

## QUESITI

---

**PAOLA SCEVI**

### **Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione**

La lotta al fenomeno della corruzione è questione sempre attuale e centrale, con la quale non si può prescindere dal continuare a misurarsi, anche in ragione delle evoluzioni del quadro normativo di riferimento, da ultimo con il prospettato intervento legislativo di riforma. L'accostamento sanzionatorio di fatti caratterizzati da dimensioni offensive chiaramente differenti, così come l'inasprimento delle pene, appalesa l'apprensione del legislatore nella ricerca di una risposta repressiva ai fenomeni corruttivi che si è tradotta in un uso distorto della funzione simbolica della minaccia penale. In una situazione così complessa si inserisce la questione dell'uso dell'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione. Dopo aver tracciato un quadro del sistema di disciplina, utile pure a prospettare una efficace strategia di lotta, la riflessione si appunta sulle possibili criticità connesse all'utilizzo dell'agente sotto copertura.

*The fight against corruption has always been a current and actual issue which certainly needs to be faced constantly even in view of the evolution of the legal framework and the last new measures of reform.*

*The punitive juxtaposition of facts characterized by clearly different offensive dimensions, as well as the tightening of punishment, witnesses the concern of the legislator looking for a repressive solution against the issues of corruption which resulted in a distorting use of the symbolic function of the criminal threat. In such complex situation, the use of the undercover agent has been introduced as means of detection to persecute corruption. Once assembling the framework of the system of discipline, also useful to give a perspective of a successful strategy against the phenomenon, the discussion focuses on the potential criticisms related to the use of the undercover agent.*

**SOMMARIO:** 1. Caratteri peculiari dei fenomeni corruttivi. Un quadro d'insieme. - 2. Un nuovo strumento di accertamento dei reati di corruzione: l'agente sotto copertura. - 3. L'evoluzione della strategia di contrasto ai fenomeni corruttivi in Italia. - 4. Gli evanescenti confini tra corruzione, concussione ed induzione indebita. - 5. La corruzione per l'esercizio della funzione. - 6. Il traffico di influenze illecite. - 7. La corruzione tra privati. - 8. L'agente sotto copertura: punti di attenzione e potenziali criticità. - 9. Considerazioni conclusive.

#### **1. Caratteri peculiari dei fenomeni corruttivi. Un quadro d'insieme**

Il fenomeno della corruzione ha evidenziato nel tempo un mutamento di fisionomia.

La corruzione<sup>1</sup> ha invece subito una metamorfosi divenendo 'sistema', ossia

---

<sup>1</sup> Sul tema della corruzione, oltre alla manualistica, in particolare CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione, delitti di corruzione e cornice europea*, Bologna, 2015, e ai commentari, tra i quali in particolare M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Artt. 314-335-bis cod. pen. Commentario sistematico*, III, Milano, 2013, v.: FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 883 ss.; BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, Napoli, 2003; RAMPIONI, *I delitti di corruzione*, Padova, 2008; BORSARI (a cura di), *La corruzione a due anni dalla "Riforma Severino"*, Atti del Convegno di

prassi consolidata e strutturata, complesso ordito di relazioni e mercimoni illeciti diffuso nei diversi gruppi sociali<sup>2</sup>, che ha disvelato contiguità con la criminalità organizzata e con la criminalità economica. Talché, alla luce delle peculiarità criminologiche del fenomeno in Italia, da anni si è autorevolmente suggerita una modalità per fronteggiarlo che assuma quanto acquisito in materia di reati associativi<sup>3</sup>.

Sono noti gli impatti economico-sociali e ancor più sull'etica pubblica che la vastità e l'endemicità delle pratiche corruttive comportano<sup>4</sup>.

Oltre a dissipare risorse pubbliche e private, le pratiche corruttive ostacolano la valorizzazione del merito e la sana concorrenza, costituendo altresì un freno all'innovazione.

Sviluppandosi nella mancanza di trasparenza e nell'opacità, il meccanismo corruttivo implica comportamenti omertosi da parte dei soggetti coinvolti.

In prospettiva, le conseguenze più incisive del fenomeno sono di ordine intangibile, determinando una diminuita legittimazione dello Stato e un senso diffuso di disprezzo delle regole, in spregho al rispetto per i beni collettivi.

E proprio il significato etimologico del verbo *corrompere* - rompere ciò che dovrebbe rimanere integro - evoca l'adozione di comportamenti illegali e delittuosi, la violazione dell'integrità intrinseca al ruolo; diversamente dal significato del verbo *concutere*, evocativo dell'esercizio di una pressione indebita, quale è quella del pubblico agente che mediante violenza o minaccia costringe il privato a fornirgli indebite utilità; mentre il verbo *indurre* è evocativo della persuasione a fare qualche cosa.

Il differente significato dei verbi corrompere, concutere e indurre si disvela anche nella differente direzione lesiva delle pratiche corruttive. Nella corru-

---

Studi, Padova, 11 dicembre 2014, Padova, 2015; SEVERINO, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, in *questa Rivista*, 2016, 3, 635 ss.; SEMINARA, *Corruzione e anticorruzione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 9, 1125 ss.

<sup>2</sup> Cfr. FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, cit., 885. Sul carattere pervasivo e sistemico della corruzione nel nostro Paese, v. in particolare FORTI, *Unicità o ripetibilità della corruzione sistemica? Il ruolo della sanzione penale in una prevenzione «sostenibile» dei crimini politico-amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1069 ss., ed altresì DAVIGO, MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Bari, 2007, 264 ss. Più di recente, v. ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2013, 3, 134; SEVERINO, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, cit., 635.

<sup>3</sup> Cfr. FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, cit., 883.

