



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE "CESARE BECCARIA"

*Prof. Gianluigi Gatta*  
*Ordinario di Diritto Penale*

CAMERA DEI DEPUTATI  
COMMISSIONI RIUNITE GIUSTIZIA E AFFARI COSTITUZIONALI

19 OTTOBRE 2018

*Audizione informale del Prof. Gian Luigi Gatta (Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Milano, Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria") nell'ambito dell'esame in sede referente del disegno di legge C. 1189 Governo, recante "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici".*

Illustri Presidenti, Onorevoli Deputati,

consentitemi anzitutto di ringraziarVi per l'invito a partecipare a questa audizione informale; invito che ho accolto con piacere e interesse pari al senso del dovere di collaborazione con le Istituzioni, che avverto ancor più nella mia veste docente in servizio presso una università pubblica. E' mia convenzione che gli studiosi del diritto debbano confrontarsi con il Legislatore non solo per criticare o elogiare provvedimenti normativi già approvati, ma ancor prima, e con maggior frutto, per portare un contributo di riflessione che possa essere utile al dibattito parlamentare nel momento genetico dei provvedimenti stessi.

Il disegno di legge al Vostro esame è piuttosto articolato: interessa la materia della prevenzione e della repressione della corruzione e dei reati contro la pubblica amministrazione sotto una molteplicità di profili, messi bene in evidenza da una pregevole Relazione illustrativa.



*Prof. Gianluigi Gatta*  
*Ordinario di Diritto Penale*

Il tempo che ho a disposizione non mi consente di prendere in esame tutti gli aspetti del disegno di legge. Mi limiterò, per accenni, a sottolineare quelli soli sui quali ritengo opportuno richiamare oggi la Vostra attenzione.

Prima di entrare nel dettaglio, permettetemi di sottolineare come l'obiettivo di fondo della riforma – una più efficace azione di prevenzione e di contrasto dei fenomeni corruttivi – sia indubbiamente condivisibile. E' un obiettivo nella cui direzione si sono mosse in questi anni una serie di riforme, a partire dalla Legge Severino del 2012, modificando profondamente l'assetto della disciplina di contrasto alla corruzione, nel segno dell'inasprimento delle sanzioni.

Il disegno di legge oggi in discussione si propone di fare passi ulteriori, con l'intento di 'spazzare via la corruzione', secondo una efficace formula di sintesi. Permettetemi però di dire che quando però si maneggia il diritto penale, che incide sui diritti fondamentali dell'uomo, la ramazza, indubbiamente utile per fare pulizia, può risultare di difficile compatibilità con i principi superiori del sistema, a partire da quelli di rango costituzionale. **Il diritto penale è infatti un'arma che va maneggiata con cura da parte del Legislatore, anche quando si tratta di contrastare fenomeni odiosi come la corruzione.**

Procedo oltre e, per punti, segnalo **alcuni profili problematici** del disegno di legge, che pur si lascia apprezzare per lo sforzo, talora evidente, di bilanciare l'inasprimento dell'azione di contrasto della corruzione con principi e garanzie fondamentali, nonché, più in generale, per una serie di interventi di riforma tesi ad adeguare la disciplina interna alle raccomandazioni e alle convezioni internazionali in materia. E' mia convinzione che i lavori parlamentari possano e debbano contribuire a **perfezionare il disegno di legge**, anche e proprio per **evitare possibili frizioni con i principi fondamentali** in materia di diritto e di processo penale.



Prof. Gianluigi Gatta  
Ordinario di Diritto Penale

**a) Pene accessorie (perpetuità e riabilitazione)**

L’idea di fondo del disegno di legge – insistere sulle pene accessorie, di carattere interdittivo, più che sulle pene principali, già inasprite da precedenti interventi di riforma – mi pare in via di principio apprezzabile sul piano politico-criminale.

