



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TRIESTE

DOTTORATO IN SCIENZE PENALISTICHE
Direttore Prof. Paolo Pittaro

LE INDAGINI SOTTO COPERTURA

Relatore:

Chiar.ma Prof.ssa Maria Riccarda Marchetti

Tutor:

Chiar.ma Prof.ssa Maria Riccarda Marchetti

Tesi di dottorato di:
Dott. Giovanni Barrocu

XXI CICLO

LE INDAGINI SOTTO COPERTURA

CAPITOLO I: Profili storici e aspetti sostanziali

- 1.1. L'origine storica dell'agente provocatore
- 1.2. L'agente provocatore in Italia. Dalla dottrina dell'Ottocento ai primi del Novecento
- 1.3. L'entrata in vigore del codice Rocco
- 1.4. Segue. L'evoluzione della normativa
2. Le scriminanti e l'agente provocatore

CAPITOLO II: La figura dell'agente sotto copertura

- 1.1. La definizione dell'agente provocatore e dell'agente infiltrato
- 1.2. L'agente provocatore privato
 - 2.1. Il quadro normativo
 - 2.2. L'attività *undercover* in materia di stupefacenti
 - 2.3. Le altre operazioni sotto copertura
 - 2.4. Lo statuto delle operazioni sotto copertura

CAPITOLO III: L'operazione sotto copertura nella dinamica delle indagini

- 1.1. Pubblico ministero e polizia giudiziaria
- 1.2. Segue: gli obblighi di comunicazione
- 1.3. Le particolarità dell'art. 14 l. 269/98
 - 2.1. L'art. 98 d.p.r. 309/1990
 - 2.2. Segue: le consegne controllate
3. Il differimento degli atti dovuti nello "Statuto delle operazioni sotto copertura"
4. Una particolare ipotesi di operazioni controllate: il pagamento "simulato" del riscatto nel sequestro di persona

CAPITOLO IV: Profili Processuali

- 1.1. La posizione processuale dell'agente sotto copertura: testimone o coimputato?
- 1.2. La tutela dell'identità dell'agente sottocopertura
 - 2.1. Le dichiarazioni rese dall'imputato all'agente *undercover*

- 2.2. Segue: il divieto *ex art.* 63 c.p.p.
- 3. La documentazione delle operazioni sotto copertura e la loro utilizzabilità processuale.
- 4. L'agente sotto copertura nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo.
- 5.1. Prove illecite e prove illegittime.
- 5.2. Segue: Prove illecite e attività sottocopertura.
- 6. I limiti di utilizzabilità degli elementi di prova acquisiti.

CAPITOLO V: Le attività sottocopertura: uno sguardo oltre confine

- 1.1. I sistemi continentali.
- 1.2. La normativa spagnola.
- 1.3. Una legislazione all'avanguardia: l'ordinamento Svizzero.
- 2. Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale.
- 3. L'agente *undercover* nei sistemi di *common law*.

BIBLIOGRAFIA

CAP. I

Profili storici e aspetti sostanziali

1.1 L'origine storica dell'agente provocatore

Nel delineare l'evoluzione storica della figura dell'agente provocatore, che si snodi con una qualche continuità fino all'istituto tutt'oggi operante negli ordinamenti continentali e di *common law*, è necessario prendere le mosse dall'esperienza francese dei secoli XVII e XVIII¹. Si ritiene, infatti, che nel periodo assolutistico – regnante Luigi XIV – vennero a formarsi alcune istituzioni di delatori privati incaricati dal dispotismo di Stato di cogliere “al di là delle manifestazioni esteriori della volontà, l'intimo convincimento dei cittadini, contrari ai generali indirizzi politici”².

Erano privati cittadini i quali, per acquisire favori ed anche impunità da parte del governo stesso, spiavano i loro concittadini sospettati di essere contrari all'indirizzo politico dominante. Si trattava, quindi, di una figura dai caratteri eminentemente politici derivante, secondo la risalente dottrina, da “un iniquo governo demoralizzato e demoralizzatore”³, da confinare “nei tristi ricordi dei governi dispotici”⁴. Tale tecnica investigativa si attuava attraverso l'infiltrazione in presunte “società segrete” al fine di carpire l'intimo convincimento dei sospetti e poterli denunciare⁵. In seguito, l'istituzione dei delatori privati fu sostituita dall'organizzazione della polizia segreta⁶, cosicché l'attività di spionaggio non fosse più esercitata per acquisire benevolenza presso l'autorità, bensì per l'adempimento di un dovere d'ufficio⁷. La dottrina ha posto con chiarezza l'accento sul fatto che, a quel tempo, gli agenti si limitassero a spiare le

¹ L'istituto dell'agente provocatore non era certo sconosciuto nei secoli precedenti, tanto che vi è chi sostiene come questa figura fosse già ben presente nell'antichità (Esopo, III, favola V, “Aesopus et petulans”) e possa persino essere fatta risalire sino alla “notte dei tempi” riportandola al momento della creazione del mondo stesso (cfr. Genesi, III, 1-7). Così E. CALIFANO, *L'agente provocatore*, Milano, 1964, 9. Altri sono giunti ad affermare che da quando esiste l'ordinamento giuridico penale nel mondo, si trova sempre la figura dell'agente provocatore, precisando però come, sino al tempo del diritto romano – in cui i giuristi iniziarono ad interrogarsi circa la punibilità del provocatore –, l'istituto ebbe una scarsa rilevanza; cfr. M. SALAMA, *L'agente provocatore*, Milano, 1965, 2.

² R. DELL'ANDRO, *Agente provocatore*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, I, 864.

³ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Parte speciale, 8^a ed., Lucca, 1887, II, 1594.

⁴ E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, II, Milano, 1934, 710.

⁵ L. GALLI, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, in *Giust. pen.*, 1939, 776.

⁶ E' stato opportunamente sottolineato come a discapito dell'indubbia importanza che rivestì questa funzione per la sicurezza e la difesa delle prerogative egemoniche del regime, l'appartenenza alla polizia segreta non costituiva fonte né di prestigio né di onore ma riverberava invece sui soggetti preposti a detto ufficio una connotazione di disvalore nella coscienza sociale, tanto da evitare il coinvolgimento degli effettivi funzionari, in modo da evitare che l'ufficio e la dignità derivanti dalla carica ricoperta ne fossero contaminati: così riprendendo la dottrina tedesca C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 4.

⁷ M. SALAMA, *L'agente provocatore*, cit., 3.

mosse delle persone sospette e a riferire all'autorità, senza porre in essere alcuna attività d'incitamento al reato⁸. Ben presto, tuttavia, tale atteggiamento "passivo" apparve insufficiente alla raccolta di prove certe dei reati di cospirazione politica che s'intendevano reprimere, con il rischio concreto per gli agenti di "veder scemare la propria considerazione sino a essere estromessi dall'organismo parallelo"⁹. Così, gli agenti della polizia segreta e i loro confidenti iniziarono a perseguire gli scopi di governo attraverso un'attività di vera e propria provocazione che consentisse l'arresto in flagranza di reato dei cittadini sediziosi; questo viene considerato come il punto storico di svolta dell'istituto: dallo spionaggio si giunge alla vera e propria provocazione¹⁰.

Secondo siffatta ricostruzione, inizialmente l'attività sarebbe stata rivolta verso la provocazione d'individui sospetti, al fine di raccogliere prove sufficienti per la denuncia alle autorità, per poi estendersi anche nei confronti di comuni cittadini non gravati da alcun indizio. In un tale clima di sospetto e di delazione reciproca, la provocazione non era più attività esclusiva della polizia segreta ma anche di privati cittadini che, spesso previo concerto con la polizia, istigavano l'altrui attività criminosa¹¹. Tuttavia, nelle sue origini, la diffusione di una così insidiosa prassi è fatta sempre coincidere con il *crimen laesae maiestatis*¹² o, ad ogni modo, con qualsiasi manifestazione di dissenso ideologico identificato dallo Stato assoluto come delitti politici¹³.

Seppur ristretta a questa categoria di reati, anche in dottrina la figura dell'agente provocatore inizia ad acquistare consistenza; nata in Francia, assume ben presto rilievo in Russia¹⁴ ed emerge, dalla metà dell'Ottocento, nella letteratura tedesca¹⁵ e italiana. Proprio l'apporto della dottrina tedesca – di cui si vedrà l'impatto sulla letteratura italiana – ha portato, per la prima volta a tratteggiare una figura ampia di agente provocatore non vincolata esclusivamente ai reati politici, ma caratterizzata dalla

⁸ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, Milano, 1991, 3; L. GALLI, *La responsabilità penale*, cit., 777; M. SALAMA, *L'agente provocatore*, cit., 3.

⁹ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 4.

¹⁰ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 4.

¹¹ L. GALLI, *La responsabilità penale*, cit., 777.

¹² Sulla nozione del delitto politico nello Stato premoderno si veda M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis: il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974.

¹³ DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 4.

¹⁴ A. BEKZADIAN, *Der Agent-Provocatour (lockspitzel) mit besonderer Berücksichtigung der politischen Provocation in Russland. Ein Beitrag zum Strafrecht und zur Kriminalpolitick*, Zürich, 1913.

¹⁵ Per tutti H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1998, 4^a ed., 622; cfr. C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 5, in cui sottolinea come nella dottrina tedesca – certamente non propensa all'esterofilia anche nella definizione lessicale degli istituti – è tuttora ampiamente utilizzata l'espressione francese "agent provocateur".

mancanza d'interesse nell'istigatore alla realizzazione degli effetti tipici del reato¹⁶: il suo fine consiste nella denuncia della persona provocata. Ne deriva una classificazione che porta a definire l'agente provocatore come "chiunque determina o istiga altri al reato perché vuole che questi venga preso sul fatto e punito"¹⁷.

1.2. L'agente provocatore in Italia. Dalla dottrina dell'Ottocento ai primi anni del Novecento

Come detto, notevole è stata l'influenza delle elaborazioni degli studiosi tedeschi sulla prima dottrina italiana interessata alla figura dell'agente provocatore. Il punto di partenza è ancora costituito dalla compartecipazione morale e dall'idea che l'agente provocatore sia un particolare tipo d'istigatore, caratterizzato dal fine che anima il suo proposito criminoso. La stessa realizzazione del delitto, sia esso consumato ovvero semplicemente tentato, non rientrerebbe tra gli esiti prefissati. L'azione di esortazione non sarebbe stata finalizzata a procurare il profitto che, di norma, è conseguenza tipica del reato¹⁸, bensì a ottenere un danno in capo all'istigato, facendolo cogliere in flagrante per poi conseguire un premio dal governo o realizzare un personale proposito di vendetta¹⁹.

L'elemento capace di accomunare la gran parte delle definizioni elaborate dagli autori classici consiste proprio nello scopo cui l'azione dell'agente provocatore tende: il delitto in sé veniva considerato stato solo un mezzo per ottenere la punizione del provocato²⁰. Tuttavia, per quanto si potessero porre in risalto le intime ragioni che spingono l'agente provocatore ad agire, in presenza di un nesso di causalità fra la condotta istigatoria e la realizzazione del fatto tipico di reato, gran parte della dottrina è propensa a ritenere lo stesso agente punibile in qualità di compartecipe morale nel reato²¹. A una tale deduzione si giunse considerando come il crimine è intrapreso grazie al contributo morale dell'istigatore, la cui punibilità non è derivante dall'intimo scopo che anima le proprie azioni – considerato a tal fine irrilevante –, bensì dalla sua intenzione delittuosa. La condotta del provocatore, collegata al fatto tipico attraverso il

¹⁶ J. GLASER, *Zur lehre vom Dolus des Antifters*, in *Der Gerichtssaal*, 1858, 24.

¹⁷ J. GLASER, *Zur lehre*, cit., 33.

¹⁸ G. B. IMPALLOMENI, *Del concorso di più persone in un reato con speciale riguardo al codice penale italiano in progetto*, in *Riv. pen.*, 1887, XXVI, 232.

¹⁹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Parte speciale, 8^a ed., Lucca, 1887, II, 477; G. CRIVELLARI, *Il codice penale per il regno d'Italia*, Torino, 1892, IV, 134.

²⁰ Tale profilo è posto in luce da C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 201.

²¹ L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, Torino, 1924, I, 212.

nesso di causalità, non poteva essere scissa da quello dell'autore materiale, fino a quando entrambi avessero operato esternamente in una comune direzione²².

La prospettiva nella quale è stato affrontato il problema della punibilità del provocatore ha, così, assunto una importanza ed una portata variabili. Analizzandola in relazione alla responsabilità del singolo individuo, questi era da considerare punibile per la condotta provocatoria, attuata senza che fosse necessario cogliere particolari implicazioni esterne. Era dato risalto, però, all'eventuale presenza di un "istigatore dell'istigatore": l'ufficiale di governo che si fosse avvalso dell'ufficio di un agente provocatore sarebbe stato responsabile in via principale in qualità d'istigatore mediato²³.

Sotto altro profilo, l'istituto fu esaminato in un'ottica più ampia, rivolgendo uno sguardo all'opportunità del governo di servirsi di un mezzo tanto insidioso e tanto deplorabile quanto era considerato, nell'ottocento, quello della provocazione²⁴. Non si trattava quindi di definire la posizione di un singolo funzionario disonesto, bensì di approfondire il nesso che univa il governo e i suoi ufficiali operanti nel contrasto alla criminalità. In questa prospettiva, parte della dottrina non esitò a criticare aspramente la legittimità stessa della figura dell'agente provocatore e il suo utilizzo da parte del governo, facendo leva sul dovere incombente in capo allo Stato di applicare la legge e tutelare l'ordine pubblico²⁵. Nel perseguire tale scopo fondamentale per l'esistenza stessa dello Stato, l'autorità non poteva violare le norme stabilite a difesa della società, celandosi dietro lo schermo dell'impunità²⁶.

Di diverso avviso era chi sosteneva, al contrario, come la definizione stessa di agente provocatore andasse ristretta a quei soggetti che operavano in vista di unico particolare fine, che doveva consistere nella realizzazione di obiettivi moralmente apprezzabili, quali la difesa della comunità e la tutela dell'ordine pubblico. L'agente provocatore così tratteggiato, per l'evidente utilità sociale della sua condotta, doveva essere considerato non punibile, benché qualificato come compartecipe morale. In altri termini, ove questi fosse stato animato da propositi conformi lodevoli, non poteva essere considerato punibile per assenza di dolo, indipendentemente dalla sua qualifica di ufficiale di polizia o di privato cittadino²⁷.

²² G. B. IMPALLOMENI, *Del concorso di più persone in un reato*, cit., 234.

²³ Su questa linea G. B. IMPALLOMENI, *Del concorso di più persone in un reato*, cit., 232; L. MAJNO, *Commento al codice penale*, cit., 212.

²⁴ Cfr. F. CARRARA, *Programma*, cit., 478.

²⁵ G. CRIVELLARI, *Il codice penale*, cit., 135.

²⁶ L. MAJNO, *Commento al codice penale*, cit., 212.

²⁷ E. BRUSA, *Saggio di una teoria generale del reato*, Torino, 1884, 397.

Agli inizi del ventesimo secolo, in quest'acceso dibattito dottrinale s'inseriscono nuovi contributi da parte di una letteratura giuridica che non scioglie la continuità con la nozione ampia di agente provocatore tratteggiata alla fine dell'Ottocento, arricchendola, tuttavia, di ulteriori importanti elementi quali l'ipotesi della compartecipazione "materiale" e "neutrale" al reato. La prima si riscontra quando l'agente presta un contributo – concretamente riscontrabile nella realtà fattuale e riconducibile alla condotta del soggetto stesso – in grado di inserirsi fra i fattori causali dai quali scaturisce il reato²⁸. Con la compartecipazione "neutrale" si delinea, invece, un profilo insolito per cui la provocazione si dovrebbe ravvisare anche nelle ipotesi in cui la condotta realizzata si sia rivelata influente nel compimento dell'illecito, sotto il profilo della determinazione della volontà dell'autore principale: l'agente si sarebbe solo inserito in una serie continuata di reati, già commessi e d'imminente reiterazione²⁹.

Vista l'ampiezza dei contributi causali riconducibili, secondo queste teorie, nell'ambito della provocazione, si è ricercato all'interno delle varie definizioni un elemento costante utile come criterio di specificazione della figura dell'agente provocatore. Un'attenta dottrina ha così identificato l'elemento di sintesi nel fine in vista del quale l'agente attua la propria condotta che andrebbe fatto coincidere con l'oggettiva volontà di ottenere la punizione del soggetto indotto a delinquere, fermo restando che la pulsione che intimamente animi il provocatore – sia essa nobile o spregevole – non acquisisce rilevanza alcuna per l'ordinamento giuridico³⁰.

L'inquadramento dogmatico continua quindi a essere quello della compartecipazione morale nel reato, cosicché chi abbia determinato altri a violare la legge deve essere ritenuto responsabile in qualità d'istigatore, a nulla giovando un intento moralmente encomiabile qualora la condotta fosse stata, di fatto, fondamentale per la realizzazione dell'evento delittuoso³¹. Per di più, sarebbe indifferente che il provocatore fosse un privato cittadino ovvero un agente di polizia, poiché quest'ultimo non potrebbe celarsi dietro l'ordine dell'autorità: la legge penale costituisce invero un valido limite anche per l'obbedienza gerarchica. L'agente di polizia che si trovi a eseguire un ordine delittuoso avrebbe non solo il diritto, ma anche il dovere, di rifiutarsi di adempiere, qualora l'osservanza delle disposizioni ricevute integrasse gli estremi di

²⁸ Cfr. E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, 566.

²⁹ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1920, II, 323.

³⁰ T. DELOGU, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, in *Studi Sassaesi*, Sassari, 1935, vol. XIII, 19.

³¹ G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale, parte generale*, Bologna, 1932, I, 309.

un reato³². In seguito ad una più matura riflessione si è tuttavia posto un limite alla rigidità di un tale assunto: si è, difatti, ritenuto di poter giustificare l'agente provocatore quando lo stesso abbia agito in esecuzione della legge o per ordine dell'autorità, purché il processo esecutivo si arrestasse allo stadio del tentativo³³.

Sotto un ulteriore profilo, considerato come, nella gran parte dei casi, l'agente provocatore operi all'interno di associazioni criminali ovvero istighi delinquenti abituali, altra parte della dottrina ha ritenuto necessario ai fini dell'esclusione della punibilità dell'agente che la sua condotta non abbia oltrepassato il semplice coinvolgimento neutrale rispetto a quanto si realizza abitualmente³⁴. L'elemento decisivo sarebbe così la mancanza di un'attività di determinazione da parte del provocatore, al quale competerebbe solo procurare una nuova opportunità di delinquere per il reo. In tale specifica ipotesi, l'impunità deriverebbe dalla mancanza del nesso causale che renderebbe l'istigatore, di converso, un autentico compartecipe nel reato.

Si è poi precisato in giurisprudenza come non siano ravvisabili gli elementi essenziali per la punibilità dell'agente provocatore nel caso in cui l'unica attività posta in essere sia stata esclusivamente di accertamento. Come dire che l'agente non potrà neppure essere qualificato come provocatore qualora la sua condotta non abbia contribuito in nessun modo alla realizzazione del reato, poiché lo stesso si sia limitato a constatare una situazione già completa, o comunque autonoma, in relazione alla possibilità di giungere a concretizzazione³⁵. Altra parte della dottrina ha, invece, elaborato una teoria della non punibilità del provocatore ancorato all'ipotesi del reato impossibile. Questi non risponderebbe del reato perché era assolutamente certa la mancata consumazione dell'illecito provocato in quanto, contestualmente, erano già state adottate le cautele necessarie per renderlo irrealizzabile. In una tale ipotesi verrebbe a mancare il reato o, ad ogni modo, la possibilità che si verifichi l'offesa³⁶ – sia

³² A. DEL GIUDICE, *L'agente provocatore nell'acquisto illecito di cose militari*, in *Scuola positiva*, Milano, 1917, 300.

³³ V. MANZINI, *Trattato*, cit., 322.

³⁴ E. FERRI, *Principi*, cit., 567; C. SALTELLI – E. ROMANO DI FALCO, *Commento teorico pratico del nuovo codice penale*, Torino, 1931, 575.

³⁵ Cass., 4 maggio 1900, in *Riv. pen.*, 1900, 275; Trib. Napoli, 29 dicembre 1908, in *Riv. pen.*, 1909, 367.

³⁶ G. PAOLI, *Principi di diritto penale*, Padova, 1929, III, 389, in cui si riporta l'utile esempio dell'agente sottocopertura che richiede ad un droghiere delle bevande alcoliche, nei giorni in cui non è permessa la vendita, non per berla, ma soltanto per cogliere il venditore in violazione del divieto. In questo caso il reato non si realizzerebbe poiché è impossibile che si verifichi l'elemento del danno. Quel droghiere avrà manifestato la sua predisposizione alla violazione della norma, ma non l'avrà violata. Non potrà quindi esserci punizione né per lui né per il poliziotto.

essa intesa in termini di danno ovvero di pericolo –, di conseguenza non potrebbe sussistere neppure compartecipazione³⁷.

1.3. L'entrata in vigore del codice Rocco

In seguito all'emanazione del nuovo codice, si sviluppò un filone giurisprudenziale al quale va ricondotto il merito di aver riconosciuto l'esistenza stessa dell'agente provocatore come figura autonoma, attraverso l'indicazione, in concreto, di come deve essere considerato il suo operato. La Suprema corte, in una nota sentenza in materia di frode delle pubbliche forniture, definì agente provocatore un soggetto che, su incarico della pubblica amministrazione, aveva richiesto ad un farmacista cose diverse da quelle indicate nelle rispettive ricette e delle quali doveva essere eseguita la fornitura, allo scopo di comprovare la predisposizione alla frode dei farmacisti fornitori e la loro capacità di avvalersi dell'inganno nei confronti delle istituzioni³⁸. In una successiva pronuncia i giudici di legittimità giunsero sino a una distinzione fra l'agente provocatore e l'istigatore. Secondo questa ricostruzione, il primo è colui che si finge delinquente per accertare o impedire il crimine *in itinere*, mentre nella figura dell'istigatore va invece ricompreso chi opera unicamente per determinare l'altro a un delitto che, senza il suo intervento, certamente non sarebbe stato commesso³⁹.

Nella prima delle decisioni richiamate, si rievoca quella nozione ampia di agente provocatore che era stata elaborata all'inizio del secolo, estesa ai casi in cui sia ravvisabile anche una semplice offerta di occasione per reiterare un reato. L'attività svolta non deve influenzare, a livello causale, la volontà di realizzare l'illecito, rivolgendosi unicamente ad accertare la colpevolezza del soggetto, posto che la fattispecie concreta si sarebbe verificata in ogni caso. Nonostante emerga dalle sentenze sopra menzionate la mancanza di un orientamento omogeneo che consenta di qualificare astrattamente l'agente provocatore, è comunque da sottolineare l'importanza della svolta di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale che inizia a indirizzare precipuamente l'attenzione verso due figure delittuose: i reati-contratto e i delitti di relazione.

³⁷ Può accadere che le guardie, avvisate da un confidente-istigatore, siano già appostate e pronte ad intervenire prima che il reato si compia, nel luogo in cui il malvivente, indotto a commettere un furto, si appresti ad agire. In questo caso, mancando il reato, non potrebbe esservi partecipazione allo stesso. Così V. MANZINI, *Trattato*, cit., 415.

³⁸ Cass., 23 gennaio 1941, in *Riv. pen.*, 1941, 668.

³⁹ Cass., 6 luglio 1943, in *Riv. pen.*, 1945, 258.

In questo periodo, per contrastare fenomeni criminali molto diffusi quali la compravendita vietata di preziosi, il traffico d'armi e, successivamente, lo spaccio di stupefacenti, le autorità fanno largo ricorso alla figura del *fictus emptor*, e alla cosiddetta finta vittima nei delitti di relazione, dividendo la dottrina circa l'opportunità di inquadrare queste figure nella nozione di agente provocatore⁴⁰.

Anche sotto il profilo sanzionatorio si registrano importanti novità. Difatti, secondo alcuni, nei delitti di relazione la parte attiva deve necessariamente rispondere del reato, seppur nella forma tentata, anche se la vittima, fingendo di farsi costringere, era stata tale solo in apparenza. E' evidente quindi come in questo periodo l'attenzione è tutta rivolta alla punibilità del provocato, nel tentativo di superare lo schema del reato impossibile⁴¹. A questa ricostruzione si conforma la giurisprudenza ritenendo che "l'idoneità di quegli atti non va, invero, giudicata dalle conseguenze che sortirono, ma deve riportarsi al contenuto intrinseco di essi e alla potenzialità astratta di produzione dell'evento vagheggiato [...]. Non ai mezzi allestiti dalla vittima per difendersi, bensì all'azione svolta dal colpevole, obiettivamente considerata, occorre riferirsi per decidere la sua idoneità. Reato impossibile si ha quante volte l'azione sia inidonea, quante volte cioè si muova all'attacco con mezzi assolutamente inadatti a produrre l'evento"⁴².

Anche per ciò che attiene all'ipotesi dei reati-contratto, l'attenzione è incentrata prevalentemente sul trattamento giuridico del provocato, l'agente provocatore è invece considerato come un fattore occasionale di concretizzazione del crimine, relegato in ogni caso sullo sfondo del fatto tipico⁴³. Proprio in seno a queste ipotesi delittuose si sviluppò un orientamento giurisprudenziale che considerava il reato concluso con il *fictus emptor* a tutti gli effetti consumato. Si stabilì, infatti, che laddove un soggetto pattuisca il trasferimento di proprietà di un oggetto determinando anche il prezzo corrispondente, il fatto represso dal legislatore come illecito può considerarsi perfezionato⁴⁴. L'elemento materiale e quello psicologico sarebbero entrambi presenti, mentre lo stato d'animo del compratore sarebbe del tutto irrilevante oltre che estraneo

⁴⁰ Per una ricostruzione che esula dalla definizione di agente provocatore ma che la circoscrive ai reati considerati si veda G. BATTAGLINI, *Osservazioni sul commercio di monete auree*, in *Giust. pen.*, 1948, II, 273; favorevole all'idea che falso acquirente e falsa vittima siano parte integrante della più ampia nozione di agente provocatore F. CARNELUTTI, *Forma del delitto di alienazione di oggetti preziosi*, in *Foro it.*, 1942, II, 61.

⁴¹ L. SCARANO, *Il tentativo*, Napoli, 1952, 215.

⁴² Trib. Napoli, 25 marzo 1939, in *Ann. dir. proc. pen.*, Torino, 1940, 235.

⁴³ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 220.

⁴⁴ Cass., 5 aprile 1949, in *Giust. pen.*, 1949, II, 602; Trib. Torino, 18 dicembre 1941, in *Foro it.*, 1942, II, 62.

rispetto agli elementi costitutivi del reato. Infatti l'azione, per quanto provocata, sarebbe di per sé idonea a cagionare l'evento e presenterebbe tutti i requisiti perché si realizzi l'ipotesi criminosa.

Peraltro, secondo una ricostruzione evolutiva di questa disciplina si è giunti a sostenere che, se l'agente provocatore istiga un terzo alla commissione del reato, con il proposito di impedirne poi la consumazione, il provocato sarebbe punibile, per il delitto tentato, una volta posti in essere atti idonei diretti in modo non equivoco al compimento del fatto. Ad avviso di questa dottrina, non sarebbe invece punibile il provocatore sempre per l'assunto della mancanza dell'elemento psicologico in capo allo stesso: il tentativo presuppone la volontà non equivoca di giungere alla fase consumativa del delitto, mentre, nell'ipotesi considerata, tale volontà è assente nell'istigatore. In capo a quest'ultimo residuerebbe un'ipotesi di reato, a titolo di colpa, nell'eventualità in cui non fosse riuscito per negligenza, imprudenza o imperizia ad arrestare allo stadio del tentativo il reato che egli stesso aveva indotto a compiere⁴⁵.

Non sono mancate, tuttavia – anche dopo l'emanazione del codice Rocco –, voci discordanti favorevoli alla persistenza della teoria del reato impossibile sia nelle ipotesi in cui l'agente si finga vittima, in reati quali la truffa o la concussione, sia quando lo stesso operi come acquirente simulato. Stando a tale linea interpretativa, l'idoneità degli atti volti a ingannare o costringere verrebbe a mancare poiché il soggetto passivo conosce già i mezzi di cui il colpevole intendeva servirsi⁴⁶: *id est*, il bene giuridico tutelato dalla norma penale incriminatrice sarebbe reso *ex ante* intangibile grazie al fatto che l'iniziativa è stata intrapresa da un organo di polizia, o sotto il suo controllo, così da avere la certezza che l'evento antigiuridico non poteva prodursi⁴⁷.

Una diversa impostazione, partendo dal dato civilistico, considera inesistente il contratto concluso con il *fictus emptor* per mancanza assoluta del consenso di una delle due parti. Ne deriva però, in un'ottica più strettamente penalistica, che l'essenza obiettiva del reato sussista nell'atto di alienazione in sé, anche se concluso nei confronti di un compratore apparente. In capo a quest'ultimo è escluso il dolo, poiché egli ha finto l'acquisto per ragioni legittime ed apprezzabili, mentre il provocato dovrebbe al

⁴⁵ T. DELOGU, *op. cit.*, 34.

⁴⁶ M. MARMO, *In tema di reato impossibile*, in *Ann. dir. proc. pen.*, Torino, 1940, 234.

⁴⁷ O. VANNINI, *In tema di tentativo e di agente provocatore*, in *Arch. pen.*, 1947, II, 65.

contrario essere punito⁴⁸. Altri sostengono, invece, come in relazione all'elemento soggettivo la volontà del provocatore non sarebbe effettivamente contraria alla produzione dell'offesa, perché l'intenzione autentica sarebbe quella di punire il provocato e, nel caso in cui si fosse prodotto un danno, ottenere la riparazione dello stesso. Non potrebbe escludersi, quindi, il dolo che si riferisce al compimento del delitto, ma lo stesso potrebbe tuttavia essere attenuato *ex art. 62 c.p.*⁴⁹.

1.4. Segue: l'evoluzione della normativa

Giunti alla metà del ventesimo secolo, la giurisprudenza continua a occuparsi della figura dell'agente provocatore considerato prevalentemente come acquirente simulato. L'attenzione si concentra sul provocato la cui condotta, per quanto condizionata dall'istigatore, è costantemente ritenuta fonte di piena responsabilità: accertata l'inequivocabile volontà di delinquere e l'idoneità degli atti di disposizione del bene la cui vendita è vietata, l'illecito è considerato consumato⁵⁰. Come detto, lo stesso non andrebbe, quindi, considerato esente da responsabilità, giacché l'intervento dell'agente non sarebbe idoneo a escludere il verificarsi del fatto di reato, poiché completo del suo elemento materiale e psicologico⁵¹.

In quest'orientamento giurisprudenziale emergono, tuttavia, delle importanti distinzioni frutto di una certa riluttanza dei giudici a sanzionare nello stesso modo chi abbia reiterato un reato e un soggetto incensurato che, invece, abbia violato la legge sotto l'influenza psicologica decisiva di un agente provocatore⁵². Per queste ragioni, nei giudizi contro questi ultimi, si cercano degli appigli normativi che consentano una qualche attenuazione delle conseguenze sanzionatorie dell'illecito⁵³. E' in questo momento che – secondo la ricostruzione fatta da alcuni autori – si assiste alla “polverizzazione” della nozione di agente provocatore, seguito all'abbandono da parte di dottrina e giurisprudenza maggioritaria della prospettiva di una collocazione del fenomeno nell'ambito della partecipazione nel reato. Quest'ultimo carattere, che per lungo tempo aveva rappresentato un nucleo comune fra le pur numerose definizioni

⁴⁸ G. GUARNERI, *Diritto penale e influenze civilistiche*, Milano, 1947, 285.

⁴⁹ L. GALLI, *La responsabilità penale*, cit., 784.

⁵⁰ Cass., 11 aprile 1957, in *Giust. pen.*, 1957, II, 522; Cass., 21 novembre 1959, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 1085.

⁵¹ Cass., 18 febbraio 1958, in *Foro pen.*, 1958, 325.

⁵² Corte app. Roma, 22 dicembre 1955, in *Giust. pen.*, 1957, II, 70.

⁵³ In dottrina A. MALINVERNI, *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, VII, 91; C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 238.

presenti, non è più, di fatto, considerato requisito imprescindibile per riconoscere un agente provocatore⁵⁴. Con il venire meno dei classici elementi costitutivi, tra i quali anche la stessa finalità di provocazione al reato, inizia a vacillare pure la propensione a individuare una nozione unitaria dell'agente provocatore⁵⁵.

Ad accentuare questa evoluzione contribuisce indubbiamente l'affacciarsi di una nuova figura che si potrebbe definire parallela a quella del provocatore: l'infiltrato. Questi è inizialmente definito come quel soggetto che, per fronteggiare i fenomeni criminali organizzati, vi penetra al fine di svelarne la struttura e distruggerla dall'interno⁵⁶. La caratteristica che peculiarmente tratteggia questa figura è proprio la mancanza di una necessità di provocazione al reato, poiché l'agente s'inserisce in un tessuto criminale in cui i delitti sono già stati pianificati e si compirebbero a prescindere dalla sua presenza. In questo periodo possono, così, delinearsi tre diverse tipologie riconducibili sotto la risalente definizione di agente provocatore. Innanzitutto, per frequenza e rilevanza, riveste ancora un ruolo centrale il *fictus emptor*, anche se si assiste ora alla tendenza a far ricoprire questo ruolo esclusivamente ad agenti di polizia⁵⁷; anzi la figura *de qua* acquisisce un'importanza decisiva poiché il suo impiego prevalente non è più rivolto a reprimere le ipotesi di vendita vietate dal diritto bellico, bensì diviene fondamentale strumento di contrasto al traffico di stupefacenti⁵⁸.

In secondo luogo, continua ad operare nei delitti di relazione la cosiddetta "finta vittima", che nonostante possa essere inquadrata come soggetto a sé stante, viene spesso sovrapposta all'acquirente simulato. Nella maggior parte dei casi si tratta di un agente di polizia che finge di farsi truffare aderendo alle proposte del soggetto attivo e che manifesta la propria identità solo in un momento successivo al fine di trarre in arresto il reo⁵⁹. In ultima analisi, trova sistemazione fra i sottotipi di agente provocatore il "partecipe necessario" in materia di reati associativi. Proprio dall'analisi di questi reati trae origine un dibattito sul tenore letterale dell'art. 416 c.p. – il quale prevede che ad associarsi debbano essere almeno tre individui affinché possa manifestarsi la fattispecie

⁵⁴ A. CRESPI, F. STELLA, G. ZUCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1986, 125.

⁵⁵ V. MANZINI, *Trattato*, cit., 322.

⁵⁶ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1987, 578.

⁵⁷ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1982, 491, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1989, 373, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1988, 420.

⁵⁸ Come si vedrà anche nei successivi capitoli, questa resterà comunque il maggior campo di applicazione delle operazioni sottocopertura, almeno in Italia; quello in cui indubbiamente i sacrifici, anche economici, che comporta la predisposizione di questo strumento hanno dato i più rilevanti risultati investigativi.

⁵⁹ G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, 245.

delittuosa – discutendosi, in particolare, se l'accordo illecito sia ravvisabile nell'ipotesi in cui l'infiltrato sia compreso nel numero minimo di soggetti necessari per la sussistenza del reato⁶⁰.

Successivamente, fra gli anni settanta e ottanta, si sviluppa un nuovo orientamento giurisprudenziale che contribuisce, pur in assenza di modifiche normative, all'affermarsi della figura dell'agente infiltrato. Difatti, per la prima volta, l'attenzione dei giudici non è più incentrata esclusivamente sulla responsabilità del provocato, ma si inizia concretamente ad affrontare il problema della responsabilità dell'agente provocatore e, segnatamente, dei suoi limiti operativi, cercando di individuare quali debbano essere i margini entro cui l'attività di tale soggetto possa essere considerata lecita e, di conseguenza, indicando quali straripamenti possa comportare la punibilità del provocatore⁶¹.

I giudici di legittimità elaborano così un principio che va considerato un vero e proprio punto di svolta nella disciplina *de qua* – tutt'oggi operante e mai contraddetto in seno alla Suprema corte – secondo cui l'agente “non è punibile quando il suo intervento è indiretto e marginale nell'ideazione ed esecuzione del fatto che deve essere, esclusivamente, opera altrui”⁶². In presenza dei suddetti limiti, si ritiene possibile legittimare la condotta dell'agente alla luce della scriminante dell'adempimento di un dovere di cui all'art. 51 c.p. La *ratio* consiste nel giustificare il comportamento dell'agente che abbia adempiuto fedelmente agli ordini ricevuti e si sia adoperato per impedire il reato, contribuendo all'arresto dei colpevoli⁶³. All'interno di questi limiti, se la scriminante dell'adempimento del dovere è, quindi, invocabile solo quando l'intervento dell'agente provocatore – *rectius* infiltrato – sia indiretto e marginale, lo stesso risponderà invece titolo di concorso qualora la sua condotta si inserisca con rilevanza causale rispetto al fatto commesso dal provocato, tanto da consentire che l'evento delittuoso si realizzi.

Poste queste premesse, si considera lecita l'attività che consista in una mera osservazione ovvero che si limiti a facilitare il verificarsi del delitto, purché il bene giuridico sia sempre tenuto sotto controllo al fine di evitare ogni possibile offensività del fatto antiggiuridico. Al contrario, è ritenuta illecita la condotta determinante per

⁶⁰ L. VIGNALE, voce *Agente provocatore*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1987, I, 62.

⁶¹ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 263.

⁶² Cass., 28 febbraio 1969, in *Arch. pen.*, 1970, 409.

⁶³ Cass., 31 luglio 1980, in *Riv. pen.*, 1981, 84.

l'avverarsi dell'evento criminoso e in queste fattispecie la giurisprudenza, nel considerare inequivocabilmente punibile l'agente, si rifà alla risalente dottrina dell'agente provocatore come concorrente morale o materiale⁶⁴. Viene così tracciata una linea di confine fra le condotte provocatorie giustificate *ex art. 51 c.p.* ed i comportamenti illegittimi, riferibili tanto ad ufficiali di polizia che violino indiscriminatamente i principi dell'ordinamento giuridico con il pretesto di proteggerli, quanto a "collaboratori di giustizia" che nel perseguire un illecito vantaggio personale, tradiscono la fiducia in loro riposta dalle istituzioni.

Solo negli anni novanta, per la prima volta, il legislatore prenderà espressamente posizione in questa materia lasciata per lunghissimo tempo unicamente all'interpretazione della dottrina e della giurisprudenza, attraverso l'emanazione di una serie di normative specifiche che, tuttavia, saranno ben lungi dal dirimere le numerose problematiche legate alla controversa figura dell'agente provocatore.

2.1. Le scriminanti e l'agente provocatore

Sin dall'entrata in vigore del codice Rocco, come si è visto, parte della dottrina sostenne la non punibilità dell'agente provocatore, nelle ipotesi in cui la sua condotta fosse giustificata da una norma giuridica o da un ordine legittimo dell'autorità competente. Premesso che la polizia ha l'obbligo di impedire qualsiasi reato e che, in presenza di un obbligo giuridico, non impedire un evento equivale a cagionarlo, si ritenne che l'agente provocatore potesse omettere di attivarsi per la mancata realizzazione del reato non con la volontà di partecipare, anche solo negativamente, all'opera del delinquente, ma al fine sia di raccogliere le prove sia di impedire la realizzazione del danno o il concretarsi del pericolo. Come dire che " se l'agente di polizia, sia pure allo scopo di accertare il reato e di assicurare il delinquente alla giustizia, lasciasse verificarsi l'evento dannoso o pericoloso [...] egli sarebbe certamente corresponsabile del reato, a norma dell'art. 40 c.p., ma, se l'inazione sua è invece diretta a prevenire l'evento consumativo, è manifesto che egli è giustificato dall'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.)"⁶⁵. Ad ogni modo, altri obiettarono che se si configura un tentativo di reato autonomamente sanzionato dal codice, non vi sarebbero

⁶⁴ Cass., 12 dicembre 1972, in *CED Cass.*, n. 122622; Cass., 20 novembre 1975, *ivi*, n. 131216; Cass., 5 luglio 1985, *ivi*, n. 170011.

⁶⁵ V. MANZINI, *Trattato*, cit., 439.

valide ragioni per le quali l'agente non debba rispondere per aver lasciato che il fatto fosse compiuto fino a costituire una fattispecie completa⁶⁶.

Inoltre, vi è ancora chi ha operato una distinzione tra le cause di non punibilità che scriminano la condotta del solo agente provocatore e quelle che, in modo obiettivo, escludono l'antigiuridicità del fatto. Nella prima categoria sono inclusi l'errore e il consenso dell'avente diritto, nella seconda la non idoneità dall'azione. Per ciò che attiene all'errore, si è sostenuto come, qualora il provocatore ritenesse che la sua condotta fosse giustificata per il fine speciale cui è diretta o perché egli vuole far commettere un reato che arrechi un danno risarcibile o, ancora, perché intende far giungere l'autore dell'azione sino al tentativo, ci troveremmo in presenza di un errore sulla legge penale che, in quanto tale, non esclude la punibilità. Nell'eventualità in cui, invece, ritenesse di dover agire nell'adempimento di un dovere imposto dalla legge o di un ordine legittimo, si prospettano tre distinte ipotesi⁶⁷.

La prima ipotesi è quella dell'agente provocatore appartenente alla polizia giudiziaria che, allo scopo di adempiere correttamente ai suoi doveri, induce un individuo sospettato a commettere un reato nella convinzione di esservi obbligato per la sua speciale qualifica. In tale situazione si ritiene che sussista un errore di fatto avente a oggetto la norma amministrativa concernente i doveri inerenti alle funzioni assegnate: la condotta del pubblico ufficiale dovrebbe ritenersi scriminata. Il secondo caso riguarda il pubblico ufficiale che nelle vesti di agente provocatore abbia ricevuto da un suo superiore l'ordine di indurre altri a delinquere. Qui vanno, innanzitutto, escluse le persone alle quali la legge non consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine, per contro, fra gli ufficiali tenuti a sindacare la legittimità delle disposizioni ricevute, si deve distinguere la fattispecie in cui l'errore sia legato alla fallace convinzione di essere vincolati perché così dispone una norma, da quella in cui l'ordine è ritenuto di per sé obbligatorio. Nella prima ipotesi, trattandosi di errore su norma diversa da quella penale, la scriminante ricorrerebbe; nella seconda, invece, l'errore ricadrebbe proprio su una norma penale e non sarebbe perciò idoneo a scriminare la condotta⁶⁸.

Tuttavia, com'è stato sostenuto da autorevole dottrina, si ritiene che prima di agire il subordinato debba esercitare una triplice indagine volta ad accertare la forma attraverso cui è stato impartito l'ordine, l'attinenza dei comandi con proprio obbligo di

⁶⁶ Cfr. L. GALLI, *La responsabilità penale*, cit., 784.

⁶⁷ L. GALLI, *La responsabilità penale*, cit., 790.

⁶⁸ L. GALLI, *La responsabilità penale*, cit., 791.

servizio e la competenza dell'autorità che impartisce l'ordine⁶⁹. E' dunque possibile che il destinatario dell'ordine dia a esso esecuzione per errore sulla legittimità dello stesso o sul proprio dovere di obbedienza. In tal caso l'azione dell'agente provocatore resterebbe scriminata poiché l'errore ricadrebbe ancora su una norma amministrativa.

L'ultima ipotesi è quella in cui il ruolo dell'agente provocatore è rivestito da un privato che abbia ricevuto l'ordine dalla pubblica autorità, per il quale, ove abbia ritenuto per errore di aver ricevuto un ordine legittimo, si dovrebbe applicare la scriminante di cui all'art. 51 c.p. Va, tuttavia, sottolineato quanto difficile sia per il privato incorrere in un errore di fatto, poiché gli ordini impartiti dalla pubblica autorità sarebbero vincolanti solo quando la non osservanza comporti l'applicazione di una sanzione.

Prendendo come riferimento il quadro suesposto, rimangono da analizzare le cause di non punibilità che escludono, in modo obiettivo, l'illegittimità del fatto determinato dall'agente provocatore. Si tratta, in particolare, della non idoneità dell'azione per cui – secondo la dottrina sviluppatasi sotto la vigenza del codice Zanardelli – il provocatore non sarebbe punibile quando il suo intervento avesse eliminato ogni illiceità penale del fatto. Questo si sarebbe verificato in tutte quelle ipotesi in cui fosse venuto a mancare uno degli elementi costitutivi del reato o quando fosse stato preventivamente escluso che questo fosse portato a compimento, per l'inidoneità assoluta dei mezzi usati o in ragione di un ostacolo, prima disposto, tale da non consentire in alcun modo la violazione del bene protetto⁷⁰.

Con l'entrata in vigore del codice Rocco, l'attenzione si è concentrata sull'art. 49 c.p. che dispone come la punibilità sia esclusa quando, per l'inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto, è impossibile che l'evento dannoso o pericoloso si realizzi. Per restare fedeli al tenore letterale della norma, occorre ad ogni modo precisare che non ogni volta in cui l'evento non può verificarsi si ha reato impossibile, ma soltanto quando tale impossibilità deriva da una delle due cause previste.

Ciò premesso, nell'ipotesi dell'inesistenza dell'oggetto, parte della dottrina afferma che, per aversi reato impossibile, sia richiesta una mancanza assoluta e non una semplice sottrazione temporanea⁷¹. Il caso dell'inidoneità dell'azione è più complesso ed ha portato ad interpretazioni anche molto divergenti fra loro. Da una parte, si è

⁶⁹ V. MANZINI, *Trattato*, cit., 259.

⁷⁰ G. PAOLI, *Principi di diritto penale*, Padova, 1926, I, 34.

⁷¹ L. GALLI, *La responsabilità penale*, cit., 791.

affermato che l'impossibilità generata dall'agente provocatore deriverebbe sempre dalla non idoneità dell'azione, perché senza di essa non potrebbe nemmeno concepirsi l'impossibilità⁷²; dall'altra, si sostiene che l'impossibilità determinata dall'intervento dell'agente provocatore, non deriverebbe mai dalla non idoneità dell'azione⁷³. Vi è poi chi predilige una soluzione intermedia secondo la quale, in linea generale, si può sostenere che l'intervento dell'agente provocatore non produce inidoneità dell'azione sebbene, proprio per quell'intervento, l'azione talvolta appaia tale. Si ravvisa questa mancanza nei casi in cui l'evento non può verificarsi perché il provocatore, non essendosi limitato all'istigazione, finge di associarsi per la realizzazione dell'attività esecutiva, allo scopo di paralizzarne gli effetti⁷⁴.

⁷² F. VALSECCHI, *Reato putativo e una recente sentenza della Corte d'Assise di Siena*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova, 1933, II, 585.

⁷³ V. MANZINI, *Trattato*, cit., 259.

⁷⁴ Cfr. L. GALLI, *La responsabilità penale*, cit., 798, che riporta l'esempio in cui Tizio, custode di un magazzino di proprietà di Caio, istighi Sempronio a commettere un furto nel magazzino stesso, promettendogli che al momento opportuno aprirà la porta. Sennonché, d'accordo con Tizio, la polizia interviene ad interrompere l'*iter criminis*, o a recuperare la refurtiva dopo che il furto è stato commesso. Si può osservare come l'azione dell'esecutore sia inscindibile da quella del provocatore, per questo, l'autore afferma che l'esecutore abbia posto in essere un'azione non idonea, così come dovrebbe essere considerata l'azione di chi, con l'intenzione di commettere un omicidio, punta contro un'arma che non può nuocere in quanto difettosa.

CAP. II

La figura dell'agente sotto copertura

1.1 Le azioni sotto copertura: agente provocatore e agente infiltrato

Il particolare strumento investigativo costituito dall'infiltrazione di polizia attraverso operazioni sottocopertura si pone sulla linea, dai margini non ben definiti, che separa l'attività di prevenzione da quella di repressione dei reati. Non è difficile intuire come le incertezze riguardanti la classificazione di questa tipologia d'indagini, comporti una serie di dubbi ermeneutici in merito, tra l'altro, alla difficile definizione dei rapporti tra attività investigativa e controllo giurisdizionale.

Peraltro, l'attività sotto copertura ha da sempre avuto come caratteristica fondamentale l'eccezionalità dei casi nei quali è consentito ricorrervi, anche perché le norme disciplinanti la possibilità di utilizzare l'investigazione *undercover* erano tutte contenute in disposizioni extracodicistiche emanate per far fronte - secondo un'oramai consolidata tradizione giuridica italiana - a situazioni emergenziali causate dall'*escalation* di reati di particolare pericolosità e di grave allarme sociale. Si tratta, nello specifico, degli artt. 97 e 98 TULS relativi al traffico di stupefacenti, dell'art. 12-*quater* l. 356/92 in materia di ricettazione e riciclaggio, dell'art. 14 l. 269/98 per reati aventi ad oggetto lo sfruttamento della prostituzione, della pedo-pornografia ed il turismo sessuale a danno dei minori e dell'art. 4 l. 438/01 concernente misure urgenti per contrastare il terrorismo internazionale. Nonostante l'arco temporale relativamente breve in cui sono state emanate, queste disposizioni non si sono limitate a introdurre la possibilità di ricorrere all'agente sotto copertura così come delineato in dottrina o in numerose pronunce giurisprudenziali, ma sono volte, ciascuna con proprie caratteristiche peculiari, a configurarne i limiti di esistenza nonché a disciplinarne l'utilizzo. Tutto ciò, se da un lato ha sciolto, sotto il profilo strettamente normativo, alcuni dubbi sorti in merito alla legittimità del ricorso a tale strumento, dall'altro ha posto all'attenzione di studiosi e pratici il problema dell'esistenza di una figura unitaria di agente sotto copertura. Una tale conclusione avrebbe consentito l'applicazione analogica delle disposizioni che di volta in volta disciplinavano queste operazioni, a tutte le fattispecie in cui ne era consentito l'utilizzo, e, in particolare, la possibilità di fruire degli indirizzi giurisprudenziali oramai consolidatisi per risolvere problemi interpretativi che quotidianamente sorgevano a proposito delle nuove disposizioni.

A porre fine alla frammentarietà della disciplina è intervenuta recentemente la legge 16 marzo 2006, n. 146 che, nel ratificare la Convenzione ed i protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transazionale – tenutasi a Palermo nel dicembre 2000 –, ha razionalizzato e coordinato la disciplina con la normativa previgente. L'art. 9 della legge 146/06 abrogando, in sostanza, tutte le norme speciali che disciplinavano le “operazioni mascherate”, con esclusione degli artt. 97 e 98 TULS, ha compiuto una *reductio ad unum* istituendo quello che è stato efficacemente definito lo “statuto delle operazioni sottocopertura”⁷⁵.

Il tema *de quo* - originariamente catalogato con la denominazione di agente provocatore⁷⁶ – è stato storicamente al centro di un'area di riferimenti normativi e culturali di fondamentale importanza, non soltanto nella regolamentazione del rapporto tra garanzia di libertà e autodeterminazione della persona, ma anche nella delicata relazione esistente tra esigenze di prevenzione e repressione dei reati⁷⁷. Nella realtà odierna, benché sia rimasto immutato l'interesse per la materia, questa si prospetta decisamente trasformata da un punto di vista sociologico e soprattutto normativo. Difatti, la stessa denominazione esclusiva di agente provocatore non appare più rispondente alle nuove forme di attività investigativa introdotte sin dai primi anni novanta: così, riuscire a distinguere la figura dell'agente provocatore dall'agente infiltrato non acquisisce un valore meramente concettuale, ma si rivela fondamentale per valutare la legittimità stessa dell'indagine *undercover*.

Per quanto attiene all'agente provocatore, la sua condotta può variare dall'istigazione al reato, rinvenibile quando nella sua attività questi stimoli una volontà psichica alla commissione del reato che già preesisteva nel reo, alla determinazione, identificabile nel momento in cui l'agente influisce direttamente sul processo di formazione della volontà del provocato, chiarendone l'intenzione criminosa. Infine, rientra fra le fattispecie catalogabili come “agente provocatore”, pur essendo ricompreso nella compartecipazione morale⁷⁸, l'adesione materiale al reato dell'agente che, non

⁷⁵ Per questa definizione si veda A. CISTERNA, *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, in *Guida dir.*, 2006, n. 17.

