

INDICE

INTRODUZIONE	I
--------------	---

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE NORMATIVA DELLE OPERAZIONI SOTTO COPERTURA

1. Il primo modello di attività sotto copertura: il simulato acquirente di sostanze stupefacenti	1
2. La legge n. 356 del 1992: dall'agente provocatore alla figura dell'infiltrato	7
3. Le attività di contrasto nel settore della pedopornografia: le variazioni rispetto alle originarie attività sotto copertura.	11
4. Il quadro normativo delle operazioni sotto copertura nel 2000 e il contrasto al terrorismo internazionale. Un nuovo modello di attività sotto copertura.	16
5. L'attuazione della Convenzione di Palermo: il tentativo di <i>reductio ad unum</i> in materia di attività sotto copertura.	24
6. Le modifiche apportate all'art. 97 del D.P.R. n. 309 del 1990 e i modelli attualmente vigenti di operazioni sotto copertura.	31

CAPITOLO II

FUNZIONI, LIMITI, INVALIDITA' E DOCUMENTAZIONE DELLE OPERAZIONI SOTTO COPERTURA: IL DIFFICILE RACCORDO CON GLI ISTITUTI CODICISTICI

1. Le funzioni delle operazioni sotto copertura: attività di prevenzione e attività di ricerca della prova 37
2. Il ruolo del pubblico ministero nello svolgimento di operazioni sotto copertura finalizzate all'acquisizione della notizia di reato 41
3. La parziale inconciliabilità fra la disciplina delle dichiarazioni indizianti e le operazioni sotto copertura. 47
4. Violazione dei limiti di operatività delle attività sotto copertura: le possibili conseguenze. 53
5. L'utilizzabilità del materiale probatorio acquisito mediante attività sotto copertura illecite: il contrasto giurisprudenziale. 57
6. La cristallizzazione delle attività compiute sotto copertura: annotazioni, relazioni di servizio e fonoregistrazioni. 65

CAPITOLO III

I RIFLESSI DELLE OPERAZIONI SOTTO COPERTURA SULLA PROVA DICHIARATIVA

1. La qualifica formale dell'agente sotto copertura. La preliminare questione dell'iscrizione dell'agente sotto

copertura nel registro degli indagati.	73
2. Il divieto di deposizione sulle dichiarazioni ricevute dall'indagato: dubbi sull'applicabilità dell'art. 62 c.p.p. all'agente sotto copertura.	82
3. Le eccezioni al divieto di testimonianza sulle dichiarazioni ricevute dall'agente sotto copertura.	86
4. La tutela dell'agente provocatore nel corso dell'istruzione dibattimentale: audizioni protette e udienze a porte chiuse.	95
5. Diritti difensivi dell'imputato e esigenze di tutela delle generalità dell'infiltrato: un difficile equilibrio.	101
6. I possibili rimedi per evitare l'usura dell'agente sotto copertura.	110
BIBLIOGRAFIA	115

INTRODUZIONE

L'ordinamento interno ed internazionale sono stati interessati dagli anni Novanta ad oggi dall'introduzione delle cosiddette *special investigative techniques*, ossia di quelle tecniche di indagine non convenzionali caratterizzate da un peculiare intervento degli organi investigativi nelle attività svolte dalla criminalità comune ed organizzata. Nell'ambito di questa categoria, piuttosto eterogenea, possono essere ricondotte la consegna controllata, la sorveglianza elettronica, *sub specie* di intercettazione di conversazioni telefoniche o di altre forme di comunicazione, e le operazioni sotto copertura, che costituiranno esclusivo oggetto del presente lavoro. Pur nella loro diversità tali tipologie di indagine sono accomunate da un unico obiettivo: munire la polizia giudiziaria di strumenti idonei, da un lato, a contrastare illeciti rispetto ai quali le esigenze di repressione sono alimentate da un crescente allarme sociale, dall'altro, a penetrare nelle moderne organizzazioni criminali che, in determinati settori della criminalità, si sono manifestate impermeabili agli ordinari mezzi investigativi.

In assenza di una specifica definizione normativa, la locuzione "attività sotto copertura" indica normalmente quel complesso di attività investigative nelle quali una persona –un ufficiale della polizia giudiziaria o un privato cittadino– celando la propria identità, si infila all'interno di organizzazioni criminali allo scopo di scoprirne la struttura, sottrarre risorse essenziali, denunciare i partecipanti.

Nell'ambito di questa tecnica di indagine si riconducono: l'operato dell'agente provocatore, ossia di colui che, fingendosi complice, determina, istiga, o coopera nell'altrui attività illecita al solo fine far cadere il provocato nelle maglie della giustizia; l'attività dell'infiltrato, cioè di quel soggetto che si inserisce nelle strutture criminose, studiandone passivamente le attività e che più che provocare reati è spesso costretto a lasciarsi provocare alla commissione degli stessi, sia per non rivelare il proprio ruolo e la propria identità sia per penetrare più a fondo nell'organizzazione; l'azione del tradizionale *fictus emptor*, o acquirente simulato, una particolare specie di agente provocatore il cui raggio d'azione è, tuttavia, circoscritto alle sole categorie dei reati contratto.

La tecnica investigativa qui in esame, in realtà è già da tempo nota agli studiosi del diritto penale sostanziale che se ne sono occupati analizzando specialmente la figura dell'agente provocatore.

Se le riflessioni della dottrina penalistica possono ormai considerarsi assestate, non altrettanto può dirsi per le questioni oggetto della dottrina processualpenalistica.

Il variegato fenomeno delle operazioni sotto copertura, infatti, oltre a creare dubbi interpretativi sotto il profilo penale, genera numerose problematiche di natura processuale in merito alle quali dottrina e giurisprudenza non hanno sempre prestato adeguata attenzione.

Tutti i provvedimenti che nel corso degli anni sono intervenuti a disciplinare le varie tipologie di attività sotto copertura si sono limitati, come si vedrà nella prima parte del lavoro, a dettare i presupposti applicativi dell'operazione e a disciplinare la fase genetica della stessa, armandosi a contemplare particolari forme di comunicazione dovute dagli organi preposti a disporre tali indagini al pubblico ministero precedente.

Pur non avendo mai materialmente inciso sul codice di rito le leggi speciali in materia hanno comunque indirettamente agito sullo stesso generando problemi di interpretazione e di coordinamento.

Alla luce dei suddetti motivi, il presente lavoro si prefigge, considerato lo *status* embrionale delle riflessioni dottrinali e giurisprudenziali in materia, di analizzare la figura degli agenti infiltrati e provocatori sotto un'ottica squisitamente processuale, verificando l'impatto di questa tecnica investigativa sul nostro attuale processo penale; il fine è quello di individuare la disciplina codicistica applicabile alle operazioni in esame, di evidenziare i principali punti di frizione fra le stesse e il codice di rito, di suggerire, *de iure condendo*, soluzioni finalizzate sia a risolvere i molteplici dubbi interpretativi che il raccordo fra istituti speciali e istituti ordinari genera in questa materia sia ad assicurare il giusto equilibrio fra esigenze di repressione ed esigenze di garanzia.

Al fine di una migliore contestualizzazione delle questioni processuali oggetto di approfondimento, è sembrato necessario ricostruire l'evoluzione normativa attraverso la quale le operazioni sotto copertura sono state introdotte nel nostro ordinamento. La prima parte del lavoro, pertanto, è interamente incentrata sui provvedimenti che, dal 1990 al 2006 –anno in cui il legislatore ha cercato con la legge n. 146 di riordinare il *caos* normativo che contraddistingueva la materia- hanno legittimato il ricorso a questo peculiare strumento. In particolare, per ciascuna legge sono stati analizzati i presupposti oggettivi e soggettivi delle operazioni, le finalità, le procedure di attivazione, le forme di raccordo tra autorità amministrative e giudiziarie. Di volta in volta, inoltre, sono state evidenziate le lacune normative, nonché le analogie e le differenze riscontrabili fra i diversi modelli di attività sotto copertura.

Ricostruiti i modelli di attività *under cover* ad oggi esistenti, il lavoro prenderà in considerazione gli istituti delle indagini preliminari e del dibattimento, in relazione ai quali il raccordo con le operazioni in oggetto presenta difficoltà ed incertezze.

Sotto il primo profilo, si analizzerà la disputa dottrinale sulla necessità o meno che l'adozione delle operazioni sotto copertura sia preceduta dall'integrazione di una notizia di reato. In quest'ottica sarà valutata l'eventualità in cui l'inserimento dell'agente provocatore avvenga anche in contesti della cui

natura criminale e delittuosa non si ha ancora notizia certa per verificare, da un lato, se tali indagini possano essere usate come mezzo di ricerca della notizia di reato e dall'altro, per analizzare il ruolo del pubblico ministero; quest'ultimo infatti, sospinto verso una fase investigativa che precede la formazione della *notitia criminis*, assume un ruolo, la cui compatibilità con il nostro sistema processuale non è così scontata, in quella zona grigia di attività in cui le funzioni di polizia giudiziaria e quelle di prevenzione generale tendono a confondersi. In questa sede saranno, altresì, analizzate le conseguenze di attività di infiltrazione poliziesca compiute in violazione dei limiti imposti dalla legge. A tal proposito si evidenzierà l'elevato grado di incertezza esistente in dottrina e in giurisprudenza, auspicando, al fine di dirimere il contrasto interpretativo, o un intervento delle Sezioni Unite o del legislatore perché sancisca definitivamente quale causa di invalidità vada ricollegata all'inosservanza dei presupposti normativi e quali violazioni siano in grado di generarla. Da ultimo, costituiranno oggetto di una breve trattazione le possibili forme di documentazione e di cristallizzazione delle attività compiute dagli agenti, al fine di verificare se, anche alla luce della recente giurisprudenza, residuano ancora spazi di operatività per i cosiddetti agenti segreti attrezzati per il suono.

Per quanto concerne la fase dibattimentale, saranno trattate le modalità e i limiti mediante i quali recuperare il sapere acquisito dall'agente durante l'infiltrazione nel sodalizio criminoso. In questo ambito si affronteranno le incertezze sulla veste da attribuire al dichiarante nel dibattimento –testimone o coimputato- con tutto ciò che ne consegue in ordine alla valenza processuale delle medesime dichiarazioni. Altro nodo problematico che sarà analizzato è quello dell'operatività dei divieti di cui agli artt. 62 e 195 comma 4 c.p.p. (rispettivamente concernenti il divieto di testimoniare sulle dichiarazioni rese dall'imputato e il divieto di testimonianza indiretta su quanto appreso dagli agenti e dagli ufficiali di polizia giudiziaria nel compimento delle loro attività) in merito ai quali la giurisprudenza e la dottrina si sono espresse in modo diametralmente opposto. Infine, saranno oggetto di riflessione le modalità

mediante le quali proteggere nel corso del dibattimento l'identità dell'agente infiltrato. A tal proposito, infine, si rifletterà sulla compatibilità con i nostri principi processuali della cosiddetta testimonianza anonima, istituto che la stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ritiene, a certe condizioni, rispondente ai principi dell'equo processo dettati dall'art. 6 C.E.D.U.

La rassegna dei nodi problematici generati dalle attività in esame, solo parzialmente e per sommi capi sopra illustrata, sarà funzionale a rendere evidente l'incertezza che ancora oggi, ad oltre un decennio dal loro ingresso nel panorama normativo italiano, contraddistingue le operazioni sotto copertura.

L'obiettivo ultimo, pertanto, del presente lavoro, oltre all'individuazione dei vuoti normativi, nonché dei punti di frizione tra questa tecnica di indagine e gli istituti codicistici, è quello di suggerire al legislatore una serie di soluzioni capaci di assolvere ad una duplice finalità: da un lato, colmare le lacune esistenti soprattutto in relazione alla partecipazione degli agenti nel dibattimento; dall'altro, raggiungere il difficile temperamento fra le esigenze perennemente contrapposte di rendere questi strumenti funzionali agli scopi di difesa sociale e di assicurare il rispetto delle ineludibili garanzie difensive riconosciute agli indagati e agli imputati.

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE NORMATIVA DELLE OPERAZIONI SOTTO COPERTURA

1. Il primo modello di attività sotto copertura: il simulato acquirente di sostanze stupefacenti.

La figura dell'agente provocatore è comparsa per la prima volta nel panorama normativo italiano con l'art. 25 della l. n. 162 del 1990, di lì a poco sostituita dal d.P.R n. 309 del 1990, intervenuta a riformare il sistema legislativo sugli stupefacenti. Nel tentativo di reprimere il traffico illecito di tali sostanze, il legislatore ha dettato numerose norme¹ concernenti l'attività investigativa della polizia giudiziaria finalizzate a renderne più incisivi e penetranti gli strumenti di intervento. Fra questi ultimi, l'art. 97 Testo Unico Stupefacenti, ai fini dell'acquisizione di elementi probatori in merito ai reati previsti dal medesimo testo unico, ha autorizzato la polizia giudiziaria all'acquisto simulato di droga.

Le finalità sottese a tali disposizioni hanno assicurato alla legge in esame un vasto consenso parlamentare e, di conseguenza, una celere emanazione. Due i

¹ A mero titolo esemplificativo si considerino alcune disposizioni del D.P.R. 309 del 1990: l'art. 98, che sancisce la facoltà di ritardare o di omettere atti di cattura, di arresto o di sequestro, l'art. 99 che disciplina modalità di perquisizione e cattura di navi ed aeromobili sospettati di essere adibiti al traffico di stupefacenti e, infine, l'art. 103 che estende alla Guardia di finanza i poteri di controllo e di ispezione precedentemente spettanti alla sola autorità doganale ed attribuisce, inoltre, a tutti gli organi di polizia giudiziaria importanti poteri di controllo, ispezione e perquisizione nell'ambito delle operazioni per la prevenzione e la repressione dei traffici illeciti di stupefacenti.

principali punti di forza del d.P.R. n. 309 del 1990: da un lato, munire la polizia giudiziaria di nuovi e più adeguati strumenti investigativi capaci di meglio rispondere alle esigenze di contrasto di tutti quei fenomeni criminosi legati al narcotraffico; dall'altro, sottrarre quelle tecniche di indagine, soltanto convenzionalmente e per semplicità enunciativa riconducibili alla figura dell'agente provocatore, ad un rigoroso e restrittivo orientamento giurisprudenziale, che limitava fortemente l'operatività dell'infiltrato pregiudicando le potenzialità dell'istituto².

Prima ancora che il legislatore le disciplinasse normativamente, attività di infiltrazione poliziesca con finalità chiaramente repressive erano già state sperimentate nella prassi operativa. La giurisprudenza, prendendo atto della crescente consistenza delle istanze di difesa sociale, aveva finito per legittimare il compimento simulato di illeciti da parte della polizia giudiziaria impegnata nell'assolvimento dei propri compiti investigativi. Come già anticipato, però, l'orientamento giurisprudenziale sul punto, oltre a manifestarsi contraddittorio e poco affidabile, riduceva ai minimi termini le ipotesi di non punibilità degli agenti. Questi ultimi, infatti, risultavano scriminati in virtù del combinato disposto degli artt. 51 c.p. e 55 c.p.p. solo se l'adempimento del dovere di assicurare le fonti di prova dei reati e di ricercare i colpevoli aveva luogo mediante interventi indiretti e marginali, consistenti essenzialmente in attività di controllo, di osservazione e di contenimento dell'altrui azione illecita³.