Attraverso le pene accessorie della interdizione dai pubblici uffici e del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, che presentano un grado di afflittività minore rispetto alla reclusione, pena principale per i reati in questione, è possibile di fatto in chiave preventiva neutralizzare la pericolosità del condannato, senza limitarne la libertà personale. E’ del tutto ragionevole impedire al corrotto e al corruttore, rispettivamente, di rivestire di nuovo un ufficio pubblico e di contrattare con la p.a. Senonché **occorre tenere presenti i principi del sistema: la *proporzione della pena rispetto alla gravità del fatto* e il *finalismo rieducativo della pena stessa*** (artt. 117, co. 1 Cost, in relazione all’art. 49, co. 3 CDFUE, e art. 27, co. 3 Cost.).

Sotto il primo profilo mi sembra problematica – nell’**articolo 1, comma 1, lett. c e lett h) del d.d.l.** – l’estensione del **carattere perpetuo** delle pene accessorie di cui sopra, per reati di gravità tra loro diversa (dal peculato alla concussione), in presenza di una condanna superiore a soli **due anni**, cioè ad esempio di una condanna a due anni e un giorno di reclusione, che nel nostro sistema è indice di un fatto non di particolare gravità. A me pare che sarebbe opportuno limitare la misura a reati di una certa gravità e di disvalore omogeneo, da un lato, e, dall’altro lato, che **sarebbe opportuno innalzare sopra i due anni il limite di pena oltre il quale le sanzioni accessorie di cui sopra assumono carattere perpetuo.**



Prof. Gianluigi Gatta  
Ordinario di Diritto Penale

Il proposto innalzamento a tre anni della pena minima per il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.), ad esempio, potrebbe comportare una condanna, al minimo edittale, per un fatto di corruzione del tutto minimale, dal quale però potrebbe conseguire la sproporzionata conseguenza dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici o dell'incapacità di contrarre con la p.a. E' vero che l'attenuante del fatto di particolare tenuità (art. 323 *bis*, co.1 c.p.) potrebbe abbattere il minimo edittale a due anni di reclusione (e consentire così di evitare la pena accessoria perpetua), ma è anche vero che quella attenuante, attratta nel giudizio di bilanciamento (ad es., con l'aggravante della recidiva), potrebbe risultare equivalente o soccombente rispetto a concorrenti aggravanti.

\*\*\*

Il carattere perpetuo della pena, d'altra parte, pone problemi di compatibilità con il principio del **finalismo rieducativo della pena**.

La pena deve tendere a rieducare/risocializzare il condannato e anche al corrotto e al corruttore (così come agli autori di reati più gravi, compresi quelli puniti con l'ergastolo) deve essere offerta dall'ordinamento la *chance* del graduale pieno reinserimento nella società, a un certo punto del percorso di espiazione della pena. In questa prospettiva, a me pare molto problematica la previsione dell'**art. 1, co.1, lett. g) del d.d.l.**, che incide sulla disciplina della **riabilitazione** ex art. 179 c.p. La funzione della riabilitazione è di consentire il reinserimento sociale del condannato, dopo avere espiaato la pena principale (o dopo che questa si è altrimenti estinta), rimuovendo le preclusioni derivanti dalle pene accessorie. Per regola generale (art. 179, co. 1 c.p.) la riabilitazione è concessa quando siano decorsi almeno tre anni dal giorno in cui la pena principale sia stata eseguita o si sia in altro modo estinta, e il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta.



Prof. Gianluigi Gatta  
Ordinario di Diritto Penale

Il disegno di legge si propone di aggiungere un ultimo comma all'**art. 179 c.p.** ai sensi del quale, nel caso di condanna per corruzione, concussione e altri delitti contro la p.a., *"la riabilitazione concessa...non produce effetti sulla pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici e su quella dell'incapacità a contrarre in perpetuo con la pubblica amministrazione"*. Gli effetti sarebbero pertanto limitati ad altre e diverse pene accessorie, eventualmente irrogate con la sentenza di condanna, nonché agli effetti penali della stessa (che non potrà ad es. essere tenuta in conto ai fini di contestare la recidiva dopo la commissione di un nuovo reato).