<sup>4</sup> Una cospicua letteratura ha analizzato la questione, disvelando gli effetti deleteri del fenomeno corruttivo nel nostro Paese, v. per tutti, FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattuabilità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 476 ss.; ID. (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, Milano, 2003; SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen e proc.*, 2013, 1, 7.

zione, punendosi il compenso per l'esercizio della funzione o per il compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio, il bene offeso è costituito dal buon andamento della pubblica amministrazione nonché, in ordine ad accordi riguardanti atti contrari ai doveri d'ufficio, dalla sua imparzialità, entrambi considerati in chiave potenziale, giacché il reato si sostanzia nella mera violazione del dovere di non venalità del pubblico agente, mentre il compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio, qualora integri uno specifico reato, sarà punito autonomamente. Talché il nucleo di disvalore della corruzione si sostanzia nella strumentalizzazione privata del potere pubblico che si consuma già nel *pactum*.

Parimenti, nell'induzione indebita a dare o promettere utilità, punendosi l'accordo promosso dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio mediante un abuso della qualità o dei poteri e volto al compimento, dietro indebito compenso, di un atto comunque vantaggioso per il privato, gli interessi tutelati sono costituiti dal buon andamento e dall'imparzialità della pubblica amministrazione. E altresì la loro lesione si realizza sul piano del pericolo; il compimento dell'atto illecito, vantaggioso per il privato, renderà anche questi responsabile a titolo di concorso.

Diversamente nella concussione, punendosi il pubblico agente che costringe il privato a dargli o a promettergli indebitamente un'utilità, prefigurando in difetto un danno ingiusto, l'offesa riguarda, oltre che il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, anche la libertà di autodeterminazione della vittima.

Certo, nella concretezza dei rapporti interpersonali la distinzione tra corruzione, induzione e concussione si fonda su due criteri – psicologico e oggettivistico – destinati a combinarsi variamente, al punto da rendere scarsamente prevedibile la risposta giurisprudenziale<sup>5</sup>. Di più, il diverso disvalore di tali fattispecie criminose non trova corrispondenza nel relativo trattamento sanzionatorio.

---

<sup>5</sup> Ineludibile il riferimento a Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, Cifarelli, Maldera e a., in *Foro it.*, 2014, II, 517 ss., con note di DI PAOLA (543 ss.) e di FIANDACA, *Concussione e induzione indebita tra fatto e prova*, (551 ss.). Tra le letture v. in particolare: MANNA, *La differenza tra concussione per costrizione ed induzione indebita: riflessioni a margine del dispositivo delle Sezioni Unite*, in questa *Rivista online*, 2013, 3, 1 ss.; DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU. 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012*, in *Cass. pen.*, 2014, 5, 1482 ss.; GATTA, *La concussione riformata, tra diritto penale e processo. Note a margine di un'importante sentenza delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1566 ss.; MORRA, *Riflessioni sulla concussione alla luce della sentenza delle Sezioni unite*, in questa *Rivista online*, 2014, 1, 1 ss.; PISA, *Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 5, 568 ss.; SEMINARA, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite*, *ivi*, 563 ss.

Proprio l'accostamento sanzionatorio di fatti caratterizzati da dimensioni offensive chiaramente differenti, così come l'inasprimento delle pene, appalesa l'apprensione del legislatore nella ricerca di una risposta repressiva ai fenomeni corruttivi che si è tradotta in un uso distorto della funzione simbolica della minaccia penale. L'inasprimento delle pene minacciate, prassi ormai consolidata, accentua il profilo repressivo del sistema, in antitesi con gli insegnamenti di Beccaria circa commisurazione, prontezza e certezza della pena. Impostazione criticabile, specie a fronte di una casistica giurisprudenziale che disvela indirizzi proclivi a porre le pene applicate nella fascia bassa delle cornici edittali<sup>6</sup>.

Quel che va osservato è che la decisione di commettere tali reati, più che dalla gravità della pena, è condizionata dai vantaggi che ne possono conseguire e dalla probabilità di incorrere nella sanzione; aspetto, quest'ultimo, determinante in ordine alla capacità dissuasiva della pena.

## **2. Un nuovo strumento di accertamento dei reati di corruzione: l'agente sotto copertura**

In questo quadro particolarmente complesso si inserisce la questione dell'uso dell'agente infiltrato - che agisce 'sotto copertura' nell'ambito di una indagine giudiziaria - previsto dal disegno di legge n. 1189-B recante *Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione*, approvato in terza e definitiva lettura dalla Camera dei Deputati il 18 dicembre 2018<sup>7</sup>, che estende la disciplina delle operazioni sotto copertura anche ai delitti di corruzione, concussione, induzione indebita e traffico di influenze illecite, escludendo la punibilità degli ufficiali di polizia giudiziaria che, nel corso di specifiche operazioni e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine a tali delitti, corrispondono denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, promettono o danno denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerarlo (art. 6 d.d.l.).

---

<sup>6</sup> Cfr. PULITANO, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2012, suppl. n. 11, 11.

<sup>7</sup> Sulla riforma v.: GATTO, MANNA, *L'estate sta finendo...*, in questa *Rivista online*, 2018, 3; PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, *ivi*; GATTA, *Riforme della corruzione e della prescrizione del reato: il punto sulla situazione, in attesa dell'imminente approvazione definitiva*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); PELISSERO, *Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria*, in *Il quotidiano giuridico*; SPANGHER, *Il disegno di legge anticorruzione: si punta tutto sulle pene accessorie*, *ivi*.

Si tratta di un modello diverso da quello dell'agente provocatore<sup>8</sup> - ossia un soggetto<sup>9</sup> che "per definizione deve svolgere una attività di determinazione o di istigazione alla commissione del reato"<sup>10</sup>, mediante proposte illecite simulate per assicurare alla giustizia chi vi aderisce - quale strumento di contrasto ai fenomeni corruttivi<sup>11</sup>. L'idea di utilizzare agenti provocatori si fonda sulla finzione di un rapporto illecito - in realtà inesistente - con l'obiettivo di mettere alla prova, tentare e punire chi cada nella provocazione: viene creato ad arte un reato che altrimenti non sarebbe stato commesso.