Questo rigoroso indirizzo giurisprudenziale, che aveva sollevato forti critiche nei confronti dei giudici, accusati di non comprendere i meccanismi

² Nella relazione delle Commissioni permanenti II e XII riunite del Senato comunicata alla Presidenza il 12 gennaio 1989, si legge che le disposizioni, che poi corrisponderanno agli attuali artt. 97 e 98 del D.P.R. n. 309 del 1990 sono da introdurre «per consentire eventuali infiltrazioni e per scoprire le diramazioni delle organizzazioni operanti nel settore, senza correre il rischio di essere considerati agenti provocatori punibili per l'illiceità del traffico e dell'acquisto fatto: vi è infatti una giurisprudenza secondo cui l'agente provocatore non è punibile solo quando svolga opera prevalentemente di controllo, di osservazione e di contenimento dell'attività illecita altrui».

³ Cass., sez. VI, 6 luglio 1990, Carpentieri, in *Mass. Cass. pen.*, 1991, fasc. 1, p. 66; in senso sostanzialmente conforme, Cass., sez. I, 28 febbraio 1969, Murgia e altri, in *Arch. pen.*, 1970, II, p. 408; Cass., sez. I, 1 marzo 1969, Faccin e altri, in *Cass. pen.*, 1970, p. 1637.

comportamentali tipici attraverso cui agivano le nuove realtà criminologiche⁴, consente di apprezzare ancora di più l'opportunità della novità legislativa capace di legittimare condotte che andavano ben oltre il mero controllo e la semplice osservazione.

Con l'introduzione dell'art. 97 Testo Unico Stupefacenti il legislatore ha invertito, infatti, la tendenza giurisprudenziale e ha autorizzato la polizia giudiziaria ad infiltrarsi nei gruppi criminosi, o quantomeno negli ambienti ad essi contigui, per procedere all'acquisto simulato di sostanze stupefacenti; affinché, tuttavia, l'acquisto simulato potesse considerarsi lecito e, conseguentemente, l'acquirente non punibile, era necessario che venissero osservate le condizioni e le finalità indicate nella norma in esame. Proprio il complesso di questi presupposti ha consentito di ricavare il primo modello di attività sotto copertura.

In primo luogo, sotto il profilo soggettivo l'attività di contrasto disciplinata dall'art. 97 è di competenza esclusiva di ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti alle unità specializzate antidroga⁵. Scelta la cui giustificazione va ricercata, non tanto in una maggiore professionalità dovuta al grado, quanto piuttosto nel più ampio ambito di operatività riconosciuto all'ufficiale, per il quale non sono previsti i limiti di azione dettati, invece, per gli agenti⁶. Ne consegue che l'acquisto simulato ai sensi della norma *de qua* non può essere compiuto né dagli agenti di polizia giudiziaria, né dagli ufficiali che non svolgono funzioni in seno alle unità specializzate antidroga, né tanto meno dal privato che collabori con le forze di polizia in qualità di agente provocatore⁷. Per quest'ultimi potranno eventualmente applicarsi altre esimenti.

⁴ MELILLO G.-MOTTA C., *Linee di una possibile evoluzione normativa della figura dell'agente provocatore*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2001, p. 131.

⁵ Fra le varie unità specializzate in materia antidroga si ricordano, a mero titolo esemplificativo, le sezioni istituite presso le Squadre Mobili della Polizia di Stato; R.O.S., R.O.A.D. e Reparti operativi dell'Arma dei Carabinieri; G.I.C.O. e G.O.A. della Guardia di Finanza.

⁶ In questo senso, AMATO, *Infiltrazione sempre d'intesa con la Dcsa*, in *Guida dir.*, 12, 2006, p. 119, il quale ricorda i limiti imposti agli agenti di polizia dagli artt. 350 comma 1 e 5, 352 e 354 comma 3 c.p.p.

⁷ Cass. pen., 22 settembre 2000, Alessandro, in *Guida dir.*, 2001, dossier/2, p. 133.

Al fine di evitare iniziative personali da parte dell'ufficiale procedente⁸, deputati a disporre le operazioni sono la Direzione centrale dei servizi antidroga o, d'intesa con quest'ultima, il questore o il comandante del gruppo dei Carabinieri o della Guardia di Finanza, o del nucleo di polizia tributaria o il direttore della Direzione investigativa antimafia. L'attribuzione in via principale alla Direzione centrale dei servizi antidroga della competenza a disporre l'utilizzo delle attività *ex art. 97* Testo Unico Stupefacenti trova la sua *ratio* proprio in alcune prerogative di tale istituzione: il fatto di essere un organismo centrale, la capacità di avere il polso delle indagini in corso sia in chiave nazionale che internazionale, la disponibilità di informazioni circa l'esistenza di inchieste parallele, connesse o collegate⁹, rendono la Direzione l'organo più adatto a valutare l'opportunità di disporre le operazioni sotto copertura anche al fine di evitare inutili duplicazioni o intersezioni di filoni di indagine già in atto fra le diverse forze di polizia. Al fine di preservare il carattere eccezionale di questa attività di indagine e di evitare un'involuzione dell'istituto, il Dipartimento della pubblica sicurezza della Direzione centrale per i servizi antidroga ha emanato un'apposita circolare nella quale si sottolineava come alla tecnica dell'acquisto simulato si potesse ricorrere solo qualora tutte le attività investigative ordinarie già sperimentate si fossero manifestate insufficienti ed inefficaci a raggiungere gli obiettivi prefissati¹⁰.

L'art. 97 d.P.R. n. 309 del 1990 scrimina la sola condotta dell'acquisto simulato, relegando nell'area della illiceità la cessione simulata e, comunque, ogni altra condotta sanzionata dall'art. 73 Testo Unico Stupefacenti.

L'esiguo ambito operativo tratteggiato dal legislatore ha subito destato forti critiche: si riteneva, infatti, che questo profilo avrebbe finito per impedire

⁸ AMBROSINI, *La riforma della legge sugli stupefacenti*, Torino, 1991, p. 106.

⁹ 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*, in *Quaderni del C.S.M.*, febbraio 1993, suppl. al n. 61, p. 262.

¹⁰ In tal senso, Circolare del 5 settembre 1995 del Dipartimento della pubblica sicurezza.

all'istituto di esprimere tutte le proprie potenzialità¹¹. Legittimato al solo acquisto simulato, l'agente provocatore difficilmente avrebbe potuto spingere la sua indagine oltre gli anelli finali del traffico illecito, fino ai vertici del sodalizio criminoso¹²: le condotte, infatti, che verosimilmente gli avrebbero consentito di inserirsi nel cuore dell'organizzazione, accreditando il suo ruolo di criminale, lo avrebbero portato ad un'incriminazione a titolo di concorrente nei reati di volta in volta compiuti.

Proprio al fine di evitare una drastica riduzione della portata e dell'efficacia del ruolo dell'agente sotto copertura, si è imposta in dottrina e in giurisprudenza una lettura estensiva del disposto dell'art. 97 Testo Unico Stupefacenti che amplia la sfera d'azione del simulato acquirente. Sono risultati così scriminati, oltre ovviamente all'acquisto simulato, le attività allo stesso strumentali, ossia quelle che precedono (ad esempio, la sollecitazione a vendere o a cedere) e seguono (per esempio, la detenzione, il trasporto, l'esportazione, l'importazione) l'atto di acquisto-ricezione dello stupefacente, rappresentandone il naturale e fisiologico antecedente o susseguente¹³. Così, a mero titolo esemplificativo, sono state ritenute legittime attività, quali l'utilizzo di documenti falsi o il porto di armi clandestine in quanto dirette ad agevolare l'attività sotto copertura dell'agente, mentre non sono risultati scriminabili ai sensi dell'art. 97 attività di cessione di stupefacenti a terzi, o reati contro il patrimonio eventualmente commessi per accreditarsi agli occhi dell'associazione criminosa¹⁴. Nonostante l'opportunità di questa lettura estensiva, la delicatezza della materia rendeva preferibile e auspicabile un espresso intervento del legislatore atto a definire con certezza i limiti di applicazione della scriminante¹⁵.

¹¹ TUREL-BUONOCORE, *Droga. Manette e riabilitazione*, Feletto, 1990, p. 138 s.

¹² PEPINO, *Droga e legge: tossicodipendenza, prevenzione e repressione*, Milano, 1991, p. 158.

¹³ Cass. sez. VI, 3 dicembre 1998, Carista ed altri, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1608-1609.

¹⁴ AMATO, *Sull'ambito di operatività, sostanziale e processuale, della scriminante dell'acquisto simulato di sostanze stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1613.

¹⁵ Un tempestivo intervento normativo era auspicato, in particolare, in merito all'utilizzo di documenti di copertura. Parte della dottrina sottolineava la necessità di rilasciare all'ufficiale temporanea documentazione di copertura sulla falsa riga di quanto disposto dalla legge n. 82 del

Sotto il profilo teleologico, l'art. 97 in esame sancisce che l'acquisto simulato è esclusivamente diretto ad ottenere elementi di prova in ordine ai delitti previsti dal testo unico. La dottrina si è interrogata sull'esatto significato da attribuire all'espressione "elementi di prova": alcuni¹⁶ hanno ritenuto che tali elementi siano solo fonti e mezzi di prova, altri¹⁷, invece hanno sostenuto che l'operazione sotto copertura possa essere disposta anche al solo fine di acquisire indizi¹⁸; infine, poiché il concetto va interpretato nel senso che la ricerca è volta ad acquisire elementi di prova in ordine alla responsabilità penale a carico di una persona, la scriminante è stata considerata legittima anche qualora sia finalizzata al solo arresto dello spacciatore¹⁹.

Il comma 2 dell'art. 97 d.P.R. n. 309 del 1990 prescrive l'obbligo di dare immediata e dettagliata comunicazione dell'acquisto simulato alla Direzione centrale dei servizi antidroga così come all'autorità giudiziaria. La norma, a prima vista estremamente chiara, ha il compito di disciplinare i rapporti fra organi amministrativi e autorità giudiziaria. La sua estrema sinteticità ha sin da subito generato difficoltà interpretative lasciando adito a dubbi sia in merito alla possibilità di configurare l'obbligo di comunicazione come un'ulteriore condizione di operatività della scriminante²⁰, sia in merito al ruolo spettante nelle attività investigative *de quibus* al pubblico ministero.

Al di là delle incertezze -sia sotto il profilo giuridico sia sotto quello prettamente operativo- dovute all'assoluta novità dell'istituto sia ad una tecnica di formulazione normativa non all'altezza di una materia così delicata, l'art. 97 d.P.R. n. 309 del 1990 ha rappresentato un vero e proprio modello di disciplina

1991 in materia di protezione di coloro che collaborano con la giustizia. Sul punto, cfr. AA.VV (a cura di AMATO), *I traffici illeciti di stupefacenti*, Milano, 1999, p. 451.

¹⁶ CELOTTI, *Disposizioni processuali e preprozessuali specifiche in materia di stupefacenti*, in AA.VV, *La nuova normativa in materia di stupefacenti. Commento alle norme penali del Testo Unico*, a cura di FLORA, Milano, 1991, p. 40.

¹⁷ FARGNOLI, *Droga e tossicodipendenza*, Milano, 1990, p. 267.

¹⁸ Sulle problematiche connesse all'acquisizione di elementi di prova relativi a fattispecie diverse rispetto a quelle per le quali è stata legittimamente disposta l'operazione, vedi *infra*, cap. II, paragrafi 4-5.

¹⁹ FARGNOLI, *Droga*, cit., p. 268 ss.

²⁰ DEL CORSO, *Sub art. 12-quater, d.l. n. 306/1992*, in *Legisl. pen.*, 1993, p. 153.

legislativa dell'agente provocatore. Per più di un decennio tale schema normativo è stato utilizzato per estendere questa tipologia di investigazioni in contesti criminosi diversi dal narcotraffico, prima di lasciare il campo a forme di attività sotto copertura più evolute, e capaci di rispondere alle lacune emerse anche grazie alla esperienza maturata con il ricorso all'acquisto simulato di stupefacenti.

2. La legge n. 356 del 1992: dall'agente provocatore alla figura dell'infiltrato.

A due anni di distanza dall'ingresso nel nostro sistema normativo della figura dell'agente sotto copertura, il legislatore ha scelto nuovamente la provocazione del reato come metodo lecito di accertamento dei delitti²¹.

Le tragiche stragi di Palermo ad opera della mafia, il crescente allarme sociale mutuato da un perenne stato di crisi, le continue richieste di difesa e di certezza della pena, associate alla consapevolezza della difficoltà di scandagliare con gli ordinari meccanismi processuali sodalizi criminosi particolarmente complessi e articolati, quali quelli mafiosi²², hanno imposto al legislatore interventi celeri e radicali per contrastare la criminalità organizzata.

Solo in sede di conversione del d.l. n. 306 del 1992, tuttavia, e senza gli adeguati dibattiti parlamentari²³ che una attività di indagine, quale quella sotto

²¹ In tal senso, PETRAGNANI GELOSI, *Le disposizioni in materia di agente provocatore nel quadro normativo del d.l. n. 306 del 1992 convertito nella l. n. 356/1992*, in (diretta da BRICOLA - ZAGREBELSKY) *Giurisprudenza sistematica di diritto penale – Mafia e criminalità organizzata* (a cura di) CORSO – INSOLERA – STORTONI, Torino, 1995, p. 941.

²² Sulla struttura interna delle organizzazioni mafiose, cfr. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice*, Bologna, 1983; FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 7 ss.

²³ In materia cfr. DE MAGLIE, *Gli «infiltrati» nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1993, p. 1050. L'autrice, oltre a ricordare che nei lavori parlamentari manca un dibattito sulla disposizione in esame, precisa che «solo qua e là si menziona distrattamente l'istituto dell'«agente provocatore» ma senza soffermarsi sui limiti e

copertura, - fonte di disgregazione sociale e per certi aspetti in palese contrasto con i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale sanciti dall'art. 2 Cost.²⁴- avrebbe richiesto, il legislatore ha deciso di introdurre nella legge n. 356 del 1992 due nuove ipotesi di infiltrazione poliziesca. Sulla falsariga di quanto disposto dall'art. 97 d.P.R. n. 309 del 1990, l'art. 12-*quater* ha previsto due casi di non punibilità riconducibili alla figura dell'agente provocatore.

Le analogie strutturali fra la figura dell'acquirente simulato e il modello di attività sotto copertura in esame sono molteplici: in particolare, riguardano la legittimazione a compiere le operazioni e a disporle, la disciplina della comunicazione fra organi amministrativi e autorità giudiziaria, le finalità sottese all'utilizzo di questi strumenti .

Sotto il profilo soggettivo-attivo, il compimento delle operazioni è stato riservato ai soli ufficiali di polizia appartenenti, in questo frangente, alla Direzione investigativa antimafia, mentre la competenza a decidere in merito al ricorso a queste tecniche di indagine è stato attribuito ai vertici degli apparati individuati dal comma 4 della norma in esame, ossia il capo della polizia-direttore generale della pubblica sicurezza, il comandante generale dell'Arma dei carabinieri o della Guardia di finanza o dall'Alto commissariato per il coordinamento della lotta alla delinquenza di tipo mafioso. Analoga, e conseguentemente idonea a generare le stesse incertezze insorte in merito a quanto sancito dall'art. 97 Testo Unico Stupefacenti, è la previsione che obbliga a dare immediata notizia delle operazioni in esame all'autorità giudiziaria. Invariata, infine, la finalità dell'operazione che si sostanzia nell'acquisizione di elementi di prova.