Sempre secondo il disegno di legge, *"decorso un termine non inferiore a dodici anni dalla riabilitazione, la pena accessoria è dichiarata estinta quando il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta"*. Questa disposizione mi pare problematica sotto almeno due profili.

Anzitutto per il **limite dei dodici anni**, che colloca il momento in cui può ottenersi la riabilitazione, rispetto alla pena accessoria, a **un'enorme distanza dalla commissione del fatto**: deve infatti trascorrere il tempo del processo, quello dell'esecuzione della pena principale, l'intervallo di tre anni per poter chiedere la riabilitazione, e l'ulteriore termine di dodici anni per poter conseguire l'estinzione della pena stessa. **Anche a non voler contare il tempo della durata del processo, in caso di condanna a due anni e un giorno di reclusione la pena accessoria perpetua non potrebbe estinguersi prima del decorso di diciassette anni e un giorno**. E' un intervallo di tempo in grado di estromettere in modo irreversibile un individuo dalla p.a. e un imprenditore dai rapporti commerciali con la stessa, rendendo di fatto impossibile, nella sostanza, la riabilitazione degli stessi, con conseguente dubbio di legittimità costituzionale in rapporto all'**art. 27, co. 3 Cost.**



Prof. Gianluigi Gatta  
Ordinario di Diritto Penale

Così come è congegnata, la disposizione in esame è a mio avviso altamente problematica perché **differisce di dodici anni la produzione del principale effetto della riabilitazione, subordinandolo per di più all'accertamento, in quell'ulteriore periodo, del requisito ordinario della riabilitazione, cioè la buona condotta: un requisito che il soggetto ha già soddisfatto per ottenere, dopo tre anni dall'esecuzione della pena, la riabilitazione con effetti limitati.** Il disegno di legge configura in sostanza un'ipotesi in cui un soggetto, pur essendo riabilitato, continua a subire una pena accessoria. E *che una persona riabilitata continui ad essere sottoposta a una pena è circostanza incompatibile con l'art. 27, co. 3 Cost.*

Una **possibile soluzione alternativa**, più lineare e meno problematica sotto il profilo della compatibilità con i principi costituzionali, è quella di “limitarsi” a **differire il termine entro il quale il condannato può chiedere e ottenere la riabilitazione**: non nell'ordinario termine di tre anni ma, ad esempio, nel termine doppio di **sei anni**.

L'art. 179 c.p., nel secondo e nel terzo comma, già prevede d'altra parte termini più lunghi di quello ordinario (otto anni e dieci anni) per talune categorie di condannati (alcuni recidivi e i delinquenti abituali, professionali o per tendenza).

#### **b) Pene principali e misure alternative alla detenzione**

Sotto il profilo delle pene principali – si tratta, come è noto, di pene detentive – sottolineo la problematicità di due previsioni del disegno di legge.

Quanto alle comminatorie di pena, viene inasprita la pena per il delitto di **corruzione per l'esercizio delle funzioni (art. 318 c.p.)**, elevandola sia nel minimo sia nel massimo edittale e, in particolare, portandola **dalla reclusione da 1 a 6 anni alla reclusione da 3 a 8 anni**.



Prof. Gianluigi Gatta  
Ordinario di Diritto Penale

Tale delitto raggiungerebbe così, nel massimo edittale, i livelli sanzionatori che la Legge Severino, solo sei anni fa, aveva previsto per il più grave delitto di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, allora punito con la reclusione da quattro a otto anni (e ora, dopo la riforma del 2015, punito con la reclusione da sei a dieci anni).