L'agente provocatore crea il reato mediante una finzione, l'agente infiltrato lo disvela, raccogliendo prove a carico del colpevole, protetto dalla previsione di non punibilità di condotte riconducibili al concorso nel reato e purtuttavia consentite, a determinate condizioni, quale metodo legittimo di adempimento del dovere di investigazione. In questo caso la non punibilità costituisce il portato di una causa di giustificazione, riferibile esclusivamente ad ufficiali o ad agenti di polizia giudiziaria impiegati in attività sotto copertura.

Se, in linea teorica, il modello dell'agente sotto copertura si differenzia nettamente da quello dell'agente provocatore, nella prassi applicativa il ruolo dell'agente sotto copertura può declinare insidiosamente verso quello dell'agente provocatore.

Preliminare alla riflessione sulle questioni connesse all'utilizzo dell'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione è tracciare un quadro del sistema di disciplina, utile pure a prospettare una efficace strategia di lotta.

---

<sup>8</sup> In argomento v.: DELOGU, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, in *Studi Saresi*, XV, Sassari, 1937; MALINVERNI, voce *Agente provocatore*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1957, 396 ss.; DELL'ANDRO, voce *Agente provocatore*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 864 ss.; VIGNALE, *Agente provocatore*, in *Dig. Pen.*, I, Torino, 1987; DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 214 ss.; ID., *L'agente provocatore. Un'indagine dottrinale e politico-criminale*, Milano, 1991; ID., *Gli "infiltrati" nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1049 ss.; MINNA, SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003.

<sup>9</sup> È indifferente, affinché si abbia la figura dell'agente provocatore, che il soggetto sia un funzionario di polizia o un agente, oppure anche un qualunque cittadino, come evidenziato in dottrina, v., per tutti, SEVERINO, *Problemi di qualificazione e di responsabilità per la condotta di chi partecipi ad un reato per collaborare con la polizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 1518.

<sup>10</sup> Così SEVERINO, *Problemi di qualificazione e di responsabilità per la condotta di chi partecipi ad un reato per collaborare con la polizia*, cit., 1518.

<sup>11</sup> In argomento CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1867-1870, ebbe ad evidenziare che l'agente provocatore svolge un'attività di istigazione o di determinazione, suscitando o rafforzando nel soggetto provocato un proposito criminoso, mosso dall'esclusivo interesse a che il delitto si commetta o si tenti al fine che *ne venga male* allo stesso istigato.

### 3. L'evoluzione della strategia di contrasto ai fenomeni corruttivi in Italia

La lotta al fenomeno della corruzione è questione che desta inquietudine, sempre attuale e centrale, con la quale la dottrina penalistica non può prescindere dal continuare a misurarsi, anche in ragione delle evoluzioni del quadro normativo di riferimento, nonché degli sviluppi giurisprudenziali.

Come noto, sono diverse e significative le modifiche intervenute per effetto della legge 6 novembre 2012, n. 190, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione* (nota anche come "legge Severino"), un intervento di complessiva riscrittura della normativa in materia<sup>12</sup>, che costituisce indubbiamente una manifestazione concreta di attenzione reattiva del legislatore verso il fenomeno, con l'indiscutibile merito di avere innovato il precedente assetto codicistico. In particolare è rilevante la svolta impressa dalla legge che ha costruito una tutela "integrata", ossia realizzata sia sul versante repressivo-penale sia su quello preventivo-amministrativo; quanto a quest'ultimo, mediante la creazione sul piano normativo di meccanismi di controllo più mirati: basti pensare agli obiettivi ed alle funzioni conferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione, nonché ai piani di prevenzione della corruzione, mutuati dai c.d. "modelli di organizzazione" contemplati e disciplinati, in materia di responsabilità da reato degli enti, dal D.Lgs. n. 231 del 2001.

Quanto al piano squisitamente penale, l'unico che qui interessa, le scelte del legislatore del 2012 si contraddistinguono oltre che per le risposte alle richieste delle istituzioni internazionali<sup>13</sup>, anche per aver considerato l'evoluzione criminologica da una corruzione eminentemente burocratica ad una affaristi-

---

<sup>12</sup> Sulla riforma Severino v. FORNASARI, *Il significato della riforma dei delitti di corruzione (e incidenze "minori" su altri delitti contro la P.A.)*, in *Giur. it.*, 2012, 12, 2690 ss.; PADOVANI, *Metamorfose e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in questa *Rivista*, 2012, 3, 783 ss.; PULITANO, *La novella in materia di corruzione*, cit., 3 ss.; SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 10, 1235 ss.; AALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, cit., 133 ss.; DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 527 ss.; SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, cit., 7 ss. Si veda altresì lo *Speciale Corruzione*, a cura di Paolo Pisa, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, con i contributi di Merloni, Pisa, Rosi, Rossi, Seminara, Spena. Con riferimento ad aspetti problematici delle modifiche introdotte dalla riforma Severino, segnatamente quanto alla limitazione dell'ambito di operatività del delitto di concussione, v. BRUNELLI, *La riforma dei reati di corruzione nell'epoca della precarietà*, in questa *Rivista*, 2013, 1, 59 ss.; MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte, nell'ambito di uno sguardo generale sulla recente riforma dei reati di concussione e corruzione*, *ivi*, 15 ss.; RONCO, *L'amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita: le aporie di una riforma*, *ivi*, 35 ss. V. altresì i rilievi critici di DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro*, cit., 1482 ss.

<sup>13</sup> Sugli obblighi internazionali in materia di lotta alla corruzione v. DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, cit., 537 ss.

co-politica.