Al di là delle evidenti similitudini fra i presupposti delle operazioni *ex art. 97* Testo Unico Stupefacenti e di quelle *ex art. 12-*quater** in esame, l'analogia

sui contenuti dell'attività provocatoria. Per qualche accenno sulle riflessioni in materia di agente provocatore, cfr Atti Parlamentari, Camera dei deputati, XI legislatura – Discussioni, seduta del 31 luglio 1992, p. 2309.

²⁴ PETRAGNANI GELOSI, *Le disposizioni in materia di agente provocatore*, cit., p. 941.

strutturale fra le due disposizioni non va eccessivamente enfatizzata²⁵. Proprio dall'analisi delle condotte, che seguirà a breve, risalterà evidente come la normativa in oggetto abbia introdotto nel nostro ordinamento una figura di agente provocatore ben più ampia di quella riconducibile al *fictus emptor*, disciplinata dall'art. 97 del D.P.R. n. 309 del 1990²⁶.

Al fine di acquisire prove in ordine ai reati di riciclaggio (art. 648-*bis* c.p.) e di impiego di denaro, beni e utilità di provenienza illecita (art. 648-*ter* c.p.) l'art. 12-*quater* c. 1 della legge n. 356 del 1992 ha escluso la punibilità degli ufficiali di polizia giudiziaria che simulatamente «procedono alla sostituzione di denaro, di beni o altre utilità provenienti da taluno dei reati indicati nei suddetti articoli, o altrimenti procedono in modo da ostacolarne l'identificazione della provenienza ovvero in modo da consentirne l'impiego». A sua volta il comma 2 della norma sopra citata, ha legittimato l'acquisto, la ricezione, l'occultamento di armi, munizioni o esplosivi, nonché l'intromissione nel compiere le suddette attività in nome dell'acquisizione di elementi probatori relativamente ai delitti concernenti armi, munizioni o esplosivi.

Come già accaduto in materia di stupefacenti, il legislatore ha stabilito una correlazione tra le condotte non punibili ed i reati per acquisire la prova dei quali le stesse vengono poste in essere²⁷.

L'analisi delle attività riconducibili alle condotte scriminate dall'art. 12-*quater* ha messo, infatti, in evidenza la difficoltà di ricondurre l'operato degli ufficiali di polizia giudiziaria impegnati nel contrasto della criminalità organizzata di matrice mafiosa alla tradizionale figura dell'agente provocatore. Quest'ultimo, benché non abbia nel nostro ordinamento una propria autonomia strutturale e vada considerato alla stregua di una nozione di sintesi di figure diverse fra loro, quali ad esempio, il *fictus emptor* e la 'finta vittima', è tuttavia tradizionalmente identificato con chiunque induca altri al compimento di attività

²⁵ DE MAGLIE, *Gli infiltrati*, cit., p. 1056.

²⁶ PETRAGNANI GELOSI, *Le disposizioni in materia di agente provocatore*, cit., p. 947.

²⁷ DEL CORSO, *sub art. 12-quater d.l. 306/1992*, cit., p. 154.

illecite al solo fine di assicurarli alla giustizia. A caratterizzare, pertanto, l'agente provocatore è proprio l'induzione che si sostanzia in un influsso causale da esercitarsi sul provocato, al fine di portarlo al compimento del comportamento voluto dall'agente provocatore e che consente di far punire il provocato stesso²⁸. In questa cornice la condotta classica in cui normalmente si estrinseca l'agire istigatorio è proprio quella dell'acquisto.

In quest'ottica la condotta di chi acquista armi rientra tipicamente nella nozione classica di agente provocatore così come sopra descritta. Vi sono, tuttavia, alcune condotte fra quelle descritte nei primi due commi dell'art. 12-*quater* in cui la presenza di un messaggio istigatorio tende a sbiadirsi e in taluni casi addirittura a scomparire. Così nella ricezione non necessariamente è riscontrabile una manifestazione di volontà assimilabile alla provocazione, mentre nell'occultamento, nella intromissione e nelle condotte tipicamente sottese ai reati di cui agli art. 648-*bis* e 648-*ter* non sembra addirittura possibile configurare un messaggio di istigazione. Il legislatore, pertanto, nel caso di specie, pur ispirandosi al modello di agente provocatore disciplinato dall'art. 97 t.u.stup., ha finito per distaccarsi profondamente dallo stesso creando una nuova forma di agente sotto copertura.

Ecco che, pertanto, con la legge n. 356 del 1992 si è fatta strada nel nostro sistema positivo una nuova figura, l'agente infiltrato, un soggetto che si insinua per lungo tempo nella struttura criminale al fine di coglierne le dinamiche, che non provoca reati ma spesso è costretto a lasciarsi provocare proprio per inserirsi più stabilmente nelle maglie dell'organizzazione accreditando il proprio ruolo di membro della stessa²⁹.

Se le caratteristiche dell'agente infiltrato hanno profondamente inciso sulle impostazioni della dottrina penalistica costringendola a rivedere il proprio convincimento circa le motivazioni alla cui stregua giustificare la non punibilità

²⁸ ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, art. 85-149, Milano, 1990, p.166;

²⁹ DE MAGLIE, *Gli infiltrati*, cit., p. 1059 ss.

di questo nuovo tipo di agente, non altrettanto può dirsi spostando l'attenzione dal diritto penale a quello processuale. Sin d'ora, infatti, e prima ancora di analizzare come le attività sotto copertura si sono evolute nel corso degli anni, è possibile affermare che da un punto di vista processuale l'acquirente simulato, la finta vittima, l'infiltrato, non determinano alcuna variazione in termini di disciplina applicabile.

3. Le attività di contrasto nel settore della pedopornografia: le variazioni rispetto alle originarie attività sotto copertura.

Ragioni affini a quelle che hanno indotto l'adozione delle operazioni sotto copertura in materia di stupefacenti e di riciclaggio giustificano, altresì, l'estensione delle stesse fra le attività di contrasto allo sfruttamento della pornografia minorile. La presa di coscienza della sostanziale analogia, quanto meno sotto il profilo dell'allarme sociale, fra i reati legati allo sfruttamento sessuale dei minori e altri reati già considerati particolarmente gravi, quali appunto quelli in materia di stupefacenti o legati al crimine organizzato³⁰, al pari della consapevolezza circa l'inidoneità delle ordinarie modalità di indagine a fronteggiare efficacemente un fenomeno diffuso, sommerso³¹ e capace di avvalersi anche delle più moderne tecnologie informatiche, hanno costituito il fondamento normativo dell'art. 14 della legge n. 269 del 1998.

Nel caso di specie, tuttavia, il legislatore ha varato speciali tecniche di investigazione, solo in parte coincidenti con quelle adottate in materia di droga e riciclaggio.

³⁰ SUTERA SARDO A., *Una nuova ipotesi di "acquisto simulato"*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1519.

³¹ PARODI C., *Il ruolo della polizia giudiziaria nel contrasto alla pornografia minorile*, in *Dir. pen. proc.*, 1992, p. 1442; SPANGHER G., *Le norme contro la pedofilia: b) le norme di diritto processuale penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1234.

La diversità delle caratteristiche e dei presupposti applicativi delle attività descritte dai primi due commi del suddetto art. 14 rende preferibile un'analisi separata delle stesse.

L'art. 14 comma 1 della legge n. 269 del 1998 autorizza l'acquisto simulato di materiale pornografico, l'attività di intermediazione e la partecipazione alle iniziative turistiche a scopo pedofilo, in nome dell'acquisizione di elementi di prova in ordine ai delitti di induzione, favoreggiamento, sfruttamento della prostituzione di minore di anni 18 (art. 600-*bis* c.1 c.p.), di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art.600-*quinqies* c.p.), di pornografia minorile (art. 600-*ter* c. 1, 2 e 3 c.p.) anche quando questi ultimi delitti «sono commessi in relazione al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater* c. 1 c.p.»³².

Non senza qualche incertezza³³, si ritiene che queste ultime espressioni alludano rispettivamente alla possibilità di porre in contatto - o comunque agevolare un contatto già in essere - soggetti intenzionati allo scambio di materiale pornografico e a contribuire all'organizzazione e alla propaganda di iniziative turistiche a sfondo pornografico.

Autorizzati al compimento di tali attività sono ancora una volta gli appartenenti alle forze di polizia giudiziaria in possesso di un duplice presupposto soggettivo, attinente sia alla qualifica, sia al corpo di appartenenza: si tratta, in particolare, dei soli ufficiali di polizia inseriti nelle strutture specializzate per la repressione dei delitti sessuali o per la tutela dei minori³⁴, nonché nelle unità predisposte per il contrasto della criminalità organizzata.

³² L'estensione del campo di applicazione delle disposizioni di cui all'art. 14 della legge n. 269 del 1998 è dovuta all'art. 16 c. 3 della legge n. 38 del 2006, sulla quale NIGRO, *La legge n. 38 del 2006, Le norme processuali e penitenziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 954.

³³ DI BUGNO, *Sub art. 14 l. 269/1998*, in *Legisl. pen.*, 1999, p. 151-153.

³⁴ In merito si ricordi l'art. 17 della legge n. 269 del 1998 i cui commi 5 e 6 prevedono rispettivamente l'istituzione presso la squadra mobile di ogni questura, di una unità specializzata di polizia giudiziaria avente il compito di condurre le indagini sul territorio con riferimento ai delitti previsti dalla legge in esame e l'istituzione da parte del Ministero dell'Interno l'istituzione presso la sede centrale di ogni questura un nucleo di polizia giudiziaria avente il compito di raccogliere le informazioni relative alle indagini nella materia regolata dalla legge in

Ad ulteriori attività di contrasto fa riferimento il comma 2 della norma in esame. La difficoltà di prevedere attività di indagini da impiegare in uno scenario, non fenomenico ma virtuale, così nuovo e complesso e allo stesso tempo oggetto di continue innovazioni tecnologiche, si è tradotta in un dettato normativo tutt'altro che chiaro ed univoco, dove non risulta di immediata percezione l'individuazione delle condotte consentite³⁵. Secondo la dottrina tale norma dovrebbe essere interpretata in modo da riconoscere al personale addetto la possibilità, da un lato, di svolgere le condotte tratteggiate dal comma 1 anche per via telematica, proprio per fronteggiare e reprimere quelle situazioni in cui i delitti di pedopornografia vengano compiuti «mediante l'impiego di sistemi informatici o mezzi di comunicazione telematica ovvero utilizzando reti di telecomunicazione disponibili al pubblico»; dall'altro, la possibilità di ricorrere alla “creazione simulata”³⁶ di siti ed aree di comunicazione o di scambio su reti o sistemi telematici, alle quali poter partecipare in veste di agenti infiltrati utilizzando altresì indicazioni di copertura.

Le attività da ultimo indicate possono esser disposte nell'ambito dei compiti di polizia delle telecomunicazioni e appartengono alla specifica competenza del personale addetto all'organo del Ministero dell'interno per la sicurezza e la regolarità dei servizi di telecomunicazione.

Innovativo rispetto ai modelli già elaborati di attività sotto copertura è l'*iter* che conduce all'utilizzo di queste speciali tecniche investigative. Al di là della specificità delle condotte, proprio sotto questo profilo si segnalano i principali punti di frizione rispetto allo schema tipo del *fictus emptor* di cui all'art. 97 d.P.R. n. 309 del 1990.

Le attività di contrasto disposte dall'art. 14 c. 1 della legge n. 269 del 1998 traggono la loro legittimazione da un duplice presupposto: debbono essere disposte dal questore o dal responsabile di livello almeno provinciale

esame; sul punto, cfr. FORLENZA, *Polizia giudiziaria, ecco i nuclei specializzati*, in *Guida dir.*, 1998, 33, p. 56.

³⁵ DI BUGNO, *Sub art. 14*, cit., p. 153.

³⁶ PARODI, *Il ruolo della polizia giudiziaria*, cit., p. 1446.

dell'organismo di appartenenza e richiedono la previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria. Sotto il profilo procedimentale la norma *de qua* prescrive, ancora, che «dell'acquisto è data immediata comunicazione all'autorità giudiziaria».

Le operazioni di cui al comma 2 dell'art. 14 nascono, invece, dall'impulso dell'autorità giudiziaria che deve effettuare una richiesta motivata a pena di nullità.

La necessità di ricorrere a due strumenti dispositivi diversi, da un lato l'autorizzazione, dall'altro la richiesta, appare solo come la conseguenza della diversità dei soggetti attivi legittimati al compimento delle attività di contrasto. Gli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti alle speciali unità investigative dispongono già del potere di indagare sia con attività propria che delegata. Verosimilmente, il legislatore ha voluto incidere su questa ampia competenza stabilendo un regime *ad hoc* per queste speciali attività di indagine; in questo contesto, pertanto, l'autorizzazione null'altro è se non il mezzo mediante il quale si rimuove l'ostacolo che impedisce alla polizia giudiziaria di agire direttamente³⁷. La richiesta, invece, è funzionale ad attivare gli organi del Ministero, soggetti che di norma non posseggono alcun potere investigativo: in quest'ottica, quindi, la richiesta è un mezzo mediante il quale si attribuisce il potere di compiere indagini a chi ne è di norma sprovvisto³⁸. Proprio per questo motivo, a differenza di quanto previsto per l'autorizzazione, la richiesta deve essere motivata: si tratta, infatti, di un onere con il quale giustificare i motivi del conferimento della facoltà di indagare a particolari organi dello Stato e della possibilità di ricorrere a peculiari atti investigativi quali quelli *ex art. 14*³⁹.

Un'ultima notazione, infine, per quanto riguarda un tema, quello della comunicazione delle operazioni, che nel caso di specie anziché risolvere i contrasti interpretativi sorti in dottrina successivamente all'entrata in vigore

³⁷ DI BUGNO, *Sub art. 14*, cit., p. 158.

³⁸ DI BUGNO, *Sub art. 14*, cit., p. 158.

³⁹ DI BUGNO, *Sub art. 14*, cit., p. 158.

dell'art. 97 Testo Unico Stupefacenti, contribuisce ad alimentarli, ovviamente a discapito della certezza del diritto. L'ultimo periodo dell'art. 14 c. 1 collega al solo compimento di acquisti simulati, con conseguente esclusione delle ipotesi in cui l'attività si estrinseca in partecipazioni ad iniziative turistiche, l'obbligo di comunicazione fra ufficiali procedenti e autorità giudiziaria. In questo caso il legislatore, senza specificare – come era lecito attendersi - se tale adempimento costituisca o meno condizione di legittimità dell'operazione sotto copertura, ha disorientato ancor di più gli interpreti introducendo, probabilmente più per distrazione che per consapevole decisione⁴⁰, una ipotesi di attività sotto copertura per la quale nessun obbligo di comunicazione è dovuto.

Benché si inserisca in quel solco tracciato dagli artt. 97 Testo Unico Stupefacenti e 12-*quater* del decreto legge n. 306 del 1992, la norma in oggetto sembra estremamente lontana dai modelli di operazioni sotto copertura ricavati da quelle disposizioni. L'eliminazione della clausola di rinvio all'esimente *ex art. 51 c.p.*, l'imposizione di una preventiva autorizzazione del pubblico ministero nell'*iter* applicativo delle speciali attività investigative, l'introduzione di obblighi di comunicazione ad intermittenza rappresentano variazioni ai modelli-base delle operazioni sotto copertura che la specificità dell'istituto non basta da sola a giustificare e che costringe gli operatori a interventi di ortopedia interpretativa nel tentativo di districarsi in una materia che continua a vivere su norme settoriali, spesso incomplete, e sempre più distanti l'una dall'altra.