La *ratio* dell'intervento di riforma sembra chiara e non è d'altra parte nascosta dalla *Relazione*: inasprire il trattamento sanzionatorio dell'ipotesi generale e meno grave di corruzione **per consentire una vigorosa punizione anche in presenza di difficoltà di accertamento (nel caso di specie, di individuazione dell'atto contrario a doveri d'ufficio), che caratterizzano notoriamente i (non molti) processi per corruzione.**

La Relazione al disegno di legge riporta alcuni dati statistici relativi al numero di condanne definitive per il delitto di cui all'art. 319 c.p., che tra il 2012 e il 2017 si sono mantenute in un ordine di grandezza compreso tra le 163 del 2016 e le 298 del 2013, con una media di 227 all'anno. La Relazione non riporta analogo dato rispetto alle condanne per il delitto di cui all'art. 318 c.p.

Se la proposta di inasprimento della pena per questo delitto venisse approvata, è **facile prevedere che il numero delle condanne per il delitto di cui all'art. 318 c.p. aumenterà e, in modo corrispondente, diminuirà il numero di condanne e, ancor prima, di contestazioni, per il più grave delitto di cui all'art. 319 c.p.**

Senonché, al di là del discutibile uso per fini processuali delle cornici di pena – che dovrebbero riflettere la sola gravità del fatto-reato –, **a me pare che ad essere problematica sia in particolare la previsione del minimo edittale di tre anni, che appare sproporzionato proprio in rapporto ai fatti di minore gravità.**



Prof. Gianluigi Gatta  
Ordinario di Diritto Penale

Come ben sanno gli studiosi dei fenomeni corruttivi, e ancor prima i magistrati e gli avvocati, nella prassi emergono spesso **casi di corruzione c.d. pulviscolare, il cui disvalore si colloca molto al di sotto del minimo edittale di tre anni di reclusione.**

Ciò è ancor più evidente nella prospettiva del privato cittadino, che corrompe un funzionario pubblico, magari con pochi euro, per saltare una coda in un ufficio pubblico o per ottenere un servizio pubblico. Se quel cittadino prova di essere stato *indotto* a pagare per ottenere la prestazione (ad es., l'assegnazione di un certo loculo al cimitero, come in un caso giurisprudenziale), può cavarsela con una condanna a soli **15 giorni di reclusione (il minimo edittale dell'art. 319 quater, co. 2 c.p.)**; se invece non riesce a fornire la prova dell'induzione indebita (cioè dell'abuso di potere del pubblico funzionario), il minimo edittale è, nella previsione del disegno di legge, pari a ben tre anni di reclusione. Per quanto l'induzione indebita possa far scemare il disvalore del fatto commesso dal privato, il confronto con la pena minima per l'ipotesi ordinaria di corruzione rivelerebbe una sproporzione.

D'altra parte, **pur nel quadro di un generale inasprimento delle sanzioni per la corruzione, è ragionevole che il sistema continui a disciplinare ipotesi minori di corruzione**, che possano trovare una sanzione proporzionata indipendentemente dall'eventuale applicazione di circostanze attenuanti, come quella di cui all'art. 323 bis, co. 1 c.p., che potrebbero essere messe fuori gioco.

\*\*\*

Vi è però un'altra modifica, destinata a incidere sulle pene principali per un'ampia gamma di delitti contro la p.a., che a me pare problematica.



*Prof. Gianluigi Gatta*  
*Ordinario di Diritto Penale*

Mi riferisco alla previsione dell'**art. 4 del d.d.l.**, che inserisce delitti di disvalore diverso (ancora una volta, dal peculato alla concussione, passando per le varie ipotesi di corruzione) tra quelli, di ben maggiore gravità, oggetto del regime di cui all'**art. 4 bis dell'Ordinamento penitenziario**. Si tratta di una disposizione chiave nel sistema, che di fatto preclude l'accesso a misure alternative alla detenzione (l'uscita dal carcere) per coloro – autori di gravi delitti che si ambientano per lo più nella criminalità organizzata – che non collaborino con la giustizia.