⁷⁶ Vedi cap. I par. 2.

⁷⁷ D. MANCINI, *Le attività "sottocopertura" margini di utilizzabilità delle prove e contrasti giurisprudenziali*, in *www.filodiritto.com*, settembre 2005.

⁷⁸ Si è visto come nella dottrina italiana ottocentesca che per prima si occupò dell'agente provocatore questi venne collocato nell'ambito della compartecipazione morale nel reato di istigazione a delinquere, per tutti, F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Parte speciale, 8^a ed., Lucca, 1887, Vol. II, 477; vedi cap. I par. 1.2.

avendo influito sul processo di formazione della *voluntas* di chi commette il fatto, ne agevoli la realizzazione acquisendo un ruolo operativo nella commissione del delitto⁷⁹.

Diversa, e per certi aspetti più complessa, è l'attività dell'agente infiltrato. Questi, ha il compito di penetrare all'interno di un tessuto criminale – generalmente non per un singolo episodio ma per un tempo che gli consenta di acquisire la fiducia dei membri del *clan* e di scoprirne le logiche e le dinamiche interne –, per cui necessita di una accurata preparazione psichica e culturale, della creazione di una identità fittizia con relativo “percorso” criminale, nonché della predisposizione di falsi documenti di identità o di attività commerciali *offshore* ed intestazioni di immobili. Nelle diverse previsioni normative, di contro, l'attività dell'agente infiltrato è caratterizzata dalla sua condotta, concernente una mera osservazione o mantenimento dello stato dei luoghi, finalizzata alla acquisizione di elementi di prova relativi a un procedimento penale già in corso. Così, volendo creare una figura “pura” di agente infiltrato, l'unica fattispecie coperta dalla speciale causa di giustificazione potrà essere quella che si riferisce al reato associativo, configurabile non appena l'agente entri, di fatto, a far parte dell'organizzazione criminale. Se questa distinzione, da un punto di vista teorico, ha il pregio di creare due diverse figure applicative delle differenti norme scriminanti⁸⁰, nella sua utilizzazione concreta ha il difetto di restringere troppo l'attività dell'agente infiltrato. Difatti, soprattutto nell'esecuzione di un'operazione sotto copertura di una certa rilevanza, l'agente *undercover* potrebbe ritenere assolutamente necessario ai fini investigativi⁸¹ determinarsi per la provocazione al reato, naturalmente laddove sussistano i presupposti di legge e siano state impartite le necessarie autorizzazioni.

Si viene a delineare, pertanto, un agente che non assolve esclusivamente alla funzione di infiltrato o si limita ad eccitare al reato un soggetto che compie

⁷⁹ Invero, questa forma di partecipazione al reato si pone fra la figura dell'agente provocatore e quella dell'agente infiltrato, perché, come si vedrà meglio oltre, pur dovendo l'agente infiltrato limitare la propria condotta ad una osservazione orientata all'acquisizione di prove, vi sono casi di partecipazione materiale alla commissione del fatto che hanno così poca rilevanza rispetto all'intera operazione criminale (si pensi all'esempio di un agente che, una volta infiltratosi in un gruppo criminale, si limiti a fare il “palo” nel corso di una rapina) che non permettono certamente la sua qualificazione come provocazione al reato.

⁸⁰ Come si è visto nel cap. I, esistono, da una parte una scriminante di carattere generale prevista dall'art. 51 c.p. che, anche in relazione alla sua interpretazione giurisprudenziale, si attaglia perfettamente alla figura dell'agente infiltrato così come sopra descritto, ed una serie di scriminanti speciali in grado di giustificare un operato maggiormente invasivo qual è l'azione dell'agente provocatore.

⁸¹ Per “fini investigativi” non si intende esclusivamente il caso in cui non possa rinvenire le prove altrimenti, ma anche la particolare situazione in cui vi sia il rischio per la propria identità e l'incolumità personale di soggetti coinvolti a vario titolo nell'operazione. Non va dimenticato inoltre che, considerati gli ingenti costi di una operazione di questo genere, anche il rischio di un fallimento della stessa potrebbe indurre l'agente, sempre che ne sussistano i presupposti, ad una condotta maggiormente “attiva”.

abituale tale attività, ma un ufficiale di polizia dotato di particolari competenze tecnico-professionali che si può onnicomprensivamente definire “agente sotto copertura”⁸². Ad ogni modo occorre precisare come, anche in passato, non siano mancati tentativi di ricondurre le due figure all’interno della medesima categoria concettuale, pur in assenza di dati normativi certi cui fare riferimento. Attenta dottrina aveva così sostenuto che “la figura dell’agente infiltrato nelle organizzazioni criminali potesse essere avvicinata a quella dell’agente provocatore considerato che, da un lato, l’esigenza di un intervento dell’agente provocatore si giustifica più facilmente nei confronti delle strutture criminali organizzate, dall’altro, l’infiltrato altri non è che un agente provocatore che, inserito stabilmente in una associazione criminale, opera al suo interno allo scopo di distruggere l’organizzazione stessa”⁸³.

1.2 L’agente provocatore privato.

L’agente provocatore privato si caratterizza per una serie di peculiarità, in parte ereditate dalla sua singolare origine storica, e in parte derivanti dalla preoccupazione dello Stato di evitare la creazione di spazi d’impunità per soggetti che, col pretesto della collaborazione con la forza pubblica, sfruttano tali occasioni per conseguire personali obiettivi criminali.

Nei primi casi che si registrano nella Francia dell’*ancien regime* e nella stessa Italia post-unitaria⁸⁴, l’agente sottocopertura molto spesso era un soggetto privato che, reclutato tra la popolazione carceraria, aiutava l’ispettore nella cattura dei responsabili di una seria indeterminata di fattispecie delittuose per ottenere “benefici penitenziari”; oppure, in altri casi, era un soggetto che agiva autonomamente mosso da desiderio di

⁸² Questo tipo di definizione atta a ricomprendere sia l’agente provocatore sia l’agente infiltrato, nonché le figure ibride che si pongono a cavallo di esse, appare la più rispondente al dettato normativo che, nelle diverse leggi speciali, da ultimo con l’art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, superano la vecchia concezione dell’agente provocatore visto esclusivamente come *fictus emptor* (o comunque esclusivamente all’interno dei reati contratto) autorizzandolo a porre in essere una serie di condotte generalmente vietate purché prodromiche all’attività illecita espressamente consentita.

⁸³ G. PETRAGNATI GELOSI, *Le disposizioni in materia di agente provocatore nel quadro del d.l. n. 306 del 1992 convertito nella l.n. 356/1992*, in *Mafia e criminalità organizzata*, P. CORSO – G. INSOLERA – L. STORTONI (coord. da), 1993, 942; cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 1993, 555; M. ROMANO – L. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, II, artt. 85 -149, 166; in senso contrario C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, Milano, 1991, 243 in cui sostiene che “nella realtà criminologia l’infiltrato non tanto provoca reati – che l’organizzazione, proprio per la sua struttura verticistica, programma o ha da tempo programmato da sé – quanto, piuttosto, è costretto a lasciarsi provocare alla commissione dei delitti, che spesso esegue poi lui stesso, sia per non rivelare la sua funzione, sia per penetrare più a fondo nella struttura dell’organizzazione”.

⁸⁴ Cfr. cap. I, par. 1.1.; per una puntuale ricostruzione storica e comparatistica della figura dell’agente provocatore si veda C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit.

vendetta o di utilità personale. L'agente provocatore privato, pertanto, era visto, come un soggetto infido spinto dalla necessità di soddisfare esigenze proprie, privo di connotati di natura etica, percepito dallo Stato come il soggetto ideale da utilizzare indiscriminatamente per infiltrarsi, ascoltare, ma anche provocare, elementi facenti parte di associazione sovversive o che comunque si ponessero semplicemente in antitesi con l'ideologia di governo.

Questa singolare origine storica del provocatore privato ha indubbiamente influenzato le originarie scelte legislative, per cui, nell'ipotizzarne l'utilizzo, si è voluta fortemente limitare la sua possibilità d'azione. In conseguenza, anche ad una rapida analisi delle prime norme disciplinanti l'azione sotto copertura nel nostro ordinamento, si può immediatamente notare come sia l'art. 97 del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 sia l'art 12-*quater* della legge 7 agosto 1992, n. 356, nella loro formulazione originaria, non prevedevano la possibilità per il privato di fruire della scriminante speciale introdotta, con estrema rigidità, esclusivamente in favore degli ufficiali di polizia giudiziaria.

Inoltre, ad una analisi delle pronunce susseguite in ordine alla responsabilità dell'agente provocatore privato – inteso qui come il comune cittadino che collabori con le forze dell'ordine, non identificabile come uno dei soggetti istituzionalmente legittimati all'attività *undercover* – si può osservare la persistenza dell'interpretazione dell'art. 51 c.p, rivolta a circoscrivere l'ambito di liceità della condotta scriminata ad una attività di mero controllo e osservazione⁸⁵. La giurisprudenza, infatti, nell'impossibilità di superare i limiti all'applicazione della speciale causa di giustificazione dell'art. 97 – posto il legame soggettivo con la qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria per di più appartenente alle sezioni specializzate –, ritenne applicabile all'agente privato la sola scriminante dell'adempimento di un ordine legittimo dato dalla pubblica autorità, in forza della clausola di riserva contenuta in tutte le norme che prevedono la scriminante speciale⁸⁶.

Il comportamento del provocatore era così giustificato dall'ordine legittimo dell'autorità soltanto qualora egli si fosse limitato a un'attività passiva e di mero

⁸⁵ Come si è avuto modo di vedere nel cap. I par. 2.1. si tratta della scriminante generale dell'adempimento di un dovere, utilizzata per giustificare l'azione dell'agente provocatore, anche pubblico, prima che questa figura venisse disciplinata legislativamente: cfr. fra le tante Cass., 14 aprile 1999, in *CED Cass*, n. 14079., “in tema di adempimento di un dovere anche fuori dei casi previsti dagli art. 97 d.p.r. n. 309 del 1990 e 12-*quater* l. n. 356 del 1992, il privato il cui intervento come agente provocatore sia giustificato da un ordine della polizia giudiziaria non è punibile ai sensi dell'art. 51 c.p., specie quando il suo intervento si risolve in una attività di controllo, di osservazione e di contenimento dell'altrui attività”; in senso conforme Cass, 22 settembre 1999, *Guida dir.*, 2006, n. 12, 114.

⁸⁶ R. MINNA – A. S. SARDO, *Agente provocatore: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003, 89.

controllo⁸⁷ o, ancora, nell'ipotesi in cui questi avesse partecipato all'operazione insieme all'ufficiale di polizia giudiziaria incaricato, purché il reato venisse effettivamente compiuto dall'ufficiale stesso⁸⁸; al contrario, nel caso in cui tale attività si fosse spinta sino al compimento di condotte agevolative o di vera e propria provocazione al reato, il privato era considerato punibile a titolo di concorso materiale o morale nel reato compiuto⁸⁹. Era – ed è tutt'ora – da escludersi, la possibilità che la scriminante generale di cui all'art. 51 c.p. potesse configurarsi quando l'agente privato avesse contribuito alla formazione del proposito criminoso del reo soltanto per vendetta o nella prospettiva di trarne un vantaggio economico o un premio.

Inoltre, se è vero che la causa di giustificazione generale prevista dall'art. 51 c.p., per quanto riguarda il funzionario della polizia giudiziaria, può essere letta in relazione alla norma dell'art. 55 c.p.p. che obbliga la polizia giudiziaria ad assicurare le prove dei reati ed a ricercarne i colpevoli, qualora l'agente provocatore sia un privato “è necessario, per l'esclusione della punibilità, che il suo intervento sia giustificato da un ordine della pubblica autorità, sicché possa, per questa via, trovare applicazione la scriminante di cui all'art. 51 c.p. Ne consegue che tale scriminante non opera quando il proposito criminoso sia suscitato e determinato dal provocatore unicamente ai fini di vendetta o di lucro, ovvero nella prospettiva di fruizione di un premio”⁹⁰.

Peraltro, con la modifica dell'art. 97 del d.p.r. 309/1990 e l'emanazione dell'art. 9 della legge 146/2006, la possibilità di avvalersi del contributo di soggetti privati all'interno di una operazione sottocopertura è stata notevolmente ampliata, pur restando vigente la clausola di salvezza generale prevista dall'art. 51 c.p.p., fermi i limiti derivanti dall'interpretazione giurisprudenziale sopra richiamata. Anzitutto, per quel che

⁸⁷ Possono rientrare in questa attività le informazioni fornite alla polizia sugli spostamenti dei criminali e sulle operazioni programmate dal “gruppo” oppure l'arresto degli autori del reato e le azioni volte ad impedire la consumazione dello stesso.

⁸⁸ G. C. CASELLI – M. GARAVELLI, *L'attività antidroga della polizia giudiziaria*, Torino, 1991, 168.

⁸⁹ R. MINNA – A. S. SARDO, *op. cit.*, 90; “ai fini della esclusione della punibilità dell'agente provocatore il quale, avendo saputo che si sta commettendo un reato, si è impegnato ad agire in modo che la polizia giunga a scoprirlo, qualora si tratti di un privato, il suo comportamento è giustificato dall'ordine legittimo dell'autorità solo nel caso in cui egli, adempiendo fedelmente all'ordine ricevuto per tutto il tempo in cui si protrae l'attività degli esecutori materiali, si adoperi in maniera da impedire il reato o farne cessare le conseguenze e da determinare l'arresto dei complici, quando, invece, l'agente svolga una concreta attività, che ha determinante efficacia causale, nel senso che l'evento delittuoso è da considerarsi una conseguenza diretta della sua condotta, oppure quando egli, dopo avere inizialmente cooperato con la polizia, informata del suo marginale intervento, ne tradisca la fiducia, sia prima che dopo la consumazione del reato e svolga una attività agevolatrice degli esecutori materiali, la sua condotta non può essere discriminata ed egli è senz'altro punibile per la compartecipazione morale o materiale nel reato” così Cass., 13 febbraio 1985, e in senso conforme, più recente, Cass., 22 settembre 2000, entrambe in R. MINNA – A. S. SARDO, *op. cit.*, 92.

⁹⁰ Cass., 17 febbraio 1990, in *C.E.D. Cass.*, n. 15700.

attiene all'ambito oggettivo delle indagini sotto copertura è immediatamente apprezzabile la nuova rubrica dell'art. 97, laddove l'attività di "acquisto simulato di droga" è trasformata in "attività sotto copertura" giustificando, nei confronti di tutti soggetti coinvolti nell'operazione, una serie di reati che vanno ben al di là del mero acquisto simulato⁹¹. Sotto il profilo soggettivo, le modifiche apportate dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49 all'art. 97 d.p.r. 309/1990 ed il nuovo art. 9 della legge 146/2006 consentono che le attività sotto copertura possano essere svolte, oltre che dagli ufficiali di polizia giudiziaria delle sezioni specializzate, anche da "interposte persone" ovvero avvalendosi, a vario titolo, di "ausiliari"⁹².

Come già detto, con l'applicazione della sola clausola generale, il ruolo del "privato" nelle operazioni sotto copertura non poteva mai consistere nel materiale acquisto simulato, né in una qualsiasi attività di istigazione e convincimento nella commissione del reato⁹³; sicché compito del confidente si limitava alla creazione della situazione socio-ambientale ideale per l'inserimento dell'infiltrato nell'organizzazione criminosa, il quale una volta ottenuta la fiducia dei membri, doveva comunque provvedere personalmente a portare a termine l'operazione simulata. Ora invece, grazie alle suddette modifiche normative, per tutte le operazioni *undercover* previste nel nostro ordinamento è stata eliminata questa irragionevole limitazione, ed è stata offerta l'opportunità di fruire del contributo del confidente, o del collaboratore dissociatosi dal gruppo, per eseguire materialmente l'operazione "mascherata", pur con l'importante limite derivante dalla necessità di indicare sempre il nome dell'ufficiale di polizia appartenente alle sezioni specializzate, responsabile dell'intera operazione.

A questo punto risulta necessario chiarire quali differenze possano intercorrere fra la nozione di "persona interposta" e quella di "ausiliario" pur considerato che, ad una attenta lettura del disposto degli artt. 97 d.p.r. 309/1990 e 9 legge 146/2006, non possono sussistere dubbi circa l'estensione della scriminante ad entrambe le figure *de quibus*. "Persona interposta" potrà certamente essere sia un agente che un ufficiale di

⁹¹ Infatti, coerentemente con la modifica della rubrica dell'articolo – come peraltro si avrà modo di vedere meglio *infra* – "il nuovo comma 1 dell'art. 97, nel descrivere le attività simulate consentite, non fa più riferimento al solo acquisto simulato di sostanze stupefacenti, ma si estende la previsione alle condotte di acquisto, ricezione, sostituzione od occultamento delle sostanze stupefacenti ovvero al compimento di attività a tal fine prodromiche e strumentali": così, quasi letteralmente, G. AMATO, *Acquisto simulato da parte dei "privati"*, in *Guida dir.*, 2006, n. 12, 115.

⁹² Va precisato che, già a far data dall'approvazione dell'art. 4 della legge 438/2001, rubricata "disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale", questo tipo di estensione soggettiva era stata introdotta per le operazioni sotto copertura relative ai reati di terrorismo internazionale.

⁹³ In sostanza, il ruolo del confidente doveva limitarsi alla creazione della situazione socio-ambientale ideale per l'inserimento dell'infiltrato.

polizia giudiziaria chiamato a coadiuvare l'ufficiale di polizia giudiziaria *undercover*, sia un privato che svolga il ruolo di confidente di polizia o collaboratore inserito nell'associazione criminale. Nella nozione di "ausiliario", *strictu sensu* intesa, dovrebbero generalmente rientrare esclusivamente le persone dotate di "specifiche competenze tecniche", chiamate a fornire un apporto di natura specialistica alla polizia giudiziaria (art. 348 co. 4 c.p.p.); tuttavia nella materia di cui trattasi la figura dell'ausiliario non può non intendersi in un significato atecnico ed estensivo – per evitare che la nozione risulti completamente priva di un significato operativo – così da farvi rientrare chiunque, estraneo alle forze di polizia, venga chiamato a coadiuvare l'ufficiale incaricato nello svolgimento dell'operazione infiltrata, senza peraltro essere direttamente coinvolto, come persona interposta, nello svolgimento delle attività previste dalle norme scriminanti⁹⁴.

2.1. Il quadro normativo.

Gli artt. 97 l. 309/1990, 12-*quater* l. 356/92, 14 l. 269/98, 4 l. 438/01 hanno provveduto a "codificare" ed introdurre nel nostro ordinamento nuove e sempre distinte figure di agente sotto copertura in quattro settori di primaria importanza come il traffico di stupefacenti, il riciclaggio, la pedofilia ed il terrorismo; l'incremento di queste forme di criminalità hanno reso necessaria la creazione di forme di contrasto più moderne ed elastiche tanto da spingere il legislatore alla creazione di nuovi strumenti di indagine⁹⁵.

La figura tradizionale dell'agente provocatore – storicamente avversato quale esempio di condotta di un governo "demoralizzato e demoralizzatore"⁹⁶ –, ha assunto così i connotati di una nuova ed indispensabile tecnica investigativa – avente comunque caratteristiche peculiari con riferimento ad ogni fattispecie di reato – utilizzabile per la

⁹⁴ G. AMATO, *Acquisto simulato*, cit., 118 il quale sostiene inoltre che "nella nozione di ausiliario rientr[ino] tutti i privati che possono essere chiamati *ad adiuvare* le forze dell'ordine nell'operazione infiltrata (non solo i confidenti ed i collaboratori di giustizia, ma anche coloro che siano chiamati semplicemente a svolgere generici compiti di supporto o di collaborazione tecnica: intestatari fittizi di appartamenti o di autovetture; esperti tossicologici incaricati di svolgere subito riscontri tecnici sulle sostanze "contrattate", ecc.). Questi soggetti, laddove coinvolti "direttamente" nello svolgimento dell'operazione, mediante il compimento delle attività di cui all'articolo 97, comma 1, si troveranno ad agire come persone interposte e non come generici ausiliari. Nella nozione di ausiliario non rientrano, ovviamente, gli operatori di polizia che dall'esterno agiscono a sostegno dell'infiltrato, proprio per la mancanza del presupposto dell'estraneità rispetto alle forze di polizia che è connaturale alla nozione di che trattasi".

⁹⁵ R. MINNA – A. S. SARDO, *op. cit.*, 79.

⁹⁶ Così F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Parte speciale, 8^a ed., Lucca, 1887, Vol. II, 478, il quale non esitava a definire la figura dell'agente provocatore "satanica nel privato" ed "infamia esecrabile" quando utilizzata dal governo a fini politici.

ricerca di prove relative a gravissimi reati⁹⁷e, sebbene particolarmente invasiva, giustificabile in nome dell'emergenza⁹⁸. Con l'intervento della l. 146/2006, poi, il legislatore ha perseguito l'obiettivo di razionalizzare la disciplina delle operazioni *undercover* introducendo, per mezzo dell'art. 9, il c.d. "statuto delle operazioni sotto copertura". In verità, dopo questa importante opera di rinnovazione del quadro legislativo, risultano ancora in vigore, in quanto non espressamente abrogate, alcune tra le più importanti normative sulla materia *de qua*, rendendo necessaria un'opera analitica dell'interprete volta a verificare prima, quali norme si pongono al di fuori dello "statuto", poi se e quali differenze possano eventualmente intercorrere tra le azioni sotto copertura regolate *ad hoc* e la normativa che possiamo oramai definire "generale"

2.1. L'attività *undercover* in materia di stupefacenti.

Con l'art. 25 della legge 26 giugno 1990, n. 162 – introduttivo degli artt. 97 e 98 d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309 – sono state recepite nel nostro ordinamento le indicazioni contenute nell'art. 11 della Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti, aperta alla firma a Vienna il 20 dicembre 1988, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 5 novembre 1990, n. 328.

Già si è detto come prima dell'emanazione del d.p.r. 309/1990 la possibilità di ricorrere all'agente provocatore, sia pubblico che privato, andava incontro ai limiti propri derivanti dall'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 51 c.p.⁹⁹. Con tutta probabilità, non è casuale l'introduzione dell'art. 97 TULS a brevissima distanza dall'entrata in vigore del codice di procedura penale, ispirato alla logica di concedere

⁹⁷L'utilizzazione dell'azione sotto copertura per una serie di reati qualificati, risponde alla tendenza dei legislatori europei di vedere questo strumento investigativo comunque "sostanzialmente insidioso, da utilizzare come *estrema ratio* e soltanto in relazione a reati di una certa consistenza" (L. RISICATO, *L'acquisto di droga nell'ambigua figura dell'agente provocatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 1994, 1592), a differenza di come avviene nell'ordinamento statunitense in cui si fa un largo utilizzo di questo strumento, anche per reati come la concussione e la corruzione, in proposito vedi cap. V par. 3.

⁹⁸ Ad opinione di alcuni, peraltro, non sarebbe sufficiente una situazione di emergenza criminale per giustificare il proliferare di norme in tema di agente provocatore, poiché tale figura presenterebbe indubbi problemi di compatibilità costituzionale, in quanto "la provocazione proveniente dagli esponenti della forza pubblica è destinata ad agire come un indubbio fattore di disgregazione sociale, in aperto contrasto con i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale indicati nella nostra Costituzione all'art. 2. Certamente, a coloro che attualmente ritengono obsoleto ed evanescente il richiamo ai principi costituzionali va obiettato fermamente che il principio di solidarietà è espressione – ancor prima di una regola giuridica – di un inderogabile principio di civiltà. Non solo, ma le controverse vicende dei servizi di informazione italiani evidenziano come lo strumento può prestarsi, nella sua concreta applicazione, a facili e incontrollabili manipolazioni" così G. PETRAGNATI GELOSI, *op. cit.*, 941;

⁹⁹ Vedi, in questo capitolo, par. 1.1.

ampia libertà investigativa, ma al contempo particolarmente attento nella selezione degli elementi di prova che possono fare ingresso nel dibattimento.

E' opportuno precisare come questa normativa sia stata sensibilmente modificata dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, tendente ad adeguare l'investigazione sotto copertura in materia di traffico di sostanze stupefacenti alle più moderne figure di agente *undercover*¹⁰⁰, introdotte, a loro volta, proprio considerando l'esperienza maturata nella lotta al narcotraffico, nel tentativo di risolvere i principali problemi operativi emersi nell'applicazione della disciplina originaria.

L'art. 97 d.p.r. 309/1990, nella sua formulazione originaria, poneva, e sia pure con le opportune modifiche pone tutt'ora, una serie di "condizioni di legittimità" per l'utilizzo dello strumento investigativo *de quo*, alcune di natura oggettiva, altre di tipo soggettivo.

Innanzitutto, sotto il profilo oggettivo questa speciale tecnica investigativa, sin dalla sua originaria formulazione, doveva avvenire esclusivamente "in esecuzione di operazioni anticrimine specificamente disposte dal servizio centrale antidroga" o, d'intesa con esso, dal questore, dal comandante del gruppo dei carabinieri o della guardia di finanza, dal comandante del nucleo di polizia tributaria. Ne risultano così escluse le azioni eventualmente intraprese da stazioni di carabinieri, commissariati ed altri ufficiali di polizia non elevati in grado, e, *a fortiori*, da singoli ufficiali di polizia giudiziaria¹⁰¹. Tale requisito oggettivo non ha subito modificazioni, ed anzi, come si vedrà meglio oltre, è stato inserito anche nel cosiddetto "statuto delle operazioni sotto copertura". La ragione di una tale attribuzione alla Direzione centrale per i servizi antidroga della competenza a decidere sull'attivazione delle specifiche operazioni anticrimine, trova il proprio fondamento nel ruolo di controllore su scala nazionale e internazionale delle operazioni antidroga di cui è investita, cosicché possa "sulla base delle conoscenze di cui dispone, evidenziare l'esistenza di richieste parallele connesse o collegate [...] evitando acquisti simulati che possano risolversi in iniziative improvvise, tali da incidere negativamente sui procedimenti in corso"¹⁰².

¹⁰⁰ La legge 21 febbraio 2006, n. 49 persegue, pertanto, l'intento di uniformare la disciplina dell'art. 97 legge 309/1990 a quella prevista nell'art. 4 l. 438/2001 in materia di terrorismo.

¹⁰¹ G. AMBROSINI, *La riforma della legge sugli stupefacenti: profili penali, processuali e penitenziari*, Torino, 1991, 106.

¹⁰² G. DELLA MONICA, *Il traffico di sostanze stupefacenti: problematiche connesse alla nuova legislazione*, in *Corso di aggiornamento sulle tecniche di indagine "Giovanni Falcone"*, Vol. III, *Tecniche di investigazione su particolari figure di reato*, Quaderni del C.S.M., febbraio 1993, II suppl. al n. 61, 262; conformi G. CASELLI – M. GARAVELLI, *Gli acquisti simulati di droga*, in AA. VV., *Il testo unico della legge sugli stupefacenti*, Milano 1991, 167; M. PETRELLA, *L'acquisto simulato di droga, art. 97*, in G. INSOLERA,

Anche la finalità dell'investigazione "mascherata" è sempre stata considerata un presupposto fondamentale della sua legittimità e, per tale ragione, si eleva a condizione oggettiva necessaria perché si possa validamente disporre un'attività sotto copertura: come dire che, lo scopo unico per il quale è consentito all'ufficiale di p.g. di intraprendere operazioni *undercover*, è l'acquisizione di elementi di prova in ordine ai soli delitti previsti nel d.p.r. 309/1990.

Venendo ora alle condizioni soggettive di legittimità, va detto che l'agente sotto copertura potrà essere soltanto l'ufficiale di polizia giudiziaria addetto alle unità specializzate antidroga, escludendo la possibilità che tale ruolo venga ricoperto da un "qualunque" ufficiale di polizia giudiziaria, e, tanto meno, da un semplice agente¹⁰³. Al riguardo va segnalato, a parziale attenuazione di tale requisito, che "la formazione delle menzionate unità specializzate è rimessa dall'ordinamento al potere organizzatorio dei singoli corpi di polizia" facendo, con la conseguenza che, secondo alcuni, il vero limite soggettivo all'invocabilità dell'esimente sia dato dalla qualifica di ufficiale alla polizia giudiziaria¹⁰⁴ e fermo restando come i servizi e le sezioni che non facciano parte delle unità specializzate antidroga debbano, però, acquisire "di volta in volta legittimazione attraverso specifici atti autorizzativi della Direzione centrale antidroga"¹⁰⁵

Infine, come si è visto, la stessa condotta, poteva consistere esclusivamente nell'acquisto di sostanze stupefacenti o psicotrope e non in altre attività quali detenzione, vendita o consegna delle stesse¹⁰⁶. In tale contesto si è rilevato come dalla formulazione originaria dell'art. 97 legge 309/1990 fossero derivati due principali difficoltà operative: la prima aveva ad oggetto proprio la limitazione dell'ambito di operatività della scriminante alla sola attività di acquisto di sostanze stupefacenti, la seconda si poneva in relazione alla mancanza di una dettagliata disciplina procedimentale, che impedisse di fatto di avvalersi di ausiliari o di persone interposte e

Le sostanze stupefacenti, Torino, 1998,332.

¹⁰³ Cfr G. AMBROSINI, *op. cit.*, 107.

¹⁰⁴ L. PISTORELLI, *Disposizioni sull'attività di polizia giudiziaria*, in AA. V.V., *Stupefacenti. Sostanze psicotrope. Stati di tossicodipendenza*, Torino, 1990, 150; M. PETRELLA, *op. cit.*, 331.

¹⁰⁵ G. DELLA MONICA, *op. cit.*, 261.

¹⁰⁶ Va precisato che la Suprema Corte aveva già chiarito che doveva ritenersi corretto estendere l'impunità non solo all'attività di materiale acquisto della sostanza stupefacente, ma anche a quelle che costituiscono l'antecedente logico o l'ovvio sviluppo dell'azione infiltrata, Cass., 3.12.1998, in *Cass. pen.*, 1999, 800; nello stesso senso I. CARADONNA, *Le indagini sotto copertura in materia di droga, armi e riciclaggio*, in *Diritto & Diritti – Portale giuridico – Diritti.it*; più prudentemente A. LANDOLFI, *L'acquisto simulato di stupefacente*, in *Cass. pen.*, 1994, 1982 "in considerazione della lacuna legislativa in ordine a tale problematica si ritiene molto opportuno che ogni attività funzionale alla realizzazione dell'operazione sia posta in essere solo in caso di necessità assoluta e previo provvedimento del p.m."

di dotarsi di documenti di copertura. Inoltre, la norma, imponendo alla polizia giudiziaria una mera comunicazione successiva all'inizio dell'operazione, non chiariva i rapporti esistenti fra il pubblico ministero, responsabile delle indagini, e l'ufficiale di polizia giudiziaria incaricato di effettuare l'operazione simulata.

Una volta emersi questi aspetti problematici, il legislatore ha perseguito l'obiettivo di arricchire e perfezionare la disciplina originaria, recependo alcune fra le più importanti novità introdotte in tema di operazioni sotto copertura nei settori della lotta alla pedopornografia informatica ed al terrorismo. L'art. 4-*terdecies* della legge 21 febbraio 2006 n. 49 ha così modificato l'art. 97 l. 309/1990 seguendo alcune linee direttive fondamentali:

- eliminare i principali limiti operativi della polizia giudiziaria nell'espletamento dell'indagine;
- ampliare gli stretti margini soggettivi di legittimità per lo svolgimento dell'attività *undercover*;
- disciplinare nel dettaglio i rapporti tra i vertici della direzione centrale antidroga e l'autorità giudiziaria;
- tutelare maggiormente l'identità e, di conseguenza, la sicurezza dell'infiltrato.

Si è già detto come risulti immediatamente apprezzabile, da un punto di vista dell'estensione oggettiva delle condizioni di legittimità, la modifica della rubrica dell'art. 97 d.p.r. 309/1990, laddove "l'acquisto simulato di droga" è trasformato in "attività sotto copertura". Coerentemente, con la riforma del primo comma del suddetto articolo è stata ampliata l'area delle condotte scriminabili, per cui, al solo acquisto simulato di sostanze stupefacenti o psicotrope, si sono aggiunte le attività di ricezione, occultamento nonché tutte quelle attività che debbano considerarsi prodromiche e strumentali ad esse. Con ciò, il legislatore ha inteso conformare la disciplina ai risultati cui era pervenuta la più accorta giurisprudenza, secondo la quale "l'art. 97 d.p.r. 9.10.1990, n. 309, scriminando l'acquisto simulato di droga, necessariamente legittima anche le attività strumentali all'acquisto medesimo, [...] rappresentandone il naturale e fisiologico antecedente logico-giuridico"¹⁰⁷. La riforma ha il pregio di avere recepito in via normativa una conclusione finora supportata esclusivamente dall'interpretazione giurisprudenziale, con ovvia maggiore tranquillità per gli operatori infiltrati¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Così Cass., 3.12.1998, cit., 800; più di recente Cass., 29.5.2001, in *Riv. Polizia*, 2003, 234.

¹⁰⁸ Quasi letteralmente G. AMATO, *Acquisto simulato*, cit., 116;

Se con tale intervento pare ormai pacifico che l'esimente si estenda non solo all'attività materiale dell'acquisto di stupefacenti, ma anche a tutte quelle che ne costituiscono il logico sviluppo, resta però da chiarire quali siano ora i confini dell'attività dell'agente sottocopertura. La speciale causa di giustificazione, trova un limite naturale nell'impossibilità di compiere attività illecite che non siano prodromiche e strumentali al buon esito dell'operazione; queste non solo dovranno essere "intimamente connesse" con quelle tipiche scriminate – acquisto, ricezione, sostituzione o occultamento – ma anche assolutamente necessarie¹⁰⁹.

Nell'eventualità in cui l'agente *undercover* si trovi nella necessità di compiere azioni che esulano i limiti oggettivi stabiliti dall'art. 97 – come la cessione di stupefacenti a terzi per accreditarsi agli occhi dei "consociati" –, l'unica soluzione che impedirebbe all'infiltrato di risponderne penalmente, resta l'applicazione delle cause generali di non punibilità. Peraltro, si è visto come l'applicazione del combinato disposto degli artt. 51 c.p. e 55 c.p.p. difficilmente potrebbe dar luogo ad una causa di giustificazione più ampia della scriminante speciale di cui all'art. 97 d.p.r. 309/1990. Tuttavia, qualora sia la normativa generale, sia le cause di giustificazione speciali risultassero inapplicabili, una soluzione residuale potrebbe rinvenirsi nella scriminante dello stato di necessità (art. 54 c.p.), naturalmente nella sola ipotesi in cui risultasse dimostrato che l'infiltrato sia stato costretto alla commissione di tali reati per tutelare l'altrui o la propria incolumità personale.

Sotto il profilo delle condizioni soggettive di legittimità, già si è detto come la legge 49/2006, prevedendo espressamente la possibilità di servirsi di "interposte persone" ed "ausiliari", abbia notevolmente ampliato la possibilità per l'ufficiale di polizia giudiziaria di servirsi sia di altri agenti sia di contattare soggetti privati da impiegare a vario titolo nell'operazione sotto copertura. Peraltro, le novità introdotte non si limitano ad estendere l'ambito oggettivo e soggettivo dell'operato della polizia giudiziaria, ma, attraverso la riforma del secondo comma dello stesso art. 97 d.p.r. 309/1990, introducono la possibilità – già da tempo avvertita da parte dagli operatori – di "utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura anche per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione, informandone il pubblico ministero al più presto e comunque entro le quarantotto ore successive all'inizio dell'attività". Inoltre, è stata aggiunta nel terzo comma la prescrizione per cui

¹⁰⁹ G. AMATO, *Acquisto simulato*, cit., 116; sull'attività di indagine *undercover* vista come mezzo di ricerca della prova eccezionale vedi. cap. III, par 1.1.

“dell’esecuzione delle operazioni di cui al comma 1 è data immediata e dettagliata comunicazione alla Direzione centrale per i servizi antidroga ed all’autorità giudiziaria , indicando, se necessario o se richiesto, anche il nominativo dell’ufficiale di polizia giudiziaria responsabile dell’operazione, nonché il nominativo delle eventuali interposte persone impiegate”.

2.3. Le altre operazioni sotto copertura.

Successivamente all’introduzione della prima figura di agente *undercover* nelle materie relative alla repressione del traffico di stupefacenti, si è avuta una estensione avente ad oggetto altri settori criminali, che, sulla spinta emotiva ed emergenziale, è sfociata nell’introduzione di diverse previsioni normative.

Con l’art. 7 d.l. 15 gennaio 1991, n. 8 conv. nella l. 15 marzo 1991, n. 82, è stata introdotta la possibilità di compiere operazioni controllate di pagamento del riscatto, quando ciò sia necessario per acquisire rilevanti elementi probatori in ordine al delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione ovvero per la individuazione o cattura dei responsabili di tale delitto: il pubblico ministero potrà così richiedere al giudice l’autorizzazione a disporre di beni, denaro o altra utilità al fine, appunto, dell’esecuzione di operazioni controllate di pagamento del riscatto. Agli stessi fini il pubblico ministero può, con proprio decreto motivato, ritardare l’esecuzione, o disporre che venga ritardata sia l’esecuzione dei provvedimenti che applicano una misura cautelare, sia dell’arresto o del fermo dell’indiziato del delitto o dei provvedimenti di sequestro¹¹⁰.

In seguito, con il d.l. 31 dicembre 1991, n. 419, convertito nella legge 18 febbraio 1992, n. 172, all’art. 10, è stata prevista la possibilità di ritardare con decreto motivato l’esecuzioni di analoghi provvedimenti qualora sia necessario per acquisire rilevanti elementi probatori in ordine ai delitti di estorsione, usura, riciclaggio ed impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita ovvero per la individuazione o cattura dei responsabili di tali delitti, ai quali poi, con l’art. 8 della legge n. 238/2003 sono stati aggiunti quelli di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, prostituzione minorile, pornografia minorile, detenzione di materiale pornografico, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, tratta di persone, acquisto o alienazione di schiavi (artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-

¹¹⁰ Vedi per le caratteristiche peculiari dell’attività consentita nelle indagini per i sequestri di persona a scopo di estorsione cap. III, par. 4.

quinqües, 601 e 602 c.p.) e di favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione (art. 3 l. 20 febbraio 1958, n. 75). Allo stesso fine e per gli stessi motivi, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono omettere o ritardare gli atti di propria competenza con immediato avviso al pubblico ministero e susseguente trasmissione di un “rapporto” motivato nelle successive quarantotto ore¹¹¹.

Con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. nella l. 7 agosto 1992, n. 356, all’art. 12-*quater*, sono state disciplinate le ipotesi di ricettazione, riciclaggio ed impiego di denaro illecito simulati¹¹². Destinatari della norma sono gli ufficiali di polizia giudiziaria della Direzione investigativa antimafia e dei Servizi centrali ed interprovinciali di cui all’art. 12 del d.l. n. 152/1991, i quali possono compiere simulatamente le suddette attività illecite al fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti che le sanzionano. In tali casi l’autorità giudiziaria, se richiesta dai menzionati ufficiali di polizia giudiziaria, può con decreto motivato differire il sequestro del denaro, dei beni, delle altre utilità riciclate o impiegate ovvero delle armi, delle munizioni o degli esplosivi. Dal testo della norma, non risulta la possibilità di omettere o ritardare l’arresto o il fermo dell’indiziato del delitto o dell’esecuzione dei provvedimenti che applicano una misura cautelare, sicché, mentre tale possibilità, da parte del pubblico ministero o ad iniziativa della polizia giudiziaria, era stata già prevista per i delitti di riciclaggio e reimpiego di denaro “sporco” dal menzionato d.l. 419/1991, per quelli in materia di armi deve, al contrario, ritenersi esclusa¹¹³.

In un secondo tempo, trascorsi ormai alcuni anni dall’introduzione della prima figura di agente *undercover*, con la legge 3 agosto 1998, n. 269, recante norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia e del turismo sessuale in danno di

¹¹¹ Nel dettato normativo non è previsto alcun intervento di ratifica dell’autorità giudiziaria, ma, ad opinione di chi scrive, dovrebbero comunque trovare applicazione le norme generali per cui, tutte gli atti “eccezionali” compiuti dalla polizia giudiziaria nell’immediatezza del fatto o a causa dell’urgenza, devono ricevere una legittimazione postuma del pubblico ministero, perché - anche laddove l’operato della p.g. non perpetrasse lesioni alcuna nei confronti dei soggetti privati coinvolti nel procedimento - la sua mancanza potrebbe dar luogo a responsabilità di carattere penale o disciplinare.

¹¹² Questa norma, per quanto riguarda i reati di riciclaggio ed impiego di denaro illecito, ha completato la disposizione del citato d.l. n. 419/1991 che aveva previsto la sola possibilità di omettere o ritardare gli atti di competenza del p.m. e della p.g. Si tratta, invero, dell’unica norma del nostro ordinamento che, seppur limitatamente a questi reati, autorizza la Direzione investigativa antimafia (DIA) allo svolgimento di operazioni sotto copertura.

¹¹³ C. MOTTA, *I poteri della polizia giudiziaria nel contrasto del traffico delle sostanze stupefacenti: consegne controllate, ritardo od omissione di atti investigative e altre tecniche speciali di investigazione*, in *Profili sostanziali e processuali del traffico di stupefacenti. Le azioni simulate*, incontro di studi organizzato dal CSM, Roma 14-16 marzo 2005, in www.csm.it; si vedrà meglio nel cap. III par. 2.1 come a tale omissione si possa comunque ovviare se si considera il potere discrezionale del pubblico ministero nella presentazione della richiesta di emissione dell’ordinanza che dispone una misura cautelare.

minori, è stata prevista, all'art. 14, la possibilità per gli ufficiali di polizia giudiziaria delle strutture specializzate per la repressione dei delitti sessuali, o per la tutela dei minori, ovvero quelle istituite per il contrasto dei delitti di criminalità organizzata, di procedere all'acquisto simulato di materiale pornografico ed alle relative attività di intermediazione, nonché di partecipare alle iniziative turistiche illecite al fine di acquisire elementi di prova in ordine a tali delitti. L'autorità giudiziaria, immediatamente informata dell'acquisto, ha la possibilità di differire il sequestro con decreto motivato.

L'articolo 14 l. 269/1998 presenta degli aspetti del tutto peculiari rispetto alle altre operazioni sotto copertura previste nel nostro ordinamento, difatti risulta del tutto assente l'inciso "fermo l'art. 51 c.p." ed è inoltre espressamente prevista la previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria: come dire che il potere di quest'ultimo di disporre atti investigativi si configura come una vera e propria riserva relativa all'esecuzione delle attività di contrasto, "in quanto deputata a risolvere, tramite l'autorizzazione, l'ostacolo che impedisce alla polizia di agire direttamente"¹¹⁴

Inoltre, di particolare rilievo è la facoltà, attribuita dalla stessa norma al personale addetto all'organo del Ministero dell'interno per la sicurezza e la regolarità dei servizi di telecomunicazione, su richiesta motivata dell'autorità giudiziaria nell'ambito del contrasto dei delitti suddetti – quando siano essi commessi mediante l'impiego di sistemi informatici, o mezzi di comunicazione telematica ovvero utilizzando reti di telecomunicazione disponibili al pubblico – di impiegare indicazioni di copertura, anche per attivare siti nelle reti, realizzare o gestire aree di comunicazione o scambio su reti o sistemi telematici ovvero per partecipare ad esse. Il predetto personale specializzato può anche svolgere per via telematica le attività scriminate di acquisto simulato, di intermediazione, di partecipazione a iniziative turistiche illecite. In linea con quanto disposto dal legislatore per le altre operazioni sotto copertura, in tutti questi casi l'autorità giudiziaria può differire, con decreto motivato, l'emissione o l'esecuzione dei provvedimenti di cattura o sequestro quando sia necessario per

¹¹⁴ C. DI BUGNO, *L'art. 14 l. 269/98*, in *LP*, 1998, 149, il quale, riprendendo le tesi di Pagliaro osserva come in questo caso "il provocatore agirebbe senza dolo [ed esclusivamente] per l'acquisizione di elementi di prova"; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Padova, 2000, 555; Per un'analisi più dettagliata delle particolarità di questa disposizione vedi cap. III. Par. 1.3.

acquisire rilevanti elementi probatori in ordine ai delitti suddetti ovvero per l'individuazione o la cattura dei responsabili di essi¹¹⁵.

L'ultima disposizione introdotta prima della *reductio ad unum* della disciplina relativa alle indagini mascherate è il d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, convertito nella l. 15 dicembre 2001, n. 438, contenente "disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale". Il disposto dell'art. 4 di questa legge prevede la non punibilità degli ufficiali di polizia giudiziaria che, nel corso di specifiche operazioni di polizia, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti commessi per finalità di terrorismo, anche per interposta persona, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, armi, documenti, stupefacenti, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato, o altrimenti ostacolano l'individuazione della provenienza o ne consentono l'impiego. Agli stessi ufficiali, nonché agli agenti di polizia giudiziaria, è consentito di utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura anche per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione, informandone il pubblico ministero al più presto e comunque entro le quarantotto ore successive all'inizio dell'attività.

Questa disposizione, pur essendo stata emanata anche essa sull'onda emotiva degli attentati dell'11 settembre 2001, ha predisposto una disciplina che ha tenuto conto dei problemi interpretativi ed operativi emersi nei dieci anni trascorsi dall'introduzione del primo agente *undercover* nel nostro ordinamento e, difatti, nonostante sia stata essa stessa abrogata dall'art. 9 l. 146/2006, ne ha costituito il modello di riferimento.

2.4. Lo Statuto delle operazioni sotto copertura.

L'art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, ha effettuato la razionalizzazione delle scriminanti speciali riferite allo specifico settore dell'attività *undercover*, ponendo fine così alla proliferazione di decreti legge che per oltre quindici anni avevano costituito il riferimento normativo delle attività *de quibus*¹¹⁶. Questa norma risponde all'esigenza di dare esecuzione e attuazione all'art. 20 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (CTOC) che prevede

¹¹⁵ C. MOTTA, *I poteri*, cit., 11; D. MANCINI, *Le attività "sotto copertura": margini di utilizzabilità delle prove e contrasti giurisprudenziali*, in www.filodiritto.com.

¹¹⁶ Cfr. M. ZAMPELLI, *L'agente sotto copertura*, Roma, 2003, 1; A. CISTERNA, *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, in *Guida dir.*, 2006, n. 17, 78;

esplicitamente per ciascuno Stato l'obbligo di adottare "le misure necessarie a consentire l'appropriato impiego della consegna controllata e, laddove ritenuto opportuno, l'impiego di altre tecniche speciali di investigazione, quali la sorveglianza elettronica o di altro tipo e le operazioni sotto copertura da parte delle autorità competenti sul suo territorio allo scopo di combattere efficacemente la criminalità organizzata", purché, naturalmente, queste siano non contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico nazionale e "nella misura delle proprie possibilità e alle condizioni stabilite dal proprio diritto interno".

Nel testo della convenzione quindi, non a caso, le consegne controllate e le operazioni sotto copertura sono annoverate fra le *special investigative techniques* (SIT) per le quali, essendosi consolidato in ambito internazionale un vero e proprio *momentum*, "si rendeva particolarmente cogente la necessità di disporre di un diritto interno il più possibile uniforme"¹¹⁷. Sotto un profilo sistematico queste tecniche di investigazione speciale, in considerazione della loro eterogeneità, non si prestano ad una classificazione generale, ciò nonostante, pur con estrema approssimazione, basandosi sui dati normativi anche interni, si possono suddividere in due categorie¹¹⁸. La prima è formata da tutte le omissioni o ritardi di atti d'ufficio da parte dei soggetti incaricati dell'indagine, tra le quali rientrano sicuramente le consegne controllate e il differimento dei provvedimenti di cattura o sequestro¹¹⁹. Si tratta di tecniche di investigazione che si caratterizzano per la loro natura "passiva", in quanto sostanzialmente fondate sul monitoraggio in tempo reale dell'attività criminosa in corso di esecuzione, sia per mezzo del cosiddetto agente infiltrato, sia per mezzo degli altri strumenti di *intelligence* nella disponibilità degli investigatori¹²⁰.

Alla seconda categoria appartengono le tecniche di investigazione *undercover* definibili come "attive" perché finalizzate all'acquisizione di elementi di prova raccolti nell'immediatezza del fatto o nel momento in cui l'attività criminosa è in corso di esecuzione, generalmente avvalendosi di un agente provocatore.

Una volta distinte le SIT in due macrocategorie, preso atto dell'indubbio valore sistematico dell'art. 9 legge 146/06, resta da chiedersi se, ed quali termini, questa

¹¹⁷ R. BARBERINI, *Entrata in vigore della convenzione contro il crimine organizzato e disegno di legge di ratifica*, in *Cass. pen.*, 2003, 3264;

¹¹⁸ Per questo tipo di classificazione delle SIT vedi F. GANDINI, *Lotta alla criminalità organizzata, le operazioni sotto copertura*, in *Dir. giust.*, 2006, 32.

¹¹⁹ Per una analisi delle nuove frontiere dell'assistenza giudiziaria in materia penale vedi M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, 2005.

¹²⁰ F. GANDINI, *op. cit.*, 33.

disposizione sia realmente riuscita a dare attuazione alle direttive contenute nella Convenzione di Palermo. Va primariamente considerato che nel nostro ordinamento, non essendo certamente assenti norme che consentono lo svolgimento di operazioni sotto copertura o consegne controllate, non rientrava certamente fra i fini del legislatore introdurre *ex novo* una normativa disciplinante le SIT nel diritto interno.

L'intervento normativo avrebbe assolto alla funzione cui era preordinato qualora avesse esteso la possibilità di fruire di queste speciali tecniche di investigazione nei procedimenti relativi ai reati specificamente previsti dalla CTOC: ci si intende riferire al riciclaggio, la corruzione o, più in generale, i cosiddetti *serious crimes*, definiti dall'art. 2 della CTOC ed all'art 3 della legge di ratifica come i reati commessi con il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato per i quali sia prevista una pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni.

La portata della legge di ratifica, al contrario, risulta particolarmente limitata dalla mancata previsione della possibilità di utilizzare le SIT al fine di contrastare i fenomeni associativi in sé considerati, all'infuori dei casi nei quali questi gruppi criminali svolgano attività di narcotraffico, riciclaggio, tratta di persone e riduzione in schiavitù, ovvero si apprestino a compiere attentati di tipo terroristico. Questa svista legislativa risulta ancor più grave in un ordinamento come il nostro nel quale, a differenza di altri ordinamenti continentali, vi sono norme volte proprio a sanzionare direttamente i reati di tipo associativo (artt. 416, 416-bis, 270 e 270-bis c.p.). In particolare, in questa occasione si è persa la possibilità di colmare una grande lacuna del nostro sistema, consistente appunto nell'assenza di una norma che permetta di svolgere attività sotto copertura per il perseguimento di reati di criminalità organizzata interna e transnazionale, salvo che si indaghi per determinate fattispecie delittuose commesse dal gruppo criminale. In definitiva, si può sostenere che per quanto concerne le tecniche di investigazione speciale la Convenzione ONU di Palermo non ha avuto nel nostro ordinamento una concreta attuazione, risultando impossibile per l'autorità giudiziaria chiamata a dar seguito ad una richiesta di assistenza giudiziaria implicante l'utilizzo delle SIT, avvalersi dei mezzi investigativi *de quibus* in procedimenti per i quali l'utilizzo dell'attività sotto copertura non è consentito neppure per i reati commessi all'interno del territorio dello Stato.

E' chiaro quindi come il legislatore abbia utilizzato la legge di ratifica non per introdurre nuove ipotesi di attività sotto copertura, ma esclusivamente per riportare

ordine in una disciplina che si articolava in una pluralità di norme. Tuttavia, questa *reductio ad unum*, pur avendo realizzato un apprezzabile risultato sistematico, ha comunque omesso di abrogare una serie di leggi che continuano perciò a disciplinare le attività sotto copertura relative a determinati reati.

Nel dettaglio risultano escluse dall'abrogazione, e quindi disciplinate autonomamente, le attività *undercover* in materia di stupefacenti (artt. 97 e 98 TULS), di pedopornografia (art. 14 l. 269/98 del quale è stato abrogato il solo comma 4) nonché di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 7 comma 3 d.l. n. 8 del 1991).

