

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

ABSTRACT

Il lavoro affronta il tema relativo alla (non) punibilità dell'agente 'non provocatore', posto che l'utilizzo di una semplice scriminante speciale si è mostrato sovente insufficiente ad escludere l'illegittimità del fatto dell'agente impegnato in attività sotto copertura e di contrasto, la cui condotta va oltre la semplice stimolazione di una volontà psichica preesistente alla commissione di un reato.

Partendo dalle ambivalenze dell'eccezione nel diritto con brevi cenni al dibattito filosofico-giuridico in tema, prende forma l'analisi della valenza fondante dell'eccezionalità, nell'ambito di uno schema di sintesi delle varie risposte ordinamentali a situazioni non previste e regolamentate, che si muovono nel rapporto tra eccezione *del* diritto ed eccezione *nel* diritto.

Per una tale via, la stessa incursione in alcune delle più significative esperienze costituzionali nella storia delle istituzioni pubbliche dell'Europa occidentale permette alla ricerca di ritornare indietro nel tempo, al primo e più limpido esempio di diritto di necessità nello stato di normalità: l'istituto dello *iustitium* nel diritto romano. A tale digressione storica, infatti, fa seguito l'individuazione dei limiti invalicabili dell'eccezione, portando a concludere per l'ammissibilità di essa come uno stato di eccezione meramente relativo, vale a dire come un fenomeno interno all'ordinamento costituzionale, nelle cui norme se ne possa rinvenire non solo il fondamento ma soprattutto il suo limite.

Gli ulteriori sviluppi di ricerca collocano le premesse appena sopra sviluppate al fine di proiettarne la fisionomia nella (non) provocazione al reato quale eccezionale tecnica nell'attività di contrasto e sotto copertura, caratterizzata dalla finalità di assicurare i colpevoli alla giustizia.

Dopo la digressione sui profili storico-domatici e di politica criminale afferenti alla (non) provocazione al reato, dunque, l'attenzione viene posta sulla preziosa funzione di razionalizzazione sistematica svolta dalla giurisprudenza e dalla dottrina in tema di non punibilità dell'attività provocatoria attraverso le varie tappe della collocazione della figura *undercover* nella struttura del reato, per poi confrontarsi con il modello legale di agente (non) provocatore, fino alla sua *reductio ad unitatem* della legge 16 marzo 2006, n. 146 con l'istituzione di un vero e proprio "statuto delle operazioni sotto copertura".

Vengono, pertanto, vagliate criticamente le varie soluzioni prospettate al problema della non punibilità dell'agente *undercover* per valutarne la tenuta dommatica e l'impatto politico-criminale.

Lo studio si concentra, quindi, proprio sugli sviluppi della consacrazione dommatica di una figura di agente 'non' provocatore in senso ampio, come argine alla possibile dilatazione autoritaria di indagini non passive verso mobili forme di provocazione 'coperta', come testimoniato dall'estensione ai reati contro la p.a. operata dalla legge n. 3/2019.

L'analisi parte da esempi di contributi partecipativi 'sostanzialmente' atipici rispetto alle fattispecie di parte speciale, per poi spostarsi su contributi tipici. Così, mediante l'utilizzo della teoria del concorso di persone nel reato, vengono illustrate le possibili soluzioni infra-sistematiche nel fondamento della non punibilità di atti di indagine passiva per condotte atipiche pure causalmente rilevanti, che vedono esclusa la loro rilevanza penale sulla base di filtri normativi avanzati dalle regole di imputazione oggettiva dell'evento, laddove colui che incide su un rischio senza aumentarlo (anzi, riducendolo) in una prospettiva *ex ante*, non crea certamente un rischio penalmente rilevante e, pertanto, per ragioni preventive, risulterà fondatamente non punibile.

Ed allora la ricerca ha permesso di evidenziare come a scontare le maggiori criticità siano proprio le tecniche di investigazione 'attiva', laddove le attività di contrasto spingono al limite della legittimità costituzionale l'azione statale di contrasto alla criminalità. Tali considerazioni lasciano, quindi, spazio all'analisi sulle (più) spinose questioni afferenti le risposte 'giustificative' a fatti investigativi non marginali - perché penalmente tipici.

