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. III-IV, 1974-75.

SCAGLIONE A., *Le attività investigative speciali della polizia giudiziaria previste dalla legge 16 marzo 2006 n. 146*, in *Studi in onore di M. Pisani*, Piacenza, 2010.

SCEVI P., *Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione*, in *Arch. Pen.*, n. 1/2019, 15 ss.

SCHIAFFO F., *Istigazione e ordine pubblico. Tecnicismo giuridico ed elaborazione teleologica nell'interpretazione delle fattispecie*, Napoli, 2004.

SCHIAFFO F., *Le situazioni quasi scriminanti nella sistematica teleologica del reato: contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998.

SCHIAFFO F., *Stato d'eccezione, diritti umani e sistema penale: la politica criminale negli "assiomi oscuri" dell'ordinamento costituzionale*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2002.

SCHMITT C., *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it., a cura di A. CARACCILO, Milano, 1984.

SCHMITT C., *La dittatura: dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma-Bari, 1975.

SCHMITT C., *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in *Le categorie del politico*, a cura di G. MIGLIO-P. SCHIERA, Bologna, 1972.

SCHNEIDER P., *Ausnahmezustand und Norm. Eine Studie zur Rechtslehre von Carl Schmitt*, Stuttgart 1957.

SCHÖNKE A. –SHRÖDER H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, Munchen, 2001.

SCHWANDER P., *Die Gefiihrdung als Tatbestandsmerkmal im Schweiz. StGB*, *SchwZStr*, 1951, 450 ss.

SEMINARA S., *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1121 ss.

SEMINARA S., *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987.

SERENI A., *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000.

SESSA A., *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*, Napoli, 2006.

SESSA A., *La fisiologica sistematicità dell'emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale penale compulsivo*, in *Ind. pen.*, n. 3/2016, 785 ss.

SESSA A., *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, 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.*, 2/2020, 2 ss.

SESSA A., *Strutture ed opzioni di valore: il diritto penale "inedito" tra nomofilachia delle norme ed utopia dinamica*, in *Cass. Pen.*, n. 2/2021, 749 ss.

SESSA A., *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da S. MOCCIA, vol. V, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Napoli, 2007.

SIEGHART M.A., *Government by decree*, New York, 1950.

SIGNORATO S., *"Le misure di contrasto in rete al terrorismo"* in *"Il nuovo pacchetto anti terrorismo"* a cura di R.E. KOSTORIS - F. VIGANO', Torino, 2015.

SINGEWALD H., *Der Agent provocateur*, Breslau, 1908.

SINISCALCHI G., *Figure di norma e normalità*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale / Theory and Criticism of Social Regulation*, in <https://mimesisjournals.com>, 1 ss.

SOTIS C. - PULITANÒ D. - BONINI S. - GUERINI T. - INSOLERA G. - SESSA A. - MANNA A. - RISICATO L. - MAZZACUVA N., *La società punitiva*.

Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista, in www.dirittopenalecontemporano.it del 21.12.2016, 1 ss..

SPIGARELLI V., *L'impiego della polizia giudiziaria e le attività sotto copertura*, in *Terrorismo internazionale: modifiche al sistema penale e nuovi strumenti di prevenzione*, a cura di E. ROSI, S. SCOPELLITI, Milano, 2006.

STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003.

STELLA F., *La "descrizione" dell'evento, I, L'offesa - Il nesso causale*, Milano, 1970.

STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale del diritto penale*, Milano, 2000.

STORTONI L., *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981.

STRATENWERTH G., *Der Agent provocateur*, MDR, 1953, 720 ss.

STUAR MILL J., *A System of Logic ratiocinative and inductive*, 1843, trad. it. *Sistema di logica raziocinativa ed induttiva*, Roma, 1956.

SUMMERER K., *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013.

SUTERA SARDO A., *Una nuova ipotesi di "acquisto simulato"*, in *Dir. pen. proc.*, n. 11/2000, 1522 ss.

TORRENTE A., *Voce Eccezione*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XIV, Milano, 1965.

TROISI P., *Operazioni digitali sotto copertura*, in *Le indagini atipiche*, a cura di A. SCALFATI, Torino, 2019.

TRONCONE P., *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Napoli, 2001.

UBERTIS G., *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen.*, 2/2017, 391 ss.

UBERTIS G., *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Milano, 2017.

VALLINI A., *Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove: spunti dalla giurisprudenza della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it, del 31.5.2011, 1 ss.

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, 197 ss.

VANNUCCI A., *Come cambia la corruzione in Italia: pulviscolare, sistemica, organizzata*, in *Atlante delle mafie*, cura di E. CICONTE - F. FORGIONE - I. SALES, vol. V, Soveria Mannelli, 2017.

VENTURA N., *Commento all’art. 97 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309*, in *Codice di procedura penale commentato*, Tomo III, a cura di A. GIARDA e G. SPANGHER, Assago, 2017.

VICOLI D. - BIRAL M., *La disciplina delle indagini sotto copertura tra esigenze di accertamento e limiti di utilizzabilità*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, cit., p. 666.

VIGNALE L., (voce) *Agente provocatore*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1987, I, 65 ss.

VIGNALE L., *Ai confini della tipicità: l’identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1358 ss.

VIOLANTE L., (voce) *Istigazione* (nozioni generali), in *Enc. dir.*, 1972, XXII, 993.

VIPIANA M.P., *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Milano, 1993.

WELZEL H., *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStW*, 1939, 499 ss.

ZACCHÈ F., *La libertà personale tra diritti della persona e nuove sfide* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1999 ss.

ZUCCALA' G., *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961.