Con esclusione di tali fattispecie, tutte le operazioni sotto copertura previste nel nostro ordinamento sono regolate dall'art. 9 della legge 146/06, dunque è ora possibile elencare quali sono le ipotesi tassative di reato per le quali il legislatore ha consentito lo svolgimento di attività simulate:

- riciclaggio ed impiego di denaro, beni o altre utilità di provenienza illecita (artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p.);
- delitti contro la libertà personale previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I del codice penale¹²¹;
- delitti concernenti armi, munizioni ed esplosivi;
- immigrazione clandestina e sfruttamento della prostituzione di clandestini (art. 12 commi 3, 3-*bis*, 3-*ter*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286)
- sfruttamento ed induzione alla prostituzione (art. 3 l. 20 febbraio 1958, n. 75)
- delitti commessi con finalità di terrorismo;
- estorsione ed usura (artt. 629 e 644), per i quali è prevista esclusivamente la possibilità per gli ufficiali di polizia giudiziaria di omettere o ritardare atti di propria competenza dandone immediato avviso al pubblico ministero;
- traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope;

In conclusione occorre segnalare come, in riferimento ai reati per i quali è possibile ritardare od omettere atti dell'ufficio, l'art. 4 del d.l. 374/06 abbia esteso la disposizione dell'art. 10 d.l. 419/1991 anche ai reati previsti dall'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. Tale disposizione è stata espressamente sostituita dall'art. 9 l. 146/06 senza che venisse riproposta la possibilità per tali reati di omettere o ritardare gli atti

¹²¹ Per ciò che riguarda i reati di cui agli artt. 600-*bis* comma primo, 600-*ter* commi primo, secondo e terzo, 600-*quinqies* c.p., come si vedrà meglio in seguito, si ha una sovrapposizione di discipline peraltro non uniformi in quanto le operazioni sotto copertura risultano regolate sia dall'art. 14 legge 269/1998 sia dall'art. 9 legge 146/2006.

improrogabili. Facendo un confronto fra i reati per quali questa opportunità è stata nominalmente riprodotta e quelli contenuti nell'art. 407 comma 2 lett. a), ne consegue l'impossibilità di avvalersi di tale strumento investigativo, fra gli altri, per i delitti commessi con finalità di eversione dell'ordinamento costituzionale, di partecipazione sovversiva e di banda armata.

Trattandosi di reati particolarmente gravi sembra potersi escludere che tale lacuna sia il frutto di una precisa scelta di politica criminale, ma appare più probabile una semplice – ancorché nociva – svista¹²².

¹²² Quasi letteralmente F. GANDINI, *op. cit.*, 33.

CAP. III

L'operazione sotto copertura nella dinamica delle indagini

1.1. Pubblico ministero e polizia giudiziaria.

La prescrizione che permettere di intraprendere azioni sotto copertura al solo fine di ricercare elementi di prova accomuna la totalità delle ipotesi di attività simulate. Da questa prima condizione, si deve desumere che le azioni *undercover* si possano svolgere esclusivamente nell'ambito di un procedimento penale già instaurato e, comunque, successivamente all'acquisizione della notizia di reato. Una tale affermazione è confermata tanto dal fatto che vi sono preposti soltanto gli ufficiali di polizia giudiziaria la cui attività, *ex art 55 c.p.p.*, va dalla apprensione delle notizie di reato alla acquisizione delle fonti e degli elementi di prova, sia in quanto proprio la dizione "acquisire prove" in sé esclude che l'attività dell'agente provocatore possa estendersi alla ricerca di notizie su un reato futuro o alla prevenzione di un reato non ancora perpetrato e del quale, già nella realtà effettuale, si ignora se verrà mai a compimento¹²³. Questa scelta legislativa è sicuramente rispondente alla "concreta realtà investigativa, nella quale sovente le operazioni sotto copertura si innestano in un tronco già sviluppato in cui non precedono l'acquisizione della notizia di reato, tanto più se relativa ad associazioni criminali, le quali, se pure rivolte programmaticamente alla commissione di delitti futuri, in sé concernono condotte già penalmente rilevanti"¹²⁴.

Viceversa, non convince l'esegesi proposta da parte della dottrina¹²⁵, secondo la quale le varie norme sulle operazioni sotto copertura, istituiscono una vera e propria possibilità di svolgere indagini mascherate precedentemente all'acquisizione della notizia di reato, trasformandole da mezzo di ricerca della prova in vera e propria misura di prevenzione. Quanto detto consente di escludere una ricostruzione così orientata poiché si presenterebbe in contrasto, oltre che con lo spirito della norma, anche con lo

¹²³ L. FILIPPI, *Profili Processuali delle l. 438/01*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, n. 2, 165; R. MINNA – A. SUTERA SARDO, *op. cit.* 45; *contra* G. AMATO, *Consentito l'utilizzo dei documenti falsi*, in *Guida dir.*, 25 marzo 2006, n. 12, 122, nel quale l'autore sostiene che l'informativa trasmessa all'autorità giudiziaria sia diversa da quella "concernente la notizia di reato di cui all'art. 347 del c.p.p. ma [abbia] come finalità solo quella di garantire la conoscenza da parte del p.m. di una particolare modalità di organizzazione che potrebbe presentare in astratto profili di possibile interesse penale. Da ciò consegue che tale informativa, quando inserita in un'attività simulata organizzata d'iniziativa dalla polizia giudiziaria (in assenza cioè di una vera e propria notizia di reato rispetto alla quale si sia già riferito al p.m.) non importa *ex se* l'assunzione diretta delle indagini da parte del p.m."

¹²⁴ G. MELILLO, *Le recenti modifiche alla disciplina dei procedimenti relativi ai delitti con finalità di terrorismo o eversione*, in *Cass. pen.*, 2002, 3, 904.

¹²⁵ Tra gli altri G. AMATO, *I traffici illeciti di sostanze stupefacenti*, 1999, 448.

stesso dato letterale. Difatti, come tutte le disposizioni eccezionali, la disciplina in tema di operazioni *undercover*, non può subire interpretazioni estensive né analogiche, per cui l'unica via perseguibile per introdurre una misura di prevenzione siffatta potrà rinvenirsi nel disposto dell'art. 51 c.p.: come dire che, qualora i vertici delle polizie decidessero di impartire un ordine legittimo per svolgere operazioni mascherate prima dell'acquisizione di una notizia di reato, in base alla più volte richiamata interpretazione giurisprudenziale, l'agente sotto copertura potrà limitarsi a svolgere attività di mera osservazione e controllo dell'altrui operato.

Un requisito ulteriore, previsto sia dall'art. 9 della l. 146/06, sia dalle norme in tema di pedopornografia e traffico di stupefacenti, consiste nella pianificazione dell'investigazione *undercover* all'interno di una specifica operazione disposta da ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti alle strutture specializzate della Polizia di Stato, dell'Arma dei Carabinieri e del Corpo della guardia di finanza o alla Direzione investigativa antimafia, nei limiti delle proprie rispettive competenze. Non si possono ritenere ammissibili, quindi, operazioni sotto copertura intraprese da singoli ufficiali di polizia giudiziaria, ancorché rivolte alla persecuzione degli specifici delitti indicati nelle norme, qualora siano svincolate da ampie attività di repressione disposte, anche di concerto fra loro, dai vertici delle polizie.

1.2. Segue: gli obblighi di comunicazione

La valutazione della legittimità del ricorso all'investigazione mascherata, secondo alcuni¹²⁶, sarebbe rimessa agli organi di vertice della polizia impegnata in una determinata indagine ovvero, per loro delega, al responsabile del (servizio) almeno provinciale. Tale deduzione dovrebbe trarsi dal disposto del quarto comma dell'art. 9 l. 146/06 e del terzo comma dell'art. 97 TULS, nei quali è richiesto che “l'organo che dispone l'esecuzione delle operazioni [...] deve dare preventiva comunicazione al pubblico ministero competente per le indagini”.

Va rilevato, preliminarmente, lo sforzo parlamentare volto a contenere le originarie spinte governative improntate all'esaltazione delle funzioni di polizia di prevenzione contenute nel decreto legge 18 ottobre 2001, n. 374 che, come detto, ha costituito la base normativa sulla quale è stato emanato lo “statuto delle operazioni sotto copertura”. Una traccia evidente di tale pericolosa tendenza era rinvenibile nel testo

¹²⁶ G. AMATO, *I traffici illeciti*, cit., 489.

originario del decreto legge che prevedeva l'obbligo dell'ufficiale di polizia incaricato, di dare comunicazioni al pubblico ministero limitatamente "alla fase genetica"¹²⁷ dell'operazione ed alla conclusione della stessa.

Nonostante le modifiche apportate al testo definitivo della legge 438/2001 – il cui testo è stato poi trasfuso nell'art. 9 l. 146/06 –, in dottrina, si è tratta la conclusione per cui l'azione simulata dovrebbe intendersi come una "facoltà" che i vertici delle polizie possono adottare secondo la propria analisi della singola situazione processuale, considerate le già avviate indagini che verranno poi concluse autonomamente dall'autorità giudiziaria *ex artt.* 347 e 348 c.p.p.¹²⁸. Così, la delicatezza della materia e la responsabilità che il potere esecutivo intende assumersi premerebbero affinché la scelta non venga demandata ad un singolo, ma discenda dalle mansioni direttive delle più alte cariche: un compito che tuttavia non dovrebbe essere di pertinenza dell'autorità giudiziaria.

Il meccanismo attuativo di ogni operazione *undercover* si muoverebbe perciò, sempre all'interno dei poteri discrezionali della polizia giudiziaria, attraverso una chiara e netta bipartizione: da una parte vi sono gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati ad assumere le vesti di agente provocatore¹²⁹, attraverso un ordine legittimo individuato con certezza da una legge scritta, dall'altra operano i vertici delle forze dell'ordine che, impartiti ritualmente gli incarichi, non soffrirebbero di alcun tipo di censura di legittimità. La ragione di una tale "anomalia investigativa" dovrebbe essere rinvenuta proprio nella natura dell'attività di codesti vertici, muovendosi gli stessi in una zona

¹²⁷ Le parole sono di G. MELILLO, *Le recenti modifiche*, cit., 906.

¹²⁸ R. MINNA – A. SUTERA SARDO, *op. cit.*, 46; DE MAGLIE, *op. cit.*, 182.

¹²⁹ L'inquadramento dei rapporti intercorrenti fra autorità giudiziaria e agente sotto copertura comporta degli importanti riflessi anche sotto un profilo sostanziale legato alla responsabilità penale dello stesso, qualora questi ometta di comunicare immediatamente al p.m. l'avvenuto svolgimento della sua attività. Due sono i filoni sui quali si è principalmente attestata la dottrina. Il primo ritiene che l'attività dell'infiltrato debba svolgersi, sin dall'inizio, sotto il completo ed assoluto controllo della magistratura, con la conseguenza che la mancata comunicazione del compimento dell'operazione all'autorità giudiziaria verrebbe a togliere ogni legittimazione all'attività espletata, con la concreta possibilità inoltre, nel caso in cui la procedura non venisse rispettata, di integrare gli estremi del delitto di cui all'art. 328 c.p. (C. DE MAGLIE, *op. cit.* 280; G. AMBROSINI, *La riforma della legge sugli stupefacenti*, Torino, 1991, 106). Il secondo afferma che il comportamento posto in essere dall'ufficiale di polizia giudiziaria rimanga comunque non punibile anche se di esso non sia stata data notizia all'autorità giudiziaria (G. DEL CORSO, *Commento all'art. 12-quater del d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *Legisl. pen.*, 1993, 157) dando luogo nel peggiore dei casi ad una responsabilità di tipo disciplinare e mai a conseguenze penali (Cass., 30 agosto 1993, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1592, in senso conforme A. SUTERA SARDO, *Una nuova ipotesi di "acquisto simulato"*, in *Dir. pen. proc.* n. 11/2000, 1522).

tutt'altro che chiara e netta¹³⁰, dove “atti politici” e “atti di alta amministrazione” non si possono facilmente circoscrivere e distinguere¹³¹.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, una tale radicale presa di posizione non può essere condivisa. Diversi sono, infatti, gli elementi che possono condurre a una ricostruzione che abbia un andamento più coerente con la natura stessa delle indagini preliminari. Primo fra tutti l'incongruenza fra la classificazione delle operazioni sotto copertura come un mezzo di ricerca della prova – trasformato ora da insidiosa tecnica d'indagine atipica in strumento investigativo tipico, ancorché eccezionale – ed il suo inquadramento in un'area che esula dai poteri direttivi del pubblico ministero (art. 327 c.p.p.). In secondo luogo, l'impossibilità di collocare queste operazioni nell'ambito di un'attività di prevenzione¹³², con la conseguente necessaria applicazione delle ordinarie regole relative all'attività di indagine. Ciò pur riconoscendosi la natura di tale atto, certamente catalogabile nel novero di quelli di iniziativa della polizia giudiziaria, in cui la stessa può svolgere l'attività con propria “discrezionalità tecnica”¹³³.

In definitiva, se l'operazione è necessariamente pianificata e approvata, nella sua fase iniziale, da organi sottratti al rapporto di dipendenza funzionale tipico della polizia giudiziaria e titolari esclusivi della responsabilità dell'attività di prevenzione generale, la realtà – ma anche una lettura d'insieme delle norme processuali – rivela la maggiore complessità degli interessi in gioco e la stretta correlazione fra l'organizzazione delle funzioni di prevenzione e la direzione delle indagini preliminari del pubblico ministero¹³⁴.

La dizione letterale della norma poi, nell'imporre agli ufficiali di polizia giudiziaria di aggiornare costantemente il pubblico ministero sull'andamento dell'operazione, sui soggetti che vi partecipano e sui risultati della stessa, evidenzia lo

¹³⁰ B. G. MATTARELLA, *L'attività*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2000, 675.

¹³¹ In realtà questi non ricevono alcun ordine diretto dal Governo, né le norme in materia di agenti sotto copertura fanno cenno alla possibilità di una previa concertazione con organi direttivi, ma non è sicuramente da escludere che i vertici, in quanto espressione di alta amministrazione dello Stato, si debbano conformare agli “indirizzi generali” che l'autorità politica intenda impartire.

¹³² Si è già detto come le attività sotto copertura, affinché possano ottenere una legittimazione legislativa, richiedano l'esistenza di una vera e propria “fase procedimentale”

¹³³ A proposito dell'attività di indagine relativa, più in generale, a tutti i reati di criminalità organizzata vedi, volendo, G. BARROCU, *Brevi note in tema di indagini per i reati di criminalità organizzata*, in www.dirittoestoria.it.

¹³⁴ Così, pressoché testualmente, G. MELILLO, *Le recenti modifiche*, cit., 907.

stretto legame con l'autorità giudiziaria pur in mancanza di diretti riferimenti ai generali poteri di direzione delle indagini attribuiti al pubblico ministero¹³⁵.

Una tale definizione dei rapporti fra pubblico ministero e polizia giudiziaria, oltre a presentare minori problemi di aderenza al dettato sia delle norme del codice di rito (art. 327 c.p.p.), sia della Costituzione (art. 112 Cost.), consente di superare quell'accezione negativa che la figura dell'agente provocatore aveva storicamente assunto. Difatti, se la si identifica come raffinata tecnica investigativa posta sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, vengono a cadere quei sospetti di impiego indiscriminato di uno strumento più frequentemente utilizzato in passato quale mezzo di lotta politica piuttosto che di repressione dei reati.

Di particolare interesse è inoltre la disposizione del comma 8 dell'art. 9 l. 146/06 che, a dimostrazione della mancanza di una volontà legislativa tesa a creare un punto di rottura con lo schema classico delle indagini preliminari, prevede che le comunicazioni ricevute dal pubblico ministero competente, nonché i decreti di differimento emessi dallo stesso, siano trasmessi "senza ritardo" al procuratore generale presso la corte d'appello ovvero, per i delitti previsti dall'art. 51 comma 3-ter c.p.p., al procuratore nazionale antimafia. Si tratta di una norma che riprende il disposto dell'art. 118-bis disp. att. c.p.p., in cui è fatto obbligo al procuratore della Repubblica procedente di informare tempestivamente il procuratore generale ogni qual volta proceda ad indagini per taluno dei delitti indicati nell'art. 407 comma 2 lett. a).

In realtà, quasi tutti i reati per i quali è prevista la possibilità di intraprendere operazioni sotto copertura rientrano indubbiamente nei gravi delitti indicati nell'art. 407, ed anzi, in considerazione della generale diffusione territoriale dei gruppi criminali che si intende reprimere, nella maggior parte dei casi opereranno anche le norme sul coordinamento investigativo¹³⁶ (artt. 371 e 371-bis c.p.p.) e sul potere di avocazione

¹³⁵ In questo senso, è stato infatti sottolineato come "la mancata indicazione espressa della facoltà del pubblico ministero di impartire disposizioni alla polizia giudiziaria [...] non può indurre a ritenere che sia venuto meno il ruolo direttivo del pubblico ministero in virtù dell'art. 327 c.p.p., nel quadro del più generale raccordo dei poteri suoi e della polizia giudiziaria [...]. E' in questa prospettiva, quindi, che vanno letti l'obbligo di 'dare preventiva comunicazione al pubblico ministero competente per le indagini' e quello di informarlo 'senza ritardo e nel corso dell'operazione' delle modalità di essa, dei soggetti che vi abbiano partecipato nonché dei risultati della stessa. D'altronde anche nei precedenti interventi normativi in materia di armi, riciclaggio ed impiego di proventi illeciti nonché di estorsione ed usura non era prevista se non l'informazione al pubblico ministero, ma non si è mai dubitato del suo potere di impartire disposizioni alla polizia giudiziaria nell'ambito della direzione delle indagini", così, C. MOTTA, *I poteri*, cit., 16.

¹³⁶ Per un approfondimento sul collegamento investigativo si veda S. SAU, *Indagini collegate: il coordinamento investigativo degli uffici del pubblico ministero*, Padova, 2003.

rispettivamente del procuratore generale presso la corte d'appello (art. 372 comma 1-bis c.p.p.) e del procuratore nazionale antimafia (art. 371-bis comma 4 c.p.p.).

Il comma 5 art. 4 l. 374/01, oltre ad aver previsto i suddetti obblighi di comunicazione al pubblico ministero, aveva introdotto una norma dalla portata indubbiamente innovativa all'interno del nostro ordinamento. Tale disposizione imponeva agli organismi specializzati nella lotta al terrorismo chiamati a dare attuazione alle operazioni disposte dal vertice delle rispettive strutture amministrative, di fornire a quest'ultime "immediata comunicazione" dell'esito dell'attività sotto copertura¹³⁷. La norma, priva di precedenti nell'ambito dell'attività investigativa, assolveva la funzione di dare al titolare originario dell'operazione, tempestiva conoscenza dei risultati dell'attività, al fine di potersi meglio orientare sull'esigenza di proseguire l'operazione *undercover* o sulla necessità di intraprenderne di nuove.

Tuttavia, come si può desumere anche dalle discussioni parlamentari in cui già era stato proposto un emendamento volto a sopprimere questa disposizione¹³⁸, non sembra che il corretto adempimento del dovere gerarchico di comunicazione, possa prescindere dall'osservanza delle ordinarie norme sul segreto investigativo¹³⁹. Così, se è vero che la previsione normativa legittimava la conoscenza dei contenuti della singola operazione sotto copertura disposta dal vertice, è altrettanto vero che tali organismi non potevano comunque avere una conoscenza completa che si spingesse al di là dei confini obiettivi delle attività autorizzate, coinvolgendo tutte quelle fonti ed elementi di prova ancora riservate che, per loro natura, interessano necessariamente le prerogative e le responsabilità del pubblico ministero.

Probabilmente, proprio per le difficoltà di delimitarne i confini operativi di questa disposizione, nonché per il rischio strisciante che un'alta autorità dello Stato, espressione del Governo, possa ingerirsi in una materia riservata legislativamente ad un organo indipendente ed autonomo quale il pubblico ministero, si è preferito non riproporre nell'emanazione dello "statuto delle operazioni sotto copertura" la previsione di tale obbligo di comunicazione gerarchico¹⁴⁰.

¹³⁷ G. MELILLO, *Le recenti modifiche*, cit., 907.

¹³⁸ Cfr. emendamento 4.2, on. Kessler, in *Atti parlamentari*, seduta della seconda commissione della Camera dei deputati del 14 novembre 2001.

¹³⁹ In generale, sul segreto investigativo si veda F. M. MOLINARI, *Il segreto investigativo*, Milano, 2003.

¹⁴⁰ Va sottolineato come l'obbligo del quale si parla risulti tutt'ora in vigore per la materia delle operazioni sotto copertura in materia di traffico di sostanze stupefacenti in quanto espressamente previsto dall'art. 97 comma 3 TULS, come detto, non abrogato.

Prescindendo dall'immediata conoscenza dell'esito e della conclusione delle operazioni, il coordinamento attuato dai diversi vertici impegnati in specifici settori della lotta alla criminalità organizzata, oltre ad essere finalizzato al buon esito dell'investigazione, evita intersezioni o sovrapposizioni d'indagini, garantendo, per di più, un elevato livello tecnico-professionale in così delicate operazioni anticrimine. Gli stessi vertici acquisiscono, inoltre, un ruolo basilare nella selezione dei casi nei quali tali operazioni possono realmente essere disposte. Nel settore della lotta al traffico di stupefacenti, che costituisce indubbiamente il principale campo d'azione delle *special investigative techniques*¹⁴¹, la direzione centrale per i servizi antidroga (D.C.S.A.), a fronte di numerose richieste di attivazione, ha accordato il concerto previsto solo in taluni casi e previa verifica sia delle condizioni necessarie atte a salvaguardare l'incolumità del personale operante, sia per evitare di trasformare le stesse da mezzo eccezionale a strumento ordinario d'indagine. Occorre, infatti, ricordare come, pur in assenza di un'indicazione legislativa espressa, la Circolare del dipartimento di pubblica sicurezza – direzione centrale per i servizi antidroga – del 5 settembre 1995 ha rilevato che la tecnica di acquisto simulato di droga debba essere utilizzata quando tutte le altre tecniche investigative già esperite si siano rivelate inefficaci o insufficienti¹⁴². La selezione dei casi nei quali disporre un'operazione *undercover*, richiama quella "assoluta indispensabilità" prevista per le intercettazioni di comunicazioni, così da permettere il ricorso ad essa solo nell'eventualità in cui le indagini non possano svilupparsi altrimenti.

1.2. Le particolarità dell'azione sotto copertura in materia di pornografia minorile.

La prima caratteristica peculiare di questa materia consiste nell'esistenza di due norme che nel contempo provvedono a regolarla, risultando tutt'ora in vigore la normativa di cui all'art. 14 l. 269/1998 non espressamente abrogata dall'art. 9 l. 146/2006, nel quale è prevista, a sua volta, una disciplina applicabile anche a tutti i reati disciplinati nel libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale.

¹⁴¹ Alcuni, nel sostenere che allo strumento dell'agente provocatore il legislatore ricorra ogni qualvolta riconosca l'insufficienza dei metodi investigativi tradizionali, definiscono la legislazione in materia di repressione del traffico di stupefacenti come una "esperienza pilota", così G. MELILLO – C. MOTTA, *Linee di una possibile evoluzione normativa della figura dell'agente provocatore*, in *Arch. nuov. proc. pen.*, 2001, 131.

¹⁴² G. AMATO, *Teoria e pratica degli stupefacenti*, 2000, 225.

Nel porre a confronto le due disposizioni emerge che, per i delitti di prostituzione minorile (art. 600-*bis* c.p.), pornografia minorile (art. 600-*ter* c.p.) e per le iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinqies* c.p.), risultano al momento vigenti entrambe le normative. Come si diceva, nella maggior parte dei casi le diverse leggi tese a regolare le singole attività sotto copertura, presentano tra loro una disciplina del tutto speculare; tuttavia, la l. 14 L. 269/1998, probabilmente a causa della particolare attenzione richiesta dal legislatore quando si procede per reati compiuti in danno di minori, contiene degli elementi assolutamente peculiari rispetto alle altre discipline speciali. Questa normativa, infatti, pur non discostandosi dalle altre previsioni quanto allo scopo ultimo dell'attività *undercover*, indicato nel "solo fine di acquisire elementi di prova", prescrive esplicitamente come condizione di legittimità per l'attività della polizia giudiziaria, la previa autorizzazione del pubblico ministero competente¹⁴³. Tale presupposto impedisce *ab initio* alla polizia giudiziaria di intraprendere autonome e discrezionali operazioni sotto copertura e, pur essendo stato considerato da alcuni come un "inutile impaccio all'attività di indagine [...] oppure come una tipica norma della quale la prassi [avrebbe] determin[ato] l'aggiramento"¹⁴⁴, acquisisce una portata operativa non trascurabile.

Si è visto come, già nella scelta legislativa che prevede la "comunicazione" al p.m. dello svolgimento delle operazioni *undercover*, non poteva rinvenirsi alcuna volontà di creare una soluzione di continuità con lo schema classico delle indagini preliminari previsto dal codice di rito del 1988; questa norma però aggiunge perfino un presupposto che richiama la procedura tipica che precede l'utilizzo dei più invasivi mezzi di ricerca della prova. Com'è noto, le garanzie costituzionali – salvi i casi di urgenza – impongono l'intervento autorizzativo dell'autorità giudiziaria in tutti i casi in cui si proceda a una perquisizione o a un sequestro¹⁴⁵, e l'assimilazione, in termini anche di tutela costituzionale, con l'operazione sotto copertura in materia di pedopornografia

¹⁴³ In questi casi il questore, il responsabile di livello almeno provinciale, gli ufficiali di p.g. delle strutture specializzate per la repressione dei crimini sessuali o per la tutela dei minori ovvero per il contrasto dei delitti di criminalità organizzata dovranno dare preventivamente disposizioni generali e generiche, in quanto "l'autorizzazione" del p.m. deve essere assimilata "all'ordine legittimo" che, in queste ipotesi, verrebbe formulato *ex lege* dalla medesima autorità giudiziaria, così R. MINNA – A. SUTERA SARDO, *op. cit.*, 77.

¹⁴⁴ Così A. SUTERA SARDO, *Una nuova ipotesi*, cit., 1522.

¹⁴⁵ A norma del disposto dell'art. 7 d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, quando si proceda ad azione simulata per la ricerca di elementi probatori o per la cattura dei responsabili dei delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione, è il pubblico ministero a dover richiedere l'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari, rievocando un altro strumento di ricerca della prova ancor più garantito: l'intercettazione di comunicazioni. Sul punto vedi meglio oltre par. 4.

non appare casuale. La *ratio* sottesa all'obbligo di previa autorizzazione consiste proprio nella necessità di un controllo giurisdizionale dei presupposti oggettivi di legittimità, oltre che in merito alla specifica competenza tecnico professionale dell'ufficiale di polizia chiamato materialmente ad eseguire l'operazione¹⁴⁶.

Invero, trattandosi di reati concernenti la sfera sessuale dei minori, l'attività d'indagine impone particolari cautele, sia per la tutela dei soggetti passivi del reato e dei presunti autori, sia nella scelta dei soggetti che potrebbero trovarsi a compiere simulatamente la condotta incriminata¹⁴⁷. Vista in questa prospettiva l'attenzione del legislatore non appare eccessiva, considerato peraltro che – tenuta presente l'interpretazione che si è voluta dare dell'obbligo di “comunicazione” al p.m. così come previsto nello “statuto delle operazioni sotto copertura” – la disciplina non sembra poi discostarsi eccessivamente dalla normativa generale, poiché l'assunzione di un ruolo direttivo da parte del pubblico ministero sarà semplicemente anticipata nel tempo.

Inoltre, esiste un'altra particolarità contenuta nel primo comma dell'art. 14 l. 269/1998, costituita dalla mancata riproposizione dell'inciso “fermo quanto disposto dall'art. 51 c.p.”. In realtà quest'assenza non sembra comportare alcuna apprezzabile differenza applicativa, salvo che l'intenzione del legislatore fosse rivolta a vietare, al di fuori dei casi previsti dalla presente legge, qualsiasi tipo di azione *undercover* per i reati di pornografia e prostituzione minorile, fosse anche di un agente infiltrato che compia un'attività di “mera osservazione e controllo”¹⁴⁸.

Nel concludere questo breve *excursus* delle caratteristiche peculiari dell'art. 14 l. 269/98, occorre precisare come, gli operatori di polizia giudiziaria impegnati in indagini

¹⁴⁶ Vedi C. DI BUGNO, *L'art. 14 l. 269/98*, in *LP*, 1998, 148 nota n. 64, in cui l'autore osserva come la disposizione assegni questa azione coperta – fra l'altro gestita lungo i delicati meccanismi di internet e simili – “ad un organo, appositamente istituito, del ministero per l'interno circa la sicurezza e la regolarità dei servizi di telecomunicazione” pur non avendo, né il ministero, né i suoi organi centrali o periferici compiti o mansioni di polizia giudiziaria. Per cui l'autorizzazione, istituendo una competenza investigativa di carattere generale in capo a soggetti prima esclusi, lascia in capo all'autorità giudiziaria il compito di respingere le eventuali richieste dell'organo in questione. La conclusione cui perviene l'autore, tuttavia, non è esente da critiche. Innanzitutto, va precisato che questi organismi sono chiamati a svolgere attività simulata solo in ordine ai compiti che sarebbero di competenza della polizia delle telecomunicazioni, ed inoltre, non pare sussistere in questo caso alcun intervento di carattere autorizzativo da parte del p.m., il quale, anzi si attiverà, qualora lo ritenga necessario, per inoltrare una richiesta motivata, a pena di nullità, al ministero dell'interno per la sicurezza e la regolarità dei servizi di telecomunicazione.

¹⁴⁷ Si pensi ad un agente (ufficiale di polizia o persona interposta) che si trovi a svolgere attività simulata per rinvenire prove nei confronti di un *tour operator* dedito all'organizzazione di iniziative turistiche per lo sfruttamento della prostituzione minorile, all'evidenza risulterà quanto mai opportuna da parte del p.m. una valutazione circa l'assoluta necessità ai fini probatori dell'operazione, così come una verifica sulle specifiche competenze del soggetto cui affidare l'incarico.

¹⁴⁸ Sull'ampiezza della scriminante generale dell'adempimento di un dovere prevista dall'art. 51 c.p. vedi cap. I, par. 2.

aventi ad oggetto reati di pedopornografia, non siano tuttavia tenuti al rispetto della legge *de qua*, trovandosi nella possibilità di seguire il “procedimento investigativo” indicato nell’art. 9 l. 146/06 che – essendo applicabile ai medesimi reati – risulta dotato di maggiore elasticità operativa.

2.1. L’art. 98 d.p.r. 309/1990

Le norme tese a disciplinare, con caratteristiche peculiari, il ritardo o l’omissione dei provvedimenti imposti dalla legge risultano di fondamentale importanza, sia al fine di ottenere un apprezzabile risultato investigativo nel complesso dell’operazione *undercover*, sia per identificare correttamente le rispettive attribuzioni dei soggetti nella dinamica delle indagini preliminari.

Già si è detto come le consegne controllare e l’omissione e/o il ritardo degli atti d’ufficio del pubblico ministero e della polizia giudiziaria rientrino fra quegli strumenti investigativi non convenzionali caratterizzati dalla posizione “passiva” assunta dai soggetti protagonisti dell’indagine rispetto all’evento delittuoso; queste attività, tuttavia – al pari delle tecniche cosiddette “attive”, concernenti una partecipazione diretta nel momento commissivo del reato –, danno origine a non pochi dubbi in relazione ai rapporti fra autorità giudiziaria e pubblico ministero competente; conseguentemente si richiede all’interprete un’analisi particolarmente rigorosa della disciplina *de qua* in ragione del suo carattere derogatorio rispetto al disposto costituzionale sull’obbligatorietà di esercizio dell’azione penale. Premesso che la *ratio* di queste “norme di rottura” – che trovano, ad ogni modo, una copertura costituzionale nel principio del buon funzionamento della pubblica amministrazione – risiede nell’esigenza di evitare che la rigida applicazione delle norme procedurali pregiudichi il proficuo esito di lunghe e complesse operazioni investigative¹⁴⁹.

La prima disciplina in ordine cronologico ad aver introdotto tali strumenti investigativi nel nostro ordinamento è contenuta nell’art. 98 d.p.r. 309/1990, emanato per adeguare la normativa interna alle statuizioni della “Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope” adottata a Vienna il 20 dicembre 1988, ratificata dall’Italia con l. 5 novembre 1990, n. 328.

¹⁴⁹ Cfr. I. CARADONNA, *Le indagini sotto copertura in materia di droga, armi e riciclaggio* in *Diritto & diritti – Rivista giuridica online* –, inserito nel novembre 2003, in cui l’autore sottolinea come l’applicazione delle ordinarie norme procedurali potrebbe arrestare l’accertamento delle responsabilità penali al livello della manovalanza delle associazioni criminali.

Il primo comma del citato art. 98 consente all'autorità giudiziaria, con decreto motivato, l'emissione o l'esecuzione di provvedimenti di "cattura, arresto o sequestro" al fine di acquisire rilevanti elementi probatori ovvero l'individuazione o la cattura dei trafficanti di droga. La norma si riferisce genericamente alla "autorità giudiziaria" così da lasciar supporre che il decreto motivato di autorizzazione debba essere emesso rispettivamente dal giudice o dal pubblico ministero a seconda dell'atto. Ad avviso di alcuni ne deriverebbe che "per la custodia in carcere e per il sequestro preventivo è necessario l'intervento del giudice – su iniziativa del pubblico ministero, eventualmente contestuale alla richiesta di disporre la misura cautelare – mentre per il sequestro probatorio il pubblico ministero è autosufficiente"¹⁵⁰.

In realtà, ad un'attenta lettura delle norme in materia di misure cautelari si evince che il procedimento è caratterizzato dall'iniziativa "discrezionale" del pubblico ministero: la direttiva n. 59 della legge delega n. 81 del 1987 gli attribuisce un potere-dovere di richiedere una misura cautelare previa valutazione dell'intero quadro investigativo e lo stesso art. 272 c.p.p., in esecuzione di tale direttiva, utilizza l'espressione "possono essere disposte" nel disciplinare in generale tutte le misure cautelari personali. La possibilità del pubblico ministero di effettuare una scelta – seppur legislativamente orientata – rende così sostanzialmente inutile l'adozione di un provvedimento formale che giustifichi il ritardo nella presentazione della richiesta, potendo lo stesso astenersi senza subire alcun controllo sulle legittimità della propria omissione¹⁵¹.

Un'eccezione a tale regola può rinvenirsi nel disposto dell'art. 275 co. 3 c.p.p., in cui il legislatore ha imposto una presunzione *iuris tantum* di sussistenza di tutte le esigenze cautelari in presenza di gravi indizi di colpevolezza, quando si proceda per reati di criminalità organizzata di stampo mafioso, e considerando altresì la custodia in carcere come l'unica misura idonea a soddisfare tali esigenze.

In tale ipotesi, quindi, il pubblico ministero sarà certamente tenuto ad emettere il decreto motivato in cui saranno indicate le esigenze investigative che giustificano la mancata richiesta di custodia in carcere, così come il decreto si renderà necessario in tutti quei casi nei quali il pubblico ministero abbia già presentato la richiesta di un provvedimento cautelare al giudice per le indagini preliminari e la necessità del

¹⁵⁰ G. ILLUMINATI, *Aspetti processuali*, in *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, a cura di F. BRICOLA – G. INSOLERA, Padova, 1991, 215.

¹⁵¹ Cfr. I. CARADONNA, *op. cit.*

differimento sorga solo successivamente all'emissione dell'ordinanza applicativa della misura.

Va detto, tuttavia, come il comma 1 dell'art. 98 d.p.r. 309/1990 utilizzi una terminologia inadeguata nel riferirsi ai provvedimenti di cattura e arresto, alludendo chiaramente ai mandati di cattura ed arresto che – disciplinati sotto la vigenza del codice Rocco – non esistono più con tale denominazione. Se per quanto riguarda la cattura non risulta difficile rifarsi alla nozione, rimasta invariata nel nuovo codice, che si riferisce all'atto esecutivo dell'ordinanza che dispone la custodia in carcere¹⁵², per quanto attiene all'arresto non vi è provvedimento dell'autorità giudiziaria compatibile con tale atto: difatti, qualora si volesse intendere con tale espressione l'istituto dell'arresto in flagranza, questo non può essere disposto dal magistrato essendo atto esclusivo della polizia giudiziaria¹⁵³.

Da questa interpretazione e dalla mancata menzione esplicita del fermo si è tratta, in dottrina, la conclusione per cui non sarebbe possibile per il pubblico ministero ritardare l'emissione del provvedimento di cui all'art. 384 c.p.p.¹⁵⁴; a ben vedere, può, l'assenza dell'istituto del fermo nell'elenco di cui al primo comma dell'art. 98 d.p.r. 309/1990 non appare decisiva per determinare l'impossibilità del pubblico ministero di ritardare l'adozione di questo provvedimento precautelare. Altra parte della dottrina ha, infatti, sottolineato come il fermo di indiziato di delitto debba essere assorbito nella nozione di “cattura”¹⁵⁵, sia per evitare che risulti irragionevolmente escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 98 d.p.r. 309/1990, sia alla luce di una interpretazione evolutiva della norma che tenga conto dei successivi interventi legislativi in materia di operazioni *undercover*¹⁵⁶.

¹⁵² G. ILLUMINATI, *Aspetti processuali*, cit., 215.

¹⁵³ Ma vedi anche *contra* B. PETRALIA – G. SALERNO, *Le operazioni sotto copertura in materia di armi e riciclaggio*, in *Riv. guard. fin.*, 2003, n. 3, 957, secondo i quali – seppur in riferimento alla normativa in materia di antiriciclaggio – la normativa riconoscerebbe, in sostanza, al pubblico ministero una facoltà di ritardare atti che sono propri della polizia giudiziaria quali il fermo di cui al secondo comma dell'art. 384 e l'arresto.

¹⁵⁴ Cfr. G. ILLUMINATI, *Aspetti processuali*, cit., 216.

¹⁵⁵ F. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, Padova, 1994, 237; G. AMATO, *Teoria e pratica*, cit., 1999, 265; G. AMBROSINI, *La riforma della legge sugli stupefacenti*, cit. 130, il quale precisa come il pubblico ministero, in particolare, dove aver disposto il fermo ne possa ritardare l'esecuzione.

¹⁵⁶ Difatti, le norme successive in materia, ed in particolar e da ultimo l'art. 9 l. 146/2006 indica espressamente il “fermo di un indiziato di delitto” fra gli atti differibili con decreto motivato del pubblico ministero.

Il presupposto finalistico indicato dalla norma nell'introdurre quella che, a tutti gli effetti, deve essere considerata una speciale causa di giustificazione¹⁵⁷, consiste nella necessità di acquisire "rilevanti" elementi probatori ovvero l'individuazione o la cattura dei responsabili dei delitti di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope ovvero di associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti. E' stato rilevato come non sia facile determinare il reale valore da attribuire alla qualifica di "rilevante", necessaria per delimitare, in modo significativo, la fattispecie applicativa; "si può escludere, anche per la sua collocazione nel contesto, che il termine sia impegnato in un'accezione tecnica: in tal senso, infatti, la rilevanza è un connotato essenziale della prova (art. 190 comma 1 c.p.p.), che rimane implicato in un riferimento al *thema probandum*. Inteso nel significato comune di importante, d'altro canto, l'attributo non sembra dotato di specificità tale da sottrarsi a valutazioni soggettive ed opinabili, col risultato che qualsiasi elemento di prova da acquisire può essere legittimamente considerato rilevante"¹⁵⁸. Una possibile interpretazione idonea a restringere l'area delle fattispecie in cui è possibile ricorrere a tale strumento investigativo si potrebbe ottenere valutando il disposto dell'art. 98 alla luce di quella che è stata l'applicazione tecnico-operativa dell'art. 97 dello stesso d.p.r. 309/1990. Difatti, non si può negare né che le due norme siano strettamente legate, né che, nella maggior parte dei casi, la necessità dell'omissione o del ritardo di atti dovuti sorga all'interno di operazioni *undercover* specificamente pianificate a norma dell'art. 97. Occorre allora ricordare che la Circolare della Direzione centrale per i servizi antidroga aveva precisato come la tecnica di acquisto simulato dovesse essere utilizzata nell'impossibilità di addivenire ad un apprezzabile risultato investigativo utilizzando tecniche di indagine convenzionali. Va da se che anche il ritardo o l'omissione negli atti dovuti debba essere visto come una scelta eccezionale intrapresa in ragione della particolare difficoltà nel rinvenire altrimenti le prove del fatto, ovvero qualora l'intervento danneggi il risultato di complesse e delicate indagini, anche internazionali, arrestando l'accertamento delle responsabilità penali al livello della "manovalanza delle associazioni criminali"¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Senza considerare l'eventualità che il mancato compimento dell'atto dovuto possieda le caratteristiche di un più grave reato, ad ogni modo, in mancanza della suddetta norma, i soggetti agenti andrebbero incontro ad una possibile incriminazione per rifiuto di atti d'ufficio (art. 328 c.p.).

¹⁵⁸ G. ILLUMINATI, *Aspetti processuali*, cit., 215, nota n. 23; vedi anche G. AMBROSINI, *La riforma della legge sugli stupefacenti.*, cit., 130; G. DI GENNARO – G. LA GRECA, *La questione droga*, Milano, 1991, 336; B. FARGNOLI, *Droga e tossicodipendenza*, Milano, 1990, 272.

¹⁵⁹ L'espressione è di I. CARADONNA, *op. cit.*

Per quanto attiene al profilo soggettivo, la norma utilizza poi un'espressione impropria anche nell'indicare come fine ultimo del ritardo l'individuazione o la cattura dei "responsabili" del traffico illecito: è evidente che in tale fase investigativa non ci potrà essere nessuno addebito di responsabilità, ma ci si dovrà riferire a soggetti gravati da pesanti indizi di colpevolezza.

Il comma 2 dell'art. 98 d.p.r. 309/1990 disciplina, inoltre, l'omissione ed il ritardo degli atti di propria competenza da parte degli ufficiali di polizia giudiziaria addetti alle unità specializzate antidroga, nonché le autorità doganali¹⁶⁰. Questo secondo ordine d'ipotesi riguarda i casi in cui gli organi di polizia giudiziaria operino prima dell'assunzione delle indagini da parte del pubblico ministero. La polizia giudiziaria, così, trovandosi a operare al di fuori dell'intervento e della direzione del pubblico ministero, avrà la facoltà di ritardare o omettere non gli atti espressamente indicati nel primo comma, ma più genericamente, gli atti di rispettiva competenza. Si deve desumere quindi che siano oggetto di intervento sia gli atti suscettibili di assunzione da parte della polizia giudiziaria, come l'arresto, il sequestro ed il fermo, ma anche degli ulteriori atti, quali le perquisizioni, i controlli e le ispezioni, gli accertamenti urgenti, nonché quelli relativi all'identificazione dell'indiziato ed alle sommarie informazioni¹⁶¹. Va, tuttavia, precisato che, considerati gli ampi margini di discrezionalità investigativa di cui è dotata la polizia giudiziaria, il disposto del secondo comma dell'art. 98 si rende necessario esclusivamente per giustificare il mancato arresto obbligatorio in flagranza ex art. 380 c.p.p.¹⁶².

Si è osservato, inoltre, come la possibilità accordata dall'art. 98 in relazione all'arresto in flagranza produca una "consistente distorsione dell'istituto processuale":

¹⁶⁰ Se per ciò che attiene all'attribuzione di tali attività alla polizia giudiziaria – dotata di compiti vastissimi di natura eterogenea nel controllo della delinquenza – si è richiesto che gli ufficiali incaricati operino nelle unità specializzate antidroga, il lavoro fortemente specializzato delle autorità doganali non richiede cautele simili. Cfr. G. DI GENNARO – G. LA GRECA, *La questione droga*, cit., 309.

¹⁶¹ Cfr. P. DUBOLINO, *Il codice delle leggi sugli stupefacenti*, Piacenza, 1991, 78 in cui l'autore sottolinea come il duplice riferimento all'omissione ed al ritardo va ricercato nel fatto che taluni atti propri della polizia giudiziaria, come, ad esempio l'arresto in flagranza, devono assolutamente essere effettuati in presenza delle condizioni che li legittimano, pena l'impossibilità di porli in essere in un momento successivo.

¹⁶² M. G. COPPETTA, *La libertà personale del tossicodipendente*, in *Le sostanze stupefacenti*, F. BRICOLA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), Torino, 1998, 459; di avviso contrario P. DUBOLINO, *Il codice delle leggi sugli stupefacenti*, cit., 78, secondo il quale il capoverso farebbe riferimento ai soli provvedimenti di arresto, sequestro e fermo, in quanto assimilabili, per finalità e contenuto, a quelli di cui al primo comma.

la flagranza costituisce un elemento fisiologico dell'istituto, che se eseguito in un momento successivo necessariamente ne prescinde¹⁶³.

Ad ogni modo, si è ritenuto che in tal caso, una volta omesso l'arresto e cessata la situazione di flagranza, l'atto non potrebbe più compiersi. In senso contrario si è espressa la giurisprudenza di legittimità, la quale a ritenuto che l'arresto "differito" sia consentito, anche dopo che lo stato di flagranza sia tecnicamente esaurito, ed, in particolare, nei reati c.d. "a carattere permanente", anche quando la permanenza stessa sia venuta a cessata¹⁶⁴.

Il potere della polizia giudiziaria di omettere o ritardare gli atti di propria competenza non ha, comunque, carattere "originario": vale a dire che il legislatore gli ha attribuito tale facoltà per evitare che la mancata assunzione del ruolo direttivo del pubblico ministero – ma più di frequente, la possibilità che la necessità del differimento sorga solo nel corso dell'operazione –, possa pregiudicare il risultato dell'investigazione *undercover*¹⁶⁵. A riprova della volontà legislativa di conferire la disponibilità di un così delicato potere al pubblico ministero, il secondo comma dell'art. 98 impone alla polizia giudiziaria di dare immediato avviso, anche telefonico¹⁶⁶, all'autorità giudiziaria nonché di trasmettergli un motivato rapporto entro le successive quarantotto ore. Inoltre, al fine di consentire il necessario coordinamento anche in ambito internazionale l'avviso deve essere immediatamente trasmesso alla Direzione centrale per i servizi antidroga.

¹⁶³ In senso critico F. PALAZZO, *Consumo e traffico di stupefacenti*, cit., 239; v. anche L. Pepino, *Droga e legge: tossicodipendenza, prevenzione e repressione*, Milano, 1991, 159, che al riguardo ritiene impossibili omissioni di atti idonee ad introdurre in maniera surrettizia una sorta di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale, in contrasto con il principio di obbligatorietà costituzionalmente stabilito. In realtà, l'omissione consentita alla polizia giudiziaria riguarda esclusivamente gli atti irripetibili, mentre non si estende al dovere di dar corso alle necessarie denunce e segnalazioni, cosicché, per esempio, la polizia giudiziaria potrà omettere un arresto in flagranza, ma dovrà comunque riferire al pubblico ministero la relativa notizia di reato.

¹⁶⁴ Cass., 6 maggio.1991, in *Cass. pen.*, 1993, 1836.

¹⁶⁵ Nonostante la garanzia derivante dal controllo dell'autorità giudiziaria è stato osservato come la "disposizione non [sia] esente da dubbi di costituzionalità, quanto meno quando sia necessario acquisire rilevanti elementi probatori, perché l'apparente *favor libertatis* è in realtà finalizzato all'indebolimento degli strumenti difensivi della persona sottoposta alle indagini. Di fatto la normativa esaminata in tema di ritardo nell'esecuzione di provvedimenti limitativi della libertà personale ha la funzione (oltre gli aspetti puramente demagogici di intuitiva comprensione) di consentire una certa libertà di forme per polizia giudiziaria e p.m., così da sfuggire alle ordinarie regole in tema di fermo e arresto". Ed, inoltre, i "dubbi di legittimità costituzionale prima espressi si moltiplicano a causa della deroga indeterminata alla polizia giudiziaria e doganale, che allontana il momento di conoscenza 'legale' dell'esistenza delle indagini nei confronti di un determinato soggetto, mentre favorisce il p.m. il quale rimane gestore dell'indagine", così G. AMBROSINI, *La riforma*, cit., 130.

¹⁶⁶ Il riferimento al mezzo telefonico deve intendersi esemplificativo di cosa il legislatore ha voluto intendere per "immediato avviso". Riportata ai giorni nostri tale indicazione legislativa risulta avere una portata ancora maggiore se si considera la diffusione del servizio di telefonia mobile: sarà quanto mai improbabile ipotizzare una fattispecie in cui la polizia giudiziaria operante non abbia la possibilità di trasmettere tempestivamente la comunicazione.

Ad ulteriore conferma del potere spettante in materia all'autorità giudiziaria, la norma prevede una disposizione molto particolare: l'esplicita possibilità del pubblico ministero di "disporre diversamente", peraltro non riproposta nelle leggi disciplinanti le operazioni sotto copertura per ulteriori reati. Tale inciso appare, tuttavia, superfluo se si considera come il pubblico ministero, nell'ambito dei suoi poteri direttivi, abbia comunque la facoltà di imporre alla polizia giudiziaria gli atti investigativi dovuti.

L'eventuale violazione delle norme relative alla comunicazione del differimento al pubblico ministero può avere natura oggettiva o soggettiva, così come diversa può essere la sua intensità. Tale violazione, secondo la gravità che assume, è stata ritenuta fonte di responsabilità disciplinare o penale per rifiuto di atti d'ufficio. La Suprema corte ha ribadito che la disposizione dell'art. 98 d.p.r. 309/1990 "va interpretata, attese l'eccezionalità, in maniera rigorosa; è pertanto indispensabile che, come previsto dalla norma citata, l'autorità operante informi 'immediatamente', anche a mezzo del telefono, sia l'autorità giudiziaria che il Servizio centrale antidroga"¹⁶⁷. In tale fattispecie la Corte ha ritenuto non operante la speciale causa di giustificazione di cui all'art. 98 in quanto l'informazione al servizio centrale antidroga venne del tutto omessa, mentre quella al pubblico ministero venne fatta solo la mattina successiva, in relazione a fatti avvenuti durante la notte¹⁶⁸.

Tuttavia, pur essendo chiara la funzione dell'informativa, volta ad assicurare un tempestivo controllo dell'operazione ed eventualmente ad impartire direttive diverse, non si può escludere che l'avviso resti senza immediata risposta. In tal caso gli ufficiali di polizia o i funzionari dell'autorità doganale potranno proseguire nella loro operazione mantenendo l'omissione, ovvero continuando a ritardare l'atto, finché riterranno opportuno. L'avviso, infatti, non è equiparabile ad una richiesta di autorizzazione, poiché, anche se necessariamente immediato, non è volto a legittimare un'attività compiuta in situazioni di urgenza, ma integra i presupposti di un'operazione attribuita all'ufficiale di polizia giudiziaria *ex lege*: meglio quindi configurarlo come una richiesta di ratifica del proprio operato che, ove non formalmente data, è desunta dal silenzio dell'autorità giudiziaria¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Così Cass., 11 agosto 2000, n. 9886, Caputo, in *Cass. pen.*, 2001, 2800.

¹⁶⁸ Per ciò che attiene al termine di ventiquattro ore entro cui la polizia giudiziaria deve porre l'arrestato a disposizione del pubblico ministero e il connesso termine per la convalida dell'arresto, entrambi decorrono dal momento in cui l'arresto è stato effettivamente eseguito e non da quello in cui sarebbe potuto essere effettuato. Così Cass., 22 dicembre 1997, in *Cass. pen.*, 1999, 720.

¹⁶⁹ G. DI GENNARO – G. LA GRECA, *La questione droga*, cit., 310.

2.2. Segue: le consegne controllate.

L'istituto delle *controlled delivery* è stato introdotto nella legislazione internazionale dall'art. 11 della Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti, aperta alla firma a Vienna il 20 dicembre 1988, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 5 novembre 1990, n. 328¹⁷⁰.