Ed è qui che si colloca il ripensamento dei modelli valutativi di liceità nei nuovi scenari criminologici che animano la nuova idea di giustificazione nella consacrazione di forme lecite di provocazione 'proceduralmente non vietata'.

Infatti, accanto allo studio rigoroso dei limiti oggettivi di imputazione della tipicità penale concorsuale, lo studio si è sviluppato verso un nuovo modello strutturale di giustificazione diversa da quella sostanziale o tradizionale che, con la dovuta digressione nel funzionamento intrinseco delle tradizionali cause di giustificazione, analizza i sempre più marcati profili di criticità dell'esimente messa in piedi dall'attuale versione dell'art. 9 della legge 146 del 2006, per tracciarne le distanze.

Invero, 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'espreso 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 ordinarie.

Siamo, evidentemente, agli albori di una nuova dimensione concettuale di genere nella (ri)costruzione classificatoria dell'esclusione dell'antigiuridicità, per cui la giustificazione procedurale rappresenta l'ulteriore strada percorribile, accanto al limite del rischio consentito, per legittimare e differenziare in concreto fatti degli agenti sotto copertura ed attività di contrasto, altrimenti punibili.

Questa innovativa visuale della teoria dell'(il)lecito e delle cause di giustificazioni "spinge" la soluzione sposata di recente nel caso Cappato dalla giurisprudenza costituzionale e di merito in materia di trattamento lecito di fine vita oltre i confini del biodiritto, in una materia altrettanto delicata e che, per questo, impone all'ordinamento di indietreggiare di fronte a condotte che, quando lesive, siano qualificate come lecite perché proceduralmente non vietate, in quanto legittimate da controlli pubblicistici *ex ante* per fondare l'esercizio di un diritto fondamentale ovvero una prognosi privilegiata statale funzionale alla protezione di preminenti valori solidaristici, nel rispetto di presupposti tesi a garantire un ordinato vivere civile.

A confortare un tale assunto, nella materia che qui ci occupa, sovviene, poi, l'analisi della più volte citata fattispecie di cui all'art. 14 della legge n. 269/1998, da assumere a riferimento giacché contiene la sua peculiarità, a differenza dell'art. 9 della legge n. 146/2006, proprio nella esplicitazione di una prescrizione autorizzativa del pubblico ministero, quale condizione di legittimità per l'operato della polizia giudiziaria. Ed è proprio su tali basi che nella parte conclusiva del lavoro segue il confronto con le esperienze ordinamentali oltre confine, posta la mancanza – a livello sovranazionale e soprattutto europeo – di una disciplina uniforme delle operazioni sotto copertura.

Tuttavia, partendo dalla maturazione di una 'irreversibile' dimensione europea assunta dalla giustizia penale e dalla portata "universale" raggiunta dal modello di processo equo di cui all'art. 6 C.E.D.U., segue l'analisi delle scelte operate nell'ambito della cooperazione giudiziaria penale nello spazio comune europeo scolpite dalle risposte della giurisprudenza di Strasburgo ad istanze securitarie in linea con le garanzie e le libertà individuali.

Nell'ultima parte del lavoro, poi, si sviluppa il confronto con lo stato dell'arte sul tema dell'agente sotto copertura nei nuovi scenari criminosi, con i suoi conseguenti sviluppi *de jure condendo*. Da tale confronto si delineano i profili di contrasto nel vaglio

di conformità del diritto interno alle garanzie processuali, rafforzando l'idea di uno sviluppo delle nuove frontiere di analisi in relazione all'ultimo ambizioso intervento di riforma nella lotta alla corruzione.

Con un "fermo immagine" all'interno dei molteplici contesti *lato sensu* corruttivi, il contributo al dibattito scientifico si basa sull'accertamento della validità ed efficacia della figura dell'agente (non) provocatore nei poliedrici contesti criminosi con cui attualmente è chiamato ad interfacciarsi, per chiedersi fino a che punto le condotte tipizzanti lo schema correttivo risultino compatibili con le tecniche dell'infiltrazione.