⁴⁰ SUTERA SARDO, *Una nuova ipotesi*, p. 1522.

4. Il quadro normativo delle operazioni sotto copertura nel 2000 e il contrasto al terrorismo internazionale. Un nuovo modello di attività sotto copertura.

I successi⁴¹ conseguiti mediante le attività di infiltrazione poliziesca, dopo aver smorzato parte delle critiche sulla eccessiva compressione dei diritti e delle garanzie dei “provocati” connessa a queste indagini, hanno favorito una proliferazione di interventi normativi che, secondo un «disegno a macchia di leopardo»⁴², hanno legittimato l’utilizzo di queste speciali indagini solo in alcuni contesti del sistema penale.

Negli anni, come sopra evidenziato, il legislatore si è più volte appellato a queste speciali investigazioni, utilizzando una tecnica normativa censurabile sotto più profili. Le operazioni *de quibus* sono nate, infatti, sempre da provvedimenti adottati in situazioni d’urgenza ed emergenza, sostenuti da ampi consensi politici ma superficialmente dibattuti nelle sedi adeguate, spesso caratterizzati da un’inaccurata formulazione e per questo, sovente, lacunosi, frammentari e contraddittori⁴³. La stratificazione normativa venutasi a creare in materia, oltre a rendere difficile l’attività interpretativa, ha, altresì, generato una pluralità di modelli di attività sotto copertura, ciascuno con requisiti e caratteristiche proprie, che si traducono in una difformità di disciplina dietro la quale non sempre si individuano adeguate giustificazioni.

A rendere ancor più complicata la navigazione in questo particolare ambito, ha contribuito l’esistenza di altrettante forme spurie di indagini che, senza rispecchiare gli schemi delle operazioni *under cover*, si differenziano nettamente dagli ordinari strumenti investigativi. Ci si riferisce, in particolare, a

⁴¹ Per alcune operazioni proficuamente svolte si rinvia a LANDOLFI, *L’acquisto simulato di stupefacente: analisi esperienze giudiziarie*, in *Quaderni C.S.M.*, 1994, 71, pp. 177-178.

⁴² DE MAGLIE, *Gli «infiltrati»*, cit., p. 1069.

⁴³ MANCINI, *Le attività “sotto copertura”: margini di utilizzabilità delle prove e contrasti giurisprudenziali*, in www.filodiritto.com.

quelle forme anomale⁴⁴ di indagine introdotte nei primi anni Novanta dalle leggi n. 82 del 1991 e n. 172 del 1992 le quali, rispettivamente, hanno sancito la facoltà in capo al pubblico ministero di chiedere l'autorizzazione al Giudice per le indagini preliminari a disporre di denaro, beni o altre utilità per procedere ad «operazioni controllate di pagamento del riscatto»⁴⁵ e la possibilità di ricorrere ad esecuzioni differite di misure cautelari, precautelari o di sequestri al fine di acquisire elementi di indagine in merito ad una pluralità di ipotesi di reato, fra le quali, a titolo meramente esemplificativo, si ricordano i reati in materia di pedopornografia, prostituzione, riciclaggio, usura⁴⁶.

Su un quadro normativo interno così articolato e, per certi aspetti, così eterogeneo, si sono affacciate alcune previsioni sia comunitarie sia internazionali che hanno dato ulteriore spinta alla diffusione delle speciali tecniche investigative, *in primis*, oltre alle intercettazioni preventive, delle operazioni sotto copertura.

Le attività di indagine riconducibili in senso lato alla figura dell'agente provocatore già da tempo avevano interessato il diritto sovranazionale sia internazionale che comunitario. Dopo le previsioni sulle consegne controllate contenute nell'art. 11 della Convenzione di Vienna del 1988 sulla lotta al traffico illecito di sostanze psicotrope e le disposizioni dettate dall'art. 73 degli Accordi di Schengen del 1995, nel 2000 si è assistito ad una nuova stagione delle operazioni *undercover*; ad esse, infatti, hanno dedicato ampio spazio sia la Convenzione O.N.U. di Palermo⁴⁷ sul crimine organizzato transnazionale, sia

⁴⁴ FILIPPI, *Profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 165.

⁴⁵ In tal senso, cfr. art. 7 della legge n. 82 del 1991 in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e di protezione di coloro che collaborano con la giustizia.

⁴⁶ L'art. 10 del decreto legge n. 419 del 1991 consente attività di esecuzione differita in merito «ai delitti di cui agli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600-quater, 600-quinquies, 601, 602, 629, 644, 648-bis e 648-ter del codice penale e di cui all'art. 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75».

⁴⁷ Si tratta della convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale del 15 novembre 2000, adottata dall'Assemblea generale con risoluzione 55/25. Il testo della convenzione è pubblicato in *Guida dir.*, 2006, 17, pp. 23-38.

l'Accordo di mutua assistenza e cooperazione giudiziaria fra gli Stati membri della Comunità europea⁴⁸.

La Convenzione di Palermo, al fine di contrastare il crimine organizzato transfrontaliero, ha obbligato gli Stati aderenti a varare una serie di misure dirette, da un lato, a criminalizzare i delitti previsti dalla Convenzione stessa e dai suoi protocolli⁴⁹, dall'altro, ad adottare adeguate strutture di prevenzione ed investigazione⁵⁰. Sotto quest'ultimo profilo, l'art. 20⁵¹ del Trattato in esame afferma la necessità per gli Stati contraenti di adottare, nel rispetto del diritto interno e in conformità con i principi sanciti dall'ordinamento nazionale, le misure necessarie a consentire l'impiego di consegne controllate, di sorveglianze elettroniche e delle operazioni sotto copertura, in merito alle quali i Paesi membri sono invitati a stipulare accordi bilaterali o multilaterali o, in mancanza di intese a livello internazionale, decisioni *ad hoc* per il caso concreto.

Nel solco di una serie di iniziative in chiave comunitaria⁵², finalizzate al potenziamento delle indagini sulla criminalità organizzata e al rafforzamento della cooperazione fra autorità di polizia e autorità giudiziarie, si è inserita la

⁴⁸ La Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione Europea è stata adottata dal Consiglio dei ministri della giustizia e degli affari interni dell'Unione Europea, all'esito della riunione del 29 maggio 2000. Il testo della Convenzione è pubblicato in *Guida dir.*, 2000, 22, 108 ss., con il commento di SELVAGGI, *Una ratifica in tempi rapidi dell'accordo per assicurare l'operatività dello strumento*.

⁴⁹ La Convenzione contro il crimine organizzato transnazionale è completata dal protocollo per prevenire, eliminare e punire la tratta degli esseri umani, soprattutto donne e bambini, entrato in vigore il 25 dicembre 2003, da quello contro il traffico di migranti per terra, mare e aria, entrato in vigore il 28 gennaio 2004 e dal protocollo contro la fabbricazione illecita e il traffico di armi, applicabile dal 3 luglio 2005. Per una traduzione non ufficiale, cfr. *Guida dir.*, 2006, 17, pp. 39-56.

⁵⁰ ROSI, *Sulla configurazione dei delitti passo falso del legislatore nazionale*, in *Guida dir.*, 2006, 17, p. 58.

⁵¹ Sull'art. 20 della Convenzione, cfr. PIATTOLI, *Tecniche speciali di investigazione nel crimine organizzato transnazionale. La riscrittura delle "undercover operations" e le ricadute nel processo penale*, in AA.VV., a cura di ROSI, *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007, pp. 355 ss.

⁵² Tecniche speciali di investigazione avevano già costituito oggetto della Convenzione adottata dal Consiglio UE il 18 dicembre 1997 sulla mutua assistenza e cooperazione tra autorità doganali (c.d. Convenzione "Napoli 2"), (artt. 22-23) e della raccomandazione n. 16 del Piano d'azione contro la criminalità organizzata adottato dal Consiglio UE il 28 aprile 1997 che nella lettera sub b) invitava a creare una base giuridica per l'applicazione transfrontaliera di alcuni moderni metodi investigativi, quali le consegne controllate, l'utilizzazione di agenti infiltrati e l'intercettazione delle diverse forme di telecomunicazione.

Convenzione di mutua assistenza, i cui artt. 12 e 14 disciplinano rispettivamente «consegne controllate» e operazioni di infiltrazione. Le prime hanno un ambito di applicazione coincidente con l'insieme delle indagini penali «relative ai reati passibili di estradizione», le seconde, invece, non sono limitate dalla tipologia del reato per cui si procede, potendo essere disposte nell'ambito di qualsiasi «indagine sulla criminalità». Per quanto concerne l'individuazione delle norme e delle procedure da applicare, il criterio normativo scelto è di carattere territoriale: in entrambi i casi deve essere osservato il diritto interno dello Stato nei cui confini viene disposta la speciale tecnica investigativa⁵³.

La necessità di ratificare questi provvedimenti sovranazionali poteva sicuramente costituire l'occasione per occuparsi in maniera sistematica dell'attività sotto copertura. In più occasioni la dottrina⁵⁴ aveva evidenziato l'opportunità di riordinare la disciplina di settore, con un intervento unificatore e allo stesso tempo riformatore, finalizzato a colmare le lacune evidenziate dalla prassi operativa e a superare quei profili di differenziazione fra un modello e l'altro, come si diceva, spesso non adeguatamente giustificati.

Nel 2001 il legislatore al fine di predisporre le contromisure al fenomeno del terrorismo internazionale, manifestatosi con gli attentati dell'11 settembre, è tornato nuovamente ad occuparsi delle operazioni sotto copertura, senza tuttavia far fronte a quell'esigenza di riordino del settore che si era più volte rivelata. Il d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, preso atto del successo delle attività *undercover* sperimentate per reprimere altre realtà criminali, ha esteso queste peculiari tecniche investigative al contrasto dei delitti con finalità di terrorismo. L'art. 4 del decreto legge in esame, benché introduca nel nostro ordinamento il più sofisticato ed evoluto modello di attività sotto copertura, è comunque una

⁵³ CALVANESE-DE AMICIS, *Appunti sulla nuova convenzione di assistenza giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Giur. merito*, 2000, pp. 1057-1058; SALAZAR, *La nuova convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 12, p. 1665.

⁵⁴ ZAMPELLI, «*L'agente sottocopertura. Nuova ipotesi di contrasto al crimine organizzato*», Roma, 2004, p. 60; CISTERNA, *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, in *Guida dir.*, 2006, p. 78.

disciplina di settore che conferma una tradizionale diffidenza del nostro legislatore ad adottare soluzioni normative unitarie finalizzate a risolvere i delicati problemi sollevati da questi strumenti di indagine⁵⁵.

Per quanto concerne gli specifici contenuti della norma in esame, ad un primo e complessivo sguardo d'insieme, sia del decreto legge che della legge definitiva, emerge palesemente un dato: la legge di conversione ha pesantemente inciso sul testo inizialmente varato dal governo modificandone, in taluni casi in modo profondo, le scelte.

Si tratta, a ben vedere, di modifiche, se non esaustive e esenti da incongruenze, che incidono su alcuni degli aspetti più problematici del decreto legge, ossia quelli finalizzati ad esaltare le funzioni di prevenzione generale a discapito del ruolo e delle funzioni tipiche del pubblico ministero⁵⁶. Le correzioni apportate al testo varato dall'esecutivo rispondevano ad una duplice esigenza⁵⁷: da un lato rafforzare i poteri della polizia giudiziaria nell'attività di ricerca della prova, dall'altro riequilibrare i rapporti fra organi di polizia e pubblico ministero, restituendo a quest'ultimo poteri di controllo sullo svolgimento delle operazioni stesse, in modo da evitare un'eccessiva perdita di garanzie per i soggetti coinvolti dalle indagini.

Entrando nel dettaglio, l'art. 4 della legge in esame disciplina la possibilità di svolgere operazioni sotto copertura, con la specifica finalità di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti commessi con finalità di terrorismo, attuando condotte tipiche quali l'acquisto, la ricezione, la sostituzione o l'occultamento di denaro, armi, documenti, stupefacenti, o altri beni che costituiscono oggetto, prodotto o profitto o mezzo mediante il quale commettere il reato o che altrimenti ostacolano l'individuazione della provenienza o ne consentono l'impiego.

⁵⁵ MELILLO, *Le recenti modifiche alla disciplina dei procedimenti relativi ai delitti con finalità di terrorismo o di eversione*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 907.

⁵⁶ MELILLO, *Le recenti modifiche*, cit., p. 908.

⁵⁷ PIEMONTESE, *Sub art. 4 l. 438/2001*, in *Legisl. pen.*, 2001, p. 791.

Qualche variazione, rispetto ai modelli normativi già sperimentati, si è registrata sotto il profilo della legittimazione attiva: gli ufficiali di polizia giudiziaria che appartengono agli organismi della Polizia di Stato, dell'Arma dei Carabinieri specializzati nel contrasto al terrorismo e all'eversione e della Guardia di Finanza competenti nelle attività di contrasto al finanziamento del terrorismo anche internazionale, sono legittimati ad agire, come di consueto, personalmente o – ed è questo il profilo innovativo – «anche per interposta persona». La scelta di consentire che gli ufficiali infiltrati si avvalgano della collaborazione di persone interposte, ha reso sicuramente più funzionale l'attività in esame agli scopi che la stessa si prefigge. Risultava, infatti, piuttosto difficile l'inserimento degli infiltrati nelle organizzazioni criminali senza l'intervento del supporto di un terzo, sia esso un altro ufficiale di polizia giudiziaria, un privato cittadino o addirittura un membro dell'associazione criminosa dalla stessa segretamente dissociatosi.

L'autorizzazione al compimento delle attività simulate “anche per interposta persona”, il riconoscimento della facoltà di utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura a vantaggio sia degli ufficiali che degli agenti di polizia giudiziaria, la possibilità di avvalersi di ausiliari, sono novità significative e funzionali al miglior compimento delle operazioni, rispetto alle quali, tuttavia, sarebbe stato opportuno utilizzare una più adeguata formulazione normativa. L'approssimazione del legislatore sul punto pone, infatti, qualche dubbio in merito ai soggetti che possono avvalersi della speciale causa di giustificazione dettata dall'art. 4. È chiaro che le incertezze riguardano solo le figure degli interposti e degli agenti di polizia giudiziaria, in quanto per ufficiali e ausiliari l'efficacia dell'esimente è espressamente prevista, rispettivamente dal comma 1 e dal comma 7 della norma in commento. In realtà, al di là dei giudizi in merito all'opportunità della scelta, l'assenza di un'esplicita volontà normativa elide in radice ogni dubbio: per gli interposti e per gli agenti di polizia non può

trovare applicazione il disposto dell'art. 4⁵⁸; l'impunità per tali soggetti potrà essere conseguita solo attraverso l'operatività delle cause di giustificazione generali, *in primis* quella *ex art.* 51 c.p.

Le attività di contrasto disciplinate dalla l. n. 438 del 2001 sono disposte, secondo l'appartenenza dell'ufficiale che deve compierle, dal Capo della Polizia, dal Comandante generale dell'Arma dei Carabinieri o della Guardia di Finanza, i quali possono altresì delegare l'incombenza al questore o al responsabile di livello provinciale dell'organismo di appartenenza.