La previsione del d.d.l. sembra ispirata alla logica della equiparazione tra fenomeni che possono essere contigui, talora, ma che sono pur sempre diversi: la criminalità organizzata e la corruzione e, in genere, i delitti contro la p.a. **La logica della collaborazione con la giustizia, come presupposto per la concessione di benefici penitenziari, si attaglia a reati associativi o, comunque, a reati tipici, se non esclusivi, della criminalità organizzata.**

La collaborazione rilevante, ai fini dell'art. 4 *bis*, è quella dell'art. 58 *ter* o.p. e richiede che ci si adoperi per evitare le conseguenze ulteriori del reato, accertare i fatti e assicurare alla giustizia i responsabili. E' allora evidente che **una simile forma di collaborazione, al di fuori di contesti organizzati, cioè di vere e proprie associazioni criminali, è di fatto problematica e spesso impossibile**. Chi, al di fuori di un contesto associativo, è stato condannato per un reato monosoggettivo come il peculato, ovvero è stato condannato, assieme al correo, per un reato a concorso necessario come la corruzione (si pensi al classico schema a due: corrotto e corruttore), di fatto il più delle volte non potrà prestare una collaborazione utile; e lo stesso art. 4 *bis*, co. 1 *bis* o.p. prevede, in tal caso che la preclusione non operi. Il rischio che la progettata riforma si riveli inutile è pertanto elevato.



*Prof. Gianluigi Gatta*  
*Ordinario di Diritto Penale*

Piuttosto, l’obiettivo di rendere maggiormente effettiva la pena detentiva inflitta per i reati contro la p.a. potrebbe più ragionevolmente essere perseguito – se proprio si vuole incidere sull’ordinamento penitenziario (opzione alla quale, personalmente, rinuncierei) – **inserendo i reati stessi nell’elenco di quelli per i quali le misure alternative possono essere concesse decorso un periodo di tempo più lungo di quello ordinario**. Una simile misura sarebbe verosimilmente più efficace rispetto a quella congegnata dal d.d.l., che **darebbe luogo in molti casi a ipotesi di collaborazione impossibile**, rendendo per quanto si è detto inapplicabile l’art. 4 *bis*, co. 1 o.p.

Qualora, invece, si volesse conservare la proposta modifica dell’art. 4 *bis*, co. 1 o.p., a me parrebbe opportuno, per quanto detto, **limitarne l’estensione alle ipotesi di associazione per delinquere** finalizzate a compiere i considerati delitti contro la p.a.

\*\*\*

### **c) Operazioni sotto copertura**

L’estensione della disciplina delle operazioni sotto copertura ai reati di corruzione, realizzata dal d.d.l. attraverso una modifica dell’art. 9, co. 1 l. n. 146/2006, deve a mio avviso essere oggetto di serie riflessioni. Dietro all’intento, positivo, di ampliare la gamma degli strumenti di indagine per il contrasto della corruzione, vedo infatti il **rischio di legittimare possibili abusi** degli strumenti stessi.

E’ vero che le operazioni sotto copertura, volte ad assicurare elementi di prova della corruzione, sono contemplate anche sul piano internazionale, a partire dalla Convenzione di Merida (ONU).



*Prof. Gianluigi Gatta*  
*Ordinario di Diritto Penale*

E' però anche vero che **la Convenzione stessa sottolinea (art. 50) come ciascuno Stato contraente debba valutare la compatibilità dello strumento investigativo con i propri principi fondamentali.**

Le operazioni sotto copertura sono da tempo disciplinate nel nostro Paese e hanno dato ottimi risultati nell'azione di contrasto ad alcune forme di criminalità, specie nei contesti della **criminalità organizzata** (ad es., nel traffico di stupefacenti). La corruzione, tuttavia, non si annida sempre in simili contesti e spesso, nelle sue forme più semplici e tradizionali, è reato che coinvolge un numero limitato di soggetti (due o tre). **Infiltrarsi in uno schema corruttivo non è operazione semplice**, anche perché la corruzione, che nasce e si sviluppa dall'accordo di due persone, è un reato difficile da scoprire. Autorizzare esponenti delle forze dell'ordine – calati nei panni di pubblici ufficiali (ad es., assessori o parlamentari) – a ricevere denaro o anche solo ad accettarne l'offerta, ovvero – calati nei panni di privati cittadini – a dare o promettere a un funzionario pubblico denaro o altra utilità e a compiere, con le parole del d.d.l., “attività prodromiche e strumentali”, a me pare altamente problematico.