Pertanto, dopo aver ampiamente sviluppato l'impraticabilità di soluzioni incapaci di apportare una differenziazione sistematica e sanzionatoria tra agente (non) provocatore e (non) provocato, il lavoro si conclude con la conferma della valorizzazione della proposta di una 'provocazione proceduralmente non vietata' che sfrutti l'effetto scriminante per le attività sotto copertura, basato su presupposti di non imputazione normativa per contributi atipici rispetto a fattispecie di parte speciale ovvero di legittimazione predeterminata all'interno di uno spazio di diritto libero, affidando la (non) punibilità dell'agente 'non provocatore' ad una disciplina basata sulla legittimazione *ex ante* di aggressioni tipiche, ma 'proceduralmente non vietate' in quanto rispettose di condizioni predeterminate per legge ed orientate ad una prognosi ineccepibile se solo ispirata a scelte ragionevoli del soggetto decidente, in quanto esse, oltre che approvate e controllate, sappiano rispondere ad (ulteriori) rigorosi canoni di proporzionalità, sussidiarietà e necessità a livello probatorio.

The work addresses the issue relating to the (non)punishability of the 'non-provocative' agent, given that the use of a simple special exculpation has often proven insufficient to exclude the illegitimacy of the act of the agent engaged in undercover activities and of law enforcement, whose conduct goes beyond the simple stimulation of a psychic will pre-existing the commission of a crime.

Starting from the ambivalences of the exception in law with brief references to the philosophical-juridical debate on the subject, the analysis of the founding value of exceptionality takes shape, as part of a synthesis scheme of the various regulatory responses to unforeseen and regulated situations, which move in the relationship between exception of law and exception in law.

In this way, the same incursion into some of the most significant constitutional experiences in the history of public institutions in Western Europe allows the research to go back in time, to the first and clearest example of law of necessity in the state of normality: the institution of *iustitium* in Roman law. This historical digression, in fact, is followed by the identification of the insurmountable limits of the exception, leading to the conclusion that it is admissible as a merely relative state of exception, that is to say as a phenomenon internal to the constitutional order, in which rules, it is possible to find not only their foundation but above all their limits.

Further research developments place the premises just developed above in order to project its physiognomy into the (non)provocation of crime as an exceptional technique in law enforcement and undercover activity, characterized by the aim of bringing the guilty to justice.

After the digression on the historical-dogmatic and criminal policy profiles relating to the (non)provocation of crime, therefore, attention is placed on the precious function of systematic rationalization carried out by jurisprudence and doctrine regarding the non-punishability of provocative activity through the various stages of the placement of the undercover figure in the structure of the crime, to then deal with the legal model of (non) provocateur agent, up to its *reductio ad unitatem* of the law of 16 March 2006, n. 146 with the establishment of a real "statute of undercover operations".

The various solutions proposed to the problem of the non-punishability of the undercover agent are therefore critically examined to evaluate their dogma and political-criminal impact.

The study therefore focuses precisely on the developments of the dogmatic consecration of a figure of a 'non' provocative agent in the broad sense, as a barrier to the possible authoritarian expansion of non-passive investigations towards mobile forms of 'covert' provocation, as demonstrated by the extension to crimes against the public administration operated by law no. 3/2019.

The analysis starts from examples of participatory contributions 'substantially' atypical compared to the special part cases, and then moves on to typical contributions. Thus, through the use of the theory of the complicity of people in the crime, the possible infra-systematic solutions are illustrated in the basis of the non-punishability of passive investigative acts for atypical conduct which is also causally relevant, which sees their criminal relevance excluded on the basis of normative filters advanced by the rules of objective attribution of the event, where whoever affects a risk without increasing it

(indeed, reducing it) in an *ex ante* perspective, certainly does not create a criminally relevant risk and, therefore, for preventive reasons, will be found to be fundamentally not punishable.

And then the research made it possible to highlight how the most critical issues are precisely the 'active' investigation techniques, where law enforcement activities push state action to combat crime to the limits of constitutional legitimacy. These considerations therefore leave room for analysis of the (most) thorny issues relating to 'justifying' responses to non-marginal - because criminally typical - investigative facts.