La parte preponderante delle modifiche apportate dal Parlamento al testo del decreto legge, come anticipato poco sopra, ha ad oggetto proprio i rapporti fra organi di polizia giudiziaria e pubblico ministero. Il comma 6 della norma in esame prevedeva un coinvolgimento del pubblico ministero nella fase genetica dell'operazione e un obbligo di informazione da parte dell'amministrazione di polizia in merito ai risultati raggiunti al termine della stessa. Profondo, sotto questo profilo, il distacco dagli altri modelli di attività sotto copertura, nelle quali il raccordo tra l'amministrazione di polizia e l'autorità giudiziaria era comunque presente sebbene in forme di volta in volta diverse. Si ricordino, a tal proposito, l'emanazione di disposizioni di massima per il controllo degli sviluppi previsto dall'art. 98 d.P.R. n. 309 del 1990 e la preventiva autorizzazione del pubblico ministero nell'attività di contrasto alla pedopornografia di cui all'art. 14 l. n. 269 del 1998.

La difficoltà di ipotizzare l'adozione di un'attività quale quella *undercover* così rischiosa e delicata senza un preliminare contatto fra i vertici amministrativi e l'ufficio del pubblico ministero, ha indotto il legislatore ad ampliare le prerogative di quest'ultimo nella fase embrionale e negli sviluppi dell'operazione stessa. Così, nella fase dispositiva, gli organi amministrativi nell'autorizzazione dell'attività dovranno dare preventiva comunicazione dell'operazione al pubblico ministero competente, indicando se necessario il nome del responsabile

⁵⁸ MELILLO, *Le recenti modifiche*, cit., p.908.

dell'operazione e gli eventuali ausiliari. È altresì previsto un continuo scambio di informazioni, nel corso delle operazioni, tese ad aggiornare il pubblico ministero oltre che sugli esiti delle stesse sulle modalità e sui partecipanti.

Se è indiscutibile il miglioramento del raccordo tra i due organi, è altrettanto innegabile che, benché si tratti di disporre indagini, il pubblico ministero, diversamente a quanto accade nelle indagini ordinarie, in questo contesto non ha alcun potere né di approvazione né di contestazione di quanto deciso dalle forze di polizia. Il diniego del pubblico ministero avverso questo tipo di operazioni potrà semmai manifestarsi solo successivamente ed indirettamente non disponendo intercettazioni o non convalidando perquisizioni o ancora presentando richiesta di archiviazione, ritenendo il materiale investigativo acquisito con quella particolare attività di indagine non idoneo a sostenere l'accusa in giudizio⁵⁹.

Dal confronto fra l'art. 97 d.P.R. n. 309 del 1990 e la norma in esame emerge chiaramente una maggior completezza di quest'ultima che ovviamente, sfruttando l'esperienza dell'applicazione dell'acquisto simulato, ha potuto risolvere alcune delle problematiche da tempo evidenziate, quali ad esempio, la necessità di prevedere il ricorso a collaboratori, l'utilizzo di documenti di copertura.

Ciò che sorprende è che benché da anni si fossero palesati problemi nell'applicare agli ufficiali sotto copertura gli ordinari istituti dibattimentali, né qui né altrove il legislatore abbia varato disposizioni *ad hoc*, o adeguato quelle preesistenti, per superare proprio quelle difficoltà che si erano manifestate nella partecipazione al dibattimento dell'agente coperto e dei suoi ausiliari⁶⁰.

Nonostante le imperfezioni ancora presenti, il modello di attività *undercover* elaborato in materia di terrorismo è stato comunque piegato per reprimere altre fattispecie delittuose, ancora una volta, mediante leggi speciali e settoriali.

⁵⁹ MINNA, *Terrorismo 2001, Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1029.

⁶⁰ FILIPPI, *Profili processuali*, cit., p.166.

Dapprima, con l. n. 228 del 2003, contenente misure contro la tratta di persone, le previsioni di cui all'art. 4 d. l. n. 374 del 2001, sono state estese ai delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I del codice penale, ossia delitti contro la personalità individuale⁶¹, ed a quelli di cui all'art. 3 l. n. 75 del 1958. Successivamente, con il d.l. n. 241 del 2004, convertito in l. 12 novembre 2004, n. 271, la medesima disciplina è stata estesa all'acquisizione di elementi probatori per i delitti di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina con finalità di terrorismo previsti dall'art. 12 dell'art. 12 c. 3 del d.lgs. n. 286 del 1998.

5. L'attuazione della Convenzione di Palermo: il tentativo di *reductio ad unum* in materia di attività sotto copertura.

L'esigenza di ratificare la Convenzione di Palermo, per la cui adozione l'Italia si era particolarmente impegnata, ha imposto al legislatore un nuovo confronto con l'istituto delle operazioni sotto copertura, al quale era dedicato l'art. 20 del trattato.

A ben vedere l'attuazione della suddetta norma non richiedeva al nostro legislatore un impegno particolarmente gravoso ed innovativo. Nel nostro sistema il citato art. 20 era già sostanzialmente attuato⁶², grazie alla presenza di numerose disposizioni sia in materia di attività sotto copertura che di consegne controllate. Il legislatore, pertanto, avrebbe avuto gioco facile in materia: sarebbe risultata, infatti, sufficiente un'estensione delle attività *under cover* disciplinate

⁶¹ Segnatamente si tratta dei delitti di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), prostituzione minorile (art. 600-bis c.p.), pornografia minorile (art. 600-ter c.p.), detenzione di materiale pornografico (art. 600-quater c.p.), iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-quinquies).

⁶² GANDINI, *Guida alle operazioni sotto copertura. Strumenti investigativi e ruolo del Pm*, in *Dir. giust.*, 2006, 20, p. 101.

per contrastare il terrorismo alle peculiari fattispecie di reato previste dalla Convenzione medesima.

Con la l. n. 146 del 2006 il legislatore, in realtà, è andato oltre la finalità sopra indicata, prefiggendosi, altresì, quella *reductio ad unitatem*, da tempo suggerita, per contrastare le incertezze applicative che testi lacunosi e frammentari continuavano ad alimentare nella prassi operativa. Così, con il combinato disposto degli artt. 9 e 11 della legge di cui sopra, il legislatore, in primo luogo, ha dettato la disciplina *standard* delle operazioni sotto copertura, in secondo luogo, l'ha sostituita alle precedenti norme di settore per la maggior parte delle quali ha previsto l'abrogazione.

Per quanto concerne il profilo strutturale, l'ultimo modello di attività sotto copertura è largamente ispirato a quello varato in tema di contrasto al terrorismo, dal quale si diversifica solo per alcune sfumature.

Invariate risultano le disposizioni concernenti i soggetti legittimati ad assumere le vesti di agenti infiltrati e provocatori e quelli competenti a decidere l'adozione di questi strumenti investigativi. Sotto il primo profilo, si ricordi la legittimazione dei soli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia, dei Carabinieri e del Corpo della Guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia, così come degli ufficiali appartenenti agli organismi investigativi specializzati nell'attività di contrasto al terrorismo e all'eversione e, infine, degli ufficiali della Guardia di Finanza competenti nelle attività di contrasto al finanziamento del terrorismo. Così come già previsto dall'art. 4 d.l. n. 374 del 2001, il comma 5 dell'art. 9 in commento ha esteso la non punibilità a coloro che in veste di ausiliari collaborano all'esecuzione delle operazioni di contrasto disciplinate dalla legge. Ultima notazione, per la quale peraltro possono richiamarsi le considerazioni precedentemente svolte in merito alle attività di contrasto al terrorismo, riguarda i cosiddetti interposti, attraverso i quali normalmente possono agire gli ufficiali di polizia giudiziaria nel compimento delle varie operazioni investigative. Non sussistendo alcuna espressa disposizione finalizzata, al pari di quanto previsto per gli ausiliari, ad

estendere anche nei loro confronti l'applicazione della esimente, si deve necessariamente sostenere che la loro partecipazione alle attività di contrasto non ne esclude la punibilità. Nei loro confronti potranno eventualmente valere altre esimenti, *in primis* quella *ex art. 51 c.p.*, purché la loro condotta si risolva in un'attività di mero controllo e osservazione.

Gli strumenti investigativi in esame rientrano, come tradizione, nella competenza degli organi di polizia. L'art. 9 comma 1 radica in capo a quest'ultimi il potere decisionale sulla adozione di tali indagini, ricorrendo ad una espressione -“organi di vertice”- ambigua⁶³ e potenzialmente idonea a creare dubbi interpretativi. Considerata la confermata volontà da parte del legislatore di attribuire al Capo della polizia o al Comandante generale dell'Arma dei carabinieri o della Guardia di finanza la competenza a disporre le indagini *under cover*, sarebbe stato preferibile, proprio per fugare qualsiasi dubbio, menzionarli espressamente, come prevedeva il modello-tipo elaborato per il contrasto al terrorismo a cui il legislatore del 2006 si è ispirato. Solo in relazione alle attività finalizzate a contrastare i delitti previsti dall'art. 12 commi 3, 3-*bis* e 3-*ter* Testo Unico Immigrazione il legislatore ha disposto – ed è questa l'unica novità in materia - la necessaria intesa fra gli organi di vertice di cui sopra e la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere.

Per quanto concerne il coinvolgimento del pubblico ministero nell'*iter* che conduce all'adozione delle indagini sotto copertura, si assiste ad una mera riproduzione degli oneri a carico degli organi amministrativi già previsti dalla legge antiterrorismo. Confermata, ancora una volta, l'inesistenza di una competenza autonoma a disporre di questi strumenti di investigazione in capo al pubblico ministero, il raccordo fra quest'ultimo e gli organi di vertice deve avvenire attraverso una serie di obblighi informativi. Segnatamente, l'organo che dispone l'operazione deve *in primis* darne preventiva comunicazione, deve indicare il nome dell'ufficiale responsabile nonché degli ausiliari che partecipano

⁶³ PIATTOLI, *Tecniche speciali di investigazione*, cit., p. 364.

all'operazione, deve, infine, informare il pubblico ministero delle modalità con cui le operazioni si svolgono e ovviamente degli esiti delle stesse. A questi oneri la l. n. 146 del 2006 aggiunge il solo obbligo di fornire le medesime informazioni, oltre al pubblico ministero, al procuratore generale presso la corte d'appello e, qualora si proceda per taluna delle ipotesi di cui all'art. 51 comma 3-bis c.p.p., al Procuratore nazionale antimafia. È verosimile che tale innovazione sia funzionale a consentire ai due procuratori di avere un quadro dettagliato di tutte le operazioni in corso e di tutti i soggetti che vi partecipano, così da poter evitare la sovrapposizione di indagini sotto copertura o il compimento di attività di investigazione ordinarie che possano in qualche modo pregiudicare gli esiti delle prime⁶⁴.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione, l'art. 9 precisa immediatamente le fattispecie delittuose per le quali è possibile ricorrere a queste speciali forme di investigazione. Si tratta dei delitti di riciclaggio, di impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, di quelli contro la personalità individuale, di quelli concernenti armi munizioni ed esplosivi, di delitti in materia di immigrazione clandestina di cui all'art. 12 commi 3, 3-bis e 3-ter Testo Unico Immigrazione, dei delitti in materia di sfruttamento della prostituzione disciplinati dall'art. 3 l. n. 75 del 1958, nonché dei delitti commessi con finalità di terrorismo.

L'analisi dell'elenco dei reati per i quali è possibile adottare le speciali tecniche di infiltrazione poliziesca pone subito in risalto l'incapacità del legislatore di raggiungere il primo obiettivo prefissato, ossia l'attuazione dell'art. 20 della Convenzione di Palermo.

Sono, infatti, esclusi dall'elencazione di cui all'art. 9 comma 1 e 2 i reati associativi *ex artt.* 416 e 416-bis, così come quelli disciplinati dagli artt. 318-321 c.p. Si registra, pertanto, una discrasia tra l'ambito oggettivo della legge e la disposizione convenzionale, non essendo state estese le *special investigative*

⁶⁴ CISTERNA, *Attività sotto copertura. Arriva lo statuto*, in *Guida dir.*, 2006, p. 82.

techniques ai principali crimini associativi di stampo transnazionale⁶⁵. In altre parole, alla luce di questa svista del legislatore, è possibile affermare che la legge n. 146 del 2006 fallisce il primo obiettivo prefissato, in quanto non dà concreta attuazione all'art. 20 della Convenzione di Palermo⁶⁶.

Luci e ombre caratterizzano l'operato del legislatore nella indicazione delle condotte che possono concretamente essere realizzate dagli infiltrati. La norma, tenendo sicuramente in considerazione le nuove e più evolute dinamiche del crimine transnazionale, scrimina un consistente numero di condotte al fine di accrescere i poteri delle forze di polizia; in particolare, gli ufficiali in veste di infiltrati nel sodalizio criminoso agiscono lecitamente nei casi in cui «danno rifugio o comunque presta assistenza agli associati, 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 loro provenienza o ne consentono l'impiego».

Al dato positivo dell'inserimento di condotte utili per l'acquisizione di elementi probatori, ma mai scriminate prima da nessuna delle norme vigenti in materia, quali dare rifugio e assistenza agli associati, si uniscono purtroppo una serie di note dolenti che riguardano, da un lato la mancata indicazione di altrettante condotte utili in ottica investigativa al pari di quelle sopra menzionate, dall'altro la tecnica di formulazione normativa utilizzata.

Sorprende, sotto il primo profilo, il mancato inserimento, fra le condotte autorizzate, della ricettazione mediante intromissione e della ricettazione di munizioni o esplosivi, così come il fatto che il legislatore non preveda la possibilità di riciclare o, comunque, di reimpiegare utilità diverse da beni o denaro⁶⁷. Sotto il secondo profilo, invece, si segnala l'utilizzo di una tecnica normativa che fa ricorso ad espressioni spesso ambigue e dubbie e che denota

⁶⁵ PIATTOLI, *Tecniche speciali di investigazione*, cit., p. 362.

⁶⁶ GANDINI, *Guida alle operazioni*, cit., p. 102.

⁶⁷ GANDINI, *Guida alle operazioni*, cit., p. 103.

una eccessiva sinteticità, rispetto a quanto previsto dalla precedente legge di settore, nel delineare le condotte legittime con riferimento alle attività di cui agli artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p.⁶⁸.

Il fine di riordinare la disciplina delle operazioni sotto copertura poteva essere conseguito solo associando ad una norma capace di imporsi come statuto delle stesse, una norma che esplicitamente abrogasse tutti i precedenti provvedimenti settoriali esistenti in materia.

Come emergerà chiaramente dall'analisi dell'art. 10 l. n. 146 del 2006, il legislatore non è riuscito a conseguire neanche l'obiettivo di *reductio ad unum*. L'effetto abrogativo che si è abbattuto sulla stratificazione normativa sviluppatasi dagli anni novanta ad oggi ha, infatti, carattere parziale e, conseguentemente, non ha ricondotto l'intera normativa di settore nell'alveo dell'art. 9 della legge in commento. Il risultato è l'esistenza, ancora oggi, di un complesso di norme che disciplinano settorialmente l'attività sotto copertura e che ancora una volta rischiano di creare incertezze interpretative e applicative che il legislatore invece, proprio con la legge in commento, voleva definitivamente rimuovere.