Va osservato che le scelte di fondo adottate per fronteggiare i fenomeni corruttivi, anche in ragione dell'adozione dell'opzione "novellistica", sembrano oscillare tra due approcci ben differenti tra loro: una visione in prospettiva economicistica che ha riguardo alle alterazioni da cui può trarre vantaggio la parte più spregiudicata della classe imprenditoriale, sfruttando l'avidità immorale di alcuni componenti di quella politica, da una parte; una visione eminentemente etico-sociale, rivolta in particolare al deterioramento della funzione pubblica ed alla sua contaminazione nell'accostamento con gli interessi privati, prima che tutto questo ricada, perlomeno quale pericolo, sul corretto andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione, dall'altra parte. E questo con importanti riverberi quanto alla anticipazione della tutela, con enfaticizzazione dei valori di disciplina ed onore cui si deve improntare l'esercizio delle pubbliche funzioni secondo l'articolo 54, co. 2, della Costituzione.

Riflettendosi sulla struttura delle fattispecie, tali scelte di fondo alimentano alcune incertezze applicative della giurisprudenza, che insieme alla creazione di fattispecie non compiutamente delimitate nei loro reciproci rapporti, può determinare criticità quanto alla corretta qualificazione dei fatti, sovente passibili di molteplici qualificazioni.

L'accentuazione del rigore repressivo, attraverso l'inasprimento delle pene edittali che ha caratterizzato la riforma del 2012, ha trovato conferma nella legge 27 maggio 2015, n. 69, *Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*, contraddistinta da un generalizzato inasprimento sanzionatorio, che ha comportato anche una sostanziale equiparazione tra le fattispecie più rilevanti e significative<sup>14</sup>. Va osservato che non sono state affrontate le questioni strutturali del sistema codicistico: questo avrebbe reso necessario affrontare le criticità concernenti il profilo contenutistico - in termini di disvalore - dei reati di corruzione. Puntando prevalentemente sull'inasprimento sanzionatorio, ope-

---

<sup>14</sup> Sulla riforma del 2015 v. CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 807 ss., ed altresì MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), in particolare con riferimento agli aspetti problematici sollevati dalla riforma e segnatamente quanto alla revisione del sistema sanzionatorio penale ed agli istituti in vario modo incidenti sulla commisurazione della pena. Rilievi critici sugli inasprimenti introdotti dalla legge n. 69 del 2015 anche nell'ampia analisi dell'arsenale sanzionatorio in SEMINARA, *Corruzione e anticorruzione*, cit., 1127 s., alla quale si rinvia. L'A. osserva in particolare che le sanzioni minacciate per gli artt. 317, 319 e 319-*quater* c.p. appaiono così contigue da comportare l'annullamento della diversità del disvalore dei rispettivi fatti, e tutto ciò in spregio del significato dei termini di concussione, corruzione e induzione; talché "il livellamento sanzionatorio suppone che, rispetto al pubblico agente, tali concetti siano divenuti semplicemente modalità alternative di fatti provvisti di una medesima dimensione offensiva".

razione incentrata sull'uso simbolico della minaccia penale, la riforma del 2015 costituisce un intervento di portata decisamente più limitata rispetto alla riforma del 2012, e che appalesa come il legislatore non abbia avuto contezza che il "sistema" penale si fonda su regole di proporzione e di equilibrio, il cui mancato rispetto produce conseguenze di rilievo sugli assetti di tutela.

In continuità con la riforma del 2015, il disegno di legge n. 1189-B è caratterizzato da una linea di politica criminale di inasprimento delle disposizioni repressive, disvelando le medesime criticità. In particolare, il quadro edittale vede le sanzioni minacciate per concussione, corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, corruzione in atti giudiziari e induzione indebita così contigue da comportare l'annullamento della diversità del disvalore dei rispettivi fatti, "con soluzioni che affastellano irragionevolmente situazioni diverse sotto un unico denominatore di disciplina"<sup>15</sup>. Al riguardo si è efficacemente notato come, "in nome di una supposta opera di moralizzazione della vita pubblica", vengano sacrificati basilari principi costituzionali e come "la stessa risposta penale rimane, in diversi settori del disegno di legge governativo, di carattere essenzialmente simbolico-espressivo"<sup>16</sup>.

#### **4. Gli evanescenti confini tra corruzione, concussione ed induzione indebita**

Analizzando la disciplina si evidenzia che le modifiche a numerose ipotesi dei delitti dei pubblici agenti contro la pubblica amministrazione presentano un ulteriore tratto comune, quello dell'ampliamento dei soggetti punibili, anche se il legislatore del 2012 ha scelto di estromettere dalla sfera d'incidenza soggettiva del delitto di concussione l'incaricato di pubblico servizio, ricompreso di nuovo dopo la riforma del 2015.

I delitti di concussione e corruzione richiedono una lettura comparata, giacché i rapporti tra le fattispecie sono divenuti nel tempo più stretti.

Il sistema, a seguito dell'avvenuta modifica, per effetto della riforma Severino, della tradizionale fattispecie di concussione (art. 317 c.p.) e della conseguente autonomizzazione della condotta induttiva nella fattispecie incriminatrice dell'induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-*quater* c.p.)<sup>17</sup>, pre-

---

<sup>15</sup> PELISSERO, *Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria*, cit.

<sup>16</sup> GAITO, MANNA, *L'estate sta finendo...*, cit., 7.

<sup>17</sup> Sulle questioni aperte per effetto della riforma Severino circa la distinzione tra concussione e induzione assunte a fattispecie autonome, v. FIANDACA, *L'induzione indebita a dare o a promettere utilità: una fattispecie ambigua e di dubbia efficacia*, in *Foro it.*, 2013, II, 205 ss. Rileva che l'introduzione dell'art. 319-*quater* "ha da subito suscitato preoccupazione, per la percezione della difficoltà di tracciare un confine netto", nonché per il pericolo "di allargare il reticolo di legami "omertosi" tra pubblici agenti e privati che inevitabilmente ostacolano la repressione del fenomeno globalmente qualificato come "cor-

senta a tutt'oggi il difficile problema interpretativo attorno al confine fra costrizione e induzione.