And this is where the rethinking of the evaluation models of lawfulness takes place in the new criminological scenarios that animate the new idea of justification in the consecration of lawful forms of 'procedurally not prohibited' provocation.

In fact, alongside the rigorous study of the objective limits of attribution of the typical insolvency criminal case, the study has developed towards a new structural model of justification different from the substantial or traditional one which, with the necessary digression into the intrinsic functioning of the traditional causes of justification, analyzes the increasingly marked critical aspects of the exemption set up by the current version of the art. 9 of law 146 of 2006, to trace the distances.

Indeed, focusing the reflection on the topic on the real contribution of the dogmatic of justification in the contribution to the differentiation of the figure of the (non) provocative agent from that of the (non) provoked one, the express reference of the law. n. 136 of 2010 to a special "cause of justification", misses the mark, without prejudice to the structural limits of a special exemption with respect to ordinary causes of justification.

We are evidently at the dawn of a new conceptual dimension of gender in the classificatory (re)construction of the exclusion of anti-juridity, for which procedural justification represents the further path that can be taken, alongside the limit of permitted risk, to legitimize and differentiate in concrete facts of undercover agents and law enforcement activities, otherwise punishable.

This innovative view of the theory of (il)licit and of the causes of justifications "pushes" the solution recently espoused in the Cappato case by constitutional and substantive jurisprudence in the matter of legitimate end-of-life treatment beyond the boundaries of biolaw, in a matter equally delicate and which, for this reason, requires the legal system to retreat in the face of conduct which, when harmful, is classified as lawful because it is not procedurally prohibited, as it is legitimized by *ex ante* public controls to establish the exercise of a fundamental right or a privileged state prognosis functional to the protection

of pre-eminent solidarity values, in compliance with assumptions aimed at guaranteeing an orderly civil life.

To support such an assumption, in the matter that concerns us here, comes the analysis of the oft-cited case referred to in the art. 14 of law no. 269/1998, to be taken as a reference since it contains its peculiarity, unlike the art. 9 of law no. 146/2006, precisely in the clarification of an authorization requirement from the public prosecutor, as a condition of legitimacy for the work of the judicial police.

And it is precisely on these bases that in the final part of the work the comparison with the regulatory experiences across the border follows, given the lack - at a supranational and above all European level - of a uniform regulation of undercover operations. However, starting from the maturation of an 'irreversible' European dimension assumed by criminal justice and the "universal" scope achieved by the fair trial model referred to in art. 6 ECHR, follows the analysis of the choices made in the context of criminal judicial cooperation in the common European space sculpted by the responses of the Strasbourg jurisprudence to security requests in line with individual guarantees and freedoms.

In the last part of the work, then, the comparison with the "state of the art" on the theme of the undercover agent in new criminal scenarios develops, with its consequent *de jure condendo* developments. From this comparison, the contrasting profiles in the examination of conformity of domestic law with procedural guarantees are outlined, strengthening the idea of a development of the new frontiers of analysis in relation to the latest ambitious reform intervention in the fight against corruption.

With a "freeze frame" within the multiple corruption contexts, the contribution to the scientific debate is based on ascertaining the validity and effectiveness of the figure of the (non) provocateur agent in the multifaceted criminal contexts with which he is currently called to interface, to ask ourselves to what extent the behaviors typifying the corrective scheme are compatible with infiltration techniques.

Therefore, after having extensively developed the impracticability of solutions incapable of making a systematic and sanctioning differentiation between (non) provocative and (un)provoked agents, the work concludes with the confirmation of the valorisation of the proposal of a 'procedurally not prohibited provocation' which exploits the discriminatory effect for undercover activities, based on assumptions of non-regulatory attribution for atypical contributions with respect to cases of special part or of predetermined legitimation within a space of free law, entrusting the (non)punishability of the 'non-provocative' agent to a discipline based on the ex ante legitimation of typical aggressions,

but 'procedurally not prohibited' as they respect conditions predetermined by law and oriented towards an impeccable prognosis if only inspired by reasonable choices of the deciding subject, as they , as well as being approved and controlled, are able to respond to (further) rigorous standards of proportionality, subsidiarity and necessity at an evidentiary level.