L'art. 11 della legge in oggetto prevede l'abrogazione dell'art. 10 d.l. n. 491 convertito in l. n. 172 del 1992, con il quale si autorizzava, in relazione ai delitti di cui agli artt. 600-*bis* – 600- *quinqies*, 601, 602, 629, 644, 648-*bis* e 648-*ter* c.p. e *ex* art. 3 l. n. 75 del 1958, non vere e proprie attività sotto copertura, ma tecniche di indagini anomale, consistenti nell'esecuzione differita di provvedimenti che dispongono misure cautelari, arresto, fermo di indiziato e sequestro. Sotto questo profilo, con la sola eccezione dei delitti di estorsione e di usura, il risultato dell'intervento normativo è l'autorizzazione a compiere, in luogo della sola esecuzione differita degli atti sopra indicati, vere e proprie operazioni sotto copertura.

Risultano altresì abrogati gli articoli dedicati all'autorizzazione delle operazioni sotto copertura in materia di riciclaggio nonché dei delitti concernenti armi, munizioni ed esplosivi, di terrorismo e relativi alla tratta di persone e alla

⁶⁸ GANDINI, *Guida alle operazioni*, cit., p. 103.

immigrazione clandestina. Mentre l'effetto della successione per quanto concerne gli ultimi tre settori può dirsi sostanzialmente trascurabile, in quanto il modello di operazione *under cover* originariamente previsto è fortemente somigliante a quello dettato dall'art. 9, non altrettanto può dirsi per le operazioni riconducibili all'art. 12-*quater*. Quest'ultime operazioni, infatti, dovranno essere compiute nel rispetto dei nuovi limiti e dei nuovi presupposti disciplinati dalla l. n. 146 del 2006. L'effetto è comunque positivo, in quanto gli ufficiali autorizzati ad infiltrarsi potranno contare su una più ampia gamma di condotte scriminate e su un più ampio numero di strumenti per il compimento delle operazioni stesse.

Solo parziale, e per questo più complessa, è l'abrogazione della normativa in materia di contrasto alla pedopornografia; l'art. 10 della legge in commento abroga, infatti, solo il comma 4 dell'art. 14 l. n. 269 del 1998, lasciando sostanzialmente invariata la disciplina dettata dagli altri commi. Ne consegue una non facilmente comprensibile sovrapposizione fra tessuti normativi differenti che verosimilmente daranno adito a dubbi in merito all'esatta individuazione dei confini entro cui gli agenti di polizia giudiziaria potranno muoversi.

Come già anticipato, la sovrapposizione della presente legge con l'insieme delle disposizioni normative riconducibili alle indagini sotto copertura o a quelle c.d. anomale non è perfetta. Dall'innovazione normativa rimangono esenti, per motivi non sempre facilmente comprensibili, alcuni settori dell'ordinamento in cui le suddette tecniche investigative erano già da tempo ampiamente sperimentate. Oltre all'art. 14 l. n. 269 del 1998, è il caso dell'art. 15 l. n. 82 del 1991, il quale benché contempli operazioni controllate di pagamento del riscatto del tutto assimilabili alle operazioni sotto copertura, non è stato ricondotto nell'ambito della nuova disciplina dettata dall'art. 9.

Non va dimenticata, da ultimo, quale ulteriore *vulnus* a quell'idea di unità perseguita dal legislatore, l'assenza di un qualsiasi riferimento alla normativa che per prima ha introdotto attività sotto copertura nel nostro sistema legislativo, ossia l'art. 97 d.P.R. n. 309 del 1990. In questa specifica ipotesi, tuttavia, l'omessa menzione dell'acquisto simulato di stupefacenti nel testo dell'art. 9

appare meno grave, considerato che l'art. 97 è stato di recente modificato e allineato, sebbene non totalmente, ai modelli di attività *under cover* più moderni introdotti dalla legge contro il terrorismo e dalla l. n. 146 del 2006.

6. Le modifiche apportate all'art. 97 del D.P.R. n. 309 del 1990 e i modelli attualmente vigenti di operazioni sotto copertura.

La non perfetta coincidenza fra i confini della l. n. 146 del 2006 e quelli ricavati dall'insieme degli ambiti di applicazione *ratione materiae* delle leggi di settore, fa sì che ancora oggi sopravvivano una pluralità di modelli di attività sotto copertura: oltre a quello della l. n. 146 del 2006 e a quelli rispettivamente previsti dall'art. 14 l. n. 269 del 1998 e dalla l. n. 82 del 1991, va aggiunto quello dettato per il contrasto al narcotraffico.

In assenza, infatti, di una specifica disposizione che riconduca l'art. 97 Testo Unico stupefacenti nell'ambito di applicazione della legge n. 146 del 2006, i presupposti applicativi delle operazioni sotto copertura in materia di traffico illegale di sostanze stupefacenti devono, infatti, ricercarsi nel novellato disposto dell'art. 97 d.P.R. n. 309 del 1990.

In questo specifico frangente, le ragioni che hanno determinato la sopravvivenza della disciplina dell'acquisto simulato di stupefacenti vanno ricercate non tanto in una dimenticanza di un legislatore spesso disattento, o nella peculiarità dei reati che si intendono perseguire, quanto nella presa di coscienza di uno stato avanzato dei lavori di riforma della disciplina degli stupefacenti, i quali ovviamente avevano già interessato anche le attività sotto copertura, ormai cristallizzate in un modello normativo per certi aspetti superato.

Essendo già in gestazione uno specifico progetto di riforma del Testo Unico stupefacenti, avente ad oggetto anche l'acquisto simulato, il legislatore ha, verosimilmente, preferito che lo stesso proseguisse il suo *iter* non ritenendo logico sottrarre l'art. 97 a quell'intervento per sottoporlo ad uno nuovo i cui

lavori erano ancora in fase embrionale. Il prezzo che tale scelta ha comportato è, come sopra ricordato, un significativo “strappo”⁶⁹ a quell’unitarietà fortemente perseguita in tema di *undercover operations*. Solo l’esperienza pratica potrà dire se la coesistenza di questi modelli di attività di infiltrazione poliziesca sarà armonica o se, al contrario, sfocerà nuovamente in quel *caos* normativo ed interpretativo che dominava la materia negli anni novanta.

Come già anticipato, anche il testo dell’art. 97 non ha resistito indenne alle sollecitazioni che provenivano dalla prassi applicativa, la quale in più di un’occasione ne aveva evidenziato limiti e carenze: l’art. 4-*terdecies* del d.l. n. 272 del 2005 convertito con modificazione nella legge n. 49 del 2006, più comunemente conosciuta come legge Bossi-Fini, ha, infatti, inciso profondamente sull’originario disposto dell’art. 97, adeguandolo ai più recenti modelli di attività sotto copertura elaborati nelle strategie di contrasto alla pedopornografia e al terrorismo.

Le modifiche recentemente apportate al disposto dell’art. 97 riguardano principalmente quattro aree tematiche: le condotte scriminate, la legittimazione soggettiva, il ruolo della Direzione centrale per i servizi antidroga, l’utilizzo di mezzi, *in primis* documenti di copertura, che possano agevolare il compimento dell’operazione.

Sotto il primo profilo si segnala innanzitutto la modifica della rubrica della norma: si passa così dall’”acquisto simulato di droga” alle “operazioni sotto copertura”. A tale variazione segue, correlativamente, l’ampliamento del novero delle condotte “simulate” che possono essere realizzate dall’agente infiltrato. Oltre all’acquisto simulato di sostanze stupefacenti, gli ufficiali di polizia addetti alle operazioni in esame possono oggi anche ricevere, sostituire od occultare sostanze stupefacenti o psicotrope o compiere attività prodromiche e strumentali.

Il legislatore, in questo frangente, più che innovare direttamente, recepisce “normativamente” una lettura del previgente art. 97 suggerita dalla

⁶⁹ CISTERNA, *Attività sotto copertura*, cit., p. 79.

giurisprudenza⁷⁰, secondo la quale la causa di giustificazione in esame, scriminando l'acquisto simulato di droga, necessariamente legittimava anche le attività «strumentali» connesse all'acquisto medesimo, ossia quelle che precedono e seguono l'atto di acquisto-ricezione dello stupefacente, rappresentandone il naturale e fisiologico antecedente o susseguente.

Benché pertanto la modifica non sia frutto dell'estro creativo del legislatore, quest'ultimo ha sicuramente il merito di tradurre in legge un orientamento giurisprudenziale che si era fatto carico della necessità di rendere le operazioni descritte dall'art. 97 più aderenti alla realtà dei fatti, conferendo maggiore sicurezza e certezza proprio agli operatori di polizia giudiziaria.

Invariati rimangono gli orientamenti espressi sul punto dalla giurisprudenza e dalla dottrina in merito all'esatta portata dei termini “prodromico” e “strumentale”. Come già rilevato sotto la vigenza del precedente dettato normativo, tale terminologia deve essere letta in senso restrittivo, quale sinonimo di attività “intimamente connesse” con quelle tipiche e allo stesso tempo assolutamente necessarie⁷¹.

A far da contraltare all'ampliamento delle condotte non punibili a disposizione degli agenti provocatori, contribuisce il confermato potere in capo alla Direzione centrale per i servizi antidroga, ribadito con l'introduzione dall'avverbio “sempre”, a ricordare che, qualora le operazioni siano disposte non dalla Direzione ma dagli organi di vertice delle diverse forze di polizia, è comunque sempre necessaria una previa intesa, o meglio un accordo, con la stessa⁷².

La riforma normativa ha determinato anche un ampliamento soggettivo della scriminante. Da una lettura combinata dei commi 1 e 4 dell'art. 97, emergono, quali beneficiari della speciale causa di non punibilità, oltre agli ufficiali di polizia appartenenti alle speciali strutture, anche gli ausiliari così

⁷⁰ Cass. 3.12.1998, in *Guida dir.*, 1999, p. 62.

⁷¹ AMATO, *Acquisto simulato da parte dei privati*, in *Guida dir.*, 2006, n. 12, p. 116.

⁷² AMATO, *Acquisto simulato da parte dei privati*, cit., p. 120.

come gli interposti, attraverso i quali gli ufficiali medesimi possono agire, al pari di quanto dettato dall'art. 9 comma 1 l. n. 146 del 2006. Da questo punto di vista, la modifica in esame null'altro è se non una coerente estensione di quanto previsto in altri settori dell'ordinamento, poi recepito dalla legge attuativa della Convenzione O.N.U. di Palermo.

Da un raffronto fra la disciplina prevista dall'art. 9 della legge n. 146 del 2006 e il novellato art. 97 Testo Unico Stupefacenti emerge una analogia strutturale e sostanziale. Permangono, tuttavia, delle significative disomogeneità che, a parere di chi scrive, non paiono ragionevolmente giustificate e che rischiano di riaprire la via a dubbi ed incertezze che nel 2006 si era fortemente intenzionati a rimuovere in radice. Due in particolare i profili "incriminati": l'uno attiene all'individuazione di coloro che possono beneficiare dell'esimente; l'altro concerne le forme di raccordo fra organi di polizia e autorità giudiziaria e attengono alle diverse modalità con cui si prevede il coinvolgimento in materia del pubblico ministero.

Analizziamole con ordine. Un primo difetto di coordinamento si registra in merito ai confini soggettivi, ed in particolare, in merito alla non punibilità degli interposti che introducono, consentono o agevolano l'attività di copertura. Mentre, infatti, infatti, l'art. 97 esplicitamente estende agli interposti la causa di non punibilità, l'art. 9 l. n. 146 del 2006 legittima il compimento di azioni simulate mediante l'intervento degli interposti ma non contempla per questi ultimi la possibilità di beneficiare dell'esimente. L'incongruenza non appare di secondario rilievo, tenuto principalmente conto dell'importante ruolo giocato dagli interposti nell'operazione di infiltrazione: agendo quale *longa manus* della polizia e supportati da un bagaglio tecnico di spessore, è di tutta evidenza come il loro apporto influenzi significativamente il buon esito delle indagini. Ebbene, trattare questi soggetti, nei casi in cui partecipino ad attività sotto copertura in contesti diversi da quelli del traffico di stupefacenti, in modo diverso e, soprattutto, deteriore, rispetto agli interposti che agiscono in materia di droga

ovvero agli stessi ausiliari, appare in contrasto con il principio di eguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3 Cost⁷³.

Benché non manchi in dottrina chi ritenga l'incongruenza significativa, ma comunque facilmente superabile anche in assenza di regole ermeneutiche che consentano l'estensione agli interposti della disciplina prevista per gli ausiliari⁷⁴, è fortemente auspicabile un intervento chiarificatore del legislatore sul punto, proprio per evitare disparità di trattamento ma anche problematiche sul piano processuale, quando bisognerà stabilire quale veste attribuire all'interposto eventualmente chiamato a deporre in dibattimento.

Significative, inoltre, le differenze attinenti agli oneri comunicativi con cui si dovrebbe effettuare il raccordo fra organi di polizia e autorità giudiziaria, ossia il pubblico ministero. Alle numerose forme di comunicazione previste dalla l. 146 del 2006, concernenti tanto la fase genetica dell'operazione, quanto le modalità di concreto svolgimento delle stesse, fino al loro esito, si contrappone la disciplina scarna sul punto prevista dall'art. 97, dove gli oneri comunicativi si riducono alla mera indicazione, peraltro se richiesto, del nominativo dei partecipanti all'operazione e dell'avvenuta esecuzione della stessa. Trattandosi di profilo squisitamente processuale torneremo in seguito sull'argomento per capire, alla luce degli attuali modelli di operazioni sotto copertura, quale sia il rapporto fra vertici amministrativi e autorità giudiziaria.

Con le leggi n. 49 e 146 del 2006 si chiude l'*excursus* sulle disposizioni normative che specificatamente disciplinano le specifiche tecniche investigative oggetto del presente lavoro

I modelli di operazioni sotto copertura sono il risultato di un lungo *iter* normativo rispetto al quale non è oggi possibile affermare se possa dirsi definitivamente concluso o se conoscerà ancora ulteriori tappe. I tentativi di sfruttare queste peculiari forme di indagini in ulteriori settori dell'ordinamento,

⁷³ DE AMICIS-VILLONI, *La ratifica della Convenzione ONU sulla criminalità organizzata e dei suoi protocolli addizionali*, in *Giur. merito*, 2006, p. 1636.

⁷⁴ CISTERNA, *Attività sotto copertura*, cit., p. 82; PIATTOLI, *Tecniche speciali di investigazione*, cit., p. 367.

ad esempio, per la repressione dei fenomeni di violenza negli stadi⁷⁵, o di estenderle ad altri tipi di scopo, quali quelli dei servizi segreti, sono la testimonianza della continua evoluzione della materia, quanto meno per ciò che concerne i limiti applicativi.

Sorprende, invece, così come già in passato, a fronte dell'adozione di modelli sempre più sofisticati di operazioni *under cover*, l'assenza di attenzione per le conseguenze processuali che tali attività investigative determinano. I capitoli che seguono, pertanto, si prefiggono lo specifico scopo di analizzare il difficile coordinamento fra l'istituto in esame e quelli previsti dal codice relativi sia alla fase delle indagini preliminari sia quella dibattimentale.

⁷⁵ Sul punto, NUZZO, *Dall'utilizzo delle operazioni sotto copertura un efficace contrasto alla violenza negli stadi*, in *Guida dir.*, 2007, pp. 12-13.