Naturalmente la Convenzione di Vienna, come di norma tutti gli atti pattizi internazionali, subordina l'operatività della disciplina *de qua* al rispetto dei principi fondamentali degli ordinamenti giuridici delle Parti contraenti. Una visione restrittiva comporterebbe che in ordinamenti come il nostro, in cui sussiste l'obbligatorietà dell'azione penale, non sarebbe possibile controllare il transito di una partita di stupefacenti proveniente da uno Stato estero e diretta ad un altro Stato, né, ad ogni modo, consentire l'uscita di un carico di stupefacenti dai confini italiani, ovvero favorire il transito di trafficanti che debbano raggiungere altri Stati, poiché, in tutte queste ipotesi, il disposto dell'art. 112 Cost. imporrebbe la necessità di intervenire nell'immediatezza della commissione del fatto.

Peraltro, la "rigida concezione del principio di legalità processuale che attribuiva alla nozione di obbligatorietà dell'azione penale una portata tale da non consentire alcuna discrezionalità anche nei tempi degli interventi"¹⁷¹, può essere ora superata grazie al disposto del terzo comma dell'art. 98 d.p.r. 309/1990, così da legittimare un'interpretazione diversa del disposto costituzionale tale da rendere legittima una legislazione specialistica che si pone in sintonia con gli impegni assunti dall'Italia a livello internazionale.

Una volta trovata la chiave di lettura che consenta di legittimare questi "istituti di rottura" nel nostro ordinamento, è utile evidenziare come la citata Convenzione di

¹⁷⁰Inoltre anche l'art. 73 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, del 14 giugno 1985, ratificato dall'Italia con legge 30 settembre 1993, n. 388 (esecutiva dal 26 ottobre 1997), dispone che: "1. Conformemente alla propria Costituzione ed al proprio ordinamento giuridico nazionale, le Parti contraenti si impegnano a prendere misure per permettere le forniture sorvegliate, nell'ambito del traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope. 2. La decisione di far ricorso a forniture sorvegliate sarà presa in ciascun caso specifico sulla base di un' autorizzazione preventiva di ciascuna Parte contraente interessata. 3. Ciascuna Parte contraente mantiene la direzione ed il controllo dell'operazione nel suo territorio ed è legittimata ad intervenire". Ancora, la consapevolezza dell'utilità di tal genere di assistenza oltre il traffico di sostanze stupefacenti, ne ha determinato l'inserimento sia nella Convenzione di assistenza giudiziaria dell'Unione europea del 2000 (art. 12), sia nel Secondo Protocollo alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 1959 (art. 18) che, in questo caso ne ripete sostanzialmente la disciplina. Cfr. M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, 2005, 207.

¹⁷¹ G. DI GENNARO – G. LA GRECA, *La questione droga*, cit., 307.

Vienna fornisca un'esatta definizione della nozione di *controlled delivery* (art. 1 lett. g)¹⁷², espressione che sta ad indicare “the technique of allowing illicit or suspect consignments of narcotic drugs, psychotropic substances [...] to pass out of, through or into the territory of one or more countries, with the knowledge and under the supervision of their competent authorities, with a view to identifying persons involved in the commission of offences”.

E' stato osservato, tuttavia, come la definizione fornita dalla citata Convenzione non si riferisca esclusivamente alle cosiddette “consegne sorvegliate”, ma sia idonea a ricomprendere anche le “consegne controllate”, caratterizzate da una maggiore incisività dell'intervento della polizia giudiziaria nella dinamica del traffico illecito. Nel tentativo di individuare le differenze esistenti fra i due istituti – mancando nel diritto interno un dato normativo, ovvero un'interpretazione giurisprudenziale cui fare riferimento –, si è tentato di ricondurre le due distinte ipotesi alle scriminanti di cui agli artt. 97 e 98 d.p.r. 309/1990, così da ravvisare l'elemento fondamentale su cui basare la distinzione dei due istituti nella natura “attiva” o “passiva” dell'intervento dell'autorità doganale e di polizia.

Un utile elemento interpretativo potrebbe forse rinvenirsi nel diritto francese, nel quale il legislatore, nel formulare la l. 19 dicembre 1991 n. 91-1264 ha distinto esplicitamente fra consegne sorvegliate e consegne controllate rifacendosi ai modelli investigativi formati nella prassi: nella prima figura (*livraisons surveillées*) rientra l'attività puramente passiva delle autorità doganali e della polizia giudiziaria che si limitano a seguire e a documentare, senza interporsi, le transazioni illecite del gruppo criminale nei confronti del quale vengono svolte le investigazioni; la seconda condotta (*livraisons contrôlées*) si caratterizza per la partecipazione attiva dei pubblici ufficiali, i quali intervengono fattivamente nei vari passaggi della merce assumendo personalmente anche incarichi di conservazione e smistamento. Peraltro dalla prassi investigativa deriva anche un terzo modello – l'*infiltration* – che prevede l'inserimento del pubblico ufficiale nel gruppo criminale con il ruolo di trafficante nell'ambito del quale, ovviamente, l'agente infiltrato non solo deve detenere, acquistare, trasportare le sostanze stupefacenti, ma può essere costretto ad assumere iniziative di coordinamento o di incentivazione dell'attività criminosa altrui. Quest'ultima figura si pone, generalmente, al di fuori delle ipotesi scriminate dalla norma, sebbene non siano

¹⁷² In realtà, nel testo italiano (traduzione non ufficiale pubblicata in G.U. 15 novembre 1990, *Suppl. ord.*, n. 267) le consegne sorvegliate sono definite alla lett. k.

mancate interpretazioni che, pur con determinati limiti, l'hanno fatta rientrare all'interno delle *livraisons contrôlées*¹⁷³.

La norma attuativa nel diritto francese dell'art. 11 della Convenzione di Vienna, a ben vedere, ripropone proprio le due fattispecie ricavabili rispettivamente dall'art. 97 e 98 del d.p.r. 309/1990: il primo consente, di fatto, un intervento diretto dell'agente all'interno di un'operazione *undercover* che potrà spingersi – nel rispetto dei presupposti di legge – sino alla vera e propria provocazione al reato; il secondo disciplina la possibilità che in una determinata operazione le autorità coinvolte, anche sul piano internazionale, attendano prima di compiere gli atti dovuti per conseguire il miglior risultato investigativo. Proprio alle operazioni che richiedono una necessaria cooperazione internazionale si rivolge il terzo comma dell'art. 98 d.p.r. 309/1990. La disciplina in esso prevista è volta ad indicare l'attività che l'autorità giudiziaria, e più specificamente il pubblico ministero presso il tribunale, deve compiere per il più efficace coordinamento con le altre autorità giudiziarie per il normale svolgimento delle operazioni di *controlled delivery*¹⁷⁴. In questo comma è configurata una seconda fase dell'operazione, caratterizzata da tempi particolarmente brevi, in cui, tuttavia, il legislatore ha scelto di attribuire il governo dell'attività investigativa della polizia giudiziaria a precise direttive che devono essere impartite dal pubblico ministero. Difatti, l'*iter* da controllare si sviluppa “in movimento da luogo a luogo” e non sarebbe, per tale ragione, assoggettabile al controllo dell'autorità doganale che esercita le proprie funzioni di controllo in determinati luoghi ed in forma statica¹⁷⁵. La norma attribuisce allo stesso pubblico ministero il compito di trasmettere le direttive impartite “all'autorità giudiziaria competente per il luogo in cui l'operazione deve concludersi, ovvero per il luogo attraverso il quale si prevede sia effettuato il transito in uscita dal territorio dello Stato”. Pur riferendosi la norma ad un dovere di comunicazione essa assume una portata particolarmente ampia che non potrà limitarsi ai “provvedimenti adottati”, ma dovrà bensì estendersi ad ogni altra notizia utile sull'operazione criminosa che consenta, a sua volta, all'autorità competente di impartire le necessarie direttive alla polizia giudiziaria del luogo di transito o di arrivo.

¹⁷³ Cfr. C. MOTTA, *I poteri della polizia giudiziaria nel contrasto del traffico delle sostanze stupefacenti: consegne controllate, ritardo o omissione di atti e altre tecniche speciali di investigazione*, in *Profili sostanziali e processuali del traffico di stupefacenti. Le azioni simulate*, Incontro di studi del Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 14-16 marzo 2005, in www.csm.it

¹⁷⁴ G. DI GENNARO – G. LA GRECA, *La questione droga*, cit., 310.

¹⁷⁵ Ancora G. DI GENNARO – G. LA GRECA, *La questione droga*, cit., 310.

3. Il differimento degli atti nello “statuto delle operazioni sotto copertura”.

I buoni risultati seguiti all'applicazione della normativa in materia di traffico illecito di sostanze stupefacenti, spinsero il legislatore ad estendere il campo di applicazione del “differimento investigativo” ad indagini concernenti diverse forme di reato. Così, l'art. 10 del d.l. 419/1991 convertito, con modificazioni, dalla l. 172/1992 in materia di estorsione e riciclaggio, il comma 3 dell'art. 12 *quater* d.l. 306/1992 convertito, con modificazioni, dalla l. 356/1992 per la repressione dei delitti di ricettazione di armi, riciclaggio e reimpiego simulati, il comma 3 dell'art. 14 l. 269/1998 concernente norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù, il comma 3 dell'art. 4 d.l. 374/2001 convertito, con modificazioni, dalla l. 228/2001 emanato per far fronte all'emergenza terroristica internazionale, e da ultimo, l'art. 10 della l. 228/2003 in materia di schiavitù, prostituzione minorile, tratta di persone e prostituzione – applicabile anche ai reati di immigrazione clandestina in forza del richiamo operato dal comma 3-*septies* del d.leg. 286/1998 –, hanno introdotto, in relazione alle diverse fattispecie di reato, la possibilità per il pubblico ministero e la polizia giudiziaria di omettere o ritardare gli atti di propria competenza. Non si è trattato, invero, di norme che si sono limitate e richiamare la disciplina del citato art. 98 d.p.r. 309/1990, ma hanno di volta in volta configurato l'istituto *de quo* con caratteri peculiari.

Tuttavia, appare oggi superfluo addentrarsi nelle possibili differenze operative derivanti dalle interpretazioni di ciascuna normativa, se si considera come tali disposizioni siano oramai confluite nei commi 6 e 7 dell'art. 9 l. 146/2006¹⁷⁶. Maggiormente utile sembra, invece, soffermarsi sulle differenze esistenti fra la normativa in materia di traffico di stupefacenti – anche in ragione delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali maturate in questi anni di applicazione – e il nuovo art. 9 l.

¹⁷⁶ Come si è visto, se si esclude l'art. 98 d.p.r. 309/1990 la cui disciplina è rimasta inalterata, la sola importante eccezione a questa *reductio ad unum*, è data dalla l. 269/1998. In materia di “delitti sessuali o per la tutela dei minori” si ha la situazione, del tutto particolare, per cui sono contemporaneamente in vigore sia l'art. 14 l. 269/1990 sia l'art. 9 l. 146/2006 che non ha espressamente abrogato il primo. L'unica ma tuttavia non trascurabile difformità fra le due discipline risiede nell'esclusiva attribuzione all'autorità giudiziaria del ritardo e/o dell'omissione degli atti dovuti in base all'art 14 l. 269/1998. Questa conclusione si deve trarre dalla mancata menzione di qualsiasi potere in tal senso spettante della polizia giudiziaria, a differenza delle altre norme che espressamente glielo riconoscono in relazione alle “rispettive attribuzioni”. Le differenze fra le due normative in tema di differimento degli atti dovuti, ad ogni modo, non acquisisce una valenza operativa, in quanto le autorità operanti potranno seguire la normativa più favorevole.

146/2006 con il quale il legislatore ha voluto unificare le molteplici discipline. Ad ogni modo, occorre premettere come le due normative, pur presentando caratteri di difformità, regolano la materia con modalità sostanzialmente analoghe, per cui è opportuno sottolineare le divergenze rimandando, per la restante parte della disciplina, a quanto detto circa l'art. 98 d.p.r. 309/1990.

Una prima differenza, ravvisabile *ictu oculi*, attiene all'ordine sistematico ed al lessico scelto dal legislatore. Il comma 6 dell'art. 9 l. 146/2006 – lo stesso articolo che al contempo regola interamente le operazioni *undercover* – non disciplina preliminarmente l'attività dell'autorità giudiziaria, come avviene nel comma 1 dell'art. 98 d.p.r. 309/1990, ma regola per primo il differimento investigativo della polizia giudiziaria. Invero, una tale inversione dell'ordine sistematico può avvalorare una diversa interpretazione della materia intesa nel suo insieme. Così, aver racchiuso all'interno dello stesso articolo la disciplina della provocazione al reato ed il ritardo e/o l'omissione degli atti dovuti, nonché la descrizione in successione, all'interno dello stesso art. 9, delle diverse opzioni investigative attribuite alla polizia giudiziaria, rendono ancor più fondata l'idea che il legislatore abbia inteso rompere i legami con la tradizione giuridica legata all'agente provocatore. Egli ha, infatti, voluto introdurre una forma complessa di indagine, denominata “operazione sotto copertura”¹⁷⁷, all'interno

¹⁷⁷ E' emblematica, in tal senso, un'operazione *undercover* sottoposta all'attenzione della Suprema corte, seppur per valutare la possibilità dell'ufficiale di polizia giudiziaria incaricato di rendere testimonianza. In questa fattispecie, infatti, l'operazione sotto copertura si snoda attraverso tutti i passaggi consentiti dalle norme in materia: “ Nell'autunno 1994 Fenili Vincenzo avvertiva il Raggruppamento operativo speciale dei carabinieri (R.O.S.) che dei narcotrafficienti colombiani, sapendo ch'egli possedeva il brevetto di pilota, gli avevano proposto di trasportare per via aerea la cocaina destinata al mercato europeo. Il comandante del R.O.S. d'intesa con la Direzione centrale dei servizi antidroga, al fine di scoprire le modalità di esportazione dello stupefacente in Europa, di identificare i soggetti inseriti nell'illecito traffico e di individuare i canali di riciclaggio dei relativi proventi, assicuratosi la collaborazione di Fenili, gli affiancava il maresciallo. Fulvio (che agiva sotto il falso nome di di Piras Bruno) e otteneva dalla Procura della Repubblica di Firenze i decreti per il differimento del sequestro delle sostanze stupefacenti importate, ai sensi dell'art. 98 d.p.r. 1990 n. 309 e del denaro proveniente dalle cessioni ai sensi dell'art. 12- quater d.l. 1992 n. 306. Sotto la direzione e il controllo del R.O.S., un aereo Falcon 50 partito dall'Italia, con a bordo Milia e Fenili, prelevava a Medellin e portava in Italia, con scalo all'aeroporto di Firenze-Peretola, due carichi di cocaina [...]. La merce, subito trasferita in un deposito[...] custodito da Milia, secondo le istruzioni impartite da Trujillo Mejia Alberto che rappresentava i narcotrafficienti, ai vari acquirenti, che allo scopo convenivano nell'area di servizio [...]. Fatta eccezione per la prima consegna di ottanta chili, avvenuta quando Fenili – preso in ostaggio dai narcotrafficienti di Medellin a garanzia della buona riuscita della prima operazione – non era ancora stato liberato, tutta la cocaina illecitamente introdotta in Italia veniva sequestrata”. Argomentando in ordine al rispetto delle norme in materia di operazioni *undercover* continua poi la Corte “nel caso concreto [i] limiti sono stati rispettati, perché il soggetto infiltrato era un ufficiale di polizia giudiziaria (maresciallo dei carabinieri), addetto alle unità specializzate antidroga (R.O.S.), che agiva nell'ambito di un'operazione disposta dal comando dei R.O.S. d'intesa con la Direzione centrale dei servizi antidroga (l'esistenza dell'intesa che non deve essere necessariamente consacrata in un atto formale, risulta dalle relazioni depositate dal R.O.S.), sotto il controllo della Procura della Repubblica di Firenze, al fine di acquisire elementi di prova sul traffico di cocaina proveniente dalla Colombia. [...] Va poi chiarito, alla luce delle ragioni che hanno spinto il

della quale l'ufficiale di polizia giudiziaria "specializzato" svolge il ruolo di infiltrato nelle organizzazioni criminali con margini di elasticità tali da consentirgli prima di assistere alla realizzazione dell'evento delittuoso e, qualora risulti opportuno, di ritardare – ed a volte addirittura omettere – atti di propria competenza per arrivare ad identificare i vertici delle organizzazioni criminali stesse. In questa prospettiva, appare logico immaginare come, nella maggior parte delle azioni anticrimine, saranno gli stessi ufficiali impegnati nell'operazione a dover ritardare gli atti di propria competenza, mentre il medesimo potere attribuito all'autorità giudiziaria andrà ad investire casi nei quali, per i tempi dell'operazione o per il tipo di atto oggetto di differimento, risulti possibile o necessario l'intervento preventivo del pubblico ministero.

Quanto detto, ad ogni modo, nulla cambia in relazione ai rapporti interni fra polizia giudiziaria e pubblico ministero competente per una determinata indagine, in cui il ruolo direttivo dell'autorità giudiziaria impone un'immediata ratifica da parte del soggetto investito della direzione dell'indagine. In questo senso nessuna sensibile variazione sembra apportata dall'art. 9 l. 146/2006 che a differenza dell'art. 98 d.p.r. 309/1990 parla di immediato avviso dato "anche oralmente", in quanto, lo si è già ricordato, l'indicazione del mezzo telefonico previsto dalla disciplina in materia di lotta al traffico di stupefacenti dovesse essere interpretata nel senso di imporre un generico avvertimento particolarmente tempestivo.

legislatore a ridisegnare *in subiecta materia* il ruolo dell'agente provocatore e alla stregua dell'interpretazione sistematica degli artt. 97 e 98 del d.p.r. 1990 n. 309, che la causa di giustificazione in discorso, scriminando l'acquisto simulato di droga necessariamente legittima anche le attività strumentali connesse all'acquisto medesimo, ossia quelle che precedono o seguono l'atto di acquisto-ricezione dello stupefacente, rappresentandone il naturale e fisiologico antecedente o susseguente. Invero, ove, con l'acquisto simulato, che pur rappresenta il momento culminante dell'infiltrazione nell'illecito traffico, l'attività investigativa dovesse arrestarsi, verrebbe perduta l'occasione di conseguire più cospicui risultati. Di tale realtà tiene conto la legge, allorché il comma 2 dell'art. 97 prevede che, avvenuto l'acquisto, l'autorità giudiziaria può differire il sequestro 'fino alla conclusione delle indagini' o allorché il comma dell'art. 98 prevede che l'autorità giudiziaria può ritardare l'emissione o disporre che sia ritardata l'esecuzione dei provvedimenti di cattura o arresto dei responsabili; o, ancora, allorché i commi 2 e 3 dell'art. 98 prevedono che l'autorità doganali possono omettere o ritardare gli atti di loro competenza in relazione al transito in entrata o in uscita delle sostanze stupefacenti. E' questo il fenomeno delle c.d. consegne sorvegliate (o controllate), attraverso le quali, nel caso concreto, grazie all'infiltrazione in un segmento centrale del traffico di cocaina, sono stati individuati, dopo i produttori – esportatori colombiani, anche i responsabili della rete di distribuzione allestita in Italia". Così Cass. 3 dicembre 1998, in *Cass. pen.*, 1999, 1608. La motivazione della sentenza – che, come si vedrà oltre, è utile anche per capire come la giurisprudenza si sia orientata in ordine al recupero del "sapere investigativo" emerso nelle operazioni sotto copertura – rappresenta un chiaro esempio di come si è evoluta, tramite un *mix* di interventi legislativi ed interpretazioni giurisprudenziali, l'originaria figura dell'agente provocatore. L'odierno agente *undercover*, infatti, pur non spingendosi quasi mai sino all'intervento causale nella formazione della fattispecie delittuosa, è un soggetto che si lascia "provocare" per poi, utilizzando i tre strumenti postigli a disposizione dal legislatore – infiltrazione, differimento di atti dovuti e consegne controllate –, individuare la gran parte dei componenti dell'organizzazione criminale, così da annullarla definitivamente.

Maggiori dubbi presentano le disposizioni nel punto cui entrambe impongono, comunque, alla polizia giudiziaria di trasmettere motivato rapporto al pubblico ministero entro le successive quarantotto ore. Difatti, come si ricorderà, il legislatore del 1988 ha profondamente innovato rispetto al c.p.p. abrogato sopprimendo l'istituto del rapporto di polizia giudiziaria e prevedendo, invece, un atto di informazione asciutto e stringato. Invero, il rapporto di polizia giudiziaria non esauriva la sua funzione nella comunicazione della notizia di reato al pubblico ministero, ma costituiva un atto valutativo dell'attività già compiuta dalla stessa polizia giudiziaria destinato ad assumere valore probatorio ed idoneo, pertanto, a condizionare l'intero sviluppo delle successive fasi processuali¹⁷⁸. Le norme in materia di differimento di atti si esprimono, dunque, in modo tecnicamente preciso che impone di verificare, fra le forme tipiche di documentazione oggi previste, quale sia la più idonea alla dinamica procedimentale della quale si parla. Premettendo che il termine di quarantotto ore appare eccessivamente penalizzante per gli ufficiali di polizia giudiziaria impegnati in operazioni *undercover*, per dare un significato concreto all'espressione "motivato rapporto" occorre fare riferimento alle due forme tipiche di documentazione degli atti di polizia giudiziaria: l'annotazione e il verbale, entrambi disciplinati dagli artt. 357 c.p.p. e 115 disp. att. c.p.p.

Nella scelta fra le due opzioni offerte dal codice, la più idonea a soddisfare i requisiti richiesti dalle norme in tema di operazioni *undercover* deve ritenersi il verbale. L'annotazione presenta, infatti, caratteristiche di minore rigosità e maggiore stringatezza, anche se può dubitarsi della reale possibilità degli agenti operanti di poter redigere un verbale completo negli angusti termini indicati nelle norme.

Se è vero che in questo specifico caso il legislatore non ha adeguato la terminologia alle norme del codice di rito vigente, va sottolineato come, rispetto all'art. 98 d.p.r. 309/1990, il comma 7 dell'art. 9 l. 146/2006 ha indicato con precisione e terminologia tecnicamente adeguata gli atti che il pubblico ministero ha la possibilità, con decreto motivato, di ritardare. La norma ha, innanzitutto, dissipato i dubbi esistenti in merito a quale fosse fra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari il soggetto competente ad emettere il decreto motivato¹⁷⁹. La stessa non indica più

¹⁷⁸ A. TRICOCI, Sub art. 347, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. CONSO – V. GREVI, Padova, 2005.

¹⁷⁹ In relazione a quella parte della dottrina che sosteneva spettare al giudice il compito di differire atti come i provvedimenti cautelati ed il sequestro, vedi G. ILLUMINATI, *Aspetti processuali*, cit., 215.

genericamente la “autorità giudiziaria” ma fa riferimento al solo pubblico ministero, inoltre, quanto agli atti dovuti di cui è possibile ritardare l’esecuzione, si tratta dei provvedimenti applicativi di una misura cautelare, del fermo di un indiziato di delitto, dell’ordine di esecuzione di pene detentive o del sequestro, con ciò confermando l’interpretazione della dottrina maggioritaria secondo la quale proprio a questi provvedimenti era necessario far riferimento in relazione agli atti di cattura, arresto o sequestro di cui all’art. 98 d.p.r. 309/1990¹⁸⁰.

Un’ultima importante novità inserita nel comma 7 dell’art. 9 l. 146/2006, consiste nella possibilità per il pubblico ministero, nei casi urgenza, di disporre il differimento, anche oralmente, con l’obbligo di emettere il decreto motivato entro le successive 48 ore. Questa previsione ha sopperito ad un vuoto normativo che poteva portare a pericolose situazioni di “stallo investigativo”: in tutti quei casi in cui gli ufficiali di polizia giudiziaria, non sicuri dell’applicabilità della scriminante speciale alla concreta fattispecie, richiedevano l’intervento autorizzatorio del pubblico ministero – considerato che, in genere, si tratta dello stesso ufficio competente per l’iscrizione della *notitia criminis* in capo all’ufficiale di polizia giudiziaria responsabile dell’operazione –, questi dovevano necessariamente acquisire preventivamente elementi sufficienti per l’emissione del decreto motivato, con il rischio di pericolosi ritardi operativi.

1. Una particolare ipotesi di operazioni controllate: il pagamento “simulato” del riscatto nel sequestro di persona.

L’art. 7 d.l. 15 gennaio 1991, n. 8 introduce nel nostro ordinamento uno strumento di *intelligence* non convenzionale dotato di caratteristiche non rinvenibili nella disciplina delle altre operazioni *undercover*. La *ratio* della disposizione è resa esplicita dalla norma nel primo comma dell’art. 7, nel punto in cui indica il fine dell’operazione nella necessità di “acquisire rilevanti elementi probatori, ovvero per l’individuazione o la cattura dei responsabili del delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione”. Le due condizioni parrebbero evidentemente alternative, anche se, secondo alcuni, gli elementi da acquisire – siano essi “probatoriamente rilevanti”, ovvero utilizzabili per la cattura degli autori dei delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione – non sembrano dover avere una valenza probatoria diretta in ordine al

¹⁸⁰ Vedi, in questo capitolo, par. 2.1.

suddetto reato, oppure ai suoi autori ¹⁸¹. Tuttavia, la dizione letterale del primo comma dell'art. 7 configura la materia *de qua* in modo del tutto eccezionale e, come tale, sottoposta ad un'interpretazione restrittiva. Non solo quindi l'operazione potrà essere autorizzata per il solo fine di ricercare elementi probatori "rilevanti" o per la cattura dei responsabili del delitto, ma il termine "necessario" utilizzato dal legislatore induce a ritenere che i casi nei quali si possano intraprendere operazioni controllate di pagamento del riscatto debbano essere limitati a quelle situazioni di fatto in cui non si può raggiungere il medesimo risultato investigativo con metodi meno rischiosi. Come dire che la "necessità" di acquisire elementi pare escludere il ricorso ad "operazioni controllate", rispetto ad altri metodi investigativi tradizionali, "allorché si ravvisi una mera 'utilità' in ordine all'acquisizione di tali elementi", ma al contempo consente "la procedura anche quando quest'ultima non sia 'assolutamente indispensabile', ovvero priva di possibili alternative investigative"¹⁸²

Pur nell'ottica di una visione tassativa delle ipotesi disciplinate dalla norma, occorre sopperire alla macroscopica "dimenticanza" del legislatore, nel punto in cui, fra i fini ultimi cui deve tendere l'operazione, non ha previsto la possibilità che – pur non riuscendo a raccogliere rilevanti elementi probatori, ovvero a catturare i sequestratori – la consegna controllata possa permettere la liberazione dell'ostaggio. E' evidente che la protezione del bene giuridico protetto dalla norma – in questa precisa fattispecie avente ad oggetto la libertà e l'integrità fisica del sequestrato –, in un reato c.d. permanente deve essere inteso come il primo e fondamentale risultato investigativo da perseguire.

La disciplina, in realtà, appare eccessivamente concisa anche sotto altri profili, sicché quanto alla definizione di "operazione controllata di pagamento del riscatto" – ma anche per comprendere alcuni aspetti non del tutto chiari della norma – è opportuno rifarsi alla relazione al d.d.l. 5375 per la conversione del decreto in esame secondo il quale "al fine di evitare che il provvedimento di sequestro dei beni possa compromettere, contrariamente allo scopo per il quale è stato disposto, il risultato dell'azione investigativa, ed al contempo innescare iniziative autonome dei familiari

¹⁸¹ Cfr. D. MANZIONE, Sub art. 7 d.l. 15/1/1991 n. 8, in LP, 1992, 668; *adde*, M. GARAVELLI – G. CASELLI, *L'attività antidroga della polizia giudiziaria*, Torino, 1991, 65, in cui si sostiene che, in relazione al disposto del d.p.r. 309/1990, "i rilevanti elementi probatori devono riguardare delitti connessi al traffico della droga, ma non è necessario che si tratti di delitti gravi, perché la norma richiede solo un certo spessore della prova qualsiasi sia l'entità del reato; mentre a proposito della "individuazione o della cattura" dei presumibili autori del reato si sostiene che "deve trattarsi di soggetti diversi da quelli il arresto può essere ritardato, e che servono come anello per risalire la catena illecita.

¹⁸² D. MANZIONE, *op. cit.*, 668.

della vittima, mossi, comprensibilmente, dal coinvolgimento umano ed affettivo nella vicenda, l'art. 7 del decreto prevede che il pubblico ministero, pur se adottato il sequestro dei beni, possa tuttavia autorizzare la disposizione degli stessi e del denaro già sottoposti a vincolo per eseguire operazioni controllate di pagamento del riscatto allo scopo di pervenire all'individuazione ed alla cattura dei sequestratori [...]. La disposizione di cui sopra risponde alla finalità ispiratrice del provvedimento di convogliare ogni iniziativa volta alla liberazione dell'ostaggio o ad assicurare alla giustizia gli autori del delitto, nell'alveo della strategia investigativa decisa dall'autorità giudiziaria procedente"¹⁸³.

Attraverso, quindi, una ricostruzione eziologica l'espressione "operazione controllata di pagamento del riscatto" dovrebbe essere intesa nel senso di rappresentare quell'operazione complessa, preventivamente determinata dall'autorità giudiziaria, tramite la quale si svolge un pagamento "simulato" del riscatto richiesto dai rapitori. Così, pur dovendosi sottolineare come la normativa in esame va a costituire quell'insieme di leggi che autorizzano nel nostro ordinamento lo svolgimento di indagini eccezionali – genericamente definite "operazioni sotto copertura" –, occorre precisare che essa presenta alcuni aspetti del tutto peculiari rispetto alle altre disposizioni simili disciplinate nel nostro ordinamento. E' previsto, infatti, che l'operazione controllata di pagamento del riscatto sia autorizzata dal giudice per le indagini preliminari con decreto motivato su richiesta del pubblico ministero¹⁸⁴. La norma nell'imporre a quest'ultimo l'indicazione delle modalità con cui intende procedere, sembra introdurre quella duplicazione di decreti – uno di carattere autorizzatorio l'altro volto a regolamentare l'operazione – imposto dal legislatore in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni. Pur mancando, pertanto, l'indicazione dell'atto con cui il pubblico ministero presenta la richiesta, l'obbligo di motivazione in ordine alle modalità di esecuzione dell'operazione, fa propendere verso un atto tipico quale il decreto motivato.

Si tratta dell'unica norma in materia che impone una garanzia giurisdizionale rafforzata, probabilmente dovuta alla necessità di proteggere, in questa fattispecie, non solo l'incolumità degli agenti di polizia giudiziaria impegnati nell'operazione, ma anche

¹⁸³ *Rel. d.d.l. 5375*, in *Doc. giust.*, 1991, 3, 334.

¹⁸⁴ Si tratterà naturalmente, considerata la fattispecie delittuosa, del pubblico ministero della direzione distrettuale antimafia, così come il giudice per le indagini preliminari, a norma dell'art. 326 comma 1-bis, sarà un magistrato del tribunale del capoluogo del distretto di Corte d'appello nel cui ambito ha sede il giudice competente.

la vita stessa del sequestrato. Ad ogni modo, occorre rilevare la mancanza di una disposizione che autorizzi il pubblico ministero, in caso di urgenza, ad intraprendere l'attività senza attendere l'autorizzazione del giudice. In questo caso, la scelta legislativa – che potrebbe comportare, in situazioni limite, ritardi determinanti il fallimento dell'operazione – sembra condizionata sia dalla mancanza, come si vedrà fra breve, della materiale disponibilità dei beni oggetto dell'attività investigativa da parte del pubblico ministero, sia dall'irrevocabilità degli effetti prodotti da un'incauta iniziativa intrapresa d'urgenza dallo stesso.

La norma nell'imporre al pubblico ministero la richiesta di autorizzazione al giudice non è affatto chiara quanto all'identificazione dei beni, denaro o altra utilità, che possono essere impiegati per l'operazione. In base alla Relazione al d.d.l. 5375, il pagamento controllato dovrebbe essere effettuato con le cose o il denaro già sottoposte al “blocco dei beni” di cui all'art. 1 d.l. 8/1991 secondo le modalità di esecuzione descritte nella richiesta del pubblico ministero¹⁸⁵. Fermo restando che il “blocco dei beni” è quel provvedimento del giudice atto a comprimere la disponibilità delle cose, dei beni o di altre utilità appartenenti alla persona sequestrata, al coniuge e ai parenti e affini conviventi, la disponibilità degli stessi, tuttavia, resta vincolata alla titolarità dei medesimi, per cui deve ritenersi che, pur in assenza di un'espressa previsione legislativa, il consenso dei titolari dei beni all'operazione autorizzata di pagamento debba ritenersi implicito nella norma.

Si discute, inoltre, circa la possibilità di intraprendere l'operazione con beni diversi da quelli sottoposti a sequestro. Potrebbe, difatti, presentarsi la situazione in cui il provvedimento di “blocco dei beni” non sia stato pronunciato o, ancora, l'ipotesi deteriore in cui la famiglia del sequestrato non sia in grado di far fronte alla richiesta. Se per quanto attiene alla prima ipotesi, non sembrano esserci particolari difficoltà nel prevedere che i prossimi congiunti del sequestrato forniscano il denaro o altri beni per procedere all'operazione controllata di pagamento del riscatto – considerato peraltro che l'art. 7 d.l. 8/1991 indica genericamente beni o altre utilità senza fare cenno alcuno all'avvenuto “blocco” degli stessi – maggiori difficoltà crea l'eventualità che una simile operazione avvenga in mancanza di un patrimonio idoneo della famiglia del sottoposta a

¹⁸⁵ Si discute se il decreto motivato emesso dal giudice rivesta natura sostanziale di provvedimento di “dissequestro” simmetrico all'opposta previsione del “blocco dei beni”; oppure se, a seguito dell'autorizzazione contenuta nel decreto motivato del giudice, si renda necessario un provvedimento del pubblico ministero che renda esecutivo quest'ultimo. Se il giudice rifiuta l'autorizzazione il provvedimento non è censurabile; cfr sul punto D. MANZIONE, *op. cit.*, 668.

sequestro. La norma, infatti, qualora avesse previsto tale eventualità, avrebbe dovuto disporre un'apposita copertura finanziaria attraverso l'istituzione di un fondo al quale i pubblici ministeri impegnati in tali indagini avrebbero potuto chiedere il finanziamento dell'operazione¹⁸⁶.

La norma prosegue ancora introducendo anche per la materia *de qua*, il potere di differimento degli atti dovuti (comma 3). La disposizione, solo in parte analoga a quella contemplata dall'art. 98 d.p.r. 309/1990, consente al pubblico ministero di ritardare l'esecuzione di provvedimenti cautelari, dell'arresto, del fermo dell'indiziato di delitto e del sequestro. Il pubblico ministero, tuttavia, in questa fattispecie può esclusivamente "ritardare l'esecuzione o disporre che sia ritardata l'esecuzione" dei suddetti provvedimenti, ma non ometterli come previsto dalle altre normative in materia di operazioni *undercover*. Inoltre, il "ritardo" è oggetto di una decisione che compete al solo pubblico ministero, e non quindi al giudice, o alla polizia giudiziaria, per cui, pur in mancanza di una disposizione che gli attribuisca il potere di non emettere l'atto, lo stesso pubblico ministero può differire anche l'esecuzione di provvedimenti che sono sottratti alla sua competenza, quali, nel caso *de quo*, l'arresto. In relazione a questa interpretazione, tuttavia, non è mancato chi ha sostenuto come il ritardo "consentito" riguardi in realtà l'emissione del provvedimento più che la sua esecuzione; atteso, infatti, che i presupposti di applicazione delle diverse figure devono essere accertati anche al momento dell'esecuzione, si finisce con il far coincidere il giudizio sulla tempestività dell'emissione del provvedimento cautelare con quello sulla tempestività della sua esecuzione: col che sembra confutato il dato letterale che autorizza la mera ritardata esecuzione¹⁸⁷.

Il provvedimento con cui il solo pubblico ministero può ritardare l'esecuzione dell'atto riveste la forma del decreto motivato. Considerando, inoltre, che questo decreto può avere ad oggetto anche atti della polizia giudiziaria è pure ammessa la forma orale, ma l'efficacia è subordinata all'adozione del decreto entro le successive quarantotto ore.

Dalla mancata indicazione di un termine di durata del differimento, alcuni hanno tratto la conseguenza per cui la normativa sarebbe orientata verso una certa flessibilità

¹⁸⁶ Non sono mancate, in realtà, affermazioni, ancorché sommesse, che parlavano di riscatti pagati dai servizi segreti nazionali sia in casi di sequestri di persona avvenuti nel territorio italiano sia all'estero. Tuttavia, anche qualora risultassero fondate si tratterebbe di veri e propri pagamenti del riscatto e non di operazioni controllate, peraltro sempre smentiti dal Ministero degli Interni.

¹⁸⁷ D. MANZIONE, *op. cit.*, 672.

della disciplina: così la tardiva formalizzazione del ritardo non comporterebbe conseguenze né sulla validità degli atti compiuti o da compiere, né sul piano della responsabilità degli operatori per l'omissione del provvedimento¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Ancora D. MANZIONE, *op. cit.*, 673.

CAP. IV

Profili Processuali

1. La posizione processuale dell'agente sotto copertura: testimone o coimputato?

Una serie di questioni destinate ad avere un risalto sempre crescente nel dibattito relativo alle operazioni sotto copertura, poiché volte a condizionare l'efficacia stessa dello strumento di indagine, riguardano i limiti di utilizzabilità processuale dei risultati dell'attività "mascherata", le modalità di documentazione della stessa e, in particolare, la posizione processuale che assume l'ufficiale di polizia giudiziaria che vi ha partecipato.

I maggiori dubbi emersi in dottrina e giurisprudenza riguardano proprio la possibilità per l'agente *undercover* di poter rendere una vera e propria testimonianza sui fatti e le dichiarazioni apprese – ovvero, di essere sentito come persona in grado di "riferire circostanze utili ai fini delle indagini" –, considerato come la sua compatibilità con la qualifica di testimone sia strettamente legata all'esistenza di un obbligo per il pubblico ministero di procedere all'automatica iscrizione nominale dell'ufficiale responsabile dell'operazione nel registro delle notizie di reato, pur in presenza della causa di giustificazione speciale.

Nel tentativo di offrire una soluzione a tali dubbi ermeneutici, occorre partire da un primo dato – oramai consolidatosi presso i giudici di legittimità¹⁸⁹ – che considera la mera inosservanza da parte degli ufficiali incaricati della procedura prevista dalle singole normative speciali un'eventuale fonte di responsabilità disciplinare che non va ad incidere sulla loro capacità a rendere testimonianza, secondo le norme previste per questo tipo di prova. Come dire che i presupposti procedurali indicati nelle diverse norme speciali – quali il difetto di immediata comunicazione all'autorità giudiziaria – non influiscono direttamente sull'operatività della causa di giustificazione speciale. Tale interpretazione pare, comunque, discostarsi eccessivamente dalla volontà legislativa di assoggettare la scriminate in parola a rigorosi limiti, così da evitare pericoli all'incolumità degli agenti, nonché per la stessa genuinità delle indagini¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Cass., 30 agosto 1993, in *Giur. it.*, 1994, II, 836; Cass. 1996; Cass. 10 aprile 1995, in *Cass. pen.*, 1996, 2388, con nota di G. AMATO, *La definizione della posizione processuale dell'"agente provocatore": riflessi sulla capacità a rendere testimonianza*, *ivi.*, 1996, 2392.

¹⁹⁰ Già si è detto come l'esperienza internazionale abbia dimostrato l'importanza dell'attività sotto copertura in quanto unico mezzo in grado di contrastare le organizzazioni criminali dall'interno, ma non si possono, tuttavia, dimenticare i dubbi che suscita, rispetto alla cultura giuridica italiana, la possibilità che siano addirittura gli agenti a stimolare la commissione di reati, avvalendosi anche di estranei a loro volta non punibili. Non si possono, infatti, nascondere i rischi di distorsione – finanche dall'abuso di

Tuttavia, la questione preliminarmente sollevata non pare decisiva per risolvere il problema della qualificazione processuale dell'agente *undercover*. Difatti, a ben vedere, il tema non deve essere affrontato nell'ottica patologica del mancato rispetto delle norme procedurali, piuttosto l'inquadramento della causa speciale di giustificazione all'interno delle ordinarie regole del codice di rito – ispirato al principio di obbligatorietà dell'azione penale – può configurare un'incompatibilità fisiologica dell'agente *undercover* a rendere testimonianza.

Per ben comprendere la natura del dibattito, occorre premettere che qualora l'agente sotto copertura sia stato formalmente indagato per il reato di concorso nell'attività illecita, a norma degli artt. 61, 197 e 210 c.p.p. così come devono essere interpretati alla luce della giurisprudenza costituzionale¹⁹¹, non potrà essere sentito come testimone nel corso del procedimento, anche laddove la relativa posizione fosse stata definita con decreto di archiviazione¹⁹². Si rende allora necessario capire quale deve essere la posizione dell'ufficiale di polizia giudiziaria che abbia agito nel rispetto della procedura indicata nella normativa eccezionale – come la scriminante speciale di cui all'art. 97 d.p.r. 309/1990 o quella disciplinata dall'art. 9 l. 146/2006 – ovvero, seguendo l'indicazione dei giudici di legittimità¹⁹³, di quegli agenti che, pur non avendo

potere – che tale attività comporta. Si pensi ad alcuni casi, rari ma non isolati, quali le vicende delle DIA di Genova, dove alcuni ufficiali sono stati condannati con sentenza definitiva proprio per fatti di corruzione, peculato, cessioni di partite di droga sequestrate nel corso di operazioni sotto copertura rese possibili da un impiego “disinvolto” dei collaboratori di giustizia, cfr. in tal senso F. BRIZZI, *Agenti sotto copertura: licenza di delinquere?*, in *Narcmafie*, ottobre 2006.

¹⁹¹ C. cost. 108/1992, in *Cass. pen.*, 1992, 1471; nonché in *Giur. Cost.*, 1992, 984, con nota di G. GIOSTRA, *Sull'incompatibilità a testimoniare anche dopo provvedimento di archiviazione*, *ivi*, 1992, 988.

¹⁹² Sull'argomento, nel silenzio della legge, si sono formati tre diversi orientamenti. Innanzitutto, vi è stato chi ha considerato i soggetti la cui posizione processuale sia stata definita con decreto di archiviazione come testimoni comuni interpretando l'art. 197 in base al canone *ubi lex vuluit dixit, ubi noluit tacuit* (fra le tante pronunce di merito, Trib. Fermo, 11 febbraio 2003, *Arch. nuov. proc. pen.*, 2003, 145). Un secondo orientamento, non tenendo in debito conto l'eventualità che il decreto di archiviazione possa essere in qualsiasi momento revocato, ha equiparato tali soggetti agli imputati giudicati con sentenza irrevocabile così da inserirli nel novero dei testimoni assistiti (Cass. 1. 2. 2005, in *CED*, n. 231851, in dottrina C. DI MARTINO, *L'incompatibilità a testimoniare: problemi vecchi e nuovi*, in *LP*, 2002, 1037). Un ulteriore orientamento, avvalorato dall'interpretazione conforme della stessa Corte costituzionale (C. cost. 76/2003, in *Guid. dir.*, 2003, 17, e C. cost. 250/2003, in *Giur. Cost.*, 2003, 2097), equipara i soggetti *de quibus* agli imputati con procedimento pendente, ritenendo pertanto che essi siano incompatibili se indagati per concorso nel medesimo reato, e che debbano essere assistiti dal difensore se abbiano reso dichiarazioni concernente l'altrui responsabilità e siano indagati connessi teleologicamente o collegati (cfr. C. CONTI, *Questioni controverse in tema di prova dichiarativa a quattro anni dalla legge n. 63 del 200*, in *Cass. pen.*, 2005, 663). Per completezza occorre ricordare che grazie ad un recente intervento della Corte costituzionale il coimputato prosciolto con formula piena (“per non aver commesso il fatto”), chiamato a rendere dichiarazioni in un procedimento contro il coimputato o l'imputato connesso o collegato, non deve ora essere sentito come “testimone assistito” (art. 197-bis co. 3) e le sue dichiarazioni non devono necessariamente trovare un riscontro esterno (art. 197-bis c. 6), v. C. cost. n. 381/2006, in *Giur. Cost.*, 2006.

¹⁹³ Cass. 10 aprile 1995, cit, 2388.

osservato detta procedura, si trovino nelle condizioni che consentano di applicare la più volte richiamata giurisprudenza sul c.d. agente provocatore, fondata sulla causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere di cui all'art. 51 c.p.

Le soluzioni che si prospettano sono due e riflettono un classico scontro ideologico interno al processo penale: garantismo da un lato e recupero del sapere investigativo dall'altro. Secondo un primo orientamento, rivolto proprio ad evitare che si disperdano i risultati dell'indagine, l'ufficiale di polizia giudiziaria che procede legittimamente all'acquisto simulato, ovvero alle altre attività che rientrano a vario titolo fra quelle che la legge autorizza, sarebbe insuscettibile di essere sottoposto ad indagini preliminari¹⁹⁴. In questa prospettiva sarebbe il solo pubblico ministero a dover valutare la condotta dell'operatore di polizia, così, qualora l'attività di quest'ultimo risulti coperta dalla speciale causa di giustificazione o rientri nel combinato disposto degli artt. 51 c.p. e 55 c.p.p., il pubblico ministero non procederebbe all'iscrizione nominale dell'agente nel registro delle notizie di reato e, conseguentemente, si renderebbe superfluo un formale provvedimento di archiviazione¹⁹⁵. Secondo i sostenitori di questa interpretazione, "il fatto scriminato pur essendo astrattamente conforme alla fattispecie criminosa, proprio per la presenza della causa di giustificazione è privo dell'antigiuridicità e diviene giuridicamente lecito". In sostanza, quindi sarebbe proprio la liceità della condotta, determinata dalla accertata presenza della scriminante, ad escludere la sussistenza della *notitia criminis* che imponga al pubblico ministero di procedere all'iscrizione di cui all'art. 335 c.p.p.¹⁹⁶.

I riflessi processuali di questa impostazione comportano che se non si procede penalmente a carico dell'infiltrato, nessun ostacolo normativo sussiste in ordine alla possibilità di sentirlo come persona informata sui fatti o esaminarlo come testimone nel

¹⁹⁴ Ancora Così Cass. 10 aprile 1995, cit., 2388.

¹⁹⁵ A confermare come la *ratio* di fondo che spinge verso una certa interpretazione delle norme processuali vedi R. MINNA – A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003, 138 in cui si sostiene che l'attività dell'agente provocatore non possa ridursi "ad un sequestro di materiale scottante, anche se magari di ingente entità, o ad un arresto, ma devono invece abbracciare tutto il sapere investigativo che l'infiltrato ha maturato durante l'operazione e sul quale dunque deve testimoniare auspicabilmente libero da qualunque condizionamento, quale potrebbe essere al contrario quello di arrivare davanti ad un tribunale con 'l'etichetta' di imputato in un procedimento connesso, seppur archiviato".

¹⁹⁶ Cfr. G. AMATO, *La definizione della posizione processuale*, cit. 2394; nello stesso senso Cass. 3 dicembre 1998, in *Cass. pen.*, 1999, 1608, con nota di G. Amato, *Sull'ambito di operatività, sostanziale e processuale, della scriminante dell'acquisto simulato di sostanze stupefacenti*, *ivi*, 1999, 1614; in cui la Corte in motivazione sostiene che "dato che [...] la scriminante esclude l'antigiuridicità del fatto, l'ufficiale di polizia giudiziaria, avendo operato lecitamente, non doveva essere sottoposto ad indagini preliminari – ed in effetti non lo è stato – per cui le sue dichiarazioni, non cadendo sotto il divieto sancito dall'art. 63 c.p.p., sono pienamente utilizzabili".

procedimento penale istaurato a seguito della dell'operazione simulata. *A fortiori*, si sostiene che la necessaria iscrizione nominale degli agenti provocatori nel registro degli indagati si avrebbe solamente nel caso in cui la fattispecie legislativa speciale avesse introdotto una causa di non punibilità. Seguendo però la tesi maggioritaria che riconduce la liceità dell'agire simulato alla causa di giustificazione alternativamente indicata o nell'art. 51 c.p. o nelle varie ipotesi previste delle leggi speciali, il pericolo di un'iscrizione automatica dovrebbe essere scongiurato.

Con riguardo a tale aspetto, occorre immediatamente precisare come questa impostazione non abbia, in realtà, alcun fondamento normativo. Difatti, il codice di rito non contiene nessuna disposizione che istituisca un potere-dovere del pubblico ministero di non iscrivere la notizia di reato contro una persona determinata in presenza di una causa di giustificazione. Per di più, il legislatore, consapevole che per verificare la presenza di una scriminante sia necessario aprire un'indagine formale, ha inserito nel *corpus* normativo una serie di disposizioni volte a tutelare i soggetti indagati – ai quali possono applicarsi, in generale, cause di giustificazione o di non punibilità – da una privazione anche solo temporanea della libertà personale. Ci si riferisce all'art. 385 c.p.p. in materia di fermo di indiziato di delitto e all'art. 273 co. 2 c.p.p. in materia di misure cautelari personali, che testimoniano come in presenza di scriminanti, il procedimento segua il suo corso in attesa di una richiesta di archiviazione o di rinvio a giudizio.

Ad ogni modo nel suo complesso, questa impostazione dottrinale – ancorché avvalorata da un intervento della giurisprudenza di legittimità – presta il fianco a diverse critiche. In primo luogo, non convince la *ratio* sottesa a quella che, a tutti gli effetti, pare una forzatura interpretativa volta ad evitare l'insuccesso processuale di un'operazione particolarmente rischiosa¹⁹⁷. Sarebbe, invero, inconcepibile che al termine di una complessa attività *undercover* finalizzata, come più volte sottolineato, all'acquisizione di elementi probatori – che avrà in genere conclusione con il sequestro, seppur in alcuni casi differito, del corpo del reato – le prove decisive presentate in dibattimento dal pubblico ministero abbiano ad oggetto la sola testimonianza dell'agente sotto copertura. In ciò, pur senza voler necessariamente vedere dietro

¹⁹⁷ I rischi connessi a questo tipo di operazioni sono diversi. Volendo usare un termine non strettamente giuridico, la si potrebbe definire *borderline* in quanto si pone al confine fra esigenze di repressione e pericolo che lo stesso Stato generi criminalità, con notevoli costi sia in termini di garanzie per i cittadini sia per ciò che riguarda l'incolumità degli agenti coinvolti, senza trascurare come la predisposizione di un'azione mascherata abbia, di solito, necessità di una notevole copertura finanziaria.

operazioni di questo genere un abuso di potere, o peggio una teoria del complotto, è palese che il giudice chiamato a decidere, ma anche “il popolo nel cui interesse la giustizia è amministrata”, debbano pretendere che l’agente inseritosi – seppur a fini di giustizia – in un’organizzazione criminale, fornisca prove dotate di un maggior grado di oggettività e terzietà rispetto ad una sua testimonianza sui fatti.

Le sue dichiarazioni dovranno quindi aggiungersi ad altri elementi di prova quali il corpo del reato sequestrato ovvero eventuali registrazioni di intercettazioni ambientali predisposte *ad hoc*, e potranno avere un’utilità (non tanto come fondamento di una sentenza di condanna, ma) anche per valutare l’intensità del proposito criminoso da parte del soggetto coinvolto ai fini della determinazione della pena di cui all’art. 133 c.p.¹⁹⁸.

Così ridimensionato il problema della testimonianza dell’agente *undercover*, va ancora evidenziato come la teoria su esposta, nel sostenere la non necessità di un’indagine formale nei confronti dell’agente *de quo* il cui comportamento, pur non avendo rispettato le disposizioni disciplinanti la scriminante speciale, possa trovare giustificazione nel generico disposto di cui all’art. 51 c.p., presenta un’ipotesi (scolastica) ben lontana dalla realtà. Duplice è la motivazione che porta ad una presa di posizione così netta. In primo luogo, per potersi giustificare l’operato dell’agente sotto copertura a norma del combinato disposto degli artt. 51 c.p. e 55 c.p., l’intervento dello stesso deve essere indiretto e marginale nell’ideazione e nell’esecuzione del fatto, nel senso che l’attività non può inserirsi con rilevanza causale nella realizzazione dell’illecito, ma deve essere limitata a una “mera osservazione e controllo” dell’altrui condotta illecita¹⁹⁹. Tale norma ha perciò una portata notevolmente inferiore rispetto alle altre scriminanti speciali disciplinate dal legislatore nella normativa *ad hoc*, sicché pare altamente improbabile che l’attività dell’agente *undercover* spintosi oltre i limiti segnati dalla speciale causa di giustificazione, possa essere scriminato alla luce della norma generale.