Il profilo distintivo tra concussione e induzione indebita, secondo il criterio psicologico, risiede nella differente intensità della pressione psicologica ai danni del privato, e ciò ove il condizionamento psichico sia considerato quale attributo della condotta – quale sua capacità coercitiva – ma anche ove sia considerato quale risultato della condotta – come stato psichico generato nel privato –<sup>18</sup>. Rispettiva essenza della concussione e dell'induzione è in ogni caso che la prima costituisce la forma più intensa, e la seconda la forma più attenuata di pressione psicologica esercitata abusivamente dal pubblico agente ai danni del privato. Ed è proprio tale differente intensità che riverbera quel differente disvalore penale che fonda la scelta politico-criminale di contemplare due fattispecie incriminatrici distinte<sup>19</sup>.

Il profilo distintivo tra le due fattispecie secondo il criterio oggettivistico sarebbe dato dal risultato dell'atto funzionale oggetto dell'intesa<sup>20</sup>; la concussione si profilerebbe solo nel caso di atto funzionale dannoso per il privato, mentre la fattispecie dell'induzione indebita ricomprenderebbe le ipotesi nelle quali il privato possa attendersi od ottenere un vantaggio indebito dall'atto.

Va al riguardo evidenziato che il soggetto passivo dell'induzione non è più solamente una vittima, bensì diventa responsabile di un delitto di minore gravità: è prevista la punibilità del privato che «dà o promette denaro o altra utilità», seppur con una pena assai mite (reclusione fino a tre anni); talché la rilevanza penale assunta dalla condotta di chi ha subito l'induzione sospinge la fattispecie verso l'ambito della corruzione. Si è dunque osservato che, nel contesto ipotizzato dall'art. 319-*quater* c.p., dinanzi al pubblico agente “sta un soggetto che è, ad un tempo, quasi-concusso (vittima di induzione) e corruttore”<sup>21</sup>.

---

ruzione”, PISA, *Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, cit., 569. Di fronte alla divaricazione di disciplina, ritiene che si debba ripensare il confine fra costrizione e induzione, PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 12.

<sup>18</sup> Cfr. PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in *La corruzione a due anni dalla “Riforma Severino”*, cit., 67.

<sup>19</sup> Cfr. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, cit., 10.

<sup>20</sup> Cfr. PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, cit., 67.

<sup>21</sup> PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 9. Un correo e non una vittima per DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro*, cit., 1484; per l'A., alla forte difficoltà di distinguere in concreto corruzione e concussione, si è aggiunta la difficoltà connessa all'inserimento di un'ulteriore fattispecie e della figura del “corr(eo) indotto”, con conseguente incremento degli spazi di incertezza, segnatamente “tra induzione indebita e corruzione, pur risultando qui meno drammatici dei confini con la concussione, data la punibilità del correoindotto, anche se diminuita rispetto al corruttore” (*ivi* 1501).

Entrambi i criteri disvelano criticità: quello psicologico sulla scorta dell'indeterminatezza che contraddistingue l'elemento del grado di coercizione psichica, legato ad un canone quantitativo; quello oggettivistico in relazione alla valorizzazione dell'omogeneità del comportamento del privato che si aspetta un vantaggio dall'intesa illecita, rispetto alla strumentalizzazione a fini privati del potere pubblico.

Nella realtà l'alternativa tra i due criteri non può essere così netta, talché non sorprende che la Cassazione a sezioni unite<sup>22</sup> abbia finito per scegliere un criterio sincretistico, non riuscendo a prospettare un orientamento ermeneutico realmente innovativo quanto alla distinzione tra concussione e induzione indebita, risultando per vero illusoria l'idea di scolpire "con tetragona precisione" il criterio da adottare per distinguerne il confine<sup>23</sup>.

Solo il fatto concreto potrà mostrare se, pur a fronte di un indebito vantaggio, il privato abbia anche subito una prevaricazione. Come si è notato, "il criterio che finirà per prevalere nella distinzione tra induzione indebita e corruzione diventerà quello, antico, dell'"iniziativa": quella proveniente dal privato, darà luogo ad una corruzione, mentre quella proveniente dal pubblico agente, realizzerà un'induzione indebita "proprio perché provocherà inevitabilmente quella limitazione della libertà di autodeterminazione, richiesta dall'art. 319-*quater* c.p."<sup>24</sup>. Nella varietà delle condizioni ambientali e delle diverse relazioni interpersonali, solamente il contesto fattuale potrà fornire elementi utili ad orientare il giudice nella scelta tra le fattispecie - concussione, induzione indebita, corruzione - che vengono in considerazione, data la frammentazione della previsione legislativa.

##### **5. La corruzione per l'esercizio della funzione**

Anche la fattispecie della corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.), disvela criticità. Se quella originaria, quanto al profilo strutturale, era ben definita e circoscritta mediante il riferimento all'atto d'ufficio, e con un trattamento sanzionatorio proporzionato al suo contenuto offensivo, ora la fattispecie presenta aspetti contraddittori.

Da una parte, appare meno connotato il suo ordito strutturale: si prescinde invero dal riferimento ad uno specifico ed individuato, o perlomeno individuabile, atto d'ufficio - viene circompreso nell'art. 318 c.p. qualunque patto corruttivo che non ha ad oggetto un atto d'ufficio determinato o determinabi-

---

<sup>22</sup> Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, Cifarelli, Maldera e a., cit.

<sup>23</sup> PISA, *Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, cit., 569.

<sup>24</sup> MANNA, *La differenza tra concussione per costrizione ed induzione indebita: riflessioni a margine del dispositivo delle Sezioni Unite*, cit., 4.

le - legando la corrispettività all'esercizio delle funzioni o dei poteri del pubblico agente, e dunque affievolendo il contenuto offensivo del buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione in una generica disponibilità funzionale suscettibile di futura, incerta concretizzazione.