CAPITOLO II

FUNZIONI, LIMITI, INVALIDITA' E DOCUMENTAZIONE DELLE OPERAZIONI SOTTO COPERTURA: IL DIFFICILE RACCORDO CON GLI ISTITUTI CODICISTICI

1. Le funzioni delle operazioni sotto copertura: attività di prevenzione e attività di ricerca della prova

I provvedimenti normativi che nel corso degli anni sono intervenuti a disciplinare il variegato fenomeno delle operazioni sotto copertura, pur non avendo mai materialmente inciso sul codice di rito, hanno comunque influito indirettamente sullo stesso, con conseguenti problemi di interpretazione e di coordinamento. Il difficile raccordo fra la disciplina di queste speciali investigazioni e alcuni istituti e principi processuali si riscontra sia nella fase delle indagini preliminari sia in quella dibattimentale, ed è principalmente dovuto ad un tessuto normativo particolarmente lacunoso e non sempre attento alle previsioni dettate dall'attuale codice di rito.

Per quello che concerne l'impatto delle operazioni in esame sulla fase delle indagini preliminari, il primo interrogativo con cui l'interprete è chiamato a confrontarsi, è quello concernente l'individuazione del momento in cui è legittimo ricorrere a questi strumenti investigativi. Nel silenzio del legislatore si pone, infatti, il problema di capire se sia possibile disporre le operazioni sotto copertura previa integrazione della notizia di reato o a prescindere dalla

sussistenza della stessa; in altri termini, si tratta di verificare se, rispetto a queste tecniche, la *notitia criminis* rappresenti un presupposto legittimante ovvero il fine a cui si deve pervenire.

Al quesito, su cui la dottrina si interroga sin dall'introduzione nel sistema normativo del simulato acquirente di stupefacenti, sono state date risposte differenti, che ancora oggi possono essere prese in considerazione nonostante le recenti riforme abbiano abrogato le disposizioni sulla cui base sono state elaborate. Qui, come su altri profili che verranno analizzati in seguito, si registra una sostanziale divisione dei commentatori in due blocchi contrapposti.

Secondo un primo orientamento, il tenore letterale delle norme, specificatamente orientate all'acquisizione di elementi di prova e dirette ai soli ufficiali di polizia giudiziaria¹, nonché i principi generali del nostro sistema normativo², escludono che l'operazione sotto copertura possa esser ricondotta nel novero delle attività ad iniziativa della polizia giudiziaria, prodromiche all'acquisizione della notizia di reato e all'intervento del pubblico ministero. In quest'ottica, a tali tecniche investigative non può che attribuirsi la qualifica di speciale mezzo di ricerca della prova, al quale attingere nell'ambito di un

¹ Sul punto, cfr. FILIPPI, *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili processuali*, in *Dir.pen.proc.*, 2002, p.165 secondo il quale, il fatto che i destinatari dell'esimente siano esclusivamente gli ufficiali di polizia giudiziaria conferma che le operazioni sotto copertura possono essere effettuate nell'ambito di un procedimento penale già instaurato.

² Sul punto, cfr. BERTACCINI, *sub art. 4-terdecies, D.l. 272/2005*, in *Legisl. pen.*, 2006, p. 406 nota 13, il quale richiama gli artt. 109 e 112 Cost e gli artt. 55, 326 e 347 e ss. c.p.p., norme secondo le quali le funzioni repressive della polizia giudiziaria sono tutte finalizzate a svolgere indagini e a raccogliere elementi necessari per consentire al pubblico ministero di determinarsi in ordine all'azione penale; secondo l'autore, invece, «le funzioni preventive si esauriscono sul piano dell'impedimento di conseguenze ulteriori dei reati di cui abbia notizia, non estendendosi alla possibilità della commissione di reati in funzione della prevenzione di altri»; MINNA, *Terrorismo 2001*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1027-1030; cfr., in giurisprudenza Cass., 11.4.1994, Carista, in CED Cass., 1985518, secondo cui «non può farsi discendere dall'obbligo della polizia giudiziaria di ricercare le prove dei reati e assicurare i colpevoli alla giustizia l'esclusione, ex art. 51 c.p., della responsabilità del cosiddetto agente provocatore di polizia giudiziaria, giacché è adempimento di un dovere perseguire i reati commessi, non già di suscitare azioni criminose al fine di arrestarne gli autori».

procedimento penale già instaurato o, comunque, col presupposto di una determinata notizia di reato già acquisita³.

L'analisi della stessa normativa che ha consentito l'elaborazione dell'opzione interpretativa appena accennata consente, tuttavia, di trarre indicazioni capaci di avallare anche soluzioni differenti.

Si considerino, innanzitutto, le disposizioni che disciplinano l'attività di contrasto alla pedopornografia.

L'art. 14 comma 2 l. n. 269 del 1998 è la sola, fra le norme che contemplano le operazioni sotto copertura, a prevedere che tali attività vengano autorizzate previa richiesta motivata, a pena di nullità, dell'autorità giudiziaria. Il testo normativo sembra alludere ad una realtà dei fatti in cui la notizia di reato funga da condizione legittimante l'adozione di queste speciali tecniche di indagine; la necessità che il pubblico ministero motivi la propria richiesta presuppone, infatti, la disponibilità di un materiale alla cui stregua giustificare l'esigenza di attribuire specifiche competenze agli addetti del Ministero. Questa lettura risponde ad una duplice esigenza: da un lato, impone al pubblico ministero di agire sulla base di precisi riferimenti fattuali; dall'altro, consente un controllo esterno sulla fondatezza della richiesta e sulla tenuta della motivazione.

Ad una soluzione opposta si perviene spostando l'attenzione sulle tipologie di attività di contrasto attuabili nel mondo virtuale disciplinate dalla medesima legge; siti, *chat* e liste di conversazione paiono strumenti utili, più che ad acquisire materiale probatorio rispetto ad una *notitia criminis* già sussistente, a provocare la commissione di reati di pedopornografia: in questi casi, pertanto, la notizia di reato non è *condicio sine qua non* delle operazioni sotto copertura ma il fine delle stesse.

Si prenda, altresì, in considerazione l'abrogato art. 4 d.l n. 374 del 2001 in materia di contrasto al terrorismo. Tale norma prevedeva in sede di stesura

³ ZEULI, *Terrorismo internazionale*, Napoli, 2002, p. 115; FILIPPI, *Terrorismo internazionale*, cit., p. 165, secondo cui «non sono ammesse operazioni “sotto copertura” alla ricerca di notizie di reato né, tantomeno, per la prevenzione del delitto».

originaria un inciso⁴ - “per cui procedono” - dal quale si poteva desumere la volontà da parte del legislatore di escludere il ricorso a tali strumenti preliminarmente alla formale apertura di un procedimento penale. L’eliminazione del suddetto inciso in sede di conversione del decreto legge, potrebbe essere considerato un segno della volontà da parte del legislatore di non voler circoscrivere le operazioni *de quibus* al perseguimento delle sole finalità probatorie. Volontà quest’ultima che ancora oggi sembra sussistere posto che i provvedimenti vigenti che disciplinano la materia non contengono alcuna preclusione all’utilizzo delle operazioni sotto copertura nella fase pre-procedimentale dove dominano le finalità di prevenzione.

Proprio sulla base di questi rilievi, altra parte della dottrina⁵ riconosce la possibilità di autorizzare il compimento di tali operazioni non solo a fronte di procedimenti penali già aperti, ma anche in situazioni rispetto alle quali non si riscontra la preesistenza di una concreta notizia di reato; secondo questo orientamento le operazioni in esame possono, pertanto, qualificarsi, a seconda delle situazioni, sia come attività di prevenzione e di ricerca della notizia di reato, sia come attività di ricerca della prova.

In quei casi in cui si qualificano le operazioni *under cover* quali mezzi di ricerca della prova rispetto a notizie di reato ben distinte e definite, è necessario un intervento normativo che elimini in radice ogni dubbio sulla legittimazione ad autorizzare l’adozione di questo strumento. Alla competenza attribuita dalla disciplina speciale agli organi di vertice dei vari corpi di polizia, si sovrappone, infatti, quella del pubblico ministero che, esercitando *ex art. 327 c.p.p.* una

⁴L’art. 4 d.l. n. 374 del 2001 disponeva che «Fermo quanto disposto dall’art. 51 del codice penale, non sono punibili gli ufficiali di Polizia giudiziaria che nel corso di specifiche operazioni di polizia previamente autorizzate, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti commessi con finalità di terrorismo anche internazionale per cui procedono, anche indirettamente acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, armi, documenti, 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».

⁵ LANDOLFI, *L’acquisto simulato di stupefacente: analisi di esperienze giudiziarie*, in *Quaderni C.S.M.*, 1994, n. 71, p. 182; PIEMONTESE, *sub art. 4, d.l.374/2001 n. 374*, in *Legisl. pen.*, 2002, 791; MELILLO, *Le recenti modifiche alla disciplina dei procedimenti relativi ai delitti con finalità di terrorismo o di eversione*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 906 ss.

“funzione direttiva egenomica”⁶ nella conduzione delle indagini preliminari, dovrebbe avere anche la facoltà di adottare questi strumenti al pari delle attività investigative ordinarie, senza doverne fare richiesta ad altre autorità, specialmente amministrative. Benché, quale soluzione, sia stata prospettata la caduta di qualsiasi competenza in capo alla Direzione Centrale Servizi Antidroga⁷ o ai vertici amministrativi della struttura cui appartiene l’agente destinato all’operazione, pare preferibile una soluzione che legittimi il pubblico ministero ad autorizzarle ma solo previa intesa con le autorità sopra citate; d’altro canto solo quest’ultime, in virtù della loro posizione apicale e delle funzioni di coordinamento che esercitano, sono in grado di monitorare tutte le operazioni in atto e di dissuadere il pubblico ministero dall’intenzione di ricorrere alle indagini sotto copertura, in tutte quelle circostanze in cui le stesse potrebbero sovrapporsi ad altre operazioni previamente disposte pregiudicandone, il risultato.

2. Il ruolo del pubblico ministero nello svolgimento di operazioni sotto copertura finalizzate all’acquisizione della notizia di reato

Il nostro sistema processuale ha per lungo tempo riflesso l’immagine di un pubblico ministero statico, passivo ricettore di notizie di reato; in quest’ottica, l’autorità giudiziaria inquirente riceveva già confezionata in un rapporto la notizia di reato, ignorando le problematiche che normalmente si celavano dietro la sua definizione⁸.

Nel quadro sopra delineato, la differenza fra ruolo del pubblico ministero e della polizia giudiziaria risultava ancorata ad un criterio di natura oggettiva, ad un dato temporale, coincidente con l’effettiva formazione della notizia di reato.

⁶ LANDOLFI, *L’acquisto simulato*, cit., p. 183.

⁷ LANDOLFI, *L’acquisto simulato*, cit., p. 184.

⁸ DE LEO, *Il pubblico ministero tra completezza investigativa e ricerca dei reati*, in *Cass. pen.*, 1995, p.1440.

Così, prima della formale acquisizione della *notitia criminis* era compito della polizia giudiziaria assolvere ai compiti tipicamente connessi all'orientamento dell'attività di prevenzione, mentre era attribuita al pubblico ministero l'organizzazione dell'attività investigativa mutuata dalla ricezione della notizia stessa⁹.

Questa impostazione, certamente tranquillizzante, soprattutto sotto il profilo della stabilità della posizione del pubblico ministero nell'ordinamento¹⁰, è stata nell'ultimo ventennio al centro di una serie di attacchi che ne hanno di fatto minato la solidità.

La radicale distinzione fra attività di repressione *post delictum* e attività di prevenzione è stata sconfessata dall'analisi delle modalità comportamentali delle organizzazioni criminali. Segnatamente, è stato puntualizzato come rispetto alle associazioni per delinquere, ossia strutture dedite al crimine e programmaticamente rivolte alla commissione di ulteriori e futuri illeciti, distinguere nettamente fra le due attività in esame è pressoché impossibile¹¹.

L'immagine di un pubblico ministero che attende immobile la comunicazione di una notizia di reato da parte della polizia giudiziaria è stata, inoltre, messa per la prima volta concretamente in discussione, tra la primavera e l'autunno del 1985, dallo stesso *modus operandi* della magistratura¹². Si allude, in particolar modo ai *blitz* tributari contro i titolari di licenze commerciali e liberi professionisti balzati agli onori della cronaca in quanto la Procura di Torino in quelle occasioni, non attese che l'amministrazione finanziaria le trasmettesse la notizia di reato, ma ne andò essa stessa alla ricerca, ponendo in essere un

⁹ MELILLO, *L'agire provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Arch. nuova proc.pen.*, 1999, p. 100.

¹⁰ MELILLO, *L'agire provocatorio*, cit., p. 100.

¹¹ CONSO, Pubblico ministero e polizia giudiziaria: una dialettica per la legalità, relazione al Convegno organizzato dall'Istituto Superiore di Polizia in Roma il 2 aprile 1996.

¹² Sul dibattito dottrinale sorto a seguito delle iniziative dell'autorità giudiziaria torinese in materia di illeciti finanziari, cfr.: FERRUA-NOBILI-TRANCHINA, *Uffici del pubblico ministero ed iniziative di ricerca delle notizie di reato*, in *Legisl. pen.*, 1986, p. 313 ss.

comportamento in cui in molti videro¹³ un'indebita ingerenza dell'autorità giudiziaria nelle funzioni dell'amministrazione tributaria.

A segnare, tuttavia, l'effettivo tramonto della tradizionale immagine del pubblico ministero e della rigida separazione fra polizia di sicurezza e polizia giudiziaria è stata la legislazione successiva agli anni Novanta, che ha introdotto nel nostro sistema normativo metodologie investigative capaci di rispondere tanto alle istanze di prevenzione quanto a quelle di repressione. Fra queste, proprio le norme che, a partire dal 1990 ad oggi, hanno legittimato le attività investigative genericamente riconducibili alla nozione di sintesi dell'agente sotto copertura, costituiscono il segno inequivocabile di un progressivo allineamento fra pubblico ministero e polizia giudiziaria. A tal proposito si considerino le prescrizioni che individuano la competenza a disporre le operazioni sotto copertura e gli adempimenti strettamente connessi all'autorizzazione.

Dalla normativa che negli anni è intervenuta a disciplinare le operazioni *under cover* emerge quale dato intangibile l'attribuzione della legittimazione ad autorizzarle in capo agli organi di vertice dei Corpi di polizia, ovvero, per loro delega dai responsabili di livello almeno provinciale, ossia, organi amministrativi non sottoposti agli ordinari rapporti di dipendenza funzionale con il pubblico ministero. La normativa speciale, tuttavia, determina, altresì, la natura e il grado del coinvolgimento del pubblico ministero nella gestione dell'operazione stessa secondo modelli che possono oggi ricondursi a due diverse categorie: da un lato, l'art. 97 d.P.R. n. 309 del 1990 così come l'art. 9 l. n. 146 del 2006 sanciscono l'obbligo per l'organo che dispone l'esecuzione delle operazioni in esame di darne preventiva comunicazione al pubblico ministero; dall'altro, l'art. 14 l. n. 269 del 1998 subordina addirittura l'adozione dell'operazione alla preventiva autorizzazione dello stesso pubblico ministero.