¹⁹⁸ Il tutto va naturalmente valutato alla luce del principio del libero convincimento del giudice: si ritiene, tuttavia, che il disposto degli artt. 192 co. 3 e 4 c.p.p., nell’imporre allo stesso giudice un obbligatorio criterio di valutazione, si attaglia perfettamente alle ipotesi *de quibus*. Difatti, tralasciando per un momento l’ipotesi che l’agente di polizia giudiziaria incaricato dell’operazione venga sentito come testimone “comune”, assistito o come coimputato è evidente che il suo coinvolgimento diretto nella formazione della fattispecie criminosa imponga al giudice la ricerca di elementi di prova ulteriori al fine di pronunciarsi positivamente in ordine alla colpevolezza del “provocato”: questa interpretazione è stata fatta propria dalla Corte europea dei diritti dell’Uomo, che pur non considerando inutilizzabili le dichiarazioni rese dall’agente *undercover* ha sottolineato come queste debbano essere accompagnate da ulteriori elementi che ne confermino l’attendibilità; vedi in proposito in questo Capitolo, par. 4.

¹⁹⁹ Vedi sul punto cap. II par. 1.1.

In secondo luogo, nella inverosimile ipotesi in cui l'attività possa essere giustificata alla luce della normativa generale, gli stretti limiti imposti dalla legge richiedono una valutazione approfondita e dettagliata della condotta dell'ufficiale di polizia giudiziaria. Il pubblico ministero perciò nello svolgimento dei suddetti accertamenti dovrà necessariamente procedere all'iscrizione nominale, in quanto non trattandosi di una mera verifica superficiale, si renderà necessaria una vera e propria indagine per valutare la legittimità dell'operazione svolta dall'ufficiale di polizia giudiziaria. Per di più, l'ipotesi *de qua* sembra integrare gli estremi previsti del co. 2 dell'art. 415 c.p.p., per cui nel momento in cui il pubblico ministero dovesse presentare una richiesta di archiviazione o di proroga delle indagini, il giudice per le indagini preliminari, qualora riscontrasse la mancata iscrizione dell'agente *undercover* nel registro delle notizie di reato, oltre a poterla imporre d'ufficio, dovrebbe dare comunicazione al procuratore generale perché valuti l'opportunità di avocare a sé le indagini²⁰⁰.

Le difficoltà che il pubblico ministero incontra nel valutare la sussistenza della scriminante speciale o generale sembrano così porsi come il maggiore ostacolo alla possibilità che l'ufficiale di polizia giudiziaria, rispettoso delle procedure indicate nelle norme speciali, non venga formalmente iscritto nel registro degli indagati²⁰¹. A ben vedere, anche qualora il pubblico ministero, data la sua posizione direttiva all'interno dell'indagine, ne conosca ogni particolare e sia quindi in grado di escludere l'esistenza di profili di responsabilità penale a carico degli agenti, proprio il suo coinvolgimento diretto nell'operazione lo rende inadatto – se non anche incompatibile – a questo tipo di

²⁰⁰ La disposizione di cui all'art. 415 co. 2 nulla dice in ordine al potere di avocazione del procuratore generale in caso di mancata iscrizione nominale nel registro *ex art. 335* ma, ad opinione di chi scrive, il richiamo del terzo comma alle "altre disposizioni di cui al presente titolo", rende applicabile la disciplina dell'avocazione, poiché perfettamente idonea a sanzionare un simile comportamento. Questa ricostruzione appare corretta alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata della norma, per cui, posto il principio di obbligatorietà dell'azione penale, si deve ritenere operante un obbligo in capo al pubblico ministero di esercizio anche "nominale", in mancanza del quale è da considerarsi applicabile l'istituto dell'avocazione, nonostante lo stesso nel nostro ordinamento sia configurato come rimedio gerarchico eccezionale.

²⁰¹ Proprio la fattispecie sottoposta all'attenzione della Suprema corte nella sentenza "Carista" (vedi cap. III par. 3, nota n. 56) è emblematica delle difficoltà di accertare la sussistenza della scriminante senza l'apertura di una formale indagine. Nell'occasione infatti, l'ufficiale incaricato non aveva potuto procedere al sequestro della prima partita di cocaina in quanto i narcotrafficanti colombiani avevano tratto in ostaggio il pilota dell'aereo (che rivestiva la funzione di persona interposta all'interno dell'operazione sotto copertura) a garanzia della buona riuscita dell'operazione. Ciò che pare evidente è che, pur essendo opportuno non sequestrare la droga al fine di tutelare l'incolumità dei partecipanti all'operazione *undercover*, la verifica della reale sussistenza delle situazioni di fatto dovesse essere accertata tramite l'intervento dell'organo giurisdizionale preposto.

valutazione²⁰². Il pubblico ministero chiamato a verificare l'operatività della scriminante, infatti, sarà lo stesso che ha diretto l'operazione sotto copertura sin dal suo inizio. Così, se da un lato è corretto che al fine di poter esercitare al meglio i suoi poteri direttivi il pubblico ministero abbia potestà disciplinare nei confronti degli ufficiali che hanno partecipato all'attività *undercover*, dall'altro è altrettanto naturale che vi sia un controllo giurisdizionale sulla legalità dell'attività svolta.

Date queste premesse, appare più coerente con il sistema processuale nel suo insieme, derivante dall'obbligo costituzionale di esercizio dell'azione penale, che la ricorrenza in concreto di detta causa di giustificazione debba essere rimessa alla valutazione del giudice, dovendosi escludere che possa procedervi unilateralmente ed insindacabilmente il pubblico ministero²⁰³. Questi deve, perciò, procedere all'iscrizione dell'agente sotto copertura nel registro delle notizie di reato *ex art.* 335 c.p.p. e, successivamente, presentare al giudice per le indagini preliminari richiesta di archiviazione. Tale richiesta, dovrà fondarsi sul disposto dell'art. 125 disp. att. c.p.p. sul rilievo che, in presenza della causa di giustificazione speciale, gli elementi a carico dell'infiltrato non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio²⁰⁴.

Pur ricordando la considerazione generale per cui, in ogni caso, si dovrebbe ottenere la condanna dell'imputato dal momento che uno dei presupposti legittimanti l'operazione sotto copertura è il fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti dalle diverse normative speciali²⁰⁵, si deve trarre la conclusione che la necessaria iscrizione dell'agente *undercover* ne determina, in genere, l'incompatibilità ad acquisire la veste di testimone.

In conclusione, va ricordato come – qualora la situazione processuale dell'agente non si fosse conclusa con l'archiviazione – questi potrà essere sentito con il mezzo

²⁰² Per una diversa conclusione si v. M. GARAVELLI, *Meccanismi processuali repressivi e interventi preventivi nella nuova disciplina relativa agli stupefacenti*, in *LP*, 1992, n.1, 190, secondo il quale “nell’informativa al pubblico ministero – che sostituisce il vecchio ‘rapporto’ (art. 347 c.p.p.) – dovrà essere menzionato l’ufficiale di polizia giudiziaria autore del fatto; poiché quest’ultimo assume materialmente il carattere di illecito penale, ne deriva che tale soggetto assume formalmente la qualità di indagato. Per perdere tale qualità – anche al fine di essere sentito come testimone al dibattimento – occorre che egli riassuma una posizione di estraneità alla quale si può pervenire soltanto attraverso una richiesta di archiviazione nei suoi confronti avanzata dal pubblico ministero, ai sensi degli artt. 408 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p., non essendovi alternative oltre questa richiesta o quella di rinvio a giudizio”.

²⁰³ G. AMATO, *Teoria e pratica*, cit., 222; L. M. MARINI, *Acquisto simulato di droga e pretesa testimonianza dell'agente provocatore*, in *Giur. it.*, 1995, II, 59.

²⁰⁴ M. PETRELLA, *L'acquisto simulato di droga. Art. 97*, in *Le sostanze stupefacenti*, a cura di G. INSOLERA, Torino, 1998, 350.

²⁰⁵ Cfr. CELOTTI, *Disposizioni processuali e preprozessuali specifiche in materia di stupefacenti*, in *La nuova normativa sugli stupefacenti*, a cura di FLORA, Milano, 1991, 32

previsto dall'art. 210 c.p.p. per i coimputati, e che le sue dichiarazioni potranno, ad ogni modo, essere utilizzate dal giudice unitamente alle altre prove rinvenute nel corso dell'operazione. In questa prospettiva, va quindi precisato come la ricostruzione interpretativa che impone un obbligo d'indagine formale nei confronti dell'agente *undercover*, pur impedendogli di testimoniare, non comporta una dispersione assoluta dell'elemento probatorio. In aggiunta a ciò, si deve considerare l'eventualità che l'agente sotto copertura sia in grado di riferire anche circostanze relative a reati connessi con quello che gli è stato formalmente attribuito. Questa affermazione consente di dire che, nell'eventualità in cui siano impiegati sotto diversi profili più agenti e più persone interposte, tutti quei soggetti che non sono stati iscritti nel registro *ex art. 335* come coimputati nel reato per cui si procede, potranno rivestire in quel determinato procedimento la qualifica di testimoni assistiti, sin dal momento in cui rilascino dichiarazioni concernenti l'altrui responsabilità²⁰⁶.

Sembra opportuna un'ultima considerazione. Nei diversi procedimenti che si è visto essere giunti sino a uno svolgimento giurisdizionale completo vi è un elemento sul quale, forse, sarebbe necessario un intervento di riforma legislativa. Si consideri: le difese di volta in volta presentate dagli imputati avevano come fondamento l'inutilizzabilità delle dichiarazioni testimoniali rese dall'agente provocatore, che in realtà doveva essere sentito come coimputato con le garanzie previste dall'art. 210 c.p.p. orbene, se si esclude il disposto dell'art. 192 co. 3 e 4, che come detto – in base alla lettura fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di testimonianza dell'agente sotto copertura²⁰⁷ – deve applicarsi anche al testimone “comune”, la normativa di cui all'art. 210 impone una serie di garanzie in favore del coimputato: questi ha diritto all'assistenza di un difensore e non è obbligato a rispondere secondo verità. La questione che si vuole provocatoriamente sollevare è se la carenza di queste garanzie non potrebbe essere legislativamente configurata come inutilizzabilità relativa delle dichiarazioni rilasciate, tale da vietare soltanto un utilizzo *contra se* delle stesse.

1.2 La tutela dell'identità dell'agente sottocopertura.

²⁰⁶ Non trascurabile è anche l'eventualità che l'agente *undercover* – ma anche gli interposti o gli ausiliari – infiltratosi nell'organizzazione criminale non abbia commesso nessun reato, ancorché in ipotesi scriminato, essendosi limitato ad assistere dietro mentite spoglie all'altrui esecuzione del disegno criminoso. In tale circostanza evidentemente l'agente non dovrà essere formalmente indagato in quanto sarà sufficiente l'ordinario vaglio preventivo del pubblico ministero.

²⁰⁷ Vedi, in questo capitolo, par.. 4.

Le difficoltà relative alla testimonianza dell'agente sotto copertura – ovvero, se si segue il filo logico tracciato nel paragrafo precedente, le sue dichiarazioni rese in sede di esame *ex art* 210 c.p.p. – fanno emergere una problematica parallela alla quale, tuttavia, non si potrà dare una soluzione positiva in assenza di uno specifico intervento legislativo. Con l'aumento delle forme di criminalità avverso le quali possono utilizzarsi strumenti di indagine non convenzionali, si è avvertita, con intensità sempre crescente, l'esigenza di tutelare nel giudizio l'identità dell'agente infiltrato.

Per quanto attiene alla fase investigativa, il comma 5 dell'art. 9 l. 146/2006 prevede che per l'esecuzione delle operazioni possa essere autorizzata l'utilizzazione di documenti di copertura. Con tale disposizione, la norma intende “assicurare la necessaria segretezza circa le effettive generalità dei soggetti che operano sotto copertura, ponendoli al riparo da intuibili pericoli nell'espletamento di siffatte, delicate attribuzioni”²⁰⁸. Le incertezze sorgono nel momento processuale, in ragione delle difficoltà di esaminare l'agente sotto copertura e i suoi ausiliari. Il legislatore, difatti, si è finora preoccupato esclusivamente del momento investigativo, dimenticandosi che l'ufficiale o l'agente di polizia giudiziaria, nonché i privati che abbiano collaborato all'attività, dovranno poi essere sentiti in dibattimento rivelando le proprie vere generalità²⁰⁹.

Secondo alcuni, è dubbio che gli ufficiali o gli ausiliari possano far ricorso a tale identità di copertura ogniqualvolta, cessata l'operazione di polizia, si tratti di deporre in sede dibattimentale o di incidente probatorio, in quanto la dizione letterale del co. 5 art. 9 l. 146/2006 sembrerebbe orientare verso l'utilizzazione dei documenti di copertura all'interno della sola fase investigativa. Assecondando però la *ratio* della disposizione, la locuzione potrebbe essere intesa in senso finalistico, ossia legittimante l'utilizzo delle false generalità “al fine di creare una *immutatio veri* per tutto il tempo in cui l'operazione è destinata a spiegare i propri effetti, ivi inclusa la fase della successiva deposizione dibattimentale”²¹⁰. A tale conclusione si dovrebbe giungere in considerazione della scarsità delle risorse umane impiegabili in tale particolare attività, ai rischi di ritorsione, nonché ai costi della formazione del personale specializzato in attività *undercover*. Le esigenze connesse ad una tale estensione dibattimentale della “copertura investigativa”, sarebbero quindi tali da giustificare una deroga al disposto

²⁰⁸ A. CISTERNA, *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, in *Guida dir.*, 2006, n. 17, 83.

²⁰⁹ Cfr. L. FILIPPI, *D.l. n. 374 del 2001. Profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, n. 2, 166.

²¹⁰ A. CISTERNA, *Attività sotto copertura*, cit., 83.

dell'art. 497 co. 2 c.p.p., nel senso di consentire la possibilità di declinare le proprie generalità seconda l'identità fittiziamente utilizzata nell'operazione. Si ritiene, inoltre, che questa soluzione permetterebbe di non rendere inutile la disciplina sanzionatoria del co. 10 art. 9 l. 146/2006 secondo la quale è punito con la reclusione da due a sei anni chiunque, in costanza di svolgimento delle operazioni sotto copertura, indebitamente riveli ovvero divulghi i nomi degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria impegnati nelle operazioni stesse²¹¹.

In realtà, in mancanza di una espressa previsione legislativa, la possibilità di sentire i soggetti protagonisti dell'indagine con la loro identità "di copertura" sembra doversi escludere: una norma di carattere eccezionale all'interno del sistema codicistico non può, in nessun caso, essere desunta da esigenze processuali correlate. Pur condividendo l'opportunità di un tale intervento, va precisato come, qualora il legislatore decidesse di importare questo tipo di modello²¹², si troverebbe ad affrontare dubbi di legittimità costituzionale in relazione all'art. 111 Cost co. 3 e 4 difficilmente superabili. Le disposizioni frutto della riforma sul "giusto processo", nel richiedere l'esame diretto del teste a carico, impongono, infatti, di garantire la conoscenza dell'identità del soggetto da parte della difesa e del giudice, così da consentire eventuali accertamenti sull'attendibilità del soggetto esaminato.

Nella ricerca di un punto di equilibrio fra esigenza di tutela dell'infiltrato e vincoli costituzionali, è stata prospettata una soluzione intermedia, secondo la quale si potrebbe riservare la conoscenza delle generalità dell'agente sotto copertura solamente al giudice e al difensore, alla cui deontologia sarebbe affidata la segretezza dei dati identificativi²¹³. In aggiunta, si potrebbe forse estendere la fattispecie penalistica introdotta dall'art. 9 l. 146/1006 a protezione dell'identità dell'infiltrato, sino a sanzionare chiunque riveli indebitamente le sue generalità anche in momenti successivi alla sola fase investigativa.

²¹¹ Ancora A. CISTERNA, *Attività sotto copertura*, cit., 83.

²¹² Come si vedrà meglio oltre (cap. V, par. 1.1.), in Germania il problema è stato affrontato con la legge *OrgKG* del 15 luglio 1992, in materia di lotta al narcotraffico ed alle altre forme di criminalità organizzata. Secondo tale disciplina l'agente *undercover* che assume un'identità fittizia, non deve necessariamente svelare le proprie reali generalità, ma la sua testimonianza diretta è sostituita da una testimonianza *de relato* la cui fonte, anche negli atti processuali, corrisponde all'identità simulata.

²¹³ Sul punto cfr. L. FILIPPI, *D.l. n. 374 del 2001*, cit., 166. Ovvio che il pubblico ministero, al quale spetterà anche di vigilare sulla riservatezza del suo ufficio, già conosca il nominativo dell'ufficiale in quanto, a mente del co. 4 art. 9 l. 146/2006, quando gli viene trasmessa comunicazione dell'inizio dell'operazione, se necessario o se richiesto, gli viene trasmesso anche il nominativo dell'ufficiale di polizia giudiziaria incaricato dell'operazione.

Una soluzione ulteriore – che, tuttavia, si dovrebbe affiancare e non sostituire a quella appena prospettata – concerne la possibilità di sentire gli agenti *undercover* col mezzo della videoconferenza. A norma dell'art. 147-*bis* disp. att. c.p.p., salvo che il giudice ritenga assolutamente necessaria la presenza in aula della persona da esaminare, possono essere sentiti per mezzo del reciproco collegamento audiovisivo i coimputati *ex* art. 210 c.p.p., quando si proceda per i reati di cui agli art. 51 co. 3-*bis* e 407 co. 2 lett. a) n. 4 c.p.p.

La prima problematica attiene quindi alla circostanza che non tutte le operazioni sotto copertura sono disposte per la repressione delle fattispecie di reato indicate nella norma. In realtà, se si considera che l'art. 51 co. 3-*bis* c.p.p. si riferisce a tutti i delitti relativi alla tratta di persone e riduzione in schiavitù, ai delitti di criminalità organizzata di stampo mafioso, al sequestro di persona a scopo di estorsione e al traffico di stupefacenti, e che l'art. 407 co. 2 lett. a) n. 4 richiama i delitti di associazione terroristica ed eversione dell'ordinamento costituzionale, nella previsione di cui all'art. 147-*bis* vi rientrano la gran parte dei reati per cui è possibile attivare operazioni *undercover*. Per le ipotesi di reato che rimangono escluse da tale previsione, ad ogni modo si può fare ricorso al disposto dell'ultimo comma dell'art. 147-*bis* disp. att. c.p.p. che, con una disposizione residuale, prevede la possibilità di ricorrere alla videoconferenza a richiesta di parte, quando venga disposta la nuova assunzione di un soggetto o vi siano gravi difficoltà ad assicurare la comparizione dello stesso.

Considerata la possibilità di poter effettivamente utilizzare lo strumento audiovisivo per l'agente sotto copertura, resta fermo che, in mancanza di una norma *ad hoc*, questi dovrà comunque declinare le proprie reali generalità, senza che la videoconferenza possa risolvere i rischi di ritorsione, né faccia salva la copertura per ulteriori indagini. Si rende così necessario un intervento legislativo che, pur senza introdurre un nuovo istituto, autorizzi l'agente a mantenere le proprie generalità di copertura ed estenda, al contempo, il disposto della lettera b) co. 3 art. 147-*bis* c.p.p. ai soggetti che abbiano agito come infiltrati all'interno di operazioni anticrimine. Questa norma prevede la possibilità che “quando nei confronti della persona sottoposta ad esame è stato emesso il decreto di cambiamento delle generalità” il presidente del collegio dispone le cautele idonee ad evitare che il volto della persona sia visibile.

Così, un'estensione di questa previsione, unita alla possibilità di utilizzare l'identità fittizia per tutto il corso del procedimento, sembra essere la migliore soluzione

per tutelare le diverse esigenze coinvolte in un processo celebrato a seguito di operazioni “mascherate”, pur ricordando come, in mancanza di un espresso intervento legislativo, il carattere eccezionale di questa disciplina non consenta strappi ermeneutici. Con questo non si vuole incentivare la creazione di un ulteriore gruppo di norme che contribuiscono ad accrescere il numero delle disposizioni speciali extra codice, ma si ritiene che, una volta legittimato l'utilizzo di attività investigative non convenzionali, sia opportuno intervenire per tutelare l'incolumità dei soggetti che nell'investigazione danno applicazione a questa disciplina.

2.1. Le dichiarazioni rese dall'imputato all'agente *undercover*

Una volta esaminate le diverse interpretazioni concernenti la posizione che viene ad assumere l'agente sotto copertura in dibattito e le sue possibili modalità di assunzione, occorre chiedersi quale sia il regime di utilizzabilità di quanto dichiarato dagli imputati e raccolto dall'agente nello svolgimento dell'operazione. A tal proposito, la problematica di maggior interesse attiene alla compatibilità della testimonianza dell'agente *undercover* con la previsione di cui all'art. 62 c.p.p. che, com'è noto, vieta l'utilizzabilità delle “dichiarazioni comunque rese nel corso del procedimento dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini”²¹⁴.

In particolare, ci si è domandati quali dichiarazioni cadano sotto il divieto di testimonianza di cui all'art. 62 c.p.p.: e quindi cosa debba intendersi per “dichiarazioni comunque rese nel corso del procedimento dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini”.

Secondo la giurisprudenza dominante²¹⁵, il divieto di testimonianza *ex art.* 62 “opera solo per le dichiarazioni rese in sede procedimentale, come argine a fonti testimoniali surrogatorie della documentazione scritta”²¹⁶. Come dire che, in mancanza di un divieto espresso, le norme che impongono alla polizia giudiziaria l'obbligo di documentazione degli atti – oltre a violare la prescrizione normativa –, sarebbe facilmente aggirabile attraverso la testimonianza degli stessi agenti. Ciò comporterebbe sia la mancanza di certezza sul contenuto delle dichiarazioni riferite *de auditu*, sia

²¹⁴ B. PETRALIA – G. SALERNO, *Le operazioni sotto copertura in materia di armi e riciclaggio*, in *Riv. guard. fin.*, 2003, 958.

²¹⁵ Cass., 4 maggio 1995, in *Cass. pen.*, 1996, 3754; Cass., 18 luglio 1994, Bruno, *ivi*, 1996, 853; Cass., 21 dicembre 1993, *ivi*, 1995, 2658; Cass., 23 novembre 1993, *ivi*, 1995, 666.

²¹⁶ B. TROTTA, *Sulle dichiarazioni rese dal venditore di stupefacenti all'agente provocatore*, in *Cass. pen.*, 1998, 3016.

l'impossibilità di verificare il rispetto delle garanzie che circondano l'interrogatorio dell'imputato.

La stessa Corte costituzionale ha ribadito che il divieto si riferisce solo a dichiarazioni rese "nel corso del procedimento" e non genericamente "in pendenza del procedimento"²¹⁷, o come ha precisato la Suprema corte, la locuzione è da intendersi equivalente di "all'interno del procedimento" e non anteriormente o al di fuori del medesimo²¹⁸. Il divieto *de quo* opererebbe, quindi, soltanto rispetto alle dichiarazioni ricevute da soggetti investiti di una qualifica processuale, mentre non sarebbe applicabile alle dichiarazioni rese ad altri soggetti o per ragioni estranee al procedimento²¹⁹.

Per quanto attiene al soggetto passivo del divieto, si ritiene che, mancando un indicazione nell'art. 62 la testimonianza sia vietata su un determinato tipo di dichiarazioni della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato così da configurare un divieto oggettivo e non soggettivo: è quindi rivolto a chiunque, si tratti di soggetti investiti di una qualifica processuale oppure no, abbia percepito quelle dichiarazioni o ne sia venuto in qualsiasi modo a conoscenza²²⁰.

Poste queste premesse di carattere generale, al fine di capire l'applicabilità di tali regole alle dichiarazioni dell'indagato rese all'agente *undercover* è forse opportuno prendere le mosse da una particolare sentenza della Suprema corte. In questa decisione i giudici di legittimità sostennero che "in tema di reati concernenti le sostanze stupefacenti, gli agenti che svolgono attività investigative da infiltrati secondo quanto previsto dall'art. 97 del d.p.r. 9.10.1990, n. 309, non agiscono nell'ambito dell'operazione svolta, come ufficiali di polizia giudiziaria con i poteri autoritativi e certificatori connessi alla qualifica, ma come soggetti che partecipano all'azione, con la

²¹⁷ Corte Cost., 13 maggio 1993, n. 237, in *Giur. Cost.*, 1993, II, 1728.

²¹⁸ Cass., 20 settembre 1995, in *CED Cass.* n. 202683; Cass., 18 luglio 1994, Bruno, *cit.*

²¹⁹ Cfr. B. TROTTA, *op. cit.*, 3017; in dottrina F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 8^a ed., 2006, 234; A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, 10^a ed., Milano, 2007 secondo il quale "si tratta di disposizione che va riferita più precisamente alle sole dichiarazioni rilasciate, anche spontaneamente, dalla persona sottoposta alle indagini o dall'imputato nell'ambito del procedimento, vale a dire in occasione di un qualsiasi atto del procedimento, non a quelle dichiarazioni che, pur in presenza del procedimento, siano state rilasciate al di fuori di esso". Nello stesso senso A. SANTORU, *art. 62 c.p.p.*, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 532; R. E. KOSTORIS, *Art. 62 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, M. CHIAVARIO (coord. da), vol. I, Torino, 1989, 317; *Contra* A. GIARDA, *Art. 62: di passo in passo, come i gamberi*, in *Corriere giuridico*, 1993, 1294 secondo l'autore "il divieto di testimonianza di cui all'art. 62 c.p.p. è un divieto che attiene alla struttura fondamentale del diritto di difesa dell'imputato, e, se questo è vero, l'imputato ha diritto a non vedere confluire nell'alveo del procedimento penale tutto ciò che ha dichiarato in pendenza del procedimento a prescindere da una posizione funzionale vera e propria".

²²⁰ Cfr. B. TROTTA, *op. cit.*, 3017; Corte Cost., 13 maggio 1993, n. 237, in *Giur. Cost.*, *cit.*, 1728.

conseguenza che non trova applicazione il divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato di cui all'art. 62 del codice di rito, e dunque, che le deposizioni da tali soggetti rese su quanto appreso dall'imputato nel corso dell'investigazione sotto copertura, sono utilizzabili in dibattimento²²¹.

Si è appena visto come la giurisprudenza, in relazione all'inciso "nel corso del procedimento", aveva statuito che il divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'indagato o dell'imputato, essendo diretto ad assicurare l'inutilizzabilità di quanto dichiarato senza la garanzia dell'assistenza del difensore, attraverso la testimonianza *de relato* di chi ha ricevuto tali asserzioni, non riguarda le dichiarazioni rese anteriormente all'inizio del procedimento, ovvero in pendenza del procedimento, ma rese al di fuori dello stesso²²².

La soluzione adottata dai giudici di legittimità in materia di operazioni *undercover*, secondo la quale non dovrebbe applicarsi il divieto di testimonianza *ex art.* 62 c.p.p. all'acquirente simulato di sostanze stupefacenti, non pone tuttavia in discussione "che l'operazione dei militari [...] si sia verificata in pendenza di un procedimento e che quindi come tale possa essere considerata atto del procedimento"²²³.

Non si può dubitare circa la sussistenza di un vero e proprio procedimento penale al momento dello svolgimento dell'azione *undercover* che, in ragione del proprio scopo – il "solo fine di acquisire elementi di prova" – si innesta in un'indagine che ha come suo presupposto naturale l'esistenza di una *notitia criminis*. Per di più, va precisato che per quanto attiene all'assunzione della qualifica di persona sottoposta alle indagini, anche laddove il nominativo non fosse stato ancora iscritto nell'apposito registro, il codice di rito, così come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità²²⁴, si riferisce all'indagato anche in relazione a momenti anteriori alla formale iscrizione²²⁵.

²²¹ Cass., 13 settembre 2001, n. 33561, in R. MINNA – A. S. SARDO, *op. cit.*, 203.

²²² Così Cass. 24. Luglio 1997, in *Cass. pen.*, 1998, 3016.

²²³ Ancora R. MINNA – A. SUTERA SARDO, *op. cit.*, 142.

²²⁴ Cass. 24. Luglio 1997, Console, in *Cass. pen.*, 1998, 3015, nella quale si sostiene che "se formalmente la qualità di persona sottoposta alle indagini, si assume, com'è noto, con l'iscrizione del nome dell'indagato nel registro previsto dall'art. 335 c.p.p., la legge parla di persona sottoposta alle indagini anche in relazione a momenti anteriori all'iscrizione di cui si è detto e, pertanto, sussistono persone di fatto sottoposte alle indagini, le quali, tuttavia non sono formalmente tali". Nello stesso senso Cass. 17 dicembre 1996, Bektas, in *CED n. 207521*.

²²⁵ "Il termine indagato esprime semplicemente una mera posizione procedurale passiva, per assumere la quale è sufficiente la sottoposizione alle indagini della persona ritenuta responsabile di un fatto criminoso. Si tratta dunque di uno *status* che non si acquista mediante un atto formale, come avviene, invece, per la qualifica di imputato, anche perché spesso la finalità delle indagini preliminari è proprio quella di ricercare l'autore del reato, la cui individuazione è suscettibile di modifica con il progredire delle investigazioni" così A. SANTORU, *op. cit.*, 526.

Possono dunque sussistere ipotesi di persone di fatto sottoposte ad indagini, senza che le stesse rivestano la qualifica formale di indagati: “infatti, sia prima che dopo la comunicazione della notizia di reato, la polizia giudiziaria svolge le funzioni riassuntivamente indicate dall’art. 55 c.p.p. e, tra l’altro, può raccogliere sommarie informazioni dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini”²²⁶.

Ad ogni modo, occorre precisare come le trattative intraprese dagli agenti *undercover* non possano certamente considerarsi atti tipici del procedimento, venendo qui a mancare l’elemento della consapevolezza della reciproca posizione procedimentale, che, ove conosciuta, ricondurrebbe alla disciplina prevista da altre norme. Difatti, per quanto attiene all’interrogatorio, dal combinato disposto degli artt. 64, 65 e 134 c.p.p. si evince che lo stesso deve seguire determinate formalità e che la documentazione deve avvenire mediante verbale, pena l’inesistenza giuridica dell’atto. Inoltre, in relazione alle dichiarazioni rese sul luogo e nell’immediatezza del fatto, in base al disposto dell’art. 350 c.p.p. la polizia giudiziaria può raccogliere dichiarazioni senza la presenza del difensore esclusivamente per l’immediata prosecuzione delle indagini, talché vi è un divieto di ogni forma di documentazione ed utilizzazione. Anche qualora l’indagato rilasciasse dichiarazioni spontanee, salvo il richiamo all’art. 503 c.p.p., di esse non sarebbe consentita alcuna utilizzazione dibattimentale. Infine, l’art. 63 c.p.p., impone che qualora durante l’assunzione d’informazioni da persona non indagata o non imputata emergano indizi di reità a suo carico debba essere immediatamente interrotto l’esame; la stessa viene invitata a nominare un difensore e le precedenti dichiarazioni non potranno essere utilizzate nei suoi confronti²²⁷.

Suscita, pertanto, non pochi dubbi l’interpretazione della Suprema corte sopra richiamata che circoscrive l’ambito del divieto di testimonianza contenuto nell’art. 62 c.p.p. esclusivamente alle dichiarazioni rese in atti formali del procedimento o comunque in specifiche situazioni in cui vige l’obbligo di documentazione. In altre parole, la portata dell’art. 62 c.p.p. non deve essere sovrapposta a quella di altre norme, “bensì de[ve] essere individuata con riferimento all’intero contesto da quelle creato, a completamento di esse in un ideale chiusura del sistema delle garanzie difensive”²²⁸.

Partendo da queste premesse, va ricordato che la non riconducibilità ad atti tipici di assunzione di informazioni dalla persona sottoposta alle indagini è irrilevante in

²²⁶ Cass. 24. Luglio 1997, Console, *cit.*, 3016.

²²⁷ Cfr. B. TROTTA, *op. cit.*, 3018.

²²⁸ Testualmente B. TROTTA, *op. cit.*, 3018.

quanto nel considerare l'ambito di applicazione del divieto, a norma dell'art. 62 c.p.p., non si deve fare riferimento ad atti, bensì a “dichiarazioni comunque rese nel corso del procedimento”: pertanto è sufficiente che le dichiarazioni siano rese in pendenza del procedimento e non prima o al di fuori di esso. “Sotto tale profilo, però, non può dubitarsi che l'attività conoscitiva degli agenti operanti, successiva all'acquisizione della *notitia criminis* sia attività di indagine che si inserisce nella fase procedimentale delle indagini preliminari”²²⁹

Seguendo questo percorso ermeneutico, si deve sostenere che l'ampiezza del disposto dell'art. 62 c.p.p. tuteli sia il diritto al silenzio della persona sottoposta ad indagine sia l'obbligo di documentazione formale, in quelle situazioni in cui egli con l'inganno sia indotto a collaborare.

La scelta di non applicare il divieto *de quo* sembra invece orientato più che ad una fedele interpretazione della lettera – nonché dello spirito – della norma, ad un sommesso rigurgito inquisitorio memore di risalenti quanto autorevoli teorie secondo cui “l'imputato è il principe della prova [...] non v'è nel processo penale una prova più preziosa della testimonianza dell'imputato”²³⁰. Nel nostro attuale sistema processuale, al contrario, la norma in esame pare acquisire una valenza pratico-sistematica fondamentale come norma di chiusura di una serie di garanzie volte ad evitare che l'indagato collabori suo mal grado alla formazione dell'impianto accusatorio.

In particolare, questa norma, proprio nelle azioni *undercover* in cui l'indagato è spinto a collaborare con l'inganno, deve spiegare la sua funzione garantista. Certamente, gli agenti dovranno utilizzare questo particolare mezzo investigativo per rintracciare le prove del fatto dall'interno dell'organizzazione criminale, ma la loro attività non deve concretizzarsi nell'aggiramento di norme di garanzia, quale l'inviolabile diritto al silenzio dell'indagato.

Inoltre, tali dichiarazioni non potrebbero certo essere configurate come dichiarazioni spontanee, dal momento che le stesse presuppongono che il dichiarante sia sempre a conoscenza della qualifica soggettiva del suo interlocutore, così da potersi autodeterminare in relazione ad una sua volontaria collaborazione con gli organi investigativi²³¹.

²²⁹ Cass. 24. Luglio 1997, Console, *cit.*, 3016.

²³⁰ F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1946, 235.

²³¹ N. APA, *Note in tema di testimonianza dell'agente provocatore*, in *Giur. it.*, 1999, 140.

Nella richiamata sentenza Console, la Suprema corte è andata oltre il riconoscimento dell'applicabilità del divieto *ex art. 62* alle ipotesi di operazioni sotto copertura, elaborando un'importante distinzione. Non possono, così, formare oggetto di testimonianza “le dichiarazioni rappresentative di precedenti fatti e non anche le condotte e dichiarazioni che accompagnano tali condotte chiarendone il significato, ovvero le dichiarazioni programmatiche di future condotte. Rispetto a tali condotte e dichiarazioni che hanno la portata di fatti storici, il divieto *ex art. 62 c.p.p.* non può operare, e la testimonianza dell'agente provocatore assume valore di rappresentazione di fatti storici, e non di rappresentazione di dichiarazioni a loro volta rappresentative di fatti storici”²³².

Questa ricostruzione ha come fondamento l'idea che il divieto di testimonianza, così come stabilito dal legislatore, debba rivolgersi a quelle dichiarazioni che abbiano una portata confessoria o comunque descrittiva di antefatti rispetto a ciò che materialmente si sta svolgendo dinnanzi ai loro occhi e dei quali ha avuto una diretta percezione e conoscenza²³³. Questa precisazione consente certamente di distinguere le dichiarazioni concernenti fatti verificatisi in precedenza²³⁴, sui quali sicuramente opera il diritto al silenzio, dalle dichiarazioni programmatiche nonché da tutte quelle affermazioni che, nell'accompagnare il materiale svolgimento del fatto, possono acquisire una valenza probatoria.

Tuttavia, in dottrina, non è mancato chi ha fermamente criticato la ricostruzione proposta dalla Corte. La sentenza non ha convinto, in particolare, in punto di motivazione in quanto “si limita a distinguere la natura delle dichiarazioni ma non esplica i motivi per cui quelle ritenute inutilizzabili non lederebbero il diritto di difesa dell'indagato. Il tutto si risolve, dunque, in un assioma, la cui motivazione altro non è che una tautologia del sotteso principio”. Pur dovendosi riconoscere le peculiarità date dal fatto che in operazioni sotto copertura il soggetto non è a conoscenza della qualifica rivestita da chi riceve le dichiarazioni, si ritiene che l'eccezionalità del mezzo

²³² Cass., 24 luglio 1997, *cit.*, 3016.

²³³ Per una dettagliata ricostruzione in chiave comparatistica basata sui risultati cui è pervenuta la giurisprudenza nordamericana e inglese sulle *rule against hearsay*, vedi B. TROTTA, *op. cit.*, 3018.

²³⁴ Non può non tenersi in considerazione che l'indagato, non sapendo di rivolgersi alla polizia giudiziaria, potrebbe anche aver mentito per ottenere un maggior profitto. Si pensi al caso di uno spacciatore che per mera vanteria o per ottenere un miglior prezzo ostenti collegamenti con i principali cartelli internazionali o con organizzazioni criminali senza in realtà esserne parte. Questa eventualità non fa che rafforzare l'idea che una “confessione” ricavata implicitamente va ben oltre le finalità dello strumento *undercover* e che, come avviene del resto per le stesse intercettazioni telefoniche ed ambientali, le dichiarazioni dell'indagato in un ambito non procedimentale vadano contestualizzate e comprovate.

undercover non possa essere utilizzata per aggirare divieti valevoli *erga omnes* e posti a garanzia del diritto al silenzio. Così, si sostiene che , in effetti, “non tutte le dichiarazioni rilasciate dalla persona sottoposta alle indagini sono inutilizzabili in base al disposto dell’art. 62 c.p.p., anche se, al contrario di quanto sostenuto dai giudici della Suprema corte, il vero *discrimen* che dà vita al differente regime di utilizzabilità è determinato dalla possibilità che le suddette dichiarazioni integrino direttamente fattispecie delittuose”²³⁵.

Alcuni profili di particolare interesse concernono, invece, la possibile utilizzazione delle dichiarazioni raccolte dal privato che abbia collaborato con l’autorità giudiziaria in una operazione sotto copertura. La problematica principale ha ad oggetto la legittimità a fini processuali delle dichiarazioni rese dagli imputati al privato e da questi registrate quale “ausiliario” della polizia giudiziaria. Si determinano, in tal caso, due problemi interpretativi che attengono rispettivamente alla possibilità che l’ufficiale di polizia giudiziaria possa avvalersi di un privato per ottenere un’ammissione di responsabilità da un indagato e alla legittimità della immissione processuale – attraverso la testimonianza dell’ausiliario. – delle dichiarazioni che gli vengono per espresso incarico dell’ufficiale di polizia giudiziaria responsabile dell’operazione.

Si tratta, in sostanza, dell’ipotesi in cui un soggetto venga incaricato dalla polizia giudiziaria di avvicinare una persona allo scopo di indurla a rivelare fatti pregiudizievoli per sé o per altri; tale situazione andrebbe tenuta nettamente distinta dall’uso processuale di registrazioni effettuate di propria iniziativa e senza l’intervento della polizia giudiziaria: in quanto qui l’autore del controllo non è un soggetto terzo bensì lo stesso interlocutore, per cui – versandosi fuori dall’area tutelata dall’art. 15 Cost. – non si dovrebbe ritenere applicabile la disciplina delle intercettazioni²³⁶. Da queste premesse si è concluso che le dichiarazioni rese dall’imputato al privato – e da questi registrate su incarico della polizia giudiziaria – sono legittimamente acquisibili agli atti processuali ed utilizzabili ai fini probatori²³⁷. Inoltre, poiché la registrazione di una conversazione telefonica non rientra tra le intercettazioni telefoniche non la si dovrebbe sottoporre alle limitazioni e alle formalità proprie di tale strumento: quanto raccolto dovrebbe, così,

²³⁵ Cfr. N. APA, *Note in tema di testimonianza*, *op. cit.*, 140.

²³⁶ Cfr. R. MINNA – A. SUTERA SARDO, *op. cit.*, 152.

²³⁷ Cass., 14.4.1999, in *Cass. pen.*, 2000, 2026.

essere utilizzato liberamente per avvalorare le dichiarazioni testimoniali di chi l'ha effettuata²³⁸.

Questo orientamento si pone sulla medesima pericolosa linea che sostiene l'inapplicabilità dell'art. 62 c.p.p. alle operazioni *undercover*. A ben vedere, non poche perplessità suscita il predisporre, ad opera della polizia giudiziaria, strumenti idonei a procedere alla captazione di conversazioni in danno del soggetto colloquante attraverso una surrettizia elusione delle norme che impongono situazioni e mezzi tassativi per superare la segretezza delle comunicazioni, così come costituzionalmente protetta²³⁹. Secondo tale ricostruzione si avrebbe, per di più, una violazione del diritto di difesa dell'accusato, più precisamente si dovrebbe ravvisare in una tale prassi l'utilizzo, peraltro vietato, di metodi o tecniche idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione del soggetto che si trovi così a dichiarare fatti a sé sfavorevoli. Ancora, secondo un più maturo indirizzo giurisprudenziale, sono inutilizzabili, poiché illegittimamente acquisite, le registrazioni di conversazioni eseguite per il "tramite fisico" di un collaboratore – che incanala i colloqui su temi preordinati –, sulla cui persona è stato celato un microfono collegato via radio con l'unità centrale di polizia giudiziaria. Ad una tale conclusione si deve giungere perché la fattispecie non si diversifica dal collocamento dell'apparecchio nell'ambiente frequentato dalle persone delle quali si intendono intercettare le comunicazioni, così da rendersi obbligatoria l'applicazione delle rigorose regole di cui all'art. 266 co. 2 c.p.p.²⁴⁰

In particolare, ciò che accomuna le due ipotesi è l'identità di *ratio*: in entrambe si verifica una grave ingerenza nella vita privata dei soggetti interessati non eliminata, né attenuata, dalla circostanza meramente accidentale che uno di loro sia consenziente; piuttosto, proprio in considerazione dell'esigenza di salvaguardare il cittadino da possibili arbitrii dell'autorità, il legislatore ha circondato di cautele questo tipo di investigazioni, subordinandone la liceità all'autorizzazione o alla ratifica del giudice, il quale ha il compito di verificare se in concreto sussistano le condizioni specificamente previste per giustificare il sacrificio del bene tutelato.

Concludendo, va ribadito che la polizia giudiziaria non può in alcun modo aggirare, attraverso l'ausilio di soggetti privati, gli obblighi legislativamente previsti per l'utilizzo di mezzi di ricerca della prova tipici – quali le regole di cui agli artt. 62, 63,

²³⁸ In questo senso ancora R. MINNA – A. SUTERA SARDO, *op. cit.*, 153.

²³⁹ Così Cass., 18 aprile 2001, in R. MINNA – A. SUTERA SARDO, *op. cit.*, 153.

²⁴⁰ Cass., 13 gennaio 1999, in *Foro Ambrosiano*, 1999, 452.

266 e 267 c.p.p. – così da ottenere prove utilizzabili per il dibattimento. Si ritiene, quindi, che quanto detto in proposito dell'applicabilità del divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato, così come quanto si dirà a proposito delle dichiarazioni indizianti, deve trovare applicazione anche qualora non sia direttamente l'ufficiale di polizia giudiziaria ad agire, essendo le dichiarazioni delle quali si parla raccolte dal privato investito di tale potere quale *longa manus* dell'autorità.

2.2. Segue: il divieto ex art. 63 c.p.p.

Con la norma in oggetto, il legislatore ha inteso affiancare al divieto di testimonianza di cui all'art 62 c.p.p. un'ulteriore prescrizione a tutela del principio *nemo tenetur se detegere*. Si ritiene, infatti, che l'art. 63 c.p.p. offra una tutela anticipata del diritto al silenzio operante in sede di interrogatorio e, più in generale, del diritto di difesa di chi ancora non rivesta una qualifica processuale.

Alcuni autori hanno sottolineato come l'art. 63 c.p.p. abbia una portata inferiore rispetto al divieto ex art. 62 c.p.p. poiché dovrebbe riferirsi alle sole dichiarazioni rese in sede di esame davanti alla polizia giudiziaria o all'autorità giudiziaria da persona che doveva essere sentita fin dall'inizio in qualità di imputato o di persona sottoposta alle indagini²⁴¹. L'applicazione di questa linea interpretativa ad operazioni *undercover* comporta che “alle dichiarazioni rese all'agente di polizia giudiziaria che funga da simulato acquirente di sostanze stupefacenti non può trovare applicazione il limite di utilizzabilità previsto dal comma 2 dell'art. 63 c.p.p., poiché non si tratta di dichiarazioni rese nel corso di un esame o di assunzione di informazioni in senso proprio e tali dichiarazioni non costituiscono la rappresentazione di eventi già accaduti o la descrizione di una precedente condotta delittuosa, ma, inserendosi invece in un contesto commissivo, realizzano la stessa condotta materiale del reato”²⁴². Seguendo la linea ermeneutica privilegiata in tale occasione dalla Suprema corte, l'utilizzo nella norma del termine “esame” dovrebbe necessariamente ricondurre la prescrizione all'interno delle dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria in sede di assunzione di informazioni (art. 362 c.p.p.) o di sommarie informazioni (art. 351 c.p.p.) da chi viene sentito come persona che può riferire circostanze utili ai fini delle indagini.

²⁴¹ R. MINNA – A. SUTERA SARDO, *op. cit.*, 141.

²⁴² Cass., 28 aprile 1997, cit.

Affinché possa operare la regola *de qua*, dovrebbe quindi trattarsi di dichiarazioni che rilevano in quanto rappresentative di fatti e circostanze oggetto di indagine. Inoltre, ci si dovrebbe riferire a dichiarazioni rese in pendenza di un procedimento – quali assunzione di informazioni o di sommarie informazioni – dotate di precisi requisiti formali circa la qualità dei soggetti che vi procedono e alla documentazione delle stesse.

Ne deriva che, non essendo nota la qualità di chi riceve le dichiarazioni queste non possono essere ricondotte ad un atto tipico del procedimento quale l'assunzione di informazioni o sommarie informazioni da persona che può riferire circostanze utili ai fini delle indagini. Così, l'applicazione del disposto di cui all'art. 63 c.p.p. sarebbe impedito dall'impossibilità di ricondurre la fattispecie all'interno della disciplina prevista nell'art. 351 c.p.p., rientrando invece nei casi di acquisizioni di elementi di prova previsti dalle diverse ipotesi legislative²⁴³.

Ad una tale – poco garantistica – ricostruzione ermeneutica si è opposto con fermezza parte della dottrina, avallata da un nuovo orientamento della Suprema corte²⁴⁴. Questa tesi ha come punto di partenza l'intervento delle Sezioni unite²⁴⁵ che, nel fare proprio l'indirizzo giurisprudenziale sino a quel momento minoritario²⁴⁶, risolse il dibattito intorno all'art. 63 c.p.p. precisando come le dichiarazioni della persona che fin dall'inizio avrebbe dovuto essere sentita in qualità di indagata o imputata sono inutilizzabili anche nei confronti dei terzi. Difatti, posto che il nucleo di tale norma è rappresentato dal “fronte avanzato di tutela del diritto al silenzio” – protetto, proprio per la generale correttezza del metodo probatorio, fin da un momento antecedente all'assunzione della formale qualità di indagato–, seguendo quel soffio di garantismo che ha ispirato l'intervento delle Sezioni unite, si è voluto “recepire ed irrobustire”

²⁴³ Cfr. R. MINNA – A. SUTERA SARDO, *op. cit.*, 146.

²⁴⁴ Cass., 31 marzo 1998, in *Cass. pen.*, 2000, 965, con nota di P. GAETA, *Dichiarazioni di indagato “provocate” da agenti infiltrati: la libertà di autodeterminazione quale canone di utilizzabilità*, *ivi*, 2002, 968.

²⁴⁵ Sez. un., 9 ottobre 1999, in *Cass. pen.*, 1997, 2428; in *Dir. pen. proc.*, 1997, 600, con nota di A. SANNA, *L'art. 63 comma 2 c.p.p. nella giurisprudenza*, *ivi*, 1997, 603; in *Guid. dir.*, 1997, n. 12, 64, con nota di MAINA, *Le dichiarazioni restano escluse dal divieto se favorevoli a chi le rilascia o a terzi*, *ivi*, 1997, n. 12, 66; in *Foro it.*, 1997, II, 328, con nota di richiami di A. FERRARO.

²⁴⁶ Cass., 8 febbraio 1994, in *Cass. pen.*, 1996, 177 con nota di DI PALMA, *Inutilizzabilità delle dichiarazioni indizianti ed invalidità derivata*, *ivi*, 1996, 182; Cass., 11 aprile 1994, in *Cass. pen.*, 1995, 710, con nota di G. AMATO, *Qualche puntualizzazione sulla figura dell'agente provocatore in materia di acquisto simulato di sostanze stupefacenti*, *ivi*, 1995, 715; Cass., 6 aprile 1995, in *Cass. pen.*, 1996, 3709; Cass. 17 dicembre 1996, in *CED Cass.*, n. 207521.

l'impianto di garanzie in favore dell'indagato soprattutto in ambiti dove maggiori sono i rischi di lesione del diritto al silenzio²⁴⁷.

La motivazione attraverso cui i giudici di legittimità pervengono ad un tale mutamento di indirizzo – con l'intento di non aggrapparsi a considerazioni di natura etica – trova fondamento in argomentazioni estremamente “tecniche”. Si sostiene allora che non sia “consentito alla polizia giudiziaria, in un sistema rigorosamente ispirato al principio di legalità, scostarsi dalle previsioni legislative per compiere atti atipici i quali, permettendo di conseguire risultati identici o analoghi a quelli conseguibili con atti tipici, eludano tuttavia le garanzie difensive dettate dalla legge per questi ultimi. Siffatta elusione indubbiamente si verifica allorché l'operatore di polizia giudiziaria, non palesandosi come tale, miri ad ottenere dalla persona già colpita da indizi di un reato dichiarazioni che possano servire alla prova di questo e della relativa responsabilità; ne consegue che di tali dichiarazioni non può tenersi conto non solo nei confronti di chi le ha rilasciate, ma anche nei confronti degli indagati per il medesimo fatto ovvero per fatti connessi o collegati”²⁴⁸. E' evidente che in questo passaggio la Corte si riferisca al modello di ricezione di dichiarazioni da indagato plasmato dagli artt. 64 e 65 c.p.p. come un atto a contenuto narrativo dettagliatamente disciplinato in ragione del principio di autodeterminazione dell'imputato. L'interrogatorio dell'indagato – benché in alcun modo reso obbligatoriamente, né a titolo di verità – presenta insomma “questo carattere di indefettibile tipicità: esso è dialogo su di un tema annunciato, su di un nucleo storico di circostanze preventivamente esplicitate [...]. Soprattutto è *litis contestatio* nell'oggetto, nel metodo e nelle implicazioni psicologiche, proprio per la consapevolezza, in capo a chi risponde (o decide di non rispondere), della finalizzazione dell'atto”²⁴⁹.

Al contrario, quando le dichiarazioni dell'indagato vengano rilasciate ad agenti sotto copertura – infiltrati nell'organizzazione criminale al fine di ricercare elementi probatori e che, per tale ragione, necessariamente dissimulano la propria qualità e funzione – si realizza un aggiramento implicito delle norme attraverso l'imposizione di un ruolo attivo nella ricostruzione della fattispecie penale proprio al soggetto che subisce il procedimento²⁵⁰.

²⁴⁷ Cfr. P. GAETA, *op. cit.*, 973.

²⁴⁸ Cass., 31 marzo 1998, Parreca, cit.

²⁴⁹ P. GAETA, *op. cit.*, 973.