Il rischio che intravedo, e che temo, è che si possa finire per legittimare l'utilizzo di veri e propri **agenti provocatori**. La stessa Relazione illustrative del d.d.l. ne è ben consapevole e, meritoriamente, sottolinea la distinzione tra la tecnica delle operazioni sotto copertura, da un lato, e l'impiego di agenti provocatori, dall'altro lato.

Tale preoccupazione emerge nel d.d.l. in almeno due luoghi.



*Prof. Gianluigi Gatta*  
*Ordinario di Diritto Penale*

Nella previsione secondo cui il denaro o l'altra utilità devono essere corrisposti dall'infiltrato **"in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri"** e nell'ultimo comma del nuovo **art. 323 ter c.p. (Causa di non punibilità)**, dove si stabilisce che questa non si applica quando vi è la prova che la denuncia del fatto è premeditata rispetto alla commissione del reato denunciato".

**La causa di non punibilità potrebbe essere infatti strumentalizzata, in sinergia con la nuova disciplina sulle operazioni sotto copertura, per incastrare e mettere in trappola un proprio avversario politico o un concorrente nell'attività d'impresa.** Tizio potrebbe far credere a Caio di intavolare un accordo corruttivo, per poi denunciarlo subito, guadagnando l'impunità e assicurandolo alla giustizia, magari attraverso una operazione sotto copertura. In questa ipotesi l'esponente delle forze dell'ordine finirebbe per essere, suo malgrado, un agente provocatore.

Nell'ipotesi di **corruzione passiva dell'infiltrato**, che fingendo di essere questo o quel funzionario pubblico accetti denaro o la promessa di danaro nel corso di un'indagine per il delitto di **istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.)** - a mio avviso inopportunamente incluso tra quelli per i quali sono ammesse le operazioni sotto copertura - sembra ad esempio **impossibile escludere il rischio di abusi da parte delle forze dell'ordine**, che sollecitano la dazione o la promessa dell'indebito, realizzando non meglio precisate attività "prodromiche e strumentali", per incastrare questa o quella persona (ad es., un imprenditore). Non si tratta di diffidare delle forze dell'ordine e della loro professionalità, che si è spesso mostrata elevatissima specie in occasione di operazioni sottocopertura, in materia di contrasto alla criminalità organizzata e al terrorismo. Si tratta solo di evitare il rischio di abusi, sempre possibili. **E uno Stato liberale di diritto non può fare affidamento nel corretto comportamento delle forze dell'ordine; deve invece dotarsi degli anticorpi necessari a fronteggiare abusi di potere, sempre possibili.**



Prof. Gianluigi Gatta  
Ordinario di Diritto Penale

E' vero che le operazioni sono ammesse **“nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova”** in ordine a determinati reati, ma è anche vero che **non è prevista la garanzia di una previa autorizzazione del giudice o anche solo del pubblico ministero**, come a mio avviso sarebbe opportuno (analogamente a quanto avviene, ad esempio, per altri strumenti investigativi, come le intercettazioni telefoniche o ambientali), e che il testo della norma non precisa, come altresì sarebbe opportuno, che **gli elementi di prova da acquisire devono essere relativi a reati la cui realizzazione sia già iniziata** (questo è il punto).

Deve infatti essere chiaro – e dovrebbe a mio avviso essere reso chiaro nel testo dell'art. 9 l. n. 146/2006 – che **gli agenti pubblici non possono legittimamente creare un reato, provocando una persona a commetterlo, cioè a iniziarne l'esecuzione.**

Voglio essere ancora più chiaro: **le operazioni sotto copertura non possono essere il cavallo di troia dell'agente provocatore, utilizzato per saggiare l'integrità e la capacità di resistere alle tentazioni di questa o quella persona.** Il diritto penale punisce la realizzazione di fatti socialmente dannosi; non la propensione a commetterli, saggiata attraverso una provocazione. Operazioni come quelle condotte dall'**FBI** negli Stati Uniti (U.S. Supreme Court, *Evans v. U.S.*, 1992), e che hanno portato alla condanna di amministratori pubblici ai quali per trenta volte, nel corso di due anni e mezzo, è stata offerta una tangente, alla fine accettata, per cambiare la destinazione d'uso di un terreno, non hanno diritto di cittadinanza nel nostro sistema.