¹³ Tra gli altri, si veda: CANTELLI, *In margine ad un «blitz». Considerazioni su alcuni aspetti sostanziali e processuali dell'accertamento dei reati. Legge del 7 agosto 1982, n. 516, in Il fisco*, 1985, p. 5705 ss.; CORSO, *Il «blitz» della magistratura*, in *Corr. Trib.*, 1985, p. 2773.

Nell'ottica del legislatore, pertanto, in primo luogo, è possibile disporre, da parte delle autorità amministrative di vertice, operazioni sotto copertura, con le quali conseguire l'inserimento dell'agente nei gruppi criminali, anche rispetto ai quali non si ha una notizia di reato preconstituita, al solo fine di verificarne l'esistenza e la struttura operativa; in secondo luogo, benché tali operazioni siano più affini alle esigenze tipiche dell'attività di prevenzione generale, è necessario dare immediata notizia delle stesse al pubblico ministero.

Tirando, dunque, le fila del discorso, i suddetti oneri comunicativi sono lo strumento mediante il quale il legislatore, fungendo da mediatore, determina l'ingresso del pubblico ministero nelle logiche di polizia, ponendolo accanto alla stessa, o meglio, -in quanto gliene attribuisce compiti di direzione- prima della stessa, affinché possa «svolgere un'azione che ha tali caratteri di investigazione avanzata dall'affacciarsi addirittura su quel versante informativo che introduce ai profili amministrativi dell'attività di polizia»¹⁴. In termini più pratici, il disegno del legislatore rompe la tradizionale stasi del pubblico ministero, coinvolgendolo in attività preinvestigative, dove dominano esigenze preventive piuttosto che quelle tipiche dell'attività della polizia giudiziaria, e il cui fine non è la ricerca della prova relativa a notizie di reato già formate nei loro aspetti essenziali, ma la ricerca della notizia stessa¹⁵.

Questo risultato, tuttavia, non deve sorprendere, in quanto non è avulsa dal nostro attuale sistema normativo l'idea di un pubblico ministero che proceda personalmente ad indirizzare l'attività che porta all'individuazione della *notitia criminis*.

L'art. 330 c.p.p. prevede, infatti, che «il pubblico ministero e la polizia giudiziaria prendono notizia dei reati di propria iniziativa». La rottura del sistema attuale rispetto al previgente codice Rocco è netta: benché si discutesse, con risultati altalenanti, sulla possibilità per il pubblico ministero di andare alla ricerca delle notizie di reato, anche sulla spinta delle esperienze della

¹⁴ DE LEO, *Il pubblico ministero*, cit., pp.1439 e 1442.

¹⁵ MELILLO, *L'agire provocatorio*, cit., p. 99.

magistratura torinese di cui si parlava poco sopra, nel vecchio sistema processuale l'acquisizione della notizia di reato costituiva attività che l'art. 219 c.p.p. abr. attribuiva solo alla polizia. Il fatto, tuttavia, che la tematica fosse già da tempo al centro delle riflessioni dottrinali e che concretamente si registrassero casi in cui i pubblici ministeri si tramutavano in ricercatori di notizie di reato, smorzò in parte l'eccezionalità della disposizione introdotta nel codice Vassalli; l'art. 330 c.p.p., pertanto, venne visto come una novità relativa, capace di legittimare ciò che già si praticava, che metteva in chiaro ciò che prima era in una zona d'ombra¹⁶.

Al di là dell'effettiva portata innovativa della norma, l'effetto principale del disposto dell'art. 330 c.p.p. è quello di valorizzare un momento investigativo, preliminare all'apertura del procedimento, la cui emersione nel sistema previgente era di fatto preclusa non riscontrandosi durante la stessa alcuna partecipazione del pubblico ministero¹⁷. L'entrata in vigore della suddetta norma ha, pertanto, il merito di abbattere la rigida separazione fra fase pre-procedimentale e fase delle indagini preliminari, consentendo di considerare tutto ciò che precede l'esercizio dell'azione penale come un *continuum*, come un qualcosa che ontologicamente è la stessa e in cui la notizia di reato è un "accidente" che pur generando effetti processuali è però incapace di alterare la sostanziale omogeneità delle suddette fasi, principalmente dovuta all'identità del contenuto investigativo¹⁸.

Preso atto del nuovo ruolo che nel corso degli anni il pubblico ministero ha acquisito, anche grazie all'introduzione nel nostro ordinamento delle operazioni sotto copertura, occorre riflettere sulla direzione verso la quale sta muovendo l'organo dell'accusa.

¹⁶ In questi termini, VOENA, *Attività investigativa ed indagini preliminari*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Padova, 1989, p. 30.

¹⁷ FALATO, *Sulla natura degli atti precedenti alla iscrizione della notizia criminis e sull'estensibilità del divieto previsto dall'art. 62 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1627.

¹⁸ DE LEO, *Il pubblico ministero*, cit., p. 1441.

Ad una preliminare analisi, queste nuove competenze del pubblico ministero non possono che essere accolte positivamente: il coinvolgimento nelle attività tipiche della polizia di prevenzione consente al pubblico ministero di acquisire maggiore consapevolezza di un'azione investigativa che, di fatto, costituisce l'antecedente logico di quella dallo stesso gestita. In questa fase, inoltre, l'organo dell'accusa può garantire un'imparzialità che gli deriva dall'appartenenza all'ordine giudiziario¹⁹.e indirizzare la polizia verso modelli giuridici adottabili in chiave processuale²⁰.

Questo progressivo allineamento del pubblico ministero alle logiche della polizia di prevenzione può, tuttavia, rivelarsi foriero di indebite torsioni dello stesso verso compiti e prerogative che non gli sono proprie. Il rischio, da un lato, è che la pubblica accusa, spingendosi fino ad orientare l'azione investigativa, finisca per esercitare scelte discrezionali che assolutamente non competono ad un soggetto, quale appunto il pubblico ministero, che appartiene all'ordinamento giudiziario e che, pertanto, non ha alcuna responsabilità politica²¹; dall'altro, è che il pubblico ministero disperda le proprie competenze professionali in attività essenzialmente materiali, normalmente di esclusivo appannaggio della polizia²².

Per evitare naufragi culturali del nostro sistema processuale è, pertanto, necessario che il pubblico ministero adempia i propri compiti, soprattutto quelli che la disciplina delle indagini in esame gli attribuisce,costringendolo a forme di intervento sempre più anticipate rispetto alla soglia di formazione della notizia di reato, nel rispetto del ruolo che il nostro sistema processuale gli ha attribuito: cioè quello di organo indipendente, capace sia di orientare l'azione investigativa verso modelli giuridici validi e funzionali ad acquisire risultati processuali, sia di esercitare una funzione di garanzia rispetto ai rischi insiti in queste peculiari forme investigative.

¹⁹ DE LEO, *Il pubblico ministero*, cit., p.1446.

²⁰ MELILLO, *La nozione di agente provocatore nell'evoluzione normativa*, relazione tenuta in Frascati, 12 novembre 1998, nell'ambito del Primo corso "Mario Amato" di approfondimento tematico sulle tecniche di indagine, in *www.csm.it*.

²¹ DE LEO, *Il pubblico ministero*, cit., p.1447.

²² DE LEO, *Il pubblico ministero*, cit., p. 1449.

In quest'ottica allora non pare errato prospettare l'estensione del meccanismo disciplinato dall'art. 14 l. n. 269 del 1998, che subordina l'adozione delle operazioni in esame alla preventiva autorizzazione del pubblico ministero, anche alle altre ipotesi in cui è possibile agire sotto copertura. Questo preventivo nulla osta, infatti, permetterà sin da subito al pubblico ministero di assolvere al proprio ruolo di garanzia e di guida processuale, consentendogli di valutare l'opportunità dello svolgimento dell'operazione e di escluderla in tutte quelle circostanze in cui la stessa non si renda indispensabile ai fini del prosieguo dell'attività processuale. *De iure condendo*, inoltre, è auspicabile che il legislatore indichi anche i parametri alla cui stregua il pubblico ministero debba determinarsi in ordine alla autorizzazione o meno dell'attività sotto copertura. In linea con quanto previsto dai sistemi processuali di altri Paesi, potrebbe ad esempio, subordinarsi la preventiva autorizzazione del pubblico ministero alla verifica della assoluta rilevanza del fatto e dell'impossibilità di perseguire i medesimi obiettivi investigativi mediante il ricorso ad altre misure.

3. La parziale inconciliabilità fra la disciplina delle dichiarazioni indizianti e le operazioni sotto copertura.

Uno degli istituti rispetto al quale si riscontra una palese difficoltà nel conciliare la disciplina codicistica con le caratteristiche e le funzioni delle operazioni sotto copertura, è quello delle dichiarazioni auto indizianti, previsto dall'art. 63 c.p.p.

Al fine di offrire una tutela anticipata del diritto al silenzio e di quello di difesa, rispetto all'interrogatorio²³, nonché di garantire l'applicazione del principio *nemo tenetur se detegere*²⁴, nei confronti di chi non rivesta ancora la

²³ DOMINIONI, *Sub art. 63 c.p.p.*, in (a cura di) AMODIO-DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989-1990, p. 398.

²⁴ DI PALMA, *Inutilizzabilità delle dichiarazioni indizianti ed invalidità derivata*, in *Cass. pen.* 1996, p.179.

qualifica di indagato, la norma in esame si prefigge di rendere consapevole colui che, appunto, rilascia dichiarazioni *contra se* della sua nuova veste processuale e delle potenzialità negative della sua deposizione²⁵. Per le suddette finalità l'art. 63 c.p.p. prende in considerazione due diverse ipotesi.

Si consideri, dapprima, la situazione di chi, in veste di semplice informato dei fatti o di mero testimone, renda all'autorità giudiziaria o, per ciò che qui interessa, alla polizia, dichiarazioni dalle quali emergano profili di responsabilità penale. L'insorgere di tali elementi cui consegue, normalmente, la mutazione della veste giuridica precedentemente assunta, impone ai soggetti sopra indicati tre diversi adempimenti: l'interruzione dell'esame; l'avvertimento al dichiarante che, a seguito del contenuto delle sue dichiarazioni, potranno essere svolte indagini nei suoi confronti; l'invito al dichiarante medesimo a nominare un difensore di fiducia.

Prendendo in considerazione anche solo la prima delle tre attività sopra menzionate, ossia l'obbligo di interrompere l'esame, emerge chiaramente che l'applicazione dell'art. 63 comma 1 c.p.p. a quei membri della polizia giudiziaria che operano sotto copertura, produce effetti paradossali.

Le operazioni in oggetto sono, infatti, attività investigative estremamente delicate e di difficile attuazione che impongono all'agente di inserirsi negli ambienti criminosi, di instaurare rapporti di fiducia e di collaborazione con i loro esponenti, di partecipare allo stessa realizzazione di attività illecite, al solo fine di prevenire e reprimere il compimento di fattispecie delittuose portatrici di particolare allarme sociale. È del tutto evidente, inoltre, che il momento in cui l'agente partecipa alla realizzazione o alla programmazione delle attività illecite è il punto di arrivo di una attività di progressivo inserimento dello stesso nel gruppo criminale che, oltre a richiedere tempi piuttosto lunghi, si manifesta altamente complicata e costosa soprattutto in termini di energie umane.

²⁵ SANNA, *Ristretto l'uso delle dichiarazioni auto indizianti*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 604.

In virtù delle peculiarità che caratterizzano le operazioni investigative in oggetto, imporre all'agente sotto copertura che riceva dichiarazioni autoindizianti da persone informate su determinate attività illecite, di procedere ai sensi dell'art. 63 comma 1 c.p.p. equivale a sancire la fine dell'operazione stessa. L'operatore infatti, in quelle eventualità dovrebbe interrompere la narrazione del proprio interlocutore, manifestare la propria qualifica effettiva, le finalità per le quali agisce e adempiere agli ulteriori oneri imposti in queste circostanze dalla legge.

Si tratta, evidentemente, di una soluzione inaccettabile, in quanto rischia di neutralizzare l'operato dell'agente sotto copertura già nelle fasi che immediatamente seguono il suo inserimento e il suo accreditamento tra gli stessi gruppi criminali.

A meno, pertanto, di non voler completamente vanificare il dispendio di energie profuso per partecipare alle attività criminali di coloro che operano in determinati contesti illeciti, pur in assenza di una espressa scelta normativa, peraltro auspicabile, pare necessario escludere l'applicabilità alle operazioni sotto copertura delle prescrizioni di cui all'art. 63 comma 1 c.p.p.

Il raffronto fra le operazioni sotto copertura e il disposto dell'art. 63 comma 2 c.p.p. che sancisce l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dalla persona esaminata che ignora, diversamente dall'autorità procedente, la propria veste di indagato, dovrebbe, invece, indurre l'interprete a concludere per l'applicabilità del divieto dallo stesso sancito all'istituto *de quo*.

Nel caso, infatti, in cui si consentisse l'utilizzo *erga omnes*²⁶ del contributo narrativo "sollecitato" nel corso dell'attività dall'agente sotto copertura il quale, pur conoscendo il quadro indiziario a carico del proprio interlocutore, lo induce a fornirgli informazioni celando la propria qualifica, si assisterebbe ad una palese violazione del diritto a non autoincriminarsi e del principio di

²⁶ Sulla inutilizzabilità *erga omnes* delle dichiarazioni auto indizianti di cui all'art. 63 comma 2 c.p.p. e sul contrasto giurisprudenziale conseguente poi risolto dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, si veda Cass. Sez. un. 9 ottobre 1996, Carpanelli, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2428; SANNA, *Ristretto l'uso delle dichiarazioni auto indizianti*, in *Dir.pen.proc.*, 1997, p. 600 s.

autodeterminazione dell'indagato. Sul punto, tuttavia, si registrano orientamenti giurisprudenziali di segno opposto.

La Corte di Cassazione²⁷, infatti, in una delle rare occasioni in cui è stata chiamata a pronunciarsi sulla inutilizzabilità *ex art. 63 comma 2 c.p.p.* delle dichiarazioni auto accusatorie rese da soggetti-terzi agli agenti che, infiltrandosi negli ambienti criminali occultano la propria appartenenza alla polizia giudiziaria, si è espressa in termini negativi, ancorandosi ad un profilo essenzialmente formale.

Secondo i giudici di legittimità, l'inutilizzabilità delle suddette dichiarazioni va esclusa per un duplice ordine di motivi. Innanzitutto, le dichiarazioni di cui all'art. 63 c.p.p. debbono necessariamente collocarsi in sede procedimentale ed emergere nel corso di specifici atti del procedimento stesso, nel rispetto dei requisiti formali attinenti alla qualifica dei soggetti che procedono, qualità nota a chi rende le informazioni, e alle forme di documentazione prescritte. In secondo luogo, l'ambito oggettivo della norma, come risulta dalla parola "esame", va circoscritto alle sole dichiarazioni auto incriminanti rese in sede di assunzione di informazioni o di sommarie informazioni, rispettivamente sancite dagli artt. 362 e 351 c.p.p., da colui che intervenuto quale soggetto informato dei fatti doveva sin dall'inizio essere escusso in veste di indagato ed imputato.

Sulla base di questi profili la Corte, analizzando quanto affermato nel corso di un acquisto simulato di stupefacente da chi aveva poi assunto la veste di indagato, ha escluso la sussistenza della sanzione in esame, principalmente perché le dichiarazioni erano state rese nel corso di attività che in alcun modo potevano equipararsi alle acquisizioni di informazioni *