²⁵⁰ In proposito si veda P. GAETA, *op. cit.*, 973, in cui l'autore osserva efficacemente come si abbia una “manipolazione dell'ordine logico in quanto il narrato è acquisito prescindendo dalla previa osservazione

E' opportuno considerare come il legislatore si sia mostrato particolarmente attento nella costruzione di un piano di garanzie relative alle dichiarazioni rese dalla persona sottoposta alle indagini, tanto da prevedere l'utilizzazione delle stesse a fini decisori solo quando l'interrogatorio sia stato effettuato dal pubblico ministero, ovvero nel caso in cui l'abbia delegato alla polizia giudiziaria (art. 503 co. 5 c.p.p.). La stessa norma impone, peraltro, che le uniche dichiarazioni acquisibili al fascicolo per il dibattimento siano quelle rilasciate dall'imputato in situazioni nelle quali il difensore aveva il diritto di assistervi. Ancor più significativo è il disposto dell'art. 350 c.p.p. in base al quale, pur in presenza del difensore, le dichiarazioni raccolte dalla polizia giudiziaria *motu proprio* potranno essere utilizzate esclusivamente per le contestazioni.

Nel porre così a confronto la normativa generale con quella che si vorrebbe ricavare dalla disciplina in materia di operazioni sotto copertura, si evince che, se mal interpretate, tali norme possono giungere sino a stravolgere il sistema processuale a partire dai suoi principi cardine. Si otterrebbe cioè il deteriore risultato di privare l'indagato della garanzia del proprio difensore, oltre che degli avvertimenti *ex art. 64 c.p.p.*, proprio in una circostanza in cui la presenza di questo risulterebbe fondamentale per non pregiudicare la sue prerogative.

In definitiva, l'interpretazione che rende inapplicabile il disposto dell'art. 63 c.p.p. alle dichiarazioni rilasciate ad agenti *undercover* va decisamente criticata. Se è vero infatti che lo "strumento investigativo di rottura", rappresentato dall'operazione "mascherata" nasce per soddisfare esigenze di ricerca delle prova in circostanze di fatto in cui risulta particolarmente complesso acquisirle, è anche vero che non può giungere sino a contorcere il sistema processuale e farlo crollare dal suo interno. Come dire che è vana la ricerca di soluzioni alternative agli ordinari strumenti investigativi di un sistema accusatorio-garantista, quando in realtà l'unico, mal celato, obiettivo è il ritorno ad ancestrali logiche più nettamente inquisitorie: l'imputato è depositario di una verità tanto preziosa da apparire irrinunciabile.

3. La documentazione delle operazioni sotto copertura e la loro utilizzabilità processuale.

(su) di una contestazione: e dunque al 'principio di iniziativa' (rappresentato dalla sequenza: contestazione – domanda – risposta o silenzio) si sostituisce un 'principio di inerzia' esattamente antitetico al primo, nel quale il dichiarato è frutto dell'inerte conservazione dell'originaria cadenza colloquiale (e relativa 'fiducia') con il proprio interlocutore, ispirata, come ogni conversazione non formalizzata ad una accentuata 'mobilità disordinata' del dire.

Un'ulteriore questione, direttamente connessa con la testimonianza dell'agente *undercover*, attiene all'utilizzabilità delle relazioni dell'ufficiale di polizia giudiziaria infiltrato. Risulta allora preliminarmente necessario capire quale sia la forma di documentazione più idonea a soddisfare le prescrizioni legislative nel caso *de quo*. A norma dell'art. 357 c.p.p. "la polizia giudiziaria annota secondo le modalità ritenute idonee ai fini delle indagini, anche sommariamente, tutte le attività svolte"; da questa prescrizione, in dottrina, si è dedotto che "non si possa prendere nota di attività consistite in simulate trattative se non cercando di riportare, nella maniera più fedele ed aderente, il contenuto dei colloqui sostanzianti le trattative" così da doversi ritenere pienamente utilizzabili le relazioni di servizio redatte dall'agente sotto copertura²⁵¹.

Seguendo questa ricostruzione, la mancata verbalizzazione nelle forme di rito non dovrebbe inficiare la valenza probatoria delle relazioni di servizio nelle quali saranno riportate, in forma di citazioni, le dichiarazioni rese inconsapevolmente dall'indagato alla polizia giudiziaria. Tali annotazioni sarebbero pienamente utilizzabili sia perché la documentazione acquisisce la sola funzione illustrativa delle attività svolte, sia perché le frasi riportate non dovrebbero essere considerate vere e proprie dichiarazioni: queste sono state proferite all'indirizzo dell'ufficiale di polizia giudiziaria solo in via mediata ed inconsapevole. Infine si sostiene che la verbalizzazione nelle forme di legge sarebbe incompatibile con l'attività dell'agente infiltrato che, per il buon esito delle indagini e per garantire la propria incolumità personale, deve mantenere il segreto sulla propria reale identità. In tal modo, la relazione di servizio, riportata nelle forme dell'annotazione, dovrà entrare a far parte del fascicolo del dibattimento posto che in esso sono contenuti, fra gli altri, i verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria²⁵² (art. 431 co. 2 c.p.p.).

Occorre sottolineare come questa linea interpretativa pur per certi aspetti condivisibile, non sia, ad ogni modo, esente da critiche. Per ciò che attiene *in primis* alla forma della documentazione dell'attività *undercover*, non convince la presunta incompatibilità fra la verbalizzazione completa dell'attività simulata, posto che le ragioni temporali, nonché quelle attinenti alla tutela dell'identità dell'agente, possono essere superate per il tramite di una verbalizzazione successiva, che naturalmente non potrà essere contestuale allo svolgimento dei fatti. E' tuttavia necessario ricordare come

²⁵¹ Così B. PETRALIA – G. SALERNO, *op. cit.*, 960.

²⁵² Cfr. R. MINNA – A. SUTERA SARDO, *op. cit.*, 151; B. PETRALIA – G. SALERNO, *Le operazioni sotto copertura*, cit., 960.

le operazioni sotto copertura non rientrano, in genere, fra quelle attività per cui l'art. 357 co. 2 stabilisce un obbligo di documentazione esaustiva; risulta utile, però, porre l'accento sia sull'utilità intrinseca della verbalizzazione, poiché dotata di un maggior grado di persuasività rispetto alla annotazione, sia di una serie di circostanze in cui la stessa è in realtà imposta. Innanzitutto, come già si è visto, in tutti i casi in cui si deve provvedere a un differimento di atti all'interno dell'attività simulata sorge in capo all'ufficiale un obbligo di verbalizzazione: se si considera che nell'unico passaggio normativo in cui il legislatore si occupa di documentazione dell'attività *undercover* ha imposto la verbalizzazione, non si riesce ad individuare una incompatibilità della stessa con tale attività intesa nel suo insieme, ed anzi si potrebbe analogicamente ricavare un obbligo di documentazione esaustiva che va ad investire l'intera operazione sotto copertura. Inoltre, in tutti i casi in cui l'autorità giudiziaria abbia intrapreso tale attività senza attendere le direttive impartite dal pubblico ministero, l'obbligo di redazione del verbale è imposto dalla lett. *f* co. 2 dell'art. 357 c.p.p.

In ultima analisi, proprio l'art. 431 lett. *b* c.p.p. enuncia fra gli atti che devono esser acquisiti al fascicolo del dibattimento i verbali degli atti irripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria, così da richiedere implicitamente che, affinché gli atti ripetibili possano entrare a far parte della cognizione del giudice del dibattimento, gli stessi debbano necessariamente essere raccolti attraverso una completa documentazione.

Appare, poi, inesatta la tesi secondo la quale tutto ciò che venga trascritto in tali documentazione può costituire elemento di prova da valutare in dibattimento. Al pari di quanto avviene in materia di testimonianza dell'agente *undercover*, l'annotazione, ovvero il verbale, non possono essere utilizzati per aggirare divieti posti dalla legge a garanzia del diritto al silenzio dell'imputato: le dichiarazioni rilasciate da colui che doveva essere sentito sin dal principio in qualità di indagato non potranno essere utilizzate in dibattimento, neppure qualora fossero state debitamente verbalizzate. Come detto, infatti, vengono a mancare le garanzie difensive che consentono al soggetto di scegliere liberamente se determinarsi a rendere dichiarazioni sfavorevoli a se o ad altri, per ciò che attiene a fatti già verificatisi. Diversamente, saranno pienamente utilizzabili i verbali nel punto in cui contengono una descrizione degli avvenimenti così come direttamente appreso dall'ufficiale di polizia giudiziaria, con la precisazione che sulle sommarie informazioni rese e dichiarazioni spontanee ricevute dalla persona indagata, in base al combinato disposto degli artt. 195 co. 4 e 357 co. 2 lett. *b* c.p.p., l'ufficiale di

polizia giudiziaria incaricato non potrà neppure fornire testimonianza indiretta di quanto eventualmente appreso dagli ausiliari o dalle persone interposte nell'operazione sotto copertura.

Un'ultima questione da affrontare riguarda la possibile utilizzazione probatoria delle registrazioni audiovisive eseguite dall'agente infiltrato. A conferma di quanto detto a proposito della documentazione, la Suprema corte a sezioni unite ha escluso che possano essere acquisiti sotto forma di documenti, registrazioni audio-video contenenti dichiarazioni provenienti dall'indagato o da testimoni ed effettuate dalla polizia giudiziaria in violazione di specifiche regole di acquisizione della prova. Ciò perché “non è utilizzabile come prova la registrazione fonografica effettuata clandestinamente da personale della polizia giudiziaria e rappresentativa di colloqui intercorsi fra lo stesso ed i suoi confidenti o persone informate dei fatti o indagati, perché urta contro i divieti di cui agli articoli 63 co. 2, 191, 195 co. 4 e 203 c.p.p.”²⁵³.

Va da sé che sarà consentita l'acquisizione della registrazione audiovisiva come prova documentale purché, per il proprio contenuto, non sia idonea ad aggirare i divieti di acquisizione probatoria relativi ad atti tipici del procedimento.

4. L'agente sotto copertura nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo.

Un importante contributo nell'interpretazione della normativa interna in materia di “strumenti investigativi di rottura” è offerto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, poiché la stessa – nel verificare la rispondenza delle normative degli Stati aderenti ai principi della Convenzione di Roma (C.e.d.u.) – ha fissato limiti invalicabili per l'attività di provocazione al reato.

La Corte è stata chiamata a giudicare sull'equità processuale delle sentenze di condanna che abbiano come proprio fondamento l'attività investigativa svolta da agenti di polizia sotto copertura; in particolare nella prima e fondamentale pronuncia sulla materia *de qua*²⁵⁴, è stata ravvisata la violazione dell'art. 6 § 1 della C.e.d.u. “laddove un cittadino venga ad essere condannato per un reato alla cui commissione sia stato indotto per il surrettizio apporto istigatorio di agenti delle forze dell'ordine, camuffatisi da

²⁵³ Cass., 28 maggio 2003, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2003, 540.

²⁵⁴ Sentenza Teixeira de Castro c. Portogallo, 9 giugno 1998, in *Recueil des arrêts e décisions*, 1998, IV, 1463, §36.

potenziali cointeressati all'attività criminosa"²⁵⁵. La decisione acquista un notevole rilievo se si considera come la norma portoghese di riferimento – l'art. 52 d.l. n. 430 emanato dal governo portoghese il 13.12.1983 – presenta notevoli affinità con il nostro art. 97 d.p.r. 309/1990, e che le legislazioni interne degli Stati aderenti oltre a dover essere rispettosa del proprio dettato Costituzionale, devono adeguarsi alle normative internazionali vigenti, ed in particolare alle disposizioni contenute nella C.e.d.u.

Nella nota sentenza “Teixeira de Castro” la Corte europea si era trovata a verificare la legittimità di un provvedimento di condanna emesso a seguito di un'operazione sotto copertura intrapresa da agenti di polizia portoghese nei confronti di un soggetto senza precedenti specifici e tesa a procurargli, evidentemente, l'occasione di delinquere. E' stata così censurata la possibilità di riconoscere la responsabilità di un soggetto provocato sulla base di un impianto accusatorio appositamente preordinato mediante una vera e propria istigazione delle forze dell'ordine. Entrando poi nel dettaglio della motivazione, due sembrano essere i profili di illegittimità rilevati. Innanzitutto, sembra evincersi che la prova dedotta attraverso un'attività *undercover* possa considerarsi pienamente ammissibile alla sola condizione che l'attività degli infiltrati si sia limitata ad una attività appunto di mera infiltrazione²⁵⁶, e non quando si spinga sino ad indurlo “positivamente” alla commissione del delitto per svelarne le attitudini criminose. Un secondo elemento acquista poi una valenza fondamentale, poiché eleva a condizione di utilizzabilità un presupposto che deve essere considerato premessa imprescindibile di ogni attività sotto copertura: il tipo di indagine svolto appariva intrinsecamente lesivo dei diritti fondamentali dell'uomo perché realizzato al di fuori di un procedimento gestito dall'autorità giudiziaria.

L'esistenza di un duplice rilievo nella motivazione della sentenza, crea in realtà anche notevoli dubbi con riguardo ai profili che, attraverso un ragionamento induttivo, permettano di ricavare dal caso concreto la regola generale elaborata dalla Corte europea. Non è, invero, agevole comprendere se l'attività di vera e propria provocazione sia stata reputata in sé inammissibile, ovvero se la stessa sarebbe stata considerata legittima qualora fosse stata subordinata ad un controllo dell'autorità giudiziaria o,

²⁵⁵ A. VALLINI, *Il “caso Teixeira de Castro” davanti alla Corte europea dei diritti dell'Uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi “legali” di infiltrazione poliziesca*, in *LP*, 1999, 197.

²⁵⁶ Cfr. A. VALLINI, *op. cit.*, 200; nel caso di specie l'attività di mera infiltrazione si sarebbe dovuta limitare alla sola stipula del negozio illecito con il provocato.

ancora, se all'opposto la mera infiltrazione possa considerarsi legittima anche al di fuori di un controllo giudiziale²⁵⁷.

Ad ogni modo, la prima conclusione che si può trarre nell'applicare i concetti elaborati dalla Corte europea alle norme interne impone una scelta che propenda verso un controllo preventivo ed effettivo del pubblico ministero di tutte le operazioni sotto copertura. Tale opzione – di cui già si sono illustrati i vantaggi in termini di rispondenza con il sistema processuale nel suo complesso –, vista alla luce del principio di equità processuale, acquisisce un'importanza fondamentale ai fini dell'utilizzabilità di quanto raccolto nel corso delle indagini *undercover*. Di fatto, non si tratta più di una scelta elaborata in termini di soggetti processuali che meglio possano svolgere l'indagine, ma di un'opzione necessaria affinché tali investigazioni possano giungere sino al processo.

La normativa interna, vista in quest'ottica, pur avendo suscitato non poche perplessità in ragione della sua formulazione²⁵⁸, può – e deve – essere riletta ed interpretata così da risultare conforme alle indicazioni della Corte europea; tanto più che tale scelta ermeneutica è necessaria al fine di ottenere un'utilizzo dibattimentale del materiale probatorio raccolto sotto copertura.

Sotto l'altro aspetto preso in esame nella sentenza “Teixeira de Castro” – vale a dire la legittimità di una attività di infiltrazione ma non di una vera e propria provocazione al reato – la normativa interna sembra poi agevolmente adeguabile al modello idealmente tracciato. In particolare, si può affermare che l'attività della polizia giudiziaria può essere considerata ammissibile quando sia priva dei connotati di vera e propria istigazione al reato. Alcune condotte menzionate nelle diverse normative speciali – che nel nostro ordinamento hanno negli anni istituito le operazioni sotto copertura per una certa categoria di reati – come la ricezione, l'occultamento o l'intromissione paiono di per sé alludere ad una mera attività di infiltrazione; altre condotte, quale il vero e proprio “acquisto”, dovranno invece essere “circoscritte in via

²⁵⁷ Vedi ancora A. VALLINI, *op. cit.*, 201, il quale sostiene inoltre, “se quel che viene ad inficiare le prove è alla fin fine, nel caso di una provocazione poliziesca, il loro essere frutto di una concezione ‘distorta’ dell'attività di prevenzione del crimine, v'è da chiedersi se effettivamente un così profondo difetto strutturale possa essere rimediato dal semplice apporto formale della magistratura, quando questo, per ovvi motivi di buona riuscita dell'operazione, non potrebbe comunque mai tradursi in un'effettiva ‘giurisdizionalizzazione’; sotto altro profilo non è chiaro se da quanto afferma la Corte possa evincersi che uno strumento di indagine ‘anomalo’ quale quello in oggetto [...] possa legittimamente assurgere ad arma generale degli inquirenti, utilizzabile al di là di ogni limitazione ‘oggettiva’, essendo sufficiente a garantire l'ammissibilità la mera garanzia di un controllo giudiziale”.

²⁵⁸ Si pensi all'art. 97 d.p.r. 309/1990 o all'art. 9 l. 146/2006 che nelle loro formulazione prevedono per la polizia giudiziaria un mero onere di “comunicazione” al pubblico ministero dell'operazione sotto copertura intrapresa

esegetica”: si potrà, così ritenere lecito l’acquisto di una partita di droga da uno spacciatore che stia già provvedendo a soddisfare la sua abituale clientela, ma non sarà né legittima né utilizzabile l’attività diretta a stimolare un soggetto a procurarsi la droga, in un momento in cui sia sostanzialmente alieno da propositi criminosi²⁵⁹. Ad una attenta lettura, in realtà, questa interpretazione della disciplina interna era già imposta dalla stessa lettera della legge. Difatti, tutte le norme in materia operazioni sotto copertura indicano il fine ultimo di tale strumento nella ricerca di elementi probatori: come dire che tutti gli strumenti investigativi disciplinati si devono innestare in un tronco di indagini già sviluppatosi per cui il soggetto passivo deve, sin dal principio, aver assunto la qualità di indagato. Questa ricostruzione riduce al minimo la possibilità che nel nostro ordinamento agenti sotto copertura si determinino per istigare un soggetto incensurato, non sottoposto ad indagini, così da offrirgli un’isolata occasione di delinquere. Inoltre, si circoscrive l’ambito di applicazione di questi strumenti investigativi di rottura configurandoli come *extrema ratio*, “ non essendo ammissibile che i presupposti del punire vengano ad essere surrettiziamente creati mediante un’attività di induzione alla commissione del delitto, in virtù del perverso meccanismo autoreferenziale, teso a creare ‘ dal niente’ le premesse per il suo stesso operare”²⁶⁰.

A conferma della correttezza di tale ricostruzione esegetica vi è un ulteriore pronuncia – di segno opposto – della Corte europea in materia di provocazione consentita²⁶¹. In tale decisione la Corte, dopo aver richiamato i principi elaborati nel caso “Teixeira de Castro”, ha ritenuto di dover giungere a diverse conclusioni in quanto le autorità impegnate si erano limitate ad osservare il comportamento di soggetti che si muovevano in ambienti vicini alla criminalità, e la commissione del reato dipese, in ultima istanza, da una libera scelta dell’imputato, non influenzata in maniera sostanziale dagli agenti di polizia²⁶². D'altronde, come osservato dalla stessa Corte, in questo caso la condanna del ricorrente non si è fondata in misura determinante sulle dichiarazioni dell’agente infiltrato, in più, nel corso della fase dibattimentale svoltasi presso il Tribunale di Milano il ricorrente ha avuto l’opportunità di interrogare gli agenti di

²⁵⁹ Cfr. A. VALLINI, *op. cit.*, 202.

²⁶⁰ A. VALLINI, *op. cit.*, 204.

²⁶¹ Corte e.d.u., 21 marzo 2002, Calabrò c. Italia e Germania, n. 59895/00, in *Cass. pen.*, 2002, 2920, con nota di A. TAMINETTI, *Agenti provocatori e diritto all’equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell’Uomo*.

²⁶² Nella specie la Corte ha ritenuto di non potersi equiparare all’azione di un agente provocatore, l’attività del poliziotto tedesco che, dopo aver dichiarato la propria disponibilità alla cessione di sostanze stupefacenti ed esser stato in seguito contattato dall’indagato, si era limitato ad organizzare un incontro per la consegna della merce.

polizia che parteciparono all'inchiesta e di chiarire le modalità e la natura dell'operazione che ha condotto al suo arresto. La decisione, oltre a confermare quanto già detto, introduce un ulteriore profilo la cui importanza si riverbera sulla stessa testimonianza dell'agente sotto copertura.

Si è ritenuta legittima l'utilizzazione di quanto dichiarato dall'agente tedesco incaricato dell'operazione nonostante egli – benché citato talvolta come testimone talvolta come coimputato – non sia mai comparso nel corso del dibattimento. La Corte è giunta a questa conclusione poiché le dichiarazioni rilasciate dall'agente tedesco, non suscettibili di chiamare in causa la penale responsabilità del loro autore, corroborarono gli altri elementi di prova che pesavano a carico del ricorrente²⁶³.

Un dato incontrovertibile che emerge, dunque, dalla decisione della Corte consiste nel rilievo che, a prescindere dalla qualifica dell'agente *undercover* come coimputato o testimone, la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulle base delle sole dichiarazioni dell'infiltrato che non abbiano un riscontro ulteriore. Affinché un processo possa essere definito "equo" è pertanto necessario che l'attività sotto copertura abbia, innanzitutto, una rilevanza marginale nella determinazione del proposito criminoso dell'imputato ed, inoltre, che si siano raccolte attraverso la stessa prove idonee supportare l'accusa in giudizio che vadano al di là delle dichiarazioni rilasciate dagli agenti di polizia giudiziaria coinvolti nell'operazione.

In particolare, nel valutare la compatibilità dell'intervento degli agenti con l'equo giudizio, si è osservato che "l'azione degli agenti provocatori influisce sul momento genetico del reato, con eventuali conseguenze dal punto di vista della punibilità tanto dell'agente di polizia quanto delle persone che hanno raccolto le sue istigazioni, ma non condiziona direttamente la legalità o la correttezza della successiva procedura"²⁶⁴.

Anche in questa pronuncia si è così ritenuto di poter identificare una distinzione elaborata dalla Corte europea fra due diversi momenti: il primo relativo all'intervento degli agenti provocatori, il secondo concernente l'utilizzazione processuale delle prove raccolte. Per quanto attiene al primo profilo, attraverso il raffronto fra le diverse

²⁶³ A. TAMIETTI, *op. cit.*, 2922.

²⁶⁴ A. TAMIETTI, *op. cit.*, 2923, in cui l'autore sottolinea, inoltre, come la Corte abbia espresso la massima secondo la quale l'interesse pubblico alla repressione ed alla prevenzione del crimine non può giustificare "l'utilizzazione di materiale probatorio ottenuto in conseguenza di una provocazione esercitata dalla forze di polizia".

pronunce, si identificano chiaramente le due diverse figure. Da un lato l'agente infiltrato, la cui azione sarebbe ammessa, dall'altro l'agente provocatore il cui intervento suscita problemi di compatibilità con la *fairness* processuale stabilita dall'art. 6 § 1 C.e.d.u.

In base alla giurisprudenza della Corte, è agente infiltrato quel soggetto che, appartenendo alle forze di polizia o collaborando formalmente con esse, agisce nell'ambito di un'indagine ufficiale posta sotto la direzione del pubblico ministero. Il suo intervento deve, inoltre, essere giustificato dall'esistenza di fondati sospetti a carico di un soggetto, "in base ai quali sia plausibile ritenere che [lo stesso] si stia preparando a commettere un reato", e che la conformità delle azioni dell'agente *undercover* alle regole del diritto interno e/o internazionale è suscettibile di essere controllata da un giudice terzo ed imparziale. Si sostiene infatti che, stando così le cose, non si possano fondare legittime obiezioni circa l'utilizzabilità di tale metodo investigativo. Si ritiene poi, a ragione, che nessuna norma sia nella legislazione nazionale, sia all'interno della Convenzione possa garantire a chi deliberatamente sceglie di dedicarsi al crimine un'immunità rispetto alle investigazioni degli organi di polizia o prevedere una tutela circa l'affidabilità dei soggetti con i quali si può entrare in contatto nel corso di attività illecite²⁶⁵.

Sotto altro versante, deve essere definito agente provocatore colui che avvicini soggetti la cui predisposizione al crimine non risulti da elementi oggettivi – come la semplice indicazione di un terzo²⁶⁶ – proponendo la commissione di reati al solo scopo di procedere all'arresto qualora l'istigazione fosse accolta, soprattutto se al di fuori di una "missione" ufficialmente autorizzata e controllata dall'autorità giudiziaria.

5.1. Prove illecite e prove illegittime.

Nel partire dal presupposto che la provocazione attuata all'interno di una operazione sotto copertura possa promanare esclusivamente dallo Stato, ci si domanda quale sanzione debba avere tale attività quando venga intrapresa al di fuori dei limiti legislativamente imposti. Accantonato momentaneamente il problema della responsabilità disciplinare o penale del provocatore, si pone il quesito circa l'ammissione al processo delle cosiddette "prove illecite" ovvero, in alternativa, l'accettazione tacita che un reato oramai accertato possa restare impunito.

²⁶⁵ Cfr. A. TAMIETTI, *op. cit.*, 2925.

²⁶⁶ Come avvenne nel caso esaminato nella Sentenza Teixeira de Castro c. Portogallo, 9 giugno 1998, cit..

Com'è noto, la dottrina, già sotto la vigenza del codice Rocco, ha classificato i vizi patologici afferenti le prove in due categorie. Si parla di “prove illecite” quando sia stata violata una norma penale sostanziale, o meglio quando la commissione di un reato si inserisca nell'*iter* che permette l'ammissione di una prova nel processo; sono, invece, definite “prove illegittime” quelle che presentano un vizio tale per cui nel procedimento di ammissione della prova sia ravvisabile una violazione di una norma processuale²⁶⁷.

In assenza di espressa indicazione normativa, nel codice abrogato, vi fu un acceso dibattito che ha visto contrapposti i sostenitori delle due teorie. Da un lato, secondo l'impostazione dominante, l'ammissibilità delle prove doveva essere giudicata in base alla legge processuale²⁶⁸, poiché solo una falsa prospettiva avrebbe suggerito l'opinione secondo la quale sarebbero inammissibili le prove ottenute o formate con un'azione illecita²⁶⁹. Si sosteneva, infatti, che “per quanto la si cerchi riuscirà impossibile rintracciare nel nostro codice una norma che imponga d'escludere, e in ogni caso d'ignorare, le prove ottenute con un'azione illecita: le qualifiche d'ammissibilità e rilevanza appaiono formulate in base a criteri autonomi, endoprocessuali, fuori d'ogni riferimento ai paradigmi del diritto sostanziale”²⁷⁰. Ancora, secondo questa tesi, tali qualifiche non potevano essere dedotte dai principi costituzionali poiché le norme della Costituzione rappresentano il metro per valutare la validità delle leggi comuni, ma spetta alle leggi comuni del processo stabilire l'ammissibilità o meno delle prove²⁷¹. In conclusione, si sosteneva che per decidere sulla validità dell'acquisizione probatoria bisognasse riferirsi al “potere di apprensione coattiva dell'organo giudiziario”, come dire che, in una ipotesi di sequestro probatorio eseguito all'esito di una perquisizione illegittima, “la chiave sta nel vedere se il giudice avrebbe potuto ordinare il sequestro; nell'ipotesi affermativa la prova è ammissibile, perché, di fatto, l'esito non eccede la misura del legittimamente conseguibile; e se invece il potere del sequestro non compete neppure al giudice, vale la conclusione opposta [...]. Ammesso che l'ausiliare si sia impossessato illegittimamente della prova, l'acquisizione da parte del giudice (che avrebbe potuto disporre il sequestro) interrompe la sequela: l'atto del funzionario era e resta illecito, ma il giudice può disporre validamente della prova perché, nell'acquistarla,

²⁶⁷ Sulla distinzione cfr. F. CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 147.

²⁶⁸ F. CORDERO, *Dialogo sulle prove*, in *Jus*, 1964, 35.

²⁶⁹ F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 63.

²⁷⁰ F. CORDERO, *Prove illecite*, cit., 149.

²⁷¹ F. CORDERO, *Prove illecite*, cit., 153.

agisce secondo la misura dei suoi poteri: il qual concetto affiora immaginosamente dalla formula ‘*male captum bene retentum*’²⁷².

Da altra parte vi fu chi criticò radicalmente tale ricostruzione esegetica, sostenendo che “il principio del libero convincimento del giudice non è vincolato ad un sistema di prove legali [...] ma non significa principio per cui il giudice non è vincolato alla legalità nella scelta delle prove e nella loro assunzione [...]. Qualora si debba riconoscere che una prova è stata illecitamente ottenuta dall’organo di giustizia [...] questa deve considerarsi illegale: e se è illegale non può essere utilizzata”²⁷³.

Un ulteriore profilo volto ad impedire l’ingresso nel processo delle prove illecite è stato desunto dall’art. 13 Cost., a norma del quale gli atti lesivi della libertà personale, oltre a venire revocati di diritto, restano privi di ogni effetto. Da questa espressione si è, così, tratta la conclusione che la norma configuri un vero e proprio divieto di attribuire rilevanza agli elementi di prova ottenuti con mezzi illeciti²⁷⁴.

Negli anni immediatamente successivi, la stessa giurisprudenza costituzionale intervenne sulla questione della rilevanza delle prove illecite nel processo penale. La Corte, pur dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale – in relazione agli artt. 15 e 24 Cost. – dell’art. 226 co. 4 c.p.p. abr., in tema di intercettazioni telefoniche assunte senza previa autorizzazione dell’autorità giudiziaria, aveva posto in evidenza come “il principio enunciato dal comma 1 dell’art. 15 Cost. sarebbe gravemente compromesso se a carico dell’interessato potessero valere, come indizi o prove, intercettazioni telefoniche assunte illegittimamente senza previa motivata autorizzazione dell’autorità giudiziaria. Se ciò avvenisse, un diritto ‘riconosciuto e garantito’ come inviolabile dalla Costituzione sarebbe davvero esposto a gravissima menomazione”²⁷⁵. Partendo dal presupposto che, in casi simili, si avrebbe non solo un contrasto con la legge penale, ma anche la lesione di un bene costituzionalmente garantito²⁷⁶, la Corte costituzionale aveva enunciato un principio di carattere più generale in merito alla problematica delle prove illecite. Si era pertanto stabilito che “le

²⁷² F. CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Milano, 1987, 926.

²⁷³ P. NUVOLONE, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 448 e 473; nello stesso senso vedi anche G. UBERTIS, *Riflessioni sulle prove vietate*, in *Riv. pen.*, 1975, 709.

²⁷⁴ M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, 112; V. VIGORITI, *Prove illecite e Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 71. Per una ricostruzione complessiva delle posizioni dottrinali sull’argomento cfr. C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, Milano, 1991, 408.

²⁷⁵ Corte Cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. Cost.*, 1973, 316, con nota di V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, *ivi*, 1973, 324.

²⁷⁶ Cfr. C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, Milano, 1991, 408.

attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito²⁷⁷.

Attraverso la deduzione dall'art. 15 Cost. di uno specifico divieto di utilizzazione, è stata elaborata la categoria delle cosiddette “prove incostituzionali” cioè di quegli elementi ricavati attraverso un'attività intrapresa in dispregio dei fondamentali diritti dei cittadini, garantiti dalla Costituzione²⁷⁸. Ciò equivale a dire che nella categoria delle prove vietate dalla legge debbano in primo luogo rientrare tutte le prove la cui acquisizione comporti la lesione di disposizioni costituzionali inerenti ai diritti di libertà individuale²⁷⁹.

Il dibattito dottrinale – così come l'apporto della giurisprudenza costituzionale – hanno indubbiamente avuto una notevole influenza sull'emanazione delle disposizioni inerenti l'inutilizzabilità nel nuovo codice di rito. La novità di quest'ultimo consiste proprio nell'aver inserito, all'interno del libro terzo dedicato alle prove, l'art. 191 che contempla espressamente l'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge²⁸⁰.

La previsione di una categoria espressa di invalidità rivolte a sanzionare le irregolarità “tipiche” del procedimento probatorio, ad ogni modo, non ha di certo arginato i dubbi e le incertezze circa i confini di applicazione della norma. Posto che per inutilizzabilità si debba intendere una sorta di “prova legale negativa” atta a limitare il principio del libero convincimento del giudice²⁸¹, essa ha origine nell'esigenza di limitare la conoscenza da parte dell'organo giudicante di prove ottenute in dispregio dei diritti fondamentali sanciti nella prima parte della Costituzione²⁸². Tuttavia, acquisisce

²⁷⁷ Corte Cost., 6 aprile 1973, cit., 338.

²⁷⁸ Cfr. V. GREVI, *Insegnamenti*, cit. 341.

²⁷⁹ Così, quasi letteralmente, C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 409. Nel quale l'autore sostiene che nell'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale si possa percepire una influenza sensibile della prassi nordamericana in cui, attraverso l'estensione della portata del IV Emendamento, la giurisprudenza d'oltre oceano “ha ritenuto inutilizzabili non solo le prove che derivano da condotte direttamente lesive dei diritti costituzionali dei cittadini, ma anche quelle che offendono indirettamente i beni individuali costituzionalmente garantiti” secondo l'ormai celebre classificazione per cui l'invalidità si estende ai “frutti dell'albero avvelenato”.

²⁸⁰ Come riportato in dottrina, la *ratio* della norma dovrebbe essere quella di ovviare alle difficoltà che produce l'applicazione dello schema delle nullità per valutare la legittimità di una acquisizione probatoria, v. sul punto F. MENCARELLI, *L'inutilizzabilità e l'acquisizione delle prove nel nuovo sistema processuale*, in *Giust. pen.*, 1989, III, 84.

²⁸¹ G. UBERTIS, *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, 27; per una disamina del principio v. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.

²⁸² F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, 57

una fondamentale importanza per la materia *de qua*, l'orientamento giurisprudenziale e dottrinario che ammette l'utilizzabilità di prove illegittime in *favorem rei*, salvo si tratti di violazioni di divieti stabiliti a tutela dell'attendibilità dell'accertamento²⁸³.

L'aspetto sul quale si è maggiormente dibattuto concerne, senza dubbio, l'interpretazione dell'espressione "divieti stabiliti dalla legge" contenuta nel primo comma dell'art. 191 c.p.p.

Una parte della dottrina, rimasta fedele all'interpretazione tradizionale ha ritenuto che la disposizione possa riferirsi esclusivamente "ad ogni ipotesi di inosservanza di un divieto stabilito dalla legge processuale" anche alla luce della stessa rubrica dell'articolo che utilizza la terminologia "prove illegittimamente acquisite"²⁸⁴. Altri autori hanno ritenuto, all'opposto, di poter dedurre dall'ampiezza della dizione letterale della norma una volontà legislativa tesa a non limitare la fonte del divieto alla legge processuale, bensì ad estenderla sino a ricomprendere le violazioni della legge penale sostanziale²⁸⁵. A tale conclusione si dovrebbe giungere in ragione della genericità del termine "legge": la pluralità di interpretazioni cui può dar luogo, rende non decisiva anche la stessa portata della rubrica dell'art. 191 c.p.p.

Questa ricostruzione esegetica, ancorché elaborata al fine di perseguire il lodevole obiettivo di ottenere una certa equità e coerenza sistematica interna all'ordinamento, poggia su una fragile premessa. Essa si fonda sostanzialmente sull'ampiezza del termine legge utilizzato dal legislatore, ma si espone all'evidente critica per cui, stando così le cose, il divieto andrebbe a ricomprendere tutti i tipi di legge, dalla cui violazione deriverebbero limiti all'utilizzo della prova. Difatti, la stessa genericità del termine, in mancanza di uno specifico riferimento alla sola legge penale sostanziale, comporterebbe anche l'applicazione dei divieti stabiliti da leggi civili, amministrative o quant'altre previste come tali nel nostro ordinamento²⁸⁶.

A ben vedere, non sembrano sussistere argomentazioni tali da far ritenere superata l'impostazione tradizionale, ancorché sviluppatasi sotto la vigenza del codice Rocco. Se ne deve dedurre che per definire la portata del divieto di cui all'art. 191

²⁸³ Cass, 20. 12. 1996, Usai, in *Giust. pen.*, 1998, III, 409; in dottrina F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 143 e 171; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 703.

²⁸⁴ G. P. VOENA, "atti", in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. CONSO – V. GREVI, Padova, 1990, 156.

²⁸⁵ M. NOBILI, sub. *Art. 191c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. CHIAVARIO, Vol. II, Torino, 1989, 413.

²⁸⁶ Per ulteriori rilievi critici della tesi prospettata da Nobili si veda F. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990, 257.

c.p.p., ancora oggi, è necessario riferirsi esclusivamente alle norme ed ai limiti derivanti dalla legge processuale; così risultano quanto mai attuali le conclusioni cui pervenne un'autorevole dottrina in materia di perquisizione intrapresa fuori dai casi consentiti dalla legge: "in parole povere, il legislatore punisce l'autore di una perquisizione illecitamente eseguita, ma non ripudia le prove che ne rappresentano il compendio [...]. Soluzione di compromesso, si dirà, ma non tanto illogica quanto potrebbe apparire; nel conflitto tra gli interessi dei privati e le esigenze del processo, il punto di equilibrio si può trovare in una reazione penalistica opportunamente dosata all'illecito del funzionario: bandire la prova è rimedio estremo, il cui costo vi è da temere che ecceda la misura dell'utile"²⁸⁷.

5.2. Segue: Prove illecite e attività sottocopertura.

Premessa questa breve ricostruzione del dibattito dottrinale intorno all'inutilizzabilità delle prove illecite, parrebbe intuitivo dedurre un'identica soluzione relativa all'utilizzabilità delle prove raccolte illecitamente dall'agente sotto copertura: come dire che l'agente provocatore dovrebbe sempre essere punito e, di converso, le prove raccolte dovrebbero invece essere escluse dal regime di inutilizzabilità di cui all'art. 191 c.p.p.

Una deduzione così logica a prima vista va, tuttavia, posta seriamente in discussione. Si deve, infatti, considerare come "l'ipotesi consolidata secondo cui la provocazione ad un reato rappresenti un caso particolare di acquisizione illecita della prova del reato sembra essere frutto di un'illusione ottica"²⁸⁸.

Esisterebbe, invece, una sensibile differenza fra le ipotesi prese in considerazione dalla dottrina tradizionale, quali il sequestro effettuato in esecuzione di una perquisizione illecita, e l'intervento illecito dell'agente *undercover*. Nell'ipotesi classica è possibile isolare due distinte fattispecie di reato: il primo avente ad oggetto il fatto per il quale è stata iscritta la notizia di reato, autonomamente e previamente consumato dall'indiziato, il secondo commesso in momento successivo dall'investigatore allo scopo di ottenere la prova del primo reato.

Del tutto peculiare è la fattispecie in cui si inserisce l'attività sotto copertura. In tale ipotesi non è possibile identificare due distinte fattispecie delittuose: l'ufficiale di

²⁸⁷ F. CORDERO, *Prove illecite*, cit., 158; per una simile ricostruzione sistematica cfr. C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 409 e ss.

²⁸⁸ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 417.

polizia giudiziaria partecipa alla commissione dello stesso reato di cui vuole acquisire la prova. Si viene quindi a configurare un solo reato commesso da un soggetto il quale – ancorché presumibilmente sospettato genericamente di averne realizzato altri della stessa indole, ovvero di far parte di una organizzazione criminale – verrà giudicato esclusivamente per il reato che si è realizzato con la partecipazione dell’agente provocatore. Così, l’esistenza di precedenti penale specifici, o comunque la commistione con ambienti criminali, potrà costituire il motivo che ha determinato alla provocazione, tuttavia la cognizione del giudice dovrà sempre limitarsi al reato “provocato”²⁸⁹.

Dopo aver posto in evidenza questo tratto distintivo dell’attività provocatoria genericamente intesa, la stessa dottrina si è interrogata circa la possibilità di rivalutare le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 34/1973 in cui si evidenziò l’inutilizzabilità delle “prove acquisite in dispregio dei diritti fondamentali del cittadino”. Pur ricordando che le norme della Costituzione non sanciscono esplicitamente l’inefficacia delle prove lesive dei diritti inviolabili, si è ritenuto di poter ravvisare nella stessa una solenne proclamazione di tali diritti, che risulterebbe di fatto svuotata di significato se fosse consentito attribuire rilevanza processuale alle prove del reato, ottenute in violazione di questi principi superiori. Per cui, come sottolineato dalla stessa Corte, “i diritti riconosciuti e garantiti all’individuo” come inviolabili “sarebbero davvero esposti a gravissima menomazione” e non sarebbero più atti a svolgere la funzione di garanzia contro eventuali prevaricazioni o abusi posti in essere dall’autorità²⁹⁰.

Poste queste premesse, si può dedurre quali debbano essere “le regole” minime affinché l’attività di provocazione possa dar luogo a prove utilizzabili nel processo. Invero, partendo dal presupposto che l’operazione debba sempre essere intrapresa dalla polizia giudiziaria – anche qualora venisse materialmente eseguita attraverso l’ausilio di privati –, con il necessario concerto del pubblico ministero, non è detto che ogni violazione delle norme che disciplina l’attività dell’agente *undercover* debba in ogni caso dar luogo ad inutilizzabilità.

²⁸⁹ Cfr. C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit., 417.

²⁹⁰ Per tali considerazioni cfr. V. GREVI, *Insegnamenti*, cit., 339; ed anche C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, cit., 419.

La prova dal reato sarà inutilizzabile solo qualora l'attività sotto copertura si sia spinta sino ad un intollerabile coinvolgimento dell'autorità nella realizzazione del reato. Volendo interpretare questo enunciato alla luce dei principi costituzionali, di concerto con quelli elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo²⁹¹, dovranno essere considerate inutilizzabili tutte quelle prove raccolte dall'ufficiale di polizia giudiziaria che abbia assunto un ruolo fondamentale perché si verificasse la fattispecie delittuosa, come avviene nel caso in cui l'agente abbia procurato un'occasione di delinquere al provocato che, in assenza della stessa, egli non avrebbe avuto. L'attività della polizia giudiziaria deve, pertanto, essere valutata alla luce del principio di equità processuale e di lealtà nelle relazioni fra autorità e cittadini, così da ricondurre i relativi rapporti ad un corretto equilibrio fra garanzie fondamentali ed esigenze di repressione. Va precisato naturalmente che la Corte europea, per la sua specifica funzione, sanziona singole fattispecie relative a casi concreti, per cui una soluzione definitiva nell'ambito processuale interno richiede un tassativo provvedimento legislativo, posto che gli elementi raccolti, in genere, sfuggono ad ogni forma di automatica documentazione o di apprensione intellegibile²⁹²

6. I limiti di utilizzabilità degli elementi di prova acquisiti.

Lo specifico profilo relativo all'utilizzabilità degli elementi probatori raccolti nel corso dell'attività sotto copertura in un provvedimento relativo a reati diversi da quelli per cui è consentita ha ingenerato un acceso dibattito dottrinale ma, soprattutto, un serio contrasto giurisprudenziale in seno ai giudici di legittimità. Difatti, la stessa sezione della Corte di cassazione ha affrontato a distanza di meno di un mese il tema *de quo* addivenendo a soluzioni del tutto opposte così da rendere quanto mai opportuno un prossimo intervento delle Sezioni unite. Occorre premettere che la gran parte delle pronunce giurisprudenziali hanno avuto ad oggetto la l. 3 agosto 1998 n.269, in materia di prostituzione, pornografia minorile e turismo sessuale in danno dei minori, ma le determinazioni intraprese non possono non valere, *mutatis mutandis*, anche nei confronti delle altre operazioni sotto copertura disciplinate nel nostro ordinamento.

La problematica ruota intorno alla possibilità di recuperare un utilizzo agli elementi raccolti per quelle fattispecie delittuose non previste nelle norme che, in casi eccezionali, autorizzano lo svolgimento di operazioni *undercover*. Proprio il carattere

²⁹¹ Vedi, in questo capitolo, par. 4.

²⁹² N. VENTURA, *Le investigazioni undercover della polizia giudiziaria*, Bari, 2008, 97.

eccezionale di queste attività, qualora non siano previste legislativamente, le rende non solo illegittime o irregolari ma perfino illecite. Riaffiora così all'orizzonte il dibattito classico circa l'inutilizzabilità delle prove illecite, con l'ulteriore difficoltà derivante dal suo eventuale inquadramento fra le forme di inutilizzabilità assoluta o relativa.

A quest'ultimo proposito, già nel 2004 la Suprema corte prese atto dei diversi orientamenti espressi sino ad allora dalla medesima terza sezione, ed effettuò un deciso cambio di rotta²⁹³. In precedenza, infatti, la Corte aveva stabilito come la violazione dei requisiti formali o sostanziali delle indagini disposte ai sensi dell'art. 14 l. 269/1998, comportasse l'inutilizzabilità assoluta dell'attività illecitamente intrapresa, tale da estendersi sino alla fase delle indagini preliminari, così da rendere illegittimo lo stesso sequestro²⁹⁴. In particolare, si sosteneva che quando l'operazione sotto copertura illegittimamente eseguita avesse fatto emergere cose pertinenti ad un reato diverso, poiché l'attività *undercover* era vietata sin dal principio, il sequestro stesso sarebbe stato illegittimo. Ciò perché, considerata la natura delle operazioni sotto copertura in cui vi è un regime fortemente incisivo dei diritti e delle libertà fondamentali degli indagati attraverso comportamenti altrimenti integranti fatti di reato, a maggior ragione, qualora la prova di un reato non previsto nella normativa eccezionale venga raccolta in violazione di norme di garanzia, non si potrebbe mantenere il vincolo reale sulla cosa poiché "l'illegittimità dell'indagine travolgerebbe anche la possibilità di ritenere integrato il *fumus* del reato presupposto del sequestro"²⁹⁵.

Il mutato indirizzo giurisprudenziale è stato volto a temperare la rigidità di questa soluzione interpretativa, sulla base di alcune importanti argomentazioni. Innanzitutto, la Suprema corte ha ritenuto che il problema dell'illegittimità dell'attività sotto copertura per un reato per il quale la stessa non è consentita non dovrebbe porsi nei casi in cui per quel determinato reato sia consentita la confisca obbligatoria²⁹⁶. In questi casi sarebbe non solo possibile, ma anche necessario, addivenire al sequestro preventivo del materiale rinvenuto nel corso dell'operazione, divenendo del tutto irrilevante la legittimità dell'operazione perché nel caso *de quo* non è più richiesta la sussistenza del *fumus commissi delicti*.

²⁹³ Cass., 8 giugno 2004, in *Arch. nuov. proc. pen.*, 2005, 753.

²⁹⁴ Cass. pen., 21 ottobre 2003, in *Dir. giust.*, 2003, n. 41, 20.

²⁹⁵ Cfr S. FRATTALLONE, *Siti civetta file sharing pedopornografico e inutilizzabilità degli elementi probatori*, in www.altalex.it, 1 giugno 2005, 2.

²⁹⁶ Cass., 8 giugno 2004, n. 29496, cit., 753.

In secondo luogo, si è ritenuto che sussista in capo alla polizia giudiziaria, una volta conosciuta la notizia di reato, l'obbligo di dar corso all'attività indicata nell'art. 55 c.p.p., ancorché la stessa sia stata acquisita nel corso dell'operazione; sicché, nello specifico caso sottoposto all'attenzione della Corte, si è sottolineata la possibilità di distinguere un uso probatorio da un uso orientativo del materiale pedopornografico sequestrato, ancorché riconducibile alla sola fattispecie di detenzione illecita per la quale la legge non prevede la possibilità di utilizzo dello strumento *undercover*.

Si è, così, osservato “che gli elementi che pur taluno potrebbe ritenere privi di un valore probatorio, avrebbero comunque di per sé un valore orientativo, capace se non di sottendere da soli a un sequestro, quanto meno d'attivare gli obblighi di rapporto e d'informativa degli agenti di polizia giudiziaria ciò poiché, di certo, la qualifica d'inutilizzabilità non potrà mai ricadere sulla *notitia criminis*, che è suscettibile di essere vagliata solo in termini di attendibilità [...]”²⁹⁷.

In ultima analisi, la Suprema corte ha negato rilievo alla tesi della cosiddetta inutilizzabilità derivata. Con tale espressione si intende quell'orientamento in base al quale il vizio scaturente dalla violazione delle prescrizioni di cui all'art. 14 l. 269/1998 si riverbera sia sulle prove acquisite ai fini della contestazione di quei reati per i quali l'indagine è prevista, sia sulle prove casualmente rinvenute e che riguardino un altro diverso reato. I giudici di legittimità, in questa pronuncia hanno invece preferito rifarsi alla classica teoria del *male captum bene retenptum*, stabilendo che “ove la cosa sia obiettivamente sequestrabile, i relativi poteri non dipendono da come sia avvenuto il reperimento, perché non trova alcun fondamento l'assunto per cui il provvedimento basato su elementi probatori inutilizzabili debba considerarsi inutilizzabile in via derivata: tra gli atti probatori e i provvedimenti che su di essi s'impenna, s'instaura un rapporto di dipendenza logica ma non d'implicazione, come avviene fra gli atti necessari di un procedimento”²⁹⁸.

Il tutto troverebbe conferma proprio nell'elaborazione tradizionale secondo la quale l'acquisizione della prova ed il sequestro sono posti in mera correlazione cronologica, ma quest'ultimo non ricava da essa il proprio fondamento giuridico, per cui “il potere del giudice di apprendere coattivamente e di acquisire prove è preesistente

²⁹⁷ S. FRATTALLONE, *Siti civetta*, cit.

²⁹⁸ Si tratta della ormai risalente interpretazione delle Sezioni unite, 16 maggio 1996, in *CED Cass.*, n. 204643 secondo cui il sequestro eseguito in esito a una perquisizione illegittima è inutilizzabile come prova del processo, salvo che si tratti di sequestro del corpo del reato o di cose pertinenti al reato, il quale costituendo atto dovuto, rende del tutto irrilevante il modo con cui ad esso si sia pervenuti.

all'atto con cui illegittimamente si sono apprese o reperite, sicché l'atto del funzionario resta illecito o illegittimo, ma il giudice, mentre acquisisce la prova, agisce secondo la misura dei suoi poteri". Per completezza va, inoltre, detto che la Suprema corte in questa pronuncia ha incidentalmente aggiunto una discutibile affermazione secondo cui le operazioni *undercover* previste dall'art. 14 l. 269/1998 si stanno "sempre più evolvendo da tipico istituto da inserire in una concreta realtà investigativa, che s'innesta in un tronco già sviluppato, a operazioni che precedono l'acquisizione della notizia di reato e tendono ad acquisirla"²⁹⁹.

Ad ogni modo, la terza sezione penale della Corte di cassazione già nel dicembre del 2004 è intervenuta ancora sull'argomento mutando il proprio indirizzo. In questa pronuncia, rivalutando l'interpretazione giurisprudenziale precedente alla sentenza 8 giugno 2004, e si è affermato che le violazioni della legge in materia di operazioni sotto copertura sono sufficienti a integrare i presupposti dell'art. 191 c.p.p. Per di più, in tale occasione la Corte ha ritenuto che l'inutilizzabilità operasse anche ai fini della valutazione della sussistenza del *fumus commissi delicti*, cosicché, venute meno quelle risultanze d'indagine, s'imponesse una decisione favorevole all'indagato. Ad accentuare ancor di più il contrasto interno al collegio, sono intervenute a distanza di meno di un mese l'una dall'altra, due pronunce diametralmente opposte della medesima terza sezione penale, così da rendere ancor più cogente la necessità di un intervento del più alto consesso al fine del recupero della propria funzione nomofilattica.

Volendo prescindere da futili digressioni in merito a quale delle due sentenze sia stata depositata per prima, una tale divergenza ermeneutica ci dà la misura delle difficoltà, anche pratico-operative, che la disciplina delle operazioni sotto copertura comporta.

Nella sentenza "Favalli" la Corte ha preferito seguire un orientamento estensivo che consente il massimo recupero degli elementi probatori emersi nella fase investigativa al processo. Si è così ritenuto che "la legittimità e liceità dell'attività di contrasto sotto copertura deve essere valutata *ex ante*, in relazione al momento in cui tale attività è disposta dall'autorità giudiziaria e non con riguardo all'esito dell'investigazione. Ciò non significa che se, quando l'autorità giudiziaria ha autorizzato [l'utilizzo di questi] eccezionali mezzi di investigazione [...] esistevano già indizi di uno dei gravi reati tassativamente indicati nella stessa norma, i mezzi di prova

²⁹⁹ Cass., 8 giugno 2004, cit.

così acquisiti sono legittimi ed utilizzabili *ex art. 191 c.p.p.* anche se riguardano reati diversi e meno gravi di quelli ipotizzati”³⁰⁰. La Corte ha, pertanto, ritenuto che secondo la disciplina vigente, in relazione al serio allarme sociale suscitato da questi gravi delitti, la polizia giudiziaria sia autorizzata a svolgere un ruolo di vero e proprio agente provocatore, in via del tutto eccezionale rispetto alle ordinarie regole processuali.