Lo impone il **principio costituzionale di offensività** (art. 25, co. 2 Cost.) così come, sul terreno processuale, lo impongono i principi del **giusto processo** (Art. 111 Cost.).



Prof. Gianluigi Gatta  
Ordinario di Diritto Penale

In quest'ultima direzione si muove da tempo la **Corte Europea dei Diritti dell'Uomo**, che anche in materia di corruzione ha affermato un principio guida vincolante per il Legislatore italiano (ai sensi dell'art. 117, co. 1 Cost.): la sottile linea che può separare un'operazione sotto copertura dall'uso di un agente provocatore si spezza – e il diritto a un equo processo è violato (**art. 6 Cedu**) – quando risulta che, **in assenza della condotta degli agenti pubblici il reato non sarebbe stato commesso**. La Corte di Strasburgo così si esprime: *“Police incitement occurs where the officers involved – whether members of the security forces or persons acting on their instructions – do not confine themselves to investigating criminal activity in an essentially passive manner, but exert such an influence on the subject as **to incite the commission of an offence that would otherwise not have been committed**, in order to make it possible to establish the offence, that is, to provide evidence and institute a prosecution”* (Corte EDU, 5 febbraio 2008, Romanuskas c. Lituania, § 55). In una simile situazione la condotta degli agenti pubblici – provocatori – non deve ritenersi scriminata e le prove raccolte sono inutilizzabili perché illegittime.

Segnalo che la giurisprudenza della **Cassazione** è in linea con quella della Corte di Strasburgo: “L'azione dell'agente provocatore che si limita a disvelare un'intenzione criminale altrui già esistente, ma allo stato latente, fornendo solo l'occasione per concretizzare la stessa, e quindi **senza determinarla in modo essenziale**, non integra alcun reato. (Fattispecie di simulato acquisto di sostanze stupefacenti)” (Cass. Sez. VI, 8 giugno 2016, n. 28810); “Non sono lecite, e comportano la **responsabilità penale dell'agente infiltrato e l'inutilizzabilità della prova acquisita**, le operazioni sotto copertura consistenti nell'**incitamento** o nell'**induzione alla commissione di un reato** da parte di soggetto indagato...Pertanto, affinché non sia punibile la condotta dell'agente provocatore...occorre che egli abbia assunto una **posizione marginale rispetto alla realizzazione dell'illecito**, nel senso di non essersi spinto al punto di cagionare, con rilevanza causale, l'evento criminoso, il quale non deve essere da lui



## UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE “CESARE BECCARIA”

*Prof. Gianluigi Gatta*  
*Ordinario di Diritto Penale*

sollecitato, dovendo il fatto di reato essere, nell'ideazione e nella realizzazione, riconducibile alla volontà del provocato” (Cass. Sez. III, 7 febbraio 2014, n. 20238); “In tema di operazioni antidroga, la prova acquisita dall'agente provocatore è inutilizzabile per contrarietà ai principi del giusto processo” (Cass. Sez. III, 19 settembre 2012, n. 1258).

Sarebbe allora auspicabile, a mio avviso, una formulazione della norma che tenga conto dei principi affermati dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte di Cassazione, in modo tale da **porre al riparo il Paese da condanne sul piano internazionale per violazione dell'art. 6 Cedu.**

GIAN LUIGI GATTA

*(Ordinario di Diritto penale – Università degli Studi di Milano)*

[gianluigi.gatta@unimi.it](mailto:gianluigi.gatta@unimi.it)

@GianLuigiGatta