D'altra parte la corruzione per l'esercizio della funzione appalesa un contenuto di disvalore più marcatamente connotato e risponde all'esigenza di adeguare l'assetto normativo alle radicali trasformazioni del rapporto corruttivo che ormai, lungi dal conchiudersi nel mercimonio legato ad uno specifico atto d'ufficio, circomprensive l'asservimento dell'esercizio delle funzioni o dei poteri pubblici ad interessi privati, e dunque un *vulnus* oltremodo grave e riprensibile a cagione del profondo disprezzo che il pubblico agente appalesa nei confronti dei suoi doveri.

Talché si evidenzia un aspetto problematico sotteso all'assetto disciplinare, relativo alla dosimetria delle pene, giacché le sanzioni minacciate sono sensibilmente più lievi rispetto a quelle relative alla corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio, anche considerando l'aumento dei limiti edittali di pena, previsto dal disegno di legge n. 1189-B, ossia reclusione da tre ad otto anni (anziché da uno a sei anni). Resta dunque aperta la questione se la *messa a disposizione* della funzione come tale possa ragionevolmente valutarsi come più grave<sup>25</sup>, e dunque di gravità equiparabile o addirittura maggiore rispetto alla corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio.

## 6. Il traffico di influenze illecite

Dubbi di interpretazione si pongono anche per il delitto di traffico di influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.), che era stato introdotto con l'obiettivo di colpire le condotte prodromiche a fatti di corruzione<sup>26</sup>, prevenendone la consumazione<sup>27</sup>.

La disposizione, riformulata dal d.d.l. n. 1189-B, viene disegnata prevedendo l'accorpamento di due fattispecie, giacché all'interno del delitto di traffico di influenze illecite vengono collocate anche le ipotesi di millantato credito, di cui all'art. 346 c.p., che viene contestualmente abrogato.

Le condotte incriminate sono descritte in termini di far dare o promettere

---

<sup>25</sup> Sul punto, FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, cit., 888. V. altresì GARGANI, *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il 'sentiero interrotto' della tipicità del fatto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 9, 1030.

<sup>26</sup> Sul punto v. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, cit., 11.

<sup>27</sup> Affermazione pienamente condivisibile, secondo PISA, *Il "nuovo" delitto di traffico di influenze*, in *Speciale Corruzione*, cit., 35, solamente riguardo la mediazione in cui il denaro o il vantaggio patrimoniale "è promesso o conferito per remunerare il soggetto qualificato a cui viene chiesto un atto contrario ai suoi doveri".

indebitamente, a sé o ad altri, sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-*bis* c.p., denaro o altra utilità, in una duplice prospettiva, quale prezzo della propria mediazione illecita verso uno di tali soggetti, ovvero per remunerarlo in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri. Diviene dunque penalmente rilevante anche l'esercizio di un'influenza mirata ad asservire un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-*bis* c.p., o anche a fargli compiere un atto conforme ai doveri d'ufficio.

L'ipotesi in cui la remunerazione di uno di tali soggetti sia finalizzata al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio diviene ora un'aggravante (co. 4).

Si evidenzia l'aumento dei limiti edittali di pena, previsto dal disegno di legge n. 1189-B, ossia reclusione da un anno a quattro anni e sei mesi (anziché da uno a tre anni). La stessa pena è prevista altresì per chi indebitamente dà o promette denaro o altra utilità (co. 2). Viene dunque meno la non punibilità del destinatario della millanteria, sottoposto a sanzione penale al pari di colui che acquista, o promette di acquistare, una mediazione illecita in un contesto di relazioni esistenti e correttamente rappresentate all'acquirente. Al riguardo si è efficacemente osservato che, in tal guisa, anche la vittima del sedicente intermediario che millanta un'influenza inesistente diviene soggetto attivo del reato "il che appare un controsenso, sia logico, che giuridico, a meno che lo si voglia qualificare quale traffico di influenze "putativo", soluzione che peraltro non scioglierebbe "in maniera soddisfacente la *contradictio in adiecto*"<sup>28</sup>.

L'aver effettivamente attivato la mediazione presso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-*bis* c.p., deve considerarsi compatibile con la responsabilità di cui all'art. 346-*bis* c.p., solamente nei casi ove non venga raggiunta la soglia del tentativo di corruzione; sostenere il contrario lascerebbe invero esclusi, nell'area prodromica alla corruzione, i casi più gravi<sup>29</sup>. E ciò anche alla luce della clausola di sussidiarietà con cui si apre l'art. 346-*bis* c.p.: "fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-*ter* c.p. e nei reati di corruzione di cui all'articolo 322-*bis* c.p."

In assenza di indicazioni normative esplicite, si pone la questione dell'individuazione dei criteri di determinazione della illiceità della mediazio-

<sup>28</sup> GAITO, MANNA, *L'estate sta finendo...*, cit., 3.

<sup>29</sup> Al riguardo, con riferimento alla riforma Severino, si vedano le osservazioni di PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 14; PISA, *Il "nuovo" delitto di traffico di influenze*, cit., 35; PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, cit., 73.

ne. Al riguardo va osservato che l'illiceità dell'attività di mediazione ha quale elemento fondante la proiezione verso un asservimento dell'esercizio delle funzioni o dei poteri pubblici ad interessi privati, ovvero verso un'azione od un'omissione illegittima del pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-*bis* c.p. In ciò sta il carattere indebito del farsi dare o promettere una remunerazione, che è indebita proprio a cagione dell'illiceità del fine, a prescindere dalle modalità adottate dal mediatore per conseguirlo.

Va osservato che si tratta di una disposizione connotata da un elevato livello d'incertezza interpretativa, resa ancora più sfuggente dalla sua novità; talché sarà - ancora una volta - compito degli interpreti assicurare la determinatezza delle fattispecie elaborando interpretazioni prevedibili.

Alla luce di questi rilievi, si evidenzia come l'estensione dell'utilizzo dell'agente sotto copertura, quale strumento di accertamento, anche al delitto di traffico di influenze illecite comporta rilevanti criticità, come verrà di seguito più ampiamente argomentato.