Tuttavia, qualora nel corso di una tale eccezionale attività – legittimamente intrapresa, secondo una valutazione dei presupposti legali effettuata in base agli elementi sino a quel momento raccolti e non in base ai risultati raggiunti –, la polizia giudiziaria venisse ad accertare reati distinti e meno gravi, essa non potrebbe sottrarsi “al suo compito istituzionale di svolgere indagini e di assicurare le fonti di prova anche in relazione ai reati diversi da quelli per cui era stata specificamente autorizzata”, compito che le deriva direttamente dal disposto dell’art. 55 c.p.p. e, ancor prima, dallo stesso principio di obbligatorietà dell’azione penale.

Tale conclusione apparirebbe tanto più logica quanto più sia labile e incerta la distinzione tra il reato ipotizzato e quello poi realmente scoperto. La corretta identificazione del reato non è un compito sempre agevolmente effettuabile in fase investigativa, anzi non è infrequente che solo all’esito del giudizio sia possibile dirimere i dubbi circa la sussistenza di un reato in luogo di un altro, quando, poi non sia lo stesso giudice in camera di consiglio a mutarne la qualificazione giuridica a norma dell’art. 521 c.p.p.

In una tale eventualità, secondo la Corte, sarebbe un’assurdità, sicuramente non voluta dal legislatore, ritenere che le prove raccolte con l’attività di contrasto non siano più utilizzabili solo perché il fatto accertato è diversamente qualificato dal giudice. E’ stato sottolineato come in questa pronuncia la logica ermeneutica, attraverso la quale si sono ritenute utilizzabili le prove raccolte dagli agenti *undercover*, si discosti dalle precedenti pronunce dei giudici di legittimità. Si era, infatti, sostenuto che la mancanza dei requisiti sostanziali e processuali richiesti dalla normativa speciale renda inutilizzabili le prove acquisite, ma non impedisca la ritualità e legittimità del sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato: il tutto sia perché le risultanze inutilizzabili a fini probatori costituiscono pur sempre *notitia criminis* sulla quale è possibile svolgere ulteriori indagini, acquisire nuovi elementi probatori e disporre

³⁰⁰ Cass., 17 febbraio 2005, in *Guida dir.*, 2005, 25, 62 con nota adesiva di G. AMATO, *Utilizzabili le prove raccolte “sotto copertura” anche se il reato è diverso da quello supposto*, *ivi*, 2005, 68.

misure cautelari³⁰¹; sia perché il sequestro è comunque atto dovuto in base al quale vale il principio del *male captum bene retentum*. Per contro, nella sentenza “Favalli” invece, si ritiene che “non occorre fare interpretazione analogica della eccezionale disciplina prevista nella [normativa speciale] anche per i reati diversi da quelli tassativamente contemplati”. Questo perché si tratta piuttosto di valutare la ricorrenza dei reati tassativamente elencati in relazione al momento in cui l’eccezionale attività investigativa è stata autorizzata, e non invece con riferimento all’esito dell’investigazione.

In merito a questa impostazione giurisprudenziale è stato, tuttavia, sottolineato come non si possa negare l’esistenza del problema relativo agli argini di contenimento cui sottoporre questi strumenti eccezionali, nella considerazione della loro capacità di attuare una vera e propria *deminutio* delle regole fondamentali di uno Stato di diritto. In particolare, si è richiamata l’attenzione sulla necessità di considerare sempre inutilizzabili quelle prove che, in seguito a quel giudizio *ex ante* richiamato dalla corte, risultino assunte in assenza dei presupposti legali stabiliti dalle normative speciali³⁰².

Ancorché la sentenza “Favalli” non fosse riuscita ed elidere completamente i dubbi circa la possibile utilizzazione dei mezzi probatori, aveva fornito un canone di interpretazione dell’attività *undercover* valevole, *mutatis mutandis*, per tutte le operazioni simili. In questo quadro giurisprudenziale si inserisce, però, come detto, un nuovo orientamento dei giudice di legittimità capace di far riaffiorare un’interpretazione restrittiva circa l’utilizzabilità delle prove raccolte dagli agenti sotto copertura³⁰³.

Occorre premettere che dal tenore della affermazioni contenute nella sentenza “Gallotti” traspare una propensione della Corte all’individuazione di caratteristiche peculiari concernenti le operazioni sotto copertura previste dall’art. 14 l. 269/1998. A tal proposito, è necessario chiarire sin da ora che in relazione all’interpretazione che si è fin dal principio accolta, la diversità terminologica di questa norma, in base alla quale invece della semplice comunicazione è richiesta una vera e propria autorizzazione all’autorità giudiziaria, non comporta, ad avviso di chi scrive, differenze sul piano operativo. Già si è detto, infatti, sia che l’autorità giudiziaria potrebbe intraprendere le

³⁰¹ Si veda Cass. 30 maggio 2003, n. 23894, Lucani e Cass. 12 marzo 1998, n. 3133, Cuomo, in relazione al principio applicato all’inutilizzabilità delle intercettazioni assunte in altro procedimento *ex art.* 270 c.p.p. entrambe citate in D. MANCINI, *Le attività “sotto copertura” margini di utilizzabilità delle prove e contrasti giurisprudenziali*, in www.filodiritto.com, settembre 2005

³⁰² D. MANCINI, *op. cit.*

³⁰³ Cass., 28 gennaio 2005, in *Guida dir.*, 2005, 27, 71 con nota di A. CISTERNA, *La negativa conclusione dell’iter acquisitivo cancella le residue possibilità di azione*, *ivi*, 2005, 77.

medesime attività ora anche a norma dell'art. 9 l. 146/2006, sia che l'inquadramento dell'operazione *undercover* all'interno di un procedimento penale già avviato comporti la sottoposizione di tutti gli atti intrapresi dalla polizia giudiziaria al potere direttivo, e talvolta autorizzatorio, del pubblico ministero³⁰⁴. Tale premessa implica che, qualora si affermasse l'orientamento restrittivo elaborato nella sentenza "Gallotti", lo si dovrà ritenere applicabile a tutte le operazioni sotto copertura disciplinate nel nostro ordinamento.

Ciò detto, la fondamentale novità introdotta dalla Corte nella pronuncia da ultimo richiamata consiste nell'aver individuato nella normativa speciale un vero e proprio divieto probatorio relativo ai presupposti dell'azione della polizia giudiziaria, e come tale sanzionato dall'inutilizzabilità della prova eventualmente acquisita. "L'argomentazione svolta poggia sul rilievo che dovendosi individuare quale presupposto ineludibile del sequestro probatorio il cosiddetto *fumus commissi delicti* deve escludersene la sussistenza tutte le volte in cui l'attività investigativa o processuale che precede l'adozione della misura cautelare sia da stimarsi affetta da patologia probatoria indicata in via generale dall'art. 191"³⁰⁵. Con tale pronuncia, quindi, non solo i giudici di legittimità si sono discostati dal principio prevalente seguito del *male captum bene retentum*, ma sono giunti ad affermare che le iniziative investigative definibili come operazioni sotto copertura, qualora siano sprovviste della necessaria copertura giurisdizionale, siano del tutto "inidonee a determinare la validità di un qualsivoglia contesto conoscitivo afferente la verifica del fatto di reato"³⁰⁶.

Le conclusioni cui giunge la Corte nella sentenza Gallotti sono maggiormente aderenti ad un'idea garantista del sistema, in considerazione del fatto che l'ordinamento riconosce efficacia scriminante a condotte che costituirebbero reato, a patto che le stesse siano compiute nel rispetto dei limiti previsti dalla norma eccezionale che le disciplina³⁰⁷. Nel momento in cui si verifica una violazione, di converso, le prove raccolte incontrano il divieto probatorio stabilito dall'art. 191 c.p.p. e l'agente sotto copertura resta esposto alle sanzioni penali e disciplinari.

A tal proposito, è necessario evidenziare la difficoltà di applicare una scissione fra l'attività illecita compiuta dall'agente sotto copertura e l'illecito dell'imputato

³⁰⁴ Vedi cap. III par 1.1 e 1.3.

³⁰⁵ A. CISTERNA, *La negativa conclusione dell'iter acquisitivo*, cit.; nello stesso senso in precedenza Cass., 21 ottobre 2003, in *Dir. giust.*, 2003, 41, 16.

³⁰⁶ C. DI BUGNO, *Commento all'art. 14 legge 269/1998*, in *LP*, 1999, nn. 1 e 2, 148.

³⁰⁷ D. MANCINI, *op. cit.*

sottoposto a giudizio. Il discrimine in queste fattispecie consiste proprio nel fatto che l'ufficiale di polizia giudiziaria non compie un reato indipendente, quale è nell'ipotesi classica la violazione di domicilio in una perquisizione non autorizzata. Quando l'attività venga intrapresa all'interno di una operazione *undercover* non specificamente sottoposta al controllo dell'autorità giudiziaria, il fatto compiuto dall'ufficiale non è più scriminato e lo stesso diviene necessariamente un compartecipe morale o materiale nel reato. In questa ipotesi appare allora evidente che non si tratta di distinguere se l'art. 191 c.p.p., nell'enunciare il divieto di utilizzazione di quegli elementi probatori raccolti "in violazione della legge", si riferisca o meno anche alla legge sostanziale, ma piuttosto di vietare che, paradossalmente, l'acquisizione probatoria diventi la causa stessa di commissione dell'illecito.

Quanto appena detto, ed in particolare il singolare e necessario rilievo per cui entrambe le contrapposte sentenze presentino un percorso ermeneutico perfettamente logico nel suo insieme, porta a considerare "il solco scavato nel sistema dalla normazione d'emergenza"³⁰⁸ in ambiti così delicati in cui diritto sostanziale e processuale si incrociano intimamente. La sottesa considerazione per cui, in fondo, tutto origina dalla mancanza di chiarezza circa la possibilità di attivare tali tecniche di investigazione speciali per soli fini processuali piuttosto che per soddisfare le esigenze repressive, la conseguente confusione a proposito dei margini operativi superati i quali l'agente *undercover* debba considerarsi punibile, porta a concludere che, con tutta probabilità, in mancanza di un'iniziativa legislativa volta ad intervenire sulla materia – in ossequio a quella particolare determinatezza che dovrebbe dominare le legislazioni speciali – anche un pur auspicabile intervento delle Sezioni unite non sarà idoneo a risolvere, in via definitiva, le divergenze ermeneutiche evidenziate.

³⁰⁸ L'espressione è di D. MANCINI, *op. cit.*

CAP. V

Le operazioni sotto copertura: uno sguardo oltre confine

1.1 I sistemi continentali.

Sotto il profilo internazionale, l'istituto delle operazioni sotto copertura presenta una serie di problematiche comuni a più ordinamenti: dai modelli processuali differenti e lontani dei sistemi di *common law*, caratterizzati dal maggior credito accordato dal legislatore all'esigenza di difesa sociale, ai paesi continentali, ove ci si deve raffrontare con rigorosi vincoli costituzionali che impongono, innanzitutto, il rispetto del principio di legalità nello svolgimento delle funzioni amministrative e giurisdizionali. Non è un caso allora che siano state proprio le indagini relative ai reati di criminalità organizzata – da sempre settore di strappi eccezionali ed emergenziali alle ordinarie regole – la sede naturale di verifica delle più marcate tendenze in materia di operazioni *undercover*. Come dire che ad alimentare questo fenomeno d'innovazione normativa è stata la convinzione, progressivamente raggiunta, che esistono dimensioni criminali in relazione alle quali la ricerca della prova esige la penetrazione informativa in strutture organizzate altrimenti impermeabili: da questo punto di vista, il credito legislativo alle operazioni d'infiltrazione cresce parallelamente a quello delle istanze di tutela e di premio per le condotte di collaborazione processuale³⁰⁹. Per di più, può dirsi che mentre il sistema premiale è oggi oggetto di profonde riflessioni e tentativi di ridimensionamento dell'area di operatività della protezione, in ragione di evidenti distorsioni e abusi perpetratisi nella prassi applicativa, lo strumento dell'indagine sotto copertura tende a estendersi anche in aree non necessariamente governate da strutture criminali organizzate, ma caratterizzate dalla particolare complessità dell'accertamento e dalle esigenze di repressione connesse all'allarme sociale che ne deriva.

Si tratta di un'evoluzione che accomuna i paesi europei, per cui appare utile verificare le scelte legislative intraprese negli altri Stati continentali in ragione anche della sempre crescente esigenza di strumenti investigativi comuni idonei a reprimere le gravi forme di criminalità transnazionale³¹⁰.

³⁰⁹ Quasi letteralmente G. MELILLO - C. MOTTA, *Linee di una possibile evoluzione normativa dell'agente provocatore*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2001, 131.

³¹⁰ Per un'analisi approfondita dell'agente provocatore e della sua evoluzione storica nei vari Stati europei con un puntuale apporto bibliografico si veda C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, Milano, 1991.

In Danimarca la sez. 754 A dell'*Administration Justice Act* del 1986, limitatamente a certe figure di reato, legalizza la figura generale dell'agente provocatore e ne subordina l'operatività a tre condizioni. In *primis* è richiesta la sussistenza di un fondato sospetto che il reato stia per essere commesso o ne sia in corso il tentativo. Va da sé l'impossibilità di attivare l'operazione *undercover* in virtù di una mera esigenza repressiva, poiché lo strumento si pone come mezzo per prevenire la commissione del crimine stesso. Inoltre, è richiesta l'insufficienza di altri strumenti investigativi alternativi alle operazioni sotto copertura, così da porla come vera e propria *extrema ratio*, oltre ad una particolare gravità dei reati per cui s'indaga, limitati a quelli per cui è prevista la reclusione non inferiore ai sei anni ovvero ai delitti di contrabbando di particolare gravità³¹¹. La successiva sez. 754 B precisa che la figura di provocatore può essere intrapresa solo da un funzionario di polizia ed esclusivamente in casi eccezionali. L'attività dell'agente è subordinata alla decisione motivata dell'autorità giudiziaria e, dall'inizio di essa, è necessario dare avviso all'avvocato della difesa, mentre solo in casi particolari la polizia può ordinare che l'indagine rimanga segreta³¹². Queste prescrizioni – assenti nella disciplina italiana ma che si devono considerare assorbite attraverso un'interpretazione adeguatrice ai principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo³¹³ – dimostrano la sensibilità dell'ordinamento danese alle regole della *fairness* processuale.

In Francia, la legge 19 dicembre 1991 n. 1264 sul rafforzamento della lotta al traffico degli stupefacenti, novellando il *Code de la santé publique* e il *Code des douanes*, ha inserito una clausola generale che esclude la punibilità degli agenti di polizia giudiziaria e degli agenti della dogana che procedono alla sorveglianza (inattiva) della produzione delle sostanze stupefacenti o delle piantagioni classificate come stupefacenti o che acquistino, detengano, trasportino o consegnino tali sostanze ovvero mettano a disposizione degli autori di reati in materia di droga, mezzi di trasporto o di comunicazione, luoghi di deposito di stoccaggio e di conservazione. Nella prima ipotesi è richiesta la previa informazione al procuratore della Repubblica o al giudice istruttore, mentre nel secondo caso è necessaria la loro autorizzazione scritta. Nella formulazione della legge si è tenuto conto della prassi investigativa francese in materia di stupefacenti

³¹¹ G. MELILLO - C. MOTTA, *Linee di una possibile evoluzione*, cit., 132.

³¹² G. MELILLO - C. MOTTA, *Linee di una possibile evoluzione*, cit., 132.

³¹³ Per questa ricostruzione C. BARTOLIN, *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, in A. BALSAMO - E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 395; sul punto vedi *retro* cap. IV par. 4.

nell'ambito della quale sono stati elaborati tre distinti modelli di attività sotto copertura. In prima analisi vi sono le *livraisons surveillées*, consistenti nell'attività puramente passiva degli agenti doganali o di polizia giudiziaria che si limitano a seguire e documentare, senza intervenire, le transazioni illecite del gruppo criminale posto sotto indagine. Nella seconda categoria, definita *livraisons contrôlées*, vi rientrano le condotte attive dei pubblici ufficiali che intervengono nei diversi passaggi della merce (acquisto, trasporto, detenzione, vendita) anche assumendo personalmente incarichi di conservazione e di smistamento, così compiendo "in servizio comandato" atti costituenti reato. L'ultimo modello di riferimento è l'*infiltration* che prevede l'inserimento del pubblico ufficiale nel gruppo criminale con il ruolo di trafficante nell'ambito del quale, ovviamente, l'agente infiltrato non solo deve detenere, acquistare, trasportare le sostanze stupefacenti, ma potrà essere costretto ad assumere iniziative di coordinamento o d'incentivazione dell'attività criminosa altrui³¹⁴.

Sia in dottrina sia in giurisprudenza è stata elaborata una nozione ristretta di agente sotto copertura, per cui non potrà mai essere un qualunque cittadino anche privato: deve trattarsi di un soggetto qualificato, ufficiale di polizia giudiziaria o agente di una specifica amministrazione a cui risponde del proprio operato e da cui riceve precise indicazioni sul *modus operandi*³¹⁵. La stessa dottrina, conformandosi alla giurisprudenza maggioritaria, ha dato una descrizione che permette di inquadrare con maggiore chiarezza l'ambito di operatività dell'istituto: "riguardo a certi delitti che, per varie ragioni, è difficile scoprire [...] si è affermato nella polizia giudiziaria l'uso di tendere delle trappole. Un'occasione di delitto artificiosamente suscitato è un modo di arrestare chi si suppone commetta abitualmente il delitto, e di consegnarlo alla giustizia"³¹⁶.

La provocazione poliziesca può perciò essere definita come un mezzo per chiarire un reato difficilmente accertabile con metodi ordinari, attuata di regola nei confronti di chi è sospettato di compiere abitualmente il delitto. Concludendo, le pur sommarie descrizioni appena richiamate consentono di mettere in luce le peculiarità del sistema francese, capaci di distinguerlo nettamente da quello italiano e tedesco. Da un lato, è evidente l'elaborazione eminentemente giurisprudenziale della categoria – secondo un modello che potremmo definire quasi di *case law* – per cui la figura

³¹⁴ G. MELILLO - C. MOTTA, *Linee di una possibile evoluzione*, cit., 132.

³¹⁵ Cfr. C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 15.

³¹⁶ Così C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 18.

dell'agente provocatore assume i tratti imposti dalla prassi e, in particolare, dalla fenomenologia criminologica. Dall'altro lato, i tratti salienti di questa figura conseguono direttamente a una differenza di fondo con il sistema penale tedesco, e di seguito con quello italiano: la cosiddetta "situazione spirituale" della scienza penalistica francese non è incline a costruzioni di categorie dogmatiche rigide, ma più favorevole a plasmare le elaborazioni dottrinali in una prospettiva maggiormente pragmatica³¹⁷.

Nell'ordinamento tedesco, la legge *OrgKG* del 15 luglio 1992, di lotta al traffico illegale di stupefacenti e alle altre forme di manifestazione della criminalità organizzata, ha previsto la figura dell'investigatore coperto o segreto – *Verdeckte Ermittler* – con facoltà di operare nei settori criminali del traffico di stupefacenti e di armi, della falsificazione di monete o di titoli, nonché nei reati contro la personalità dello Stato. Si è trattato, in sostanza, di un accorpamento sotto una disciplina organica delle più specifiche figure già delineatesi nell'ordinamento tedesco sotto la spinta della legislazione dell'emergenza degli anni ottanta. Secondo questa disposizione l'impiego di un investigatore segreto è consentito esclusivamente al fine di reprimere le suddette tipologie di reati, tutti riconducibili a forme di manifestazione della criminalità organizzata, con il limite di potervi ricorrere solo in via sussidiaria nei casi in cui l'accertamento con altri strumenti risulterebbe vano o sensibilmente più difficile³¹⁸. Sotto l'aspetto strettamente procedimentale, il legislatore tedesco senza formulazioni equivoche ha assoggettato l'utilizzo dello strumento *undercover* al preventivo intervento dell'autorità giudiziaria. E', difatti, richiesta l'autorizzazione scritta del pubblico ministero, ancorché sia prevista una procedura *ex abrupto* per cui la polizia giudiziaria può intraprendere l'attività sotto copertura ma la stessa deve immediatamente essere interrotta se non perviene l'autorizzazione scritta entro tre giorni dal suo inizio. La conseguenza naturale dovrebbe essere l'assoluta impossibilità di utilizzare gli elementi di prova raccolti in mancanza di una ratifica da parte dell'autorità giudiziaria.

Nell'ordinamento tedesco, soprattutto negli anni più recenti, la problematica ha avuto un sorprendente sviluppo sul piano processuale. Ancorché in Germania sia il legislatore, sia la stessa dottrina, non abbia mai tralasciato di occuparsi – almeno periodicamente – della figura dell'agente *undercover*, questa svolta nell'evoluzione procedimentale si è avuta principalmente grazie alla giurisprudenza. Il

³¹⁷ Le parole sono di C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 18.

³¹⁸ G. MELILLO - C. MOTTA, *Linee di una possibile evoluzione*, cit., 133.

Bundesgerichtshof si è molto occupato della prassi relativa alla provocazione di polizia, tuttavia la gran parte delle decisioni si concentrano sulla punibilità del provocato e non sulla responsabilità dell'agente provocatore³¹⁹.

In particolare, si dubita seriamente della conformità ai principi dello Stato di diritto dell'impiego, a meri fini processuali ed investigativi, di soggetti – per lo più pubblici ufficiali – che, anziché prevenire, provocano la commissione di reati da parte di terzi. Il discorso si sposta quindi su di un piano strettamente processuale: l'illegittimità costituzionale della tattica poliziesca, ancorché preceduta dall'autorizzazione del pubblico ministero, si riverbererebbe sul processo escludendo la punibilità del provocato per il reato commesso. Secondo questa ricostruzione, la presenza di un agente provocatore nella dinamica del fatto integrerebbe una sorta di preclusione processuale, vuoi per un diretto *vulnus* a un principio costituzionale, vuoi perché lo Stato decadrebbe dalla titolarità della pretesa punitiva, per la tacita rinuncia insita nel suo agire contraddittorio – fomentare reati, al fine di prevenirli – in conformità al principio, di derivazione nordamericana, del *venire contra factum proprium*³²⁰.

L'evoluzione giurisprudenziale volta a mitigare la rigidità di tali assunti elaborati dai giudici di merito ha portato a una completa esposizione casistica volta, peraltro, a escludere la totale impunità del provocato. Nei casi maggiormente indicativi si può rinvenire un'evoluzione che sarà fatta propria, in seguito, dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, per cui il parametro di giudizio diviene la verifica dell'assenza di una sorta di "slealtà processuale" tipica dei paradigmi del *due process of law*, per cui andrà vagliata, caso per caso, la verifica dell'equità dello svolgimento procedimentale. Perciò è fatto divieto agli agenti di utilizzare quale strumento di acquisizione delle prove mezzi che possono alterare la "volontaria decisione" o la "volontaria condotta": la sanzione per la trasgressione del divieto è l'inutilizzabilità, contro la volontà dell'imputato stesso, delle conoscenze acquisite attraverso tali mezzi.

Per tali considerazioni, si distingue a seconda che la provocazione sia stata attuata nei confronti di un soggetto già fortemente indiziato, ovvero per effettuare un arresto in flagranza o ancora per verificare una *notizia criminis* già dotata di un autonomo fondamento, ed il caso in cui si istighi un soggetto che, sino a quel momento era rimasto almeno formalmente insospettato. In quest'ultima fattispecie, ci si

³¹⁹ Si veda in proposito C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 146.

³²⁰ Cfr. C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 148.

troverebbe quindi all'interno di una provocazione inammissibile, le cui risultanze non potrebbero in alcun modo contribuire allo svolgimento di un equo processo.

Proprio con riferimento alla fase più strettamente processuale, l'ordinamento tedesco si occupa della tutela degli investigatori coinvolti nell'operazione *undercover*, prevedendo espressamente la possibilità di evitare la testimonianza dell'agente sotto copertura nel procedimento concernente i fatti da lui accertati. Nel dibattimento la sua escussione diretta può essere sostituita da una testimonianza *de relato*, la cui fonte, anche negli atti processuali, corrisponderà all'identità fittizia e non a quella reale dell'agente.

1.2 La normativa spagnola.

Poste le notevoli affinità esistenti con il nostro sistema l'ordinamento iberico presenta profili di notevole interesse. L'analisi dell'agente provocatore nella dottrina ispanica si è incentrata, infatti, sia sugli aspetti sostanziali, intesa come una figura dogmatica vincolata alle regole della punizione dell'induzione a commettere un delitto – “*àmbito de participación en el delito*” –, sia sugli aspetti procedurali, con particolare riferimento alla *técnica de investigación encubierta*.

Da un lato si è, perciò, discusso del problema della responsabilità penale dell'agente provocatore, dall'altra parte l'analisi si è incentrata sui limiti che si devono imporre all'investigazione sotto copertura, attuata attraverso funzionario di polizia che si introduce nell'organizzazione criminale con una identità fittizia o perfino di un un mero confidente³²¹.

Il riferimento giuridico è dato dalla *Ley Organica 5/1999* del 13 gennaio. Questa norma regola per la prima volta l'attuazione dell'“*agente encubierto*” nel processo penale e ha modificato l'art. 263 *bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la “entregada vigilata”* – Decreto Reale del 14 settembre 1882 –, ampliando anche i presupposti della “*circulatiòn*” e dell'“*entregada vigiladas*”.

Ancorché non si abbia alcun riferimento statistico che attesti con quale frequenza sia stato utilizzato l'*agente encubierto* come tecnica di investigazione, le decisioni degli organi giurisprudenziali e, in particolare, *la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el Tribunal Costituzional y la Audiencia Nacional* riflettono una marcata

³²¹ M. R. PERÈZ ARROYO, *La provocation de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto*, in *La Ley*, 2000, 1765.

inclinazione per l'identificazione dell'agente provocatore con l'agente sotto copertura³²². Prendendo spunto dal dato legislativo, nel panorama penale e processuale spagnolo la figura dell'agente sotto copertura si identifica particolarmente con la figura del “*funcionario-policia*” addestrato per agire sotto false generalità per le lotta alla criminalità complessa. Non si tratta dell'unica figura ipotizzabile, posta l'eventualità che come agente sotto copertura agisca un privato cittadino che collabori con gli organi di sicurezza dello Stato: il mero confidente.

In Spagna, in seguito alla regolazione della *Ley Organica 5/1999* è stata, anche legislativamente, assimilata la figura dell'*agente provocador* e dell'*agente encubierto*. Una tale parificazione si è avuta sulla base dei privilegi in termini di irresponsabilità penale rispetto alla “*actividad ecubierta*” e alla sua “*consequentia necessaria*”, così come in relazione ai limiti della sua attività sottocopertura: con la precisazione per cui, “*no deben provocar el delito y encuadrarse de esta manera dentro del supuesto del art. 373 del Código Penal, se si tratara de un caso de tráfico de drogas*”³²³.

Questa assimilazione, basata sulle conseguenze penali delle due attività, non crea alcuna difficoltà interpretativa rispetto all'agente infiltrato, posto come in quasi tutti i casi l'agente provocatore rientri nella categoria degli “*agentes ecubiertos*” intesi come funzionari di polizia. Maggiori problemi si hanno quando l'agente sotto copertura si identifica come “*confidente*” al fine di scoprire il *modus operandi* delle organizzazioni criminali, infiltrandosi dentro le stesse. Sulla base del disposto della *Ley Organica 5/1999* del 13 gennaio l'agente provocatore-confidente di polizia deve essere considerato, quindi, fuori dall'ambito di copertura “*legale*”. Il confidente che si spinga oltre una attività di osservazione dell'attività illecita altrui si troverebbe, pertanto, esposto ad ipotesi di responsabilità penale come compartecipe nel reato.

Entrando nello specifico della norma, va detto come questa sia stata considerata la risposta repressiva del diritto penale, sostanziale e processuale ad un tipo di criminalità non ordinaria, identificata, da alcuni settori della dottrina, come “*narcocriminalità*”, pur tenendo in considerazione come tale definizione non è certamente comprensiva di tutti i delitti per cui è azionabile l'attività sotto copertura³²⁴. Così come è avvenuto per il nostro ordinamento, la fonte di tale disciplina è stata

³²² M. R. PERÈZ ARROYO, *La provocation de la prueba*, cit., 1766.

³²³ M. L. MONTÓN GARCÍA, *Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos*, *La Ley*, 1999, 178.

³²⁴ J. MUÑOZ SARMIENTO, *El agente provocador en el derecho penal. La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, Valencia, 1997.

rinvenuta nella Convenzioni di Vienna delle Nazioni Unite del 20 dicembre 1988 sul traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope.

La norma pone una serie di vincoli di natura oggettiva e soggettiva all'azione *undercover*, il rispetto dei quali ha dei risvolti fondamentali sia in tema di responsabilità dell'agente *encubierto-provocador*, sia per quanto attiene all'utilizzabilità probatoria degli elementi raccolti.

Innanzitutto, come si è visto, l'agente sotto copertura deve essere, necessariamente, un funzionario di polizia giudiziaria. Si vuole così restringere la qualità di *agente encubierto* restringendo il campo ai soli appartenenti ad un corpo specializzato di polizia giudiziaria, che per agire deve necessariamente essere autorizzato dal giudice o dal pubblico ministero, obbligato a sua volta a comunicare tale autorizzazione al giudice. Quest'ultima sarà seguita da un provvedimento che assegna all'agente una identità ed un lavoro fittizio, previamente indicato dal Ministero dell'Interno, validi per sei mesi, prorogabili per periodi di tempo di uguale durata.

L'ambito di operatività dell'*agente encubierto* è circoscritto da un criterio di politica criminale di lotta contro la criminalità non convenzionale che la *Ley Organica* 5/1999 del 13 gennaio identifica come la "*criminalidad organizada*". Il legislatore spagnolo, al pari di quello italiano, ha imposto una serie di ipotesi tassative di reati per i quali si può procedere con le azioni sotto copertura creando, tuttavia, un catalogo di fattispecie molto più ampio, che variano dalla classiche forme di espressione del crimine organizzato, quali il traffico di armi e il terrorismo, sino a delitti contro il patrimonio pubblico o storico, la falsificazione di monete ma anche reati quali le violazioni penali dei diritti dei lavoratori.

Inoltre, va detto che l'esenzione da responsabilità penale si estende sino a giustificare la condotta dell'agente che attenga ad una attività sotto copertura "*como consecuencia necesaria del desarrollo de la investigacion*". Questa attività dovrà essere necessariamente proporzionata con la finalità dell'investigazione e non potrà sfociare in una vera e propria istigazione al delitto³²⁵. Si è allora cercato di rompere con la tradizione giuridica introducendo una differenziazione con l'*agente provocador* come limite alla sua attuazione sotto copertura. Così, tanto la necessità come la proporzionalità dell'azione *undercover*, in ogni caso, "sono criteri che a rigore, di fronte

³²⁵ M. R. PERÈZ ARROYO, *La provocation de la prueba*, cit., 1789.

al limite materiale della non provocazione del delitto, si pongono come correttori di indole secondaria”³²⁶.

Si era inizialmente sostenuta l’esistenza di un principio generale per cui la provocazione non incontrerebbe almeno teoricamente alcun limite, posta la speciale qualità del soggetto che agisce come provocatore. La volontà legislativa in questo caso è volta a limitare soggettivamente la figura del *agente encubierto*, sulla base della sua condizione speciale di agente della polizia giudiziaria, introducendo la distinzione fra “*delito provocado*” e la “*provocación policial*”. Da una parte, per quanto attiene al delitto provocato la giurisprudenza si è orientata per l’impunità più del provocato che del provocatore, per l’attitudine di questa attività a ledere principi costituzionali posti alla base dello Stato sociale democratico di diritto. Qualora l’agente di polizia giudiziaria non crei *ex novo* la volontà di commettere il delitto, limitandosi a propiziare lo scenario idoneo al compimento del reato in quella determinata circostanza, l’attività deve considerarsi legittima poiché rivolta al reperimento della prova del fatto³²⁷.

Questo è il limite materiale che l’art. 285 *bis* della *Ley de Enjuiciamiento Criminal* stabilisce per la legittimità delle azioni sotto copertura dell’agente provocatore e per la sua esenzione da responsabilità penale. La proibizione di provocare un delitto per l’agente non è, quindi, un limite assoluto, ma relativo a quanto possa essere considerato apertamente in contrasto con i principi costituzionali e con la libera formazione della volontà del provocato.

Il rispetto di tali limiti, non solo si riflette direttamente sull’esenzione da responsabilità del provocatore, ma è fondamentale per preservare la validità della prova che dipende dalla investigazione sotto copertura: si parla in questi casi di *prueba provocada*³²⁸.

Accertati i criteri delimitativi dell’azione degli *agentes encubiertos* – siano essi provocatori o semplici infiltrati –, ne deriva che, in linea generale, quando il provocatore non è considerato punibile la prova ottenuta con la sua attività sarà legittima nel processo, in caso di responsabilità penale dell’*agente encubierto* la prova da lui raccolta deve ritenersi illegittima. La dottrina spagnola³²⁹ sul punto non è, tuttavia,

³²⁶ Cfr. M. R. PERÈZ ARROYO, *La provocation de la prueba*, cit., 1789.

³²⁷ M. R. PERÈZ ARROYO, *La provocation de la prueba*, cit., 1789.

³²⁸ M. R. PERÈZ ARROYO, *La provocation de la prueba*, cit., 1789.

³²⁹ J. IGARTA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba en el proceso penal*, Valencia, 1995; J. LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA, *el agente encubierto*, in *La Ley*, 1999, 104; M. MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcellona, 1999; M. R. PERÈZ ARROYO, *La provocation de la prueba*, cit., 1790.

unanime ed è particolare notare come, in attesa di decisioni giurisprudenziali in proposito, poste le evidenti similitudine con il percorso dogmatico italiano, essa rivolga uno sguardo al nostro paese ed alle elaborazioni in merito alla prova illecita e illegittima, oltretutto, in via comparativa, con il sistema nordamericano.

1.3 Una legislazione all'avanguardia: l'ordinamento Svizzero.

La Svizzera è senza dubbio fra i paesi che sono approdati ad una legislazione che può essere considerata la vera e propria sintesi delle istanze di prassi e dottrina, perlomeno così come si sono sviluppate nel nostro paese. Nello Stato elvetico si è raggiunto un invidiabile livello di determinatezza legislativa, non solo per l'esistenza di una normativa specifica sulla materia, ma per le caratteristiche proprie di questa regolamentazione che ne fanno un modello di cui sarebbe auspicabile l'emulazione.

Il primo riferimento legislativo è contenuto nella legge *Betäubungsmittelgesetz* del 3 ottobre 1951, novellata dall'art. 23 della legge 20 marzo 1975, che disciplina, con modalità non dissimili dall'ordinamento italiano, l'attività del funzionario di polizia, il quale assuma le vesti di autore di un reato in materia di stupefacenti. La norma prevede una scriminante speciale per l'agente che "a scopo investigativo accetta in prima persona o attraverso altri un'offerta di stupefacenti ovvero riceve personalmente o attraverso un'altra persona delle sostanze stupefacenti".

Successivamente, in seguito alla presentazione del messaggio del Consiglio federale del 1° luglio 1998, è stata emanata la legge federale sull'inchiesta mascherata del 20 giugno 2003. La legge *de qua* all'art. 1 chiarisce, innanzitutto, lo scopo dell'inchiesta mascherata, rivolta "ad infiltrare gli ambienti criminali con membri della polizia non riconoscibili come tali (agenti infiltrati) e a contribuire in tal modo al chiarimento di reati particolarmente gravi".

L'art. 3 enuncia poi due principi generali governanti la disciplina che si caricano, inoltre, di un immediato valore pragmatico. Si prevede, da un lato, che "l'integrità e l'identità dell'agente infiltrato sono protette", dall'altro che la forma e l'entità dei mezzi utilizzati a tal fine devono permettere di stabilire i fatti, preservando però, al contempo, il diritto delle persone interessate a un processo equo, e in particolare il diritto a una difesa efficace.

A tal fine sono predisposte una serie di prescrizioni a garanzia della legittimità dell'attività *undercover*. Posto all'art. 4 l'elenco dei gravi reati per i quali è possibile

attivare l'inchiesta mascherata, il disposto dell'art. 5 precisa quali possono essere i soggetti protagonisti dell'indagine. L'inchiesta potrà essere intrapresa sia da membri del corpo di polizia sia da persone assunte a titolo provvisorio al fine di svolgere un compito di polizia, anche se prive di formazione professionale specifica. Tale disposizione permette di risolvere le incertezze concernenti l'utilizzo di soggetti privati all'interno di attività sotto copertura, attraverso la loro assunzione temporanea per il tempo necessario all'esecuzione dell'operazione. Inoltre, si prevede espressamente la possibilità di assegnare a tali soggetti un'identità fittizia con la garanzia che la loro reale identità non sarà rivelata nemmeno nell'ambito di un procedimento giudiziario nel quale l'agente infiltrato compaia come persona informata sui fatti o come testimone, con la precisazione che, qualora lo stesso agente infiltrato avesse commesso un reato nel corso della sua attività, spetterà all'autorità giudiziaria decidere sotto quale identità si svolgerà il procedimento penale.

La legge federale sull'inchiesta mascherata del 20 giugno 2003 ha poi il notevole merito di risolvere normativamente due fra i più pressanti dubbi ermeneutici sorti nell'applicazione pratica di tale istituto nei vari paesi continentali: da un lato stabilisce con precisione i rapporti fra polizia giudiziaria e autorità giudiziaria, dall'altro lato detta un'apposita disciplina a seconda che l'attività *undercover* debba svolgersi all'interno di un procedimento penale già avviato, ovvero in presenza di un mero sospetto o il timore che possa essere compiuto un grave reato.

Per quanto concerne il primo aspetto, l'art. 7 chiarisce che la designazione di un agente infiltrato debba essere sottoposta ad approvazione giudiziaria, specificando che la stessa autorità deve pronunciarsi espressamente circa la possibilità di "allestire o alterare documenti per costituire o conservare un'identità fittizia", "fare la promessa di riservatezza" dell'identità dell'agente e designare un infiltrato non appartenente al corpo di polizia. Siffatta autorizzazione deve essere motivata e non può avere durata superiore a un anno, prima della scadenza di tale termine il comando di polizia cui appartiene l'infiltrato deve redigere un rapporto sull'attività espletata e, laddove necessario, chiedere una proroga. La norma è tanto più apprezzabile in quanto non omette di disciplinare aspetti concreti che non poche difficoltà hanno creato nella prassi operativa. L'art. 9 infatti, dopo aver ricordato che "l'agente infiltrato ha diritto alla migliore protezione possibile in caso di pericolo per la vita o l'integrità", si occupa di disciplinare l'aspetto economico dell'operazione. L'agente infiltrato deve svolgere

l'intervento attenendosi alle istruzioni e presentare periodicamente un rendiconto completo concernente attività e accertamenti, le autorità competenti emanano le disposizioni di servizio riguardanti l'inchiesta mascherata e, in particolare, disciplinano il risarcimento delle spese supplementari e l'indennizzo dei danni subiti nell'ambito dell'operazione dalle persone che vi partecipano o, per perdita di sostegno, dai loro familiari. La norma si chiude con la precisazione dell'illiceità di qualsiasi pattuizione volta ad accordare premi correlati ai risultati.

Al fine di creare un dovuto bilanciamento fra il necessario rapporto di subordinazione con l'autorità giudiziaria e le esigenze di sicurezza dell'agente infiltrato è stata istituita una nuova figura definita "persona di contatto". Questi, per tutta la durata dell'intervento, istruisce l'agente infiltrato e mantiene il collegamento con l'autorità che ha ordinato l'inchiesta mascherata. La persona di contatto ha la facoltà di impartire indicazioni alla stregua di un superiore gerarchico e inoltre "istruisce in dettaglio l'agente infiltrato sul suo intervento, sulle sue attribuzioni e sull'utilizzazione dell'identità fittizia". Lo stesso si occupa, inoltre, di dirigere e assistere l'agente infiltrato per tutta la durata dell'intervento.

Il successivo art. 10 della legge federale 20 giugno 2003 risolve legislativamente il problema del limite dell'attività dell'agente *undercover*, segnando così, *pro futuro*, la sparizione del vecchio modello di agente provocatore caratterizzato dall'ampiezza della propria condotta potenzialmente criminale e criminogena. La disposizione *de qua*, unitamente all'art. 4, segnano, di fatto, i limiti entro i quali va disposta un'indagine *undercover*, sia per quanto attiene all'ambito oggettivo entro cui può essere disposta, sia in relazione alla condotta dell'infiltrato stesso.

Così, l'inchiesta mascherata potrà essere ordinata solo se determinati fatti confermino il sospetto che siano stati commessi, o potrebbero verosimilmente essere commessi reati particolarmente gravi, ovvero – introducendo una sorta di principio di *ultima ratio* dell'indagine mascherata – qualora le operazioni d'inchiesta precedenti siano risultate infruttuose o le indagini risultassero altrimenti vane o sproporzionatamente ardue. Sotto il profilo soggettivo, inoltre, il legislatore elvetico ha voluto segnare il confine dell'apporto psichico e materiale che l'infiltrato possa avere nell'elaborazione del fatto antiggiuridico. L'agente sotto copertura non deve risvegliare un'inclinazione latente a commettere un reato o a compiere un delitto più grave di quello previsto, ma deve limitarsi alla concretizzazione della già presente

determinazione a commettere il reato. Vale a dire che “l’attività dell’agente infiltrato deve incidere soltanto in misura secondaria sulla determinazione a commettere un reato concreto” (art. 10 c. 2). E’ poi precisato quali conseguenze vadano ricondotte all’eventuale attività dell’infiltrato che oltrepassi i suddetti limiti: l’ordinamento svizzero non si pone il problema nell’ottica della punizione dell’agente che abbia compiuto un illecito, ma si preoccupa di verificare se la sua attività deviante permetta ancora la punibilità del provocato. “Se l’agente infiltrato oltrepassa i limiti del comportamento ammissibile, il giudice ne tiene adeguatamente conto nella commisurazione della pena per la persona influenzata o prescinde dalla punizione” (art. 10 c. 4). Si tratta, indubbiamente, di una scelta legislativa perfettamente conforme ai dettami della Corte europea dei diritti dell’uomo³³⁰ in tema di equo processo, per cui l’operazione sotto copertura non deve costituire l’unica occasione di delinquere per un soggetto che – qualora anche avesse una latente tendenza al crimine – in assenza dell’occasione creata dalla polizia giudiziaria non avrebbe certamente commesso quello specifico reato ovvero reati della stessa indole.

Come detto, la legge federale sull’inchiesta mascherata del 20 giugno 2003, con una felice scelta normativa, distingue nettamente attività sotto copertura “preventiva” da azioni *undercover* finalizzate alla repressione dei reati. L’art. 12 precisa quale debba essere l’utilizzazione degli elementi emersi nel corso di un’inchiesta svoltasi al di fuori di un procedimento penale. Qualora il rapporto dell’agente infiltrato contenga accertamenti relativi a un crimine o a un delitto, il comando di polizia denuncia il caso all’autorità giudiziaria competente per il perseguimento penale. Allo scopo di evitare che l’inizio di un procedimento ufficiale possa compromettere l’indagine sotto copertura, “la denuncia può essere accompagnata dalla richiesta di rinunciare momentaneamente a qualsiasi operazione d’inchiesta riconoscibile come tale” (art. 12 c. 1), “se gli accertamenti sono indispensabili per l’assunzione delle prove, un rapporto di polizia ufficiale è integrato negli atti procedurali” (art. 12 c. 3). L’art. 13 chiarisce, di converso, in quali casi il comando di polizia debba porre fine all’intervento, e vengono nel dettaglio enunciate tre ipotesi in cui, per diverse ragioni, non è più utile o conveniente protrarre l’inchiesta mascherata. Oltre al caso in cui non appare ipotizzabile, entro un termine ragionevole, l’intervento nell’ambito di un procedimento penale, l’indagine *undercover* va interrotta senza ritardo qualora “i rischi o il dispendio

³³⁰ Vedi retro Cap. IV, par. 4.

dell'intervento siano sproporzionati rispetto all'esito atteso, ovvero l'agente infiltrato non si attiene alle istruzioni, informa scientemente in modo falso la persona di contatto o non rispetta gli obblighi in qualsivoglia altra maniera" (art. 13 c. 1).

Il secondo comma dell'art. 13 detta una serie di prescrizioni inderogabili circa lo "smantellamento" di tutta l'organizzazione sotto copertura. Spetterà alla persona di contatto impartire le necessarie istruzioni per la fine dell'intervento così da non esporre a un pericolo evitabile né l'agente infiltrato, né i terzi coinvolti nell'inchiesta. Inoltre, non appena l'identità fittizia non sarà più necessaria, "il comando di polizia ripone in modo sicuro i documenti che hanno permesso di certificarla" e "provvede se del caso a fornire un'assistenza adeguata all'agente infiltrato esonerato dalle sue funzioni. Ciò vale anche per i terzi coinvolti nell'inchiesta".

La seconda Sezione della legge federale sull'inchiesta mascherata del 20 giugno 2003, è intitolata "Intervento nell'ambito di un procedimento penale", dopo una serie di disposizioni che precisano, nel dettaglio, i doveri di informativa della polizia giudiziaria e l'individuazione dell'autorità giudiziaria competente, la norma si occupa delle informazioni al soggetto coinvolto nell'inchiesta mascherata e delle misure di protezione processuale dell'infiltrato.

Secondo il disposto dell'art. 22, "l'autorità che ha ordinato l'inchiesta mascherata informa l'imputato, al più tardi prima della fine dell'istruttoria o dopo la decisione di non doversi procedere, che nei suoi confronti è stata svolta un'inchiesta mascherata". Qualora le informazioni non siano utilizzate a scopo probatorio, l'autorità giudiziaria può eccezionalmente differire la comunicazione o rinunciarvi se sussiste il pericolo di un grave pregiudizio per l'agente infiltrato o espone a serio pericolo terze persone, o ancora se è indispensabile a tutela d'interessi pubblici preponderanti, segnatamente per la sicurezza interna o esterna o per la lotta al crimine organizzato. Infine, sarà possibile differire la comunicazione quando l'imputato è irreperibile, ovvero sono da temere gravi pregiudizi per un procedimento penale in corso.

Infine, l'art 23 prescrive le modalità attraverso cui verranno garantite misure di protezione dell'identità dell'infiltrato anche una volta terminato l'intervento. Si stabilisce che, laddove sottoposto a tali misure, le sue generalità non vengano rivelate neppure durante il procedimento giudiziario e non figurino negli atti processuali. Se necessario il giudice competente domanda informazioni sull'identità dell'agente infiltrato e accerta se questi ha partecipato al procedimento, a tale scopo può lui stesso

interrogarlo. Se l'interrogatorio si rende necessario, l'autorità prende le misure di protezione indispensabili per mantenere la "promessa di riservatezza", queste possono andare dall'alterazione dell'aspetto e della voce, all'audizione in luogo separato o a porte chiuse, o ancora consistere nell'esclusione della partecipazione degli imputati se il confronto dovesse costituire una minaccia considerevole per l'infiltrato.

Da questa breve disamina delle principali norme introdotte nell'ordinamento elvetico con la riforma delle indagini sotto copertura, emerge come le stesse rispondano con prontezza alle esigenze di garanzia ed equità processuale nonché alla necessità di assicurare l'incolumità dei soggetti coinvolti. Pur essendo necessario attendere quale sarà l'impatto fattuale di queste modifiche, e in particolare se si sia raggiunto un punto di sintesi fra le esigenze di repressione di gravi reati concernenti il crimine organizzato e la necessità di tutelare la società dal rischio di attività investigativa potenzialmente criminogena, non può non apprezzarsi il tentativo del legislatore elvetico.

Da ciò una riflessione: se si considera lo scarso, e lacunoso, apporto normativo dato nel nostro paese dal c.d. "statuto delle operazioni sotto copertura", appare quanto mai difficile ipotizzare che la polizia svizzera accetti di collaborare a un'inchiesta transfrontaliera con l'Italia, in ragione delle scarse garanzie che avrebbero nell'operare nel nostro territorio. Tale valutazione rende ancor più necessaria l'adozione di una normativa europea comune che possa essere poi utilizzata come modello degli accordi bilaterali con gli Stati non comunitari. Ci si vuole riferire, tuttavia, non ad una disciplina che preveda astrattamente la possibilità di intraprendere le operazioni sotto copertura, regolate poi nel dettaglio dalle specifiche leggi dello Stato in cui l'operazione materialmente si svolge, ma un'unica normativa di carattere processuale e sostanziale che permetta di creare uno spazio comune di repressione della criminalità organizzata in cui agenti di polizia dei diversi paesi possono operare con la garanzia di una regolamentazione uniforme.

2. Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale.

Le considerazioni appena svolte trovano una specifica conferma nell'analisi delle timide scelte operate nell'ambito della cooperazione giudiziaria penale nello spazio comune europeo. Prescindendo dalla circostanza che tale protocollo addizionale

non è stato ancora ratificato dal nostro Paese, non sembra che il contenuto giuridico di quest'accordo possa in qualche modo risolvere le incertezze su esposte circa la possibilità di intraprendere operazioni sotto copertura, offrendo sufficienti garanzie ai soggetti protagonisti di questa particolare tecnica investigativa.

Il secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, concluso a Strasburgo l'8 novembre 2001, disciplina le "covert investigation" all'art. 19. Questa norma prevede che lo Stato richiedente e lo Stato richiesto possano convenire di collaborare fra loro per lo svolgimento di indagini condotte da agenti infiltrati o sotto falsa identità. In sostanza la norma tende a far sì che possa essere richiesta assistenza sia affinché un agente infiltrato venga autorizzato a svolgere la suddetta attività nel territorio di uno Stato membro, sia per ottenere dallo Stato richiesto l'invio di tali agenti sul territorio di quello richiedente, sia, infine, per invitare lo Stato richiesto a mettere a disposizione un agente infiltrato per effettuare un'operazione nel proprio territorio"³³¹. Si è, in sostanza, riprodotto integralmente il testo dell'art. 14 della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione Europea, in cui purtroppo, nonostante il livello di cooperazione penale rafforzata che dovrebbe essere proprio dell'Unione europea, si rimette tuttora alla volontà degli Stati ed alle singole legislazioni nazionali l'opportunità di intraprendere le operazioni *undercover* e la disciplina delle stesse

Difatti, il secondo comma della norma, indica che la decisione sulla richiesta è presa in ciascun caso specifico dalle autorità competenti dello Stato richiesto nel rispetto del diritto e delle procedure nazionali, e che i due Stati si accordano circa la durata delle operazioni d'infiltrazione, le condizioni particolareggiate e lo statuto giuridico degli agenti.

Il terzo comma prosegue ancora indicando che le operazioni d'infiltrazione vengano effettuate secondo il diritto e le procedure nazionali dello Stato nel cui territorio si svolgono. Le Parti interessate collaborano per provvedere alla preparazione e al controllo dell'attività e per intraprendere disposizioni al fine di garantire la sicurezza degli agenti infiltrati o sotto falsa identità.

Emerge con evidenza da queste disposizioni come le operazioni possano svolgersi soltanto a condizione di non configgere con la normativa interna e con le "procedure nazionali". Com'è stato efficacemente rilevato in dottrina, "evidentemente

³³¹ Cfr. M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, 2005, 207.

la delicatezza della questione ha indotto a una grande prudenza, sicché ci si limita a segnalare che le decisioni in ordine a tal genere di operazione, che muove dalla richiesta di uno Stato sono prese in ciascun specifico caso: nessuna generalizzazione, quindi, ma valutazione caso per caso circa la possibilità, e – è da ritenere – l’opportunità, di far ricorso alle indagini sotto copertura³³². Si tratta perciò di una norma che si limita a prevedere l’ipotetica eventualità di svolgere operazioni coordinate sotto copertura, ma, da un lato, non impone agli Stati firmatari alcun obbligo di assistenza in caso di richiesta, e dall’altro, anche qualora una Parte si determinasse a concedere l’assistenza, rimarrebbe irrisolto il problema di offrire a tutti gli agenti coinvolti in una operazione “multi territoriale” un’uniformità di disciplina che prescindendo dal confine fisico fra uno Stato e l’altro. A una tale conclusione si potrà arrivare solo attraverso un impegno concreto degli Stati, prima volto ad armonizzare le proprie discipline interne e poi teso a creare regole comuni non di “programma” bensì di “dettaglio”. Ci s’intende riferire sia a norme tecniche operative, fatte proprie dagli stessi agenti sotto copertura nel momento della loro formazione professionale, sia a norme penali *ad hoc* tese a disciplinare l’eventualità della “fuoriuscita” dell’*undercovered* dai binari tracciati dall’organo deputato alla direzione dell’operazione.

Si può, tuttavia, sostenere che la norma rappresenta un piccolo passo in avanti, seppur a livello meramente programmatico nell’evoluzione di tale materia. Questa indica la possibilità per i singoli Stati coinvolti di accordarsi sulle specifiche modalità delle operazioni al fine di poter creare una sorta di *vademecum* operativo, idoneo a fornire un minimo di certezze agli agenti infiltrati coinvolti. Ad ogni modo, tali accordi – in un paese dotato di obbligatorietà nell’esercizio dell’azione penale come il nostro – non sarebbero comunque idonei a creare zone grigie di impunità per quegli agenti stranieri che commetterebbero azioni integranti gli estremi di un reato, lasciando pertanto irrisolto il reale problema della tutela giuridica degli agenti sotto copertura.

Infine, merita un richiamo il quarto e ultimo comma dell’art. 19 II Prot. add. Conv. eur. ass. giud. pen., in cui è previsto che ogni Stato, al momento della firma o del deposito dello strumento di ratificazione, accettazione o adesione, indica, mediante dichiarazione trasmessa al Segretario Generale del Consiglio d’Europa, quali autorità designa come competenti ai fini della decisione sulla richiesta.

³³² M.R. MARCHETTI, *L’assistenza giudiziaria*, cit., 203.

Nel nostro ordinamento la competenza a provvedere, come già avviene in relazione al disposto dell'art. 14 Conv. ass. giud. pen UE, deve necessariamente appartenere al procuratore della Repubblica che procede ad indagini collegate, ovvero, in mancanza, a quello del luogo in cui deve essere svolta l'attività o la sua parte principale³³³.

3. L'agente *undercover* nei sistemi di *common law*.

Il raffronto con ordinamenti sensibilmente distanti dal nostro quanto a cultura giuridica, non costituisce un mero esercizio gnoseologico ma va bensì visto alla luce delle sempre più pressanti esigenze di cooperazione fra Stati, derivanti dalla necessità di reprimere gravi fenomeni criminali transazionali.

Difatti, i sostenitori della cooperazione internazionale ne prevedono un progressivo sviluppo grazie all'adozione di strumenti tecnici e di coordinamento investigativo validi oltre le frontiere dei singoli Stati. Tuttavia, per ciò che attiene a una migliore cooperazione in tema d'indagini sotto copertura, è richiesto uno sforzo di avvicinamento delle legislazioni di non poco conto, che dovrebbe andare ben oltre l'introduzione di semplici accorgimenti tecnici³³⁴.

Ciò considerato, risulta quanto mai opportuna una – se pur breve – disamina delle principali differenze esistenti fra gli Stati Uniti e l'Italia, causate principalmente dalle diverse premesse in ordine alla liceità del coinvolgimento dello Stato nella criminalità, seppur ai fini investigativi.

La prima fondamentale divergenza di disciplina emerge considerando come il sistema americano e italiano differiscano quanto al controllo e alla legittimazione delle indagini sotto copertura. Va detto che i due ordinamenti certamente riconoscono gli aspetti critici dell'indagine mascherata, ma li affrontano in modo radicalmente diverso. In entrambi i sistemi, si parte dalla basilare considerazione per cui le provocazioni che provengono dai complici o dai soggetti più prossimi all'indagato appartengono fisiologicamente al contesto criminoso e che l'istigazione creata o incoraggiata dallo Stato turba il normale corso degli eventi. Tuttavia, mentre oltreoceano ci si preoccupa dell'influenza negativa sull'indagato, il timore dell'ordinamento italiano è incentrato sul fatto che siano gli agenti infiltrati ad essere corrotti³³⁵.

³³³ M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria*, cit., 206.

³³⁴ J. ROSS, *Quegli 007 infiltrati nel cuore del crimine*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 11, 62.

Il sistema americano risulta, perciò, fortemente contrario al ricorso alle sanzioni penali come metodo di controllo delle indagini sotto copertura. Ne deriva che “le sanzioni penali in genere non si applicano ai comportamenti ragionevolmente posti in essere dagli agenti di polizia”³³⁶ e che, fra questi, va inserita la partecipazione in attività criminali come “tecnica d’indagine lecita e riconosciuta”³³⁷.

Ogni giurisdizione americana riconosce l’esistenza di una scriminante dell’“autorità pubblica” applicabile sia ai privati sia ai pubblici ufficiali che agiscono legittimamente in forza di una autorizzazione statale che regola la loro condotta. Ciò significa che le indagini sotto copertura non sono soggette a restrizioni simili a quelle adottate in Italia per limitare in modo tassativo le ipotesi di ricorso a tali tecniche investigative. La scriminante prevista dalla normativa statunitense ha efficacia generale e non subisce limiti connessi alla tipologia criminosa o ai soggetti legittimati. Un’ampiezza che non si espande, tuttavia, sino a renderla assoluta.

Un agente potrà dunque “violare l’esplicita previsione di alcune leggi penali” ciò non di meno, ad un certo livello, “la simulazione della partecipazione ad un episodio criminoso raggiunge una tale somiglianza con il reato stesso da risultare intollerabile per la società. Nessuno dubita del fatto che gli agenti non possano lavorare come infiltrati in una banda di giovani stupratori e giungere sino a partecipare ad uno stupro [...] la domanda è sino a dove possa spingersi il coinvolgimento della polizia e dei pubblici ministeri nel restare coinvolti in condotte altrimenti illegali?”³³⁸

Una risposta si può ricercare nelle decisioni di alcune Corti, in cui si è attentamente distinto fra violazioni legali e violazioni illegali, richiamando la tradizionale distinzione fra i crimini che appartengono ai *mala prohibita*, per i quali l’istigazione sarebbe lecita, ed i delitti cosiddetti *mala in se*, in cui l’attività investigativa sfocerebbe nell’illecito³³⁹. Ciò deriva naturalmente dalla differenze

³³⁵ J. ROSS, *Quegli 007 infiltrati nel cuore del crimine*, cit., 63; a conferma di come la normativa americana si concentri principalmente sul rischio che le operazioni occulte possano alterare il comportamento criminoso si veda il caso *Sorrels v. United States* (1932), in MICHAEL-WECHSLER (a cura di), *Criminal Law and its Administration*, Chicago, 1990, 1196 ss.

³³⁶ *Brogan v. United States*, 522 U.S. 398- 1998; W. LA FAVE-A. SCOTT, 2 *Substantive Criminal Law*, West, Minnesota, 1986, II ed., Section 10.7.

³³⁷ *Sorrels v. United States* (1932), *op. cit.*, 1196.

³³⁸ G. R. BLAKEY, *Techniques in the Investigation and Prosecution of Organized Crime: Manual of Law and Procedure*, New York, 1980, 41.

³³⁹ *United States v. Williams*, 791 F.2d 1383 – 9th Cir. 1986; *State v. Vaden*, 768 P.2d 1108 – S.Ct. Alaska, 1989, con nota redazionale *Crossing the Constitutional Line: Due Process and Law Enforcement Justification*, in *Notre Dame L. Rev.*, 1992, n. 67, 745

esistente in termini di offensività fra i due reati: solo nei primi gli effetti del delitto commesso non produrrebbero un danno definitivo al bene giuridico protetto dalla norma penale incriminatrice.

Al fine di meglio comprendere la possibile espansione dell'attività sotto copertura, proprio alla luce di una comparazione con il nostro sistema, si può distinguere nell'ordinamento americano fra le varie attività compiute all'interno di un'operazione sotto copertura fra illeciti "principali", "ancillari" e "diretti a scopi privati". Il reato "principale" deve essere inteso come il fatto che l'agente ha lo scopo di provare; al fine di prevenire un determinato fenomeno criminoso, l'agente può avere bisogno di partecipare alla condotta su cui sta indagando, che corrisponde al reato principale. I crimini "ancillari" sono quelli che l'agente commette, o consente ad altri di commettere, al fine di indagare sui reati principali, mantenendo intatta la sua copertura. Da ultimo, i reati "diretti a scopo privato" sono quelli che l'agente commette non per avanzare nell'indagine o proteggere la propria copertura, bensì per ragioni esclusivamente personali³⁴⁰.

Negli Stati Uniti gli agenti di polizia possono commettere sia i reati principali sia quelli ancillari, sempre secondo le regole dettate dalla propria agenzia investigativa, che disciplina l'attività occulta dettando gli obiettivi delle condotte autorizzate. Posto che l'agente non può commettere atti di violenza, salvo si tratti di legittima difesa, l'autorizzazione può avere ad oggetto la commissione di determinati reati, inclusi il riciclaggio di merce rubata, la "somministrazione" controllata di droga che non entri in commercio, il pagamento di tangenti e la sottoscrizione di false dichiarazioni per celare la propria identità. La partecipazione in episodi criminosi di maggiore gravità richiede altresì l'autorizzazione preventiva da parte dei dirigenti dell'Fbi, legittimati in seguito ad invocare la scriminante della "pubblica sicurezza o autorità" nel caso intervenissero accuse penali³⁴¹.

Le regole investigative federali offuscano quindi la differenza fra crimini principali e crimini ancillari e sul tipo di autorizzazione necessaria. Di conseguenza, almeno in via generale, gli agenti sotto copertura non possono compiere azioni che costituiscano una violazione della *federal, State or local law*. Tuttavia, è previsto che *"no official shall recommend or approve participation by an undercover employee in otherwise illegal activity unless the participation is justified: a) to obtain information*

³⁴⁰ J. Ross, *Quegli 007 infiltrati nel cuore del crimine*, cit., 64.

³⁴¹ *Attorney General's Guidelines on Fbi Undercover Operations*, in www.usdoj.gov.

or evidence necessary for the success of the investigation and not reasonably available without participation in the otherwise illegal activity; b) to establish or maintain credibility of a cover identity, or c) to prevent death or serious bodily injury”.

Le ultime due cause di giustificazione per attività illegali sembrano abbracciare ipotesi come il furto d’auto, crimine ancillare rispetto ad altri, principali, su cui l’agente sta indagando. La prima causa di giustificazione – ovvero l’evidente necessità dell’attività illecita per il successo dell’investigazione mascherata – si applica sia ai crimini principali sia a quelli ancillari, senza potersi rinvenire alcuna ulteriore distinzione³⁴².

Le differenze con il nostro ordinamento risultano perciò evidenti se si ricorda come in Italia le esenzioni da responsabilità penale sono previste esclusivamente per ipotesi tassative – i reati principali – senza che la deroga ricomprenda necessariamente le violazioni ancillari. Un agente di polizia può essere condannato per aver preso parte a determinati reati, anche principali non compresi nella deroga. Di conseguenza la stessa attività sotto copertura – come, ad esempio, la vendita di merce di contrabbando – può essere lecita in un contesto quale il traffico di armi, in cui agenti infiltrati possono offrire merce in vendita (art. 25 legge 162/1990) ed illecito in altro contesto, come avviene in materia di stupefacenti dove agli agenti è assolutamente preclusa la possibilità di offrire droga in vendita (art. 97. d.p.r. 309/1990). Pertanto, ciò che rivela quale crimine principale sia autorizzato cambia inesorabilmente a seconda del reato per cui si indaga. Infatti, i crimini principali oggetto di indagine, protetti da una scriminante prevista a livello normativo, possono risultare ancillari ad altra indagine in cui l’agente non sarà protetto da un’azione penale per il reato principale. Come si è visto, un agente italiano può subire un’incriminazione per reati principali o ancillari tutte le volte in cui questi non siano espressamente previsti dall’ipotesi normativa di riferimento. In assenza di una specifica scriminante non resta che confidare nella, peraltro improbabile, ipotesi che si rientri in una delle cause generali di giustificazione³⁴³.

Entrambi gli ordinamenti a confronto considerano certamente illecito il terzo tipo di attività delittuosa che si è sopra prospettato. E’ difatti sempre considerato punibile il “poliziotto corrotto” che compia crimini diretti a scopo privato, ma persistono notevoli differenze circa il concetto di corruzione di polizia.

³⁴² J. Ross, *Quegli 007 infiltrati nel cuore del crimine*, cit., 64.

³⁴³ Cfr. J. Ross, *Quegli 007 infiltrati nel cuore del crimine*, cit., 64.

Le regole dell’Fbi impongono limiti alla possibilità di compiere crimini principali o ancillari e sono dirette tanto a garantire il pieno controllo da parte dell’ufficio federale e ad evitare possibili abusi, quanto a prevenire eventuali crimini da parte degli agenti sotto copertura. Coloro che deviano da tali regole e commettono delitti, siano essi principali o ancillari, incorrono in sanzioni disciplinari, ma difficilmente ne viene acclarata la responsabilità penale. Va considerata, infatti, l’ampia discrezionalità del pubblico ministero nella scelta se porre sotto accusa quegli agenti le cui attività fossero non autorizzate e non necessarie, anche qualora siano dirette ai fini privati senza alcun nesso con il loro ruolo di infiltrati. Solo l’ipotesi del poliziotto corrotto, che avendo agito per uno scopo esclusivamente privato è considerato un “vero” criminale, può dar luogo all’utilizzazione delle norme penali comuni.

La particolarità del sistema italiano consiste proprio nel minimizzare la differenza fra un “vero” criminale e un comportamento illecito. Considerato che nessuno, semplice cittadino o pubblico ufficiale, è legittimato a compiere reati sotto copertura in mancanza di una espressa previsione di legge – ma anche di un intervento autorizzatorio dell’autorità giudiziaria –, la condotta dell’agente che supera i limiti consentiti non lo distingue dal poliziotto che ha “cambiato bandiera”. Perciò, entrambi hanno violato le norme comuni, e il fatto che il movente psicologico fosse un eccesso di zelo anziché un’ordinaria pulsione criminale non lo proteggerà da una incriminazione.

E chiaro allora come in entrambi gli ordinamenti sia pressante l’esigenza di limitare il rischio che i guadagni e le tentazioni dell’ambiente criminale possano corrompere l’agente, ma la metodologia normativa per evitare un così deteriore risultato è sensibilmente differente. Il sistema americano punisce direttamente la corruzione del pubblico agente, sanzionando i crimini commessi per i fini personali, ma non quelli funzionali e accessori all’attività investigativa³⁴⁴. Il legislatore italiano, invece, col limitare le indagini *undercover* a una ristretta categoria di delitti disciplinando nel dettaglio anche l’attività investigativa consentita, ha reso oggettiva la categoria dei reati sufficientemente gravi da giustificare il rischio che propri agenti si trasformino in veri e propri criminali.

Le differenze fra i due modelli emergono in modo ancor più nitido se si verifica come si intende il concetto di induzione al reato nei due paesi, precisando come lo

³⁴⁴Cfr. J. Ross, *Quegli 007 infiltrati nel cuore del crimine*, cit., 64; in cui si richiama come esempio il caso *United State v. Flammigan* 31 M. J. 240, U.S. Court of Mil. Appeals – 1990.

stesso rappresenti sia per l'Italia che per gli Stati Uniti un elemento di enorme criticità nel controllo delle operazioni sotto copertura.

In Italia, come si è visto, il fatto di essere stati indotti al reato non costituisce, di regola, causa di esclusione della responsabilità penale, salvo che la condotta del provocatore violi la *fairness* processuale. A tale conclusione si è giunti principalmente attraverso la considerazione dell'induzione come una forma di compartecipazione nel reato, in forza della quale la responsabilità penale viene estesa all'agente provocatore³⁴⁵. Com'è stato efficacemente rilevato, le buone intenzioni del poliziotto italiano non lo salveranno da un'imputazione penale qualora dovesse superare i limiti, né potrà appellarsi alla preesistente volontà criminale dell'indagato³⁴⁶.

Nell'ordinamento statunitense, al contrario, l'induzione al reato non comporta la punizione dell'agente, ma può condurre all'assoluzione dell'imputato. La provocazione non costituisce, quindi, una forma di responsabilità penale, ma una causa di giustificazione a favore di quei soggetti che possono provare di aver subito pressioni o tentazioni da parte degli agenti infiltrati. Questa nozione d'induzione al reato nasce dal timore che le operazioni sotto copertura possano aggirare la legge, costringendo e influenzando il volere di soggetti altrimenti riluttanti al crimine. In altri termini "se da un punto di vista formale tale nozione viene connessa alla preoccupazione per l'autodeterminazione dell'indagato, nella sostanza si può anche intravedere un timore più strumentale e pragmatico, ovvero quello di indirizzare le risorse investigative non verso indagati più inclini al crimine – ovvero coloro che sono responsabili dei veri problemi di criminalità – bensì verso bersagli più convenienti perché meno pericolosi, ovvero quelle persone che risultano più facili da infiltrare perché più esposti, non potendo contare sulla protezione di un'organizzazione criminosa. In tal modo la teoria statunitense dell'induzione al reato è diretta a reindirizzare l'obiettivo delle indagini dal meramente corruttibile al corrotto"³⁴⁷.

Va, inoltre, sottolineato anche il diverso condizionamento che hanno le scelte operative dell'agente italiano circa la sua consapevolezza della tendenza a delinquere dell'indagato, testimoniato dal fatto che, negli Stati Uniti, un agente che conosce i trascorsi criminali del "sospetto" – ed è quindi consapevole di una certa inclinazione a delinquere – può procedere alla provocazione con maggiore tranquillità rispetto a chi

³⁴⁵ Si veda, in tal senso, Cap.

³⁴⁶ E. CALIFANO, *L'agente provocatore*, Milano, 1964, 10; C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 392.

³⁴⁷ J. ROSS, *Quegli 007 infiltrati nel cuore del crimine*, cit., 66.

ignora i progressi dell'indagato³⁴⁸. Si può allora dire che sussiste una scala di graduazione nella condotta dell'agente americano che si espande o si contrae a seconda della tendenza a delinquere dell'indagato³⁴⁹.

Più che di una normativa tendente a impedire la violazione della legge ordinaria si ha una propensione a regolare l'attività di polizia con norme speciali che consentano un trattamento e una comprensione del fenomeno con tutte le peculiarità che sono insite nello stesso, non da ultimo un trattamento particolare per chi svolge una pericolosa attività nell'interesse dello Stato. Poiché il ricorso alle sanzioni penali gioca un ruolo minimo nel regolare le indagini sotto copertura, il sistema americano confida principalmente nelle regole disciplinari interne agli organi di polizia, nelle regole deontologiche dei pubblici ministeri e nella possibilità per gli imputati di appellarsi alla scriminante dell'induzione al reato. Tutto ciò a testimonianza di come il metodo dell'infiltrazione vada considerato come una vera e propria tecnica investigativa (*rectius* d'inchiesta), regolata da specifiche norme di polizia³⁵⁰. Va da sé che la normativa americana in materia di agente infiltrato non possa mai essere invocata da soggetti non appartenenti alle forze dell'ordine, diversamente dal sistema italiano dove l'induzione al reato, intesa come forma di correttezza, trova applicazione sia nei confronti degli agenti di polizia sia dei privati cittadini.

Spostandoci all'interno della fase processuale, l'attenzione deve essere rivolta al provocato e alla sua possibilità di invocare come causa di giustificazione l'induzione al reato da parte della polizia. Il sistema giurisprudenziale americano ha elaborato un metodo noto come "test soggettivo" volto a dimostrare se l'indagato abbia o no manifestato una propria inclinazione al delitto, a prescindere dalla provocazione subita. La Corte Suprema ha affermato che "la scriminante dell'induzione al reato può trovare applicazione solo ove sia stata la condotta degli infiltrati a instillare nell'indagato l'intento criminale"³⁵¹. Adottando un test di natura soggettiva il risultato varierà, quindi, a seconda della mentalità di ogni singolo imputato, inoltre, non viene stabilita nessuna regola generale che governi la legittimità della condotta degli agenti di polizia. Esiste tuttavia una giurisprudenza minoritaria che applica un test di natura oggettiva utilizzando come parametro per verificare l'esistenza di una scriminante in favore

³⁴⁸ *Sorrels v. United States* (1932), *op. cit.*, 1196.

³⁴⁹ J. Ross, *Quegli 007 infiltrati nel cuore del crimine*, cit., 66.

³⁵⁰ In tal senso ancora J. Ross, *Quegli 007 infiltrati nel cuore del crimine*, cit., 67.

³⁵¹ *United States v. Russell*, 411 U.S. 423, 436 – 1973.

dell'indagato le modalità di istigazione degli agenti provocatori³⁵². Il fatto che l'indagato fosse incline alla commissione dei crimini a lui ascritti è aspetto che non rileva ai fini del test.

La variante oggettiva dell'induzione al reato mostra alcune similitudini con la concezione italiana, per cui l'induzione al reato è giuridicamente una forma di compartecipazione materiale o morale nel reato. Questa interpretazione alternativa si concentra sull'illiceità della condotta di agenti governativi, senza tenere in considerazione la sensibilità dell'indagato di fronte alla provocazione e alle pressioni subite. Secondo tale tesi il comportamento degli agenti infiltrati va contrastato sia nel caso in cui coinvolga delinquenti abituali, sia qualora riguardi soggetti riluttanti al crimine³⁵³. Va detto che i punti di contatto, ancorché si propenda per il test oggettivo, finiscono qua. Difatti, tale ricostruzione non mette in discussione l'immunità dell'agente provocatore o dell'informatore rispetto alla responsabilità penale, ma disciplina uno *standard* proprio delle forze dell'ordine superato il quale lo Stato perde la potestà punitiva nei confronti del provocato.

A tal proposito, rimanendo nell'ambito degli ordinamenti di *common law*, è doveroso ricordare, pur brevemente, l'evoluzione della giurisprudenza britannica in ordine alla responsabilità del provocato. Inizialmente la *House of Lords* aveva escluso che le condotte istigatorie attuate da agenti di polizia potessero integrare una causa di non punibilità per il soggetto indotto alla commissione del reato, ovvero comportare l'inutilizzabilità del materiale probatorio in tal modo acquisito³⁵⁴. Successivamente si è, tuttavia, andata orientando nel senso di prendere in considerazione l'attività istigatrice degli appartenenti alla polizia giudiziaria al fine di valutare l'ammissibilità delle prove acquisite mediante tale attività. Si tratta di una valutazione rimessa al giudice in forza della sezione 78 del *Police and Criminal Evidence Act* del 1984. Tale norma attribuisce al giudice il potere discrezionale di non ammettere una prova se, considerate tutte le circostanze del caso concreto, incluse quelle in cui fu ottenuta la prova, ritiene che

³⁵² Il contrasto giurisprudenziale esiste in senso alla stessa Suprema Corte la quale ha sostenuto – con dichiarazioni incidentali in sentenze in cui veniva utilizzato il c.d. “test oggettivo” – come le regole costituzionali che noi definiremmo sul “giusto processo” (*Due Process Cause*) possono impedire l'azione penale qualora la condotta degli agenti infiltrati risulti così oltraggiosa da “scioccare le coscienze” ed offendere fondamentali principi di *fairness*. Può parlarsi di condotta oltraggiosa quando risulti provata “una partecipazione degli agenti al reato di livello intollerabile. Si veda in proposito la setta sentenza *United States v. Russell*, 411 U.S. 423,436 – 1973.

³⁵³ J. ROSS, *Quegli 007 infiltrati nel cuore del crimine*, cit., 68.

³⁵⁴ Sul tema e per la giurisprudenza ivi citata si veda A. P. SIMESTER – G. R. SULLIVAN, *Criminal Law. Theory and Doctrine*, Oxford, 2004, 604 ss.; A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, Oxford, 2006, 237.

l'acquisizione di essa produrrebbe un effetto così pregiudizievole per i principi dell'equo processo, da rendere necessaria la sua esclusione³⁵⁵.

Va detto, tuttavia, che l'*entrapment* di per sé non comporta necessariamente l'esclusione della prova ottenuta attraverso le attività degli agenti provocatori, sono piuttosto poste in risalto circostanze nelle quali l'operazione *undercover* deve essere considerata eccessivamente pregiudizievole per l'equità del procedimento. In modo per certi versi non dissimile dall'elaborazione della giurisprudenza nordamericana in relazione al cosiddetto "test oggettivo", tra i fattori da tenere in considerazione figurano le modalità della condotta dell'agente, la sua idoneità a istigare l'imputato a commettere un reato che altrimenti non sarebbe stato realizzato, il ruolo attivo o passivo assunto dall'agente per ottenere la prova, l'eventuale presenza di prove documentali incontrovertibili sull'accaduto, la natura della prova e l'eventuale abuso compiuto nel porre domande che avrebbero dovuto essere correttamente formulate da un ufficiale di polizia in conformità alla regolamentazione normativa³⁵⁶. In un caso emblematico, la *High Court* respinse l'appello di un soggetto al quale un agente provocatore aveva proposto di acquistare droga, rilevando che il processo aveva dimostrato come l'attività di spaccio dell'imputato fosse un fatto abituale, e non isolato³⁵⁷.

Infine, in altri interventi la *House of Lords* – pur escludendo la configurabilità di una causa sostanziale di non punibilità per effetto dell'*entrapment* – ha potenziato sensibilmente la tutela del soggetto indotto alla commissione del reato dall'attività di polizia, affermando che tale situazione può determinare una paralisi della pretesa punitiva, in quanto integra una fattispecie di "abuso del processo", se la condotta degli organi investigativi è andata oltre ciò che è possibile attendersi da altri soggetti nelle circostanze concrete. Di converso, si ritiene legittima la condotta consistente nell'offrire all'accusato un'opportunità non eccezionale di commettere il reato³⁵⁸. Non è trascurabile, come sottolineato dalla stessa dottrina³⁵⁹, che, sebbene la *ratio* di questa nuova impostazione sia stata individuata nella duplice esigenza di prevenire abusi del potere esecutivo e di proteggere l'integrità del sistema della giustizia penale, vi sia una

³⁵⁵ S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002, 417.

³⁵⁶ Così LORD TAYLOR nel caso *Queen v. Smurthwaite and Grill*, 1994, 1 All Er, 898; M. HIRST, *Andrew & Hirst on Criminal Evidence*, Bristol, 2001, 399.

³⁵⁷ S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, 418.

³⁵⁸ A. BALSAMO, *Le operazioni sotto copertura nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008, 2641; A. P. SIMESTER – G. R. SULLIVAN, *Criminal Law*, cit., 605; A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, cit., 237.

³⁵⁹ A. P. SIMESTER – G. R. SULLIVAN, *Criminal Law*, cit., 605; A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, cit., 237.

stretta correlazione fra tale svolta giurisprudenziale e i principi sviluppati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ispirati proprio al *due process of law*³⁶⁰.

In conclusione, se è vero che gli interventi della Corte europea non potranno non giocare un ruolo fondamentale nell'avvicinamento delle legislazioni degli Stati europei – ancorché di *common law* – sulla disciplina delle operazioni sotto copertura, pur restando auspicabile una normativa comune di dettaglio, va detto come in ambito internazionale le esigenze di cooperazione – soprattutto per reati quali il traffico di stupefacenti, ma anche di terrorismo internazionale – impongano una dovuta riflessione sulle reali possibilità di cooperazione internazionale esistenti al momento. Se ne deve dedurre come non si possa assolutamente prescindere dalla stipulazione di Convenzioni bilaterali che permettano un riavvicinamento delle discipline, così da consentire l'effettivo svolgimento di operazioni *undercover* transnazionali.

Quanto detto sarà particolarmente importante nella cooperazione fra Italia e Stati Uniti poiché, considerando l'eventualità di un'operazione congiunta che porti agenti americani a operare sotto copertura nel territorio italiano, gli stessi rischierebbero certamente l'incriminazione qualora compiano attività d'induzione al crimine, qualificate nel nostro ordinamento come ipotesi di concorso nel reato, benché del tutto legittime per la loro formazione. Gli agenti stranieri non potranno godere di alcuna immunità verso una incriminazione in un contesto fortemente decentralizzato come quello italiano, ed il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale aumenta in concreto il rischio di incorrere in responsabilità penale. Inoltre, la stessa nozione italiana d'induzione al reato prevede un ruolo certamente più passivo e meno intrusivo degli agenti sotto copertura e rischierebbe quindi di precludere una serie di tattiche investigative tipiche della formazione professionale dell'*undercover* americano. Si pensi ai cosiddetti "acquisti di riserva" che consistono nella messa in vendita di sostanze stupefacenti da parte degli infiltrati e l'arresto dei trafficanti solo una volta conclusasi la transazione – ipotesi solo apparentemente simile alle nostre "consegne controllate" –, o ancora alla creazione di banche o società *off shore* dirette ad attirare capitali illegali³⁶¹.

Porre in evidenza le differenze di disciplina appare tanto più opportuno se si considera come, al momento, non possa essere sufficiente, al fine di sviluppare una maggiore collaborazione investigativa, un'intesa fra gli Stati, o anche un vero e proprio trattato, che si limiti a rimandare quanto alla disciplina concreta delle operazioni sotto

³⁶⁰ Vedi *infra* Cap. 4, par. 4.

³⁶¹ Cfr. J. Ross, *Quegli 007 infiltrati nel cuore del crimine*, cit., 71.

copertura alla legislazione del paese nel quale territorialmente l'operazione si svolge. E' indispensabile, invece, la creazione di accordi atti a disciplinare pragmaticamente, e nel dettaglio, lo svolgimento tecnico delle operazioni, così da garantire gli stessi agenti da rischi ulteriori – come un'incriminazione penale – che non siano già insiti nell'indagine coperta. Senza con questo voler propendere per un modello legislativo piuttosto che per l'altro, ciò che risulta allora indispensabile è una certa chiarezza legislativa che consenta gli operatori di non dover modificare radicalmente il proprio comportamento per il semplice fatto di aver oltrepassato il confine geografico fra uno Stato e l'altro.

Ovvio, che nell'evidenziare la distanza fra le legislazioni quanto alla nozione, alla legittimazione e al controllo dell'indagine sotto copertura, non può non considerarsi la difficoltà nell'elaborazione di norme comuni che possano servire come base per l'armonizzazione delle discipline. A sommosso avviso di chi scrive, un ideale punto di partenza in questo non certo agevole percorso, potrebbe trovarsi proprio nelle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ci si riferisce, in particolare, a un principio di fondo che ha ispirato i diversi interventi – costituente anche il caposaldo dello stesso processo americano – secondo il quale le operazioni sotto copertura devono ispirarsi alla regola fondamentale del *due process of law*, sia per ciò che attiene alla raccolta di prove nei confronti dell'istigato, sia per la stessa responsabilità penale del provocatore.

Bibliografia

- AA. VV., *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO M., Agg. I, Torino, 1993;
- AA. VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di GIARDA A.– SPANGHER G., Milano, 2001;
- AA. VV., *Codice di procedura penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, a cura di LATTANZI G. –LUPO A., Milano, 1998;
- AA. VV., *Lotta al crimine organizzato. Gli strumenti normativi*, a cura di GIOSTRA G.– INSOLERA G., Milano, 1995;
- AA. VV., *Mafia e criminalità organizzata*, a cura di CORSO G.– INSOLERA G.– STORTONI L., Torino, Torino, 1995;
- AA. VV., *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo: ragion di Stato e diritti umani nel sistema della Convenzione europea*, a cura di M. DELMAS – MARTY, Padova, 1994;
- AA. VV., *L'esame e a partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, a cura di S. ZAPPALÀ, Milano, 1999;
- AA. VV., *L'Italia ratifica la Convenzione di Palermo: "regole transazionali" contro il crimine*, in *Guida al diritto*, 2006, n. 17, 44;
- AA.VV., *Gli acquisti simulati di droga*, in *Il testo unico in materia di stupefacenti*, a cura di CASELLI G. C –GARAVELLI M., Milano, 1991, 167;
- AA.VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO F. C. – PALIERO C. E., Padova, 2003;
- ALEO S., *Sul problema della definizione di criminalità organizzata alla luce della Convenzione di Palermo*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, 1;
- ALIBRANDI A., *Fictus emptor: riflessioni in tema di agente provocatore*, in *Riv. pen.* 1988, 34;
- AMATO G., *I traffici illeciti di sostanza stupefacenti*, 1999;
- AMATO G., *Qualche puntualizzazione sulla figura dell' "agente provocatore" in materia di "acquisto simulato" di sostanze stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 1995, 713;
- AMATO G., *L'acquisto simulato di droga da parte dei privati*, in *Guida dir.*, 2006, n. 12, 115;

- AMATO G., *L'attivazione regolare dell'operazione salva i risultati di molte azioni simulate*, in *Guida dir.*, 2005, n. 25, 67;
- AMATO G., *Teoria e pratica degli stupefacenti*, 2000;
- AMATO G., *La definizione della posizione processuale dell'agente provocatore: riflessi sulla capacità a rendere testimonianza*, in *Cass. pen.*, 1996, 2390;
- AMATO G., *Sull'ambito di operatività sostanziale e processuale della scriminante dell'acquisto simulato di sostanze stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 1999, 1614;
- AMATO G., *Droga e attività di polizia*, Roma, 1992;
- AMBROSINI G., *La riforma della legge sugli stupefacenti*, 1991;
- AMODIO E., *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 310;
- APA N., *Note in tema di testimonianza dell'agente provocatore*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 139;
- APRILE E., *I limiti del divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato o dell'indagato: un chiarimento da parte della Corte costituzionale*, in *Nuovo dir.*, 1993, 760;
- ASHWORTH A., *Principles of Criminal Law*, Oxford, 2006;
- ATERNO. S., *In materia di sequestro di hd e acquisizione della prova informatica: un caso eclatante*, in *Diritto dell'internet*, 2005, 367;
- BALSAMO A., *Le operazioni sotto copertura nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008, 2641;
- BARBERINI R., *Entrata in vigore della convenzione contro il crimine organizzato e disegno di legge di ratifica*, in *Cass. pen.*, 2003, 3264;
- BARGI F., *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990;
- BARGIS M., *Incompatibilità a testimoniare e connessione di reati*, Milano, 1994;
- BARGIS M., *Le dichiarazioni di persone imputate in un procedimento connesso. Ipotesi tipiche e modi di utilizzabilità*, Milano, 1994;
- BARTOLIN C., *operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di BALSAMO A.– KOSTORIS E., Torino, 2008;
- BATTAGLINI G., *Osservazione sul commercio di monete auree*, in *Giust. pen.*, 1948, II, 273;

- BEKZADIAN A., *Der Agent-Provocateur (lockspitzel) mit besonderer Berücksichtigung der politischen Provocation in Russland. Ein Beitrag zum Strafrecht und zur Kriminalpolitck*, Zürich, 1913.
- BERTOLDI A., *In principio erano esploratores*, in *Polizia Moderna*, 2005, n.11;
- BONNETTO G.– MANZIONE D.– SALVI G., *D.L. 20/11/1991, n. 367, convertito con modificazioni dalla legge 20/11/1992, n. 8. Coordinamento delle indagini nei procedimenti per i reati di criminalità organizzata*, in *LP*, 1992, 697;
- BOUCHARD M. – CASELLI G. C., voce *terrorismo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994, 1;
- BRUSA E., *Saggio di una teoria generale del reato*, Torino, 1884;
- CALIFANO E., *L'agente provocatore*, Milano, 1964;
- CAPPELLETTI M., *Processo e ideologie*, Bologna, 1969;
- CARADONNA I., *Le indagini sotto copertura in materia di droga, armi e riciclaggio*, in *Diritti & diritti – Rivista giuridica online – diritti.it*, novembre 2003;
- CARNELUTTI F., *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1949;
- CARNELUTTI F., *Forma del delitto di alienazione di oggetti preziosi*, in *Foro it.*, 1942, II;
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, Parte speciale, 8^a ed., Lucca, 1887;
- CASCINI G., *L'associazione finalizzata ai traffici di droga: problematiche interpretative e difficoltà investigative*, in www.csm.it;
- CASELLI G. C. – GARAVELLI M., *L'attività antidroga della polizia giudiziaria*, Torino, 1991
- CATENA M., *Professione infiltrato*, in *Polizia Moderna*, 11/2005;
- CELOTTI E., *Disposizioni processuali*, in *La nuova normativa sugli stupefacenti. Commento alle norme penali del testo unico*, FLORA G (a cura di), Milano, 1991;
- CERQUA L. D., *Nuove norme contro il traffico di persone: profili di carattere sostanziale*, in *Il merito*, 2004, n. 3, 50;
- CHIAVARIO M. – MARZADURI E., *Le prove*, Torino, 1999;
- CISTERNA A., *Attività sottocopertura, arriva lo statuto*, in *Guida dir.*, 2006, n. 17, 78;
- CISTERNA A., *La negativa conclusione dell'iter acquisitiva cancella la residua possibilità d'azione*, in *Guida dir.*, 2005, n. 27;74;

- COMOGLIO L. P., *Perquisizione illegittima e inutilizzabilità delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1545;
- CONTI G., *Un freno alla facoltà di non rispondere per non vanificare il contraddittorio*, in *Dir. giust.*, 2001, 10;
- CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 1971;
- CORDERO F., *Dialogo sulle prove*, in *Jus*, 1964, 35;
- CRESPI A. – STELLA F. – ZUCCALÀ G., *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1986;
- CRIVELLARI G., *Il codice penale per il regno d'Italia*, Torino, 1982, IV;
- CORDERO F., *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963;
- D'AMATO A., *Agenti sottocopertura: le prove eterodosse sono utili solo per avviare altre indagini*, in *Dir. giust.*, 2005, n. 9, 44.
- D'AMBROSIO L. – VIGNA P. L., *La pratica di polizia giudiziaria*, Padova, 1998;
- D'ARGENTO N., *Misure di prevenzione*, Napoli, 1979;
- DAMBRUCO S., *Terrorismo internazionale: verso una risposta giudiziaria globale*, in *Gnosis*, 2005, n. 5;
- DANIELE M., *Natura giuridica e sfera d'uso della fonoregistrazione di dichiarazioni da parte della polizia giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1237;
- DELOGU T., *La responsabilità dell'agente provocatore*, in *Studi sassaresi*, 1938, 26;
- DE MAGLIE C., *L'agente provocatore. Un'indagine dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1991;
- DE MAGLIE C., *Gli "Infiltrati" nelle organizzazioni criminali: due ipotesi d'impunità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1049;
- DEL CORSO P., *Commento all'art. 12-quinquies d.l. n. 306/1992*, in *LP*, 1993, 157;
- DELL'ANDRO R., voce *Agente provocatore*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 864;
- DELL'ORTO D., *Pedopornografia on line e indagini informatiche – complessità e peculiarità tecnico-giuridiche della materia*, in *Cass. pen.*, 2007, 3042;
- DELLA MONICA G., *Il traffico di sostanze stupefacenti: problematiche connesse alla nuova legislazione*, in *Corso di aggiornamento sulle tecniche di indagine "Giovanni Falcone"*, Vol. III, *Tecniche di investigazione su particolari figure di reato*, *Quaderni del C.S.M.*, febbraio 1993, II suppl. al n. 61;
- DI BUGNO C., *Commento all'art. 14 legge 269/98*, in *LP*, 1999, n. 1-2, 148;

- DI CHIARA G., *Appunti per una ricognizione della normativa processuale penale in tema di criminalità organizzata*, in *Foro it.*, 1999, V, 217;
- DI CHIARA G., *Commento all'art. 25 ter D.L. 8/6/1992, n. 306*, in *LP*, 1993, 253;
- DI FRANCESCO E., *La Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transazionale e relativi protocolli*, in *Gli Stranieri*, 2000, 427;
- DI GENNARO G. – LA GRECA G., *La droga: traffico, abusi e controlli*, 1992;
- DI GENNARO G. – LA GRECA G., *La questione droga*, Milano, 1999;
- DI MARTINO C., *Criminalità organizzata e reato transazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della cd. Convenzione di Palermo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 15;
- DI MARTINO C., *L'incompatibilità a testimoniare: problemi vecchi e nuovi*, in *LP*, 2002, 1037;
- DOMINIONI O., *Un nuovo idulum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 736;
- DUBOLINO P., *Il codice delle leggi sugli stupefacenti*, Piacenza, 1991;
- FANULI G., *Incompatibilità a testimoniare archiviazione dopo la legge sul c.d. giusto processo: un nodo apparentemente irrisolto*, in *Cass. pen.*, 2002, 3937;
- FARGNOLI B., *Droga e tossicodipendenza*, Milano, 1990;
- FERRI E., *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928;
- FERRUA P., *L'iniziativa del P.M. nella ricerca della notitia criminis*, in *LP*, 1986, 317;
- FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Milano, 1991, 46;
- FIANDACA G – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001;
- FILIPPI L., *Profili Processuali della l. 438/01*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, n. 2, 165;
- FLORA G., *La nuova normativa sugli stupefacenti*, Milano, 1991;
- FLORIAN E., *Parte generale del diritto penale*, II, Milano, 1934;
- FRATTALLONE S., *Siti civetta file sharing pedopornografico e inutilizzabilità degli elementi probatori*, in www.altalex.it, 1 giugno 2005;
- FORLENZA O., *Un pacchetto di misure a tutto campo per una legge dalle grandi aspettative*, in *Guida dir.*, 1998, n. 33, 40;
- FORLENZA O., *Polizia giudiziaria, ecco i nuclei specializzati*, in *Guida dir.*, 1998, n. 33, 56;

- GAETA P., *Dichiarazioni di indagato provocate da agenti infiltrati: la libertà di autodeterminazione quale canone di utilizzabilità*, in *Cass. pen.*, 2000, 602;
- GALANTINI G., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992;
- GALANTINI G., voce "inutilizzabilità" (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, Milano, 1997, 698;
- GALLI L., *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, in *Giust. pen.*, 1939, 776;
- GANDINI F., *Lotta alla criminalità organizzata, le operazioni sotto copertura*, in *Dir. giust.*, 22.04.2006
- GARAVELLI M., *Meccanismi processuali repressivi e interventi preventivi nella nuova disciplina relativa agli stupefacenti*, in *LP*, 1992, 190;
- GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2005, 352;
- GIANNELLI F., *L'agente provocatore*, in *Nuovo dir.*, 1985, 580;
- GIORDANO F. P., *Le indagini preliminari. Poteri e limiti del Pubblico Ministero e della Polizia giudiziaria*, Padova, 2002;
- GIOSTRA G., *Sull'incompatibilità a testimoniare anche dopo il provvedimento di archiviazione*, in *Cass. pen.*, 1992, 1471;
- GLASER J., *Zur lehre vom Dolus des Antifters*, in *Der Gerichtssaal*, 1858, 24;
- GREVI V., *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972;
- HIRST M., *Andrew & Hirst on Criminal Evidence*, Bristol, 2001;
- IGARTA SALAVERRIA J., *Valoración de la prueba en el proceso penal*, Valencia, 1995;
- ILLUMINATI G., *Aspetti processuali*, in *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, a cura di BRICOLA F. – INSOLERA G., 1991, 216;
- IMPALLOMENI G. B., *Del concorso di più persone in un reato con speciale riguardo al codice penale italiano in progetto*, in *Riv. pen.*, 1887, XXVI, 232;
- JANNONE A., *Operazioni under cover contro i legami con la droga*, in *Guida dir.*, 2001, n. 50, 32;
- JANNONE A., *Agenti infiltrati: in alto mare la tutela dell'identità*, in *Guida dir.*, 2001, n. 42, 91;
- JANNONE A., *Infiltrati a rischio senza la specifica delle condotte*, in *Guida dir.*, 2003, n. 35, 55;
- JESCHECK H.H., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1998, 4^a ed;
- KELLER R., *Rechtliche Grenzen der Provokatio von Straftaten*, Berlin, 1989;
- LANDOLFI, *L'acquisto simulato di stupefacente*, in *Cass. pen.*, 1994, 1982;

- LAUDI M., *Per combattere il terrorismo internazionale l'Italia rinnova i suoi strumenti investigativi*, in *Guida dir.*, 2001, n. 42, 5;
- LOCATELLI V., *Internet e la protezione dei minori*, in *Riv. int. dir. Uomo*, 2002, 51;
- MAGGIORE G., *Principi di diritto penale, parte generale*, Bologna, 1932;
- MAJNO L., *Commento al codice penale italiano*, Torino, 1924;
- MALINVERNI A., voce *Agente provocatore*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1957, 396;
- MALINVERNI A., *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, VII;
- CRESPI A., STELLA F., ZUCCALÀ G., *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1986;
- MANCINI D., *Le attività "sotto copertura": margini di utilizzabilità delle prove e contrasti giurisprudenziali*, in www.filodiritto.it, 22 febbraio 2006;
- MANETTI M., *La legislazione antiterrorismo dopo l'11 settembre*, in *Questione giust.*, 2002, 51;
- MANZIONE D., sub art. 7 d.l. 15/1/1991 n. 8, in *LP*, 1992, 668;
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1920;
- MARCHETTI M. R., *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, 2005;
- MARCELLINO F., *Conseguenze processuali (e procedurali) a seguito dei nuovi confini (tra cessione e divulgazione del materiale pornografico) posti da Cassazione penale 4900/03*, in *Guida dir.*, 2006, n. 17;
- MARINELLI C., *L'attività dell'agente provocatore per il contrasto alla pedopornografia: "straripamenti investigativi e relative implicazioni processuali"*, in *Cass. pen.*, 2005, 2683;
- MARINI L. M., *Acquisto simulato di droga e pretesa testimonianza dell'agente provocatore*, in *Giur. pen.*, 1994, 58;
- MARMO M., *In tema di reato impossibile*, in *Ann. Dir. proc. pen.*, Torino, 1940, 234;
- MATTARELLA B. G., *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2000, 675;
- MELILLO G., *Le recenti modifiche alla disciplina dei provvedimenti relativi ai delitti con finalità di terrorismo o di eversione*, in *Cass. pen.*, 2002, 916;
- MELILLO G., *L'agire provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Arch. nuov. proc. pen.*, 1999, 97;
- MELILLO G. – MOTTA C., *Linee di una possibile evoluzione normativa della figura dell'agente provocatore*, in *Arch. nuov. proc. pen.*, 2001, 131;
- MINNA R., *Terrorismo 2001*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 150;

- MINNA R. – SUTERA SARDO A., *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003;
- MIRANDA ESTRAMPES M., *El conceptod Prueba illicita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcellona, 1999;
- MOLINARI F. M., *Il segreto investigativo*, Milano, 2003;
- MONTÓN GARCÍA M. L., *Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos*, *La Ley*, 1999, 178;
- MOTTA C., *I poteri della polizia giudiziaria nel contrasto del traffico delle sostanze stupefacenti. Consegne controllate, ritardo o omissione di atti e altre tecniche speciali di investigazione*, in *Incontro di studi sul tema “profili sostanziali e processuali del traffico di stupefacenti. Le azioni simulate*, Roma 14 - 16 Marzo 2005, in www.csm.it;
- MUÑOZ SARMIENTO J., *El agente provocador en el derecho penal. La moderna problematica juridico penal del agente provocador*, Valencia, 1997;
- NAPPI A., *Guida al nuovo codice di procedura penale*, 10^a ed., Milano, 2007;
- NASTASI A., *Lo statuto penale della provocazione*, in *Dir. form.*, 2002, 563;
- NEPPI MODONA G., *Il reato impossibile*, Milano, 1965;
- NUNZIATA M., *La punibilità del c.d. agente provocatore dopo la nuova normativa antidroga*, in *L'indice pen.*, 1991, 639;
- NUVOLONE P., *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 448;
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 1999;
- PALAZZO F., *Consumo e traffico degli stupefacenti. Profili penali*, Padova, 1994;
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1987;
- PAOLI G., *Principi di diritto penale*, Padova, 1929;
- PAROSI C., *Il ruolo della polizia giudiziaria nel contrasto alla pornografia minorile*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, n. 11, 1442;
- PEPINO L., *Droga e legge*, Milano, 1991;
- PERÈZ ARROYO M. R., *La provocation de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto*, in *La Ley*, 2000, 1765;
- PETRAGNANI GELOSI G., *Le disposizioni in tema di agente provocatore*, in *Mafia e criminalità organizzata*, a cura di CORSO P. – INSOLERA G. – STORTONI L., Torino, 1995;

- PETRALIA B. – SALERNO G., *Le operazioni sottocopertura in materia di armi e riciclaggio*, in *Riv. guard. fin.*, maggio – giugno 2003;
- PETRELLA M., *L'acquisto simulato di droga*, in *Mafia e criminalità organizzata*, a cura di CORSO P. – INSOLERA G. – STORTONI L., Torino, 1995, 327;
- PISTORELLI L., *Disposizioni sull'attività di polizia giudiziaria*, in AA. V.V., *Stupefacenti. Sostanze psicotrope. Stati di tossicodipendenza*, Torino, 1990, 150;
- PITTARO P. – SPANGHER G., *Le norme contro la pedofilia*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1222;
- RICCIOTTI R. - RICCIOTTI M. M., *Gli Stupefacenti, commento al T.U. 9 ottobre 1990 n. 309*, Padova, 2000;
- RISICATO L., *L'acquisto simulato di droga nell'ambigua cornice dell'agente provocatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1592;
- RITUCCI G., *La disciplina dell'acquisto simulato ex art. 97 T.U. n. 309/1990*, in *Cass. pen.*, 1993, 999;
- ROMANO M. – GRASSO L., *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1990;
- RONCO M., *Il controllo penale degli stupefacenti*, Napoli, 1990;
- RONCO M., *Stupefacenti*, in *Enc. giur.*, Roma, 1993, 15;
- ROSS J., *Quegli 007 infiltrati nel cuore del crimine*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 11, 62;
- RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002;
- RUGGERI F., *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001;
- SALTELLI C. –ROMANO DI FALCO E., *Commento teorico pratico del nuovo codice penale*, Torino, 1931, 575;
- SANNA A., *L'art 63 comma 2 nella giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 604;
- SALAMA M., *L'agente provocatore*, Milano, 1965;
- SBRICCOLI M., *Crimen laesae maiestatis : il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974;
- SCAPARONE M., *Agenti segreti di polizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, 123;
- SCARANO L., *Il tentativo*, Napoli, 1952;
- SELMO L., *Agente provocatore e reato fittizio*, in *Riv. pen.*, 1945, 258;
- SIMESTER A. P. –SULLIVAN G. R., *Criminal Law. Theory and doctrine*, Oxford, 2004;
- SPARAGNA R. M., nota a Cassazione SS.UU., sentenza 24 marzo 1995, Barbuto, in *Cass. pen.*, 1995, 2109;

- SUTERA SARDO A., *Una nuova ipotesi di acquisto simulato*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, n. 11, 1519;
- TAMIETTI A., *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2002, 2920;
- TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2005;
- TROTTA B., *Sulle dichiarazioni rese dal venditore di stupefacenti all'agente provocatore*, in *Cass. pen.*, 1998, 3017;
- UBERTIS G., *Riflessioni sulle prove vietate*, in *Riv. pen.*, 1975, 709.
- VALLINI A., *Agenti provocatori e diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2002, 2920;
- VALLINI A., *Il caso Teixeira de Castro davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi "legali" di infiltrazione poliziesca*, LP, 1998, 203;
- VALSECCHI F., *Reato putativo e una recente sentenza della Corte d'Assise di Siena*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova, 1933;
- VANNINI O., *In tema di tentativo e di agente provocatore*, in *Arch. pen.*, 1947, I, 65;
- VIGORITI V., *Prove illecite e Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 71;
- VIGNALE L., *Agente provocatore*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1987;
- VINCIGUERRA S., *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002;
- ZAMPELLI M., *L'agente sotto copertura*, Roma, 2004;
- ZOCCO M., *Agente provocatore, acquisto simulato di stupefacenti e legge penale*, in *Quest. Giust.*, 1995, 962.