## 7. La corruzione tra privati

Occorre infine accennare brevemente al reato di corruzione tra privati. Come noto il legislatore, con il D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61, ha introdotto nel nostro codice civile il delitto di *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità* (art. 2635), accogliendo così le risalenti sollecitazioni, anche della dottrina italiana, a favore dell'introduzione di una fattispecie mirata a punire l'infedeltà patrimoniale<sup>30</sup>.

L'intervento del 2002 disvelava criticità, preludio di un'applicazione trascurabile, come in effetti accaduto. Oltre alla scelta di restringere l'ambito di applicabilità ai soli soggetti apicali delle società, l'aspetto più critico era rappresentato dalla previsione della perseguibilità a querela, che limitava fortemente le potenzialità applicative della fattispecie.

L'articolo 2635 c.c. è stato profondamente modificato dalla riforma Severino in virtù della quale la fattispecie di corruzione tra privati non circomprensive più come soggetti attivi solamente i ruoli societari apicali, bensì anche quelli subordinati, e l'ambito di tutela riguarda, oltre che il patrimonio sociale, anche la tutela della concorrenza.

In seguito il D.Lgs. 29 ottobre 2016, n. 202, che ha dato attuazione alla Direttiva 2014/42/UE del 3 aprile 2014, ha aggiunto un ultimo comma in materia di confisca.

---

<sup>30</sup> Inevitabile pensare all'opera di NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941.

Il D.Lgs. 15 marzo 2017, n. 38, ha poi realizzato una sostanziale riforma<sup>31</sup>. La formulazione dell'art. 2635 c.c. ha suscitato peraltro ancora perplessità, giacché veniva mantenuta la previsione della perseguibilità a querela.

Da ultimo, il d.d.l. n. 1189-B, contemplando l'abrogazione del quinto comma dell'articolo 2635 c.c., elimina la previsione della perseguibilità a querela, superando una criticità che arginava in modo rilevante l'operatività della fattispecie, segnatamente considerando le *ex* società pubbliche ora privatizzate, nonché le società a partecipazione pubblica. In tali ambiti, la corruzione, come si era opportunamente rilevato, non può essere contrastata solamente "mediante una forzatura della nozione di incaricato di un pubblico servizio": anche solo per coerenza e per scongiurare una possibile taccia di ambiguità "l'estrema severità del Parlamento nei confronti della corruzione pubblica non può non trovare una corrispondente manifestazione nella perseguibilità della corruzione privata"<sup>32</sup>.

#### **8. L'agente sotto copertura: punti di attenzione e potenziali criticità**

Come visto, il disegno di legge n. 1189-B estende la disciplina delle operazioni sotto copertura anche ai delitti di corruzione, concussione, induzione indebita e traffico di influenze illecite, escludendo la punibilità degli ufficiali di polizia giudiziaria che, nel corso di specifiche operazioni e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine a tali delitti, corrispondono denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, promettono o danno denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerarlo (art. 6 d.d.l.). Viene così modificato l'art. 9, co. 1, lett. a), l. 16 marzo 2006, n. 146, di *Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*, che, come è noto, racchiude ed integra in un unico contesto normativo le ipotesi di agenti sotto copertura che erano contemplate in diverse disposizioni riguardanti, tra l'altro, delitti di liberticidio, favoreggiamento delle migrazioni illegali, riciclaggio, traffico di stupefacenti, terrorismo, criminalità organizzata.

Viene così specificata la tipologia di condotte criminose che l'agente sotto copertura è legittimato a compiere *al solo fine di acquisire elementi di prova* in

---

<sup>31</sup> In argomento si rinvia a SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 6, 713 ss.

<sup>32</sup> SEMINARA, *Corruzione e anticorruzione*, cit., 1132.

ordine ai delitti contemplati. Al riguardo va rilevato che il *corrispondere* o il *promettere* o il *dare* denaro o altra utilità non possono costituire condotte istigatorie, che svolgano una funzione promotrice; ciò si appalesa non solamente per il vincolo teleologico delle condotte autorizzate – il fine esclusivo di acquisire elementi di prova relativamente a delitti che si suppongono già commessi – bensì anche in forza della precisazione che la corresponsione sia effettuata *in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri* e che la promessa o la dazione di denaro o altra utilità avvengano a fronte di una richiesta di un pubblico ufficiale o di un incaricato di un pubblico servizio.

Talché, in linea teorica, il modello dell'agente sotto copertura si differenzia nettamente da quello dell'agente provocatore: il primo disvela il reato, raccogliendo prove a carico del colpevole, protetto dalla previsione di non punibilità di condotte riconducibili al concorso nel reato e purtuttavia consentite, a determinate condizioni, quale metodo legittimo di adempimento del dovere di investigazione; il secondo crea il reato mediante una finzione, svolgendo una attività di determinazione o di istigazione alla commissione dello stesso, mediante proposte illecite simulate per assicurare alla giustizia chi vi aderisce.

Certo, se le operazioni sotto copertura hanno una loro precisa funzione in relazione, ad esempio, ai delitti di traffico di stupefacenti, terrorismo, criminalità organizzata, perché consentono alla polizia giudiziaria di infiltrarsi all'interno del sodalizio criminale, più complesso appare strutturare tali operazioni in relazione ai reati di corruzione. Ove il fenomeno corruttivo si palesi in un ambito molto ristretto, nel quale tutti finiscono col conoscersi – per esempio nel caso di affidamento di un appalto o di una commessa per opere o lavori – appare irrealistico ipotizzare che un agente sotto copertura riesca ad infiltrarsi, a differenza delle ipotesi nelle quali il fenomeno corruttivo si origina da situazioni occasionali – per esempio una prestazione sanitaria o la definizione di una pratica amministrativa – più propizie all'inserimento dell'agente sotto copertura. Va tuttavia osservato che le operazioni sotto copertura comportano il rischio elevato di divenire strumenti indebiti di istigazione al reato; talché il ruolo dell'agente sotto copertura può declinare insidiosamente verso quello dell'agente provocatore<sup>33</sup>.

E proprio il timore di possibili abusi delle operazioni sotto copertura, al fine di provocare il reato, è all'origine della disposizione (di cui all'art. 1, co. 1, lett. s), d.d.l. n. 1189-B), in forza della quale la causa di non punibilità di cui

---

<sup>33</sup> In argomento v. GAITO, MANNA, *L'estate sta finendo...*, cit., 7; PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., 5; PELISSERO, *Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria*, cit.

all'art. 323-ter c.p., connessa alla denuncia del reato, non potrà applicarsi in favore dell'agente sotto copertura che abbia agito in violazione dell'art. 9, l. 16 marzo 2006, n. 146.

Al riguardo appare di particolare rilevanza riflettere in ordine alla punibilità di colui che, indebitamente istigato dall'agente provocatore, accetti la proposta simulata. Il destinatario della proposta cade in errore circa elementi del fatto storico congruente con il modello legale; qualora tale errore non vi fosse, la sua condotta rientrerebbe in una disposizione incriminatrice contemplata dalla legge. S'appalesa la realizzazione di alcun fatto costituente reato, non disgiunta però dalla convinzione di commettere un reato. Talché, il fatto del provocato integra un reato putativo per errore di fatto, non punibile ai sensi dell'art. 49, co. 1, c.p.<sup>34</sup>. Una proposta corruttiva simulata, potrebbe avere dunque quale unico effetto quello di saggiare la moralità dei destinatari della proposta stessa.

L'opzione legislativa di rendere punibile un reato putativo per errore di fatto significherebbe infrangere un limite garantista, poiché dalla repressione di fatti offensivi si passerebbe alla repressione di una *nuda cogitatio*. Da notare che se in un sistema penale a base soggettivistica, teso a considerare reato anche la mera *cogitatio*, la volontà ria, o la mera pericolosità, può essere perseguito anche il reato putativo, diversamente, in un sistema penale a base oggettivistica, fondato sul principio del *cogitationis poenam nemo patitur*, il reato putativo non può essere perseguito. E il nostro codice, improntato al principio oggettivistico, ne stabilisce coerentemente la non punibilità. Va evidenziato che in taluni ordinamenti (tra cui quello tedesco e quello austriaco) solamente il reato putativo ascrivibile ad errore sul precetto non è punibile, mentre quello ascrivibile ad errore sul fatto è punibile a titolo di tentativo, coerentemente con la concezione soggettivistica del reato tentato<sup>35</sup>.

Di più, occorre tenere in debita considerazione che tutto questo potrebbe essere foriero di azioni mirate a perseguire fini ben diversi dal buon andamento e dall'imparzialità della pubblica amministrazione, ossia la costruzione strumentale di illeciti fantasma e la creazione di un clima di sospetto generalizzato, con un evidente *vulnus* ai principi dello Stato di diritto come sanciti dalla Costituzione.

Ed è proprio con riferimento a casi di corruzione che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte dichiarato inammissibile il ricorso all'agente

<sup>34</sup> Sul reato putativo per errore di fatto, v., per tutti, ROMANO, *Art. 49 cod. pen.*, in *Commentario sistematico*, cit.

<sup>35</sup> Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VII, Padova, 2011, 386.

provocatore qualora venga accertato che il reato non sarebbe stato commesso senza la provocazione<sup>36</sup>, sceverando con nettezza la figura dell'agente provocatore, da quella dell'agente sotto copertura, ritenuta invece ammissibile.

### 9. Considerazioni conclusive

Un'efficace strategia di contrasto ai fenomeni corruttivi non può non fondarsi su di una cultura della legalità: il forte radicamento di una etica pubblica e di un sano dovere civico, nonché la riprovazione sociale diffusa verso i fenomeni corruttivi possono svolgere un ruolo fondamentale.

Se il ricorso al diritto penale deve costituire l'*extrema ratio*, è necessario un contesto nel quale operi anche un'etica della responsabilità che garantisca adeguati livelli di osservanza.

Ricondurre il principio di responsabilità alla sola dimensione penalistica produrrebbe uno spostamento del baricentro dal piano etico e politico a quello della giustizia penale, che verrebbe ad assumere il ruolo di paladina della pubblica moralità, esponendosi ad un crescente rischio di autoritarismo. Per questo il diritto penale non può essere l'unica risposta a fenomeni così pervasivi, consolidati e strutturali, ma occorre un'etica pubblica che sostenga il principio di responsabilità nella fitta rete di interrelazioni e di attività coesenziali alla società e alle istituzioni.

---

<sup>36</sup> Tra i casi, emblematico Corte EDU, (GC), 5 febbraio 2008, *Ramanauskas c. Lituania*. La Corte ha affermato che se l'intervento di agenti infiltrati può essere tollerabile nella misura in cui è chiaramente circoscritto e debitamente autorizzato, l'interesse pubblico non può giustificare l'uso di prove ottenute a seguito dell'utilizzo di un agente provocatore. Una tale procedura rischia di privare *ab initio* e definitivamente l'imputato di un processo equo (§ 54). Secondo i giudici di Strasburgo va considerato agente provocatore colui che non si limita ad indagare, ma istiga un soggetto a commettere un reato che altrimenti non avrebbe commesso, per perseguirlo (§ 55). La Corte ha affermato che ciò ha comportato una violazione dell'art. 6, prf. 1, Convenzione EDU. V. altresì Corte EDU, Sez. IV, 2 dicembre 2014 - 2 marzo 2015, *Taraneks c. Lettonia*, ove utilizzando gli stessi criteri, la Corte ha parimenti riscontrato una violazione dell'art. 6, prf. 1, poiché il ricorrente era stato istigato a commettere il reato da un agente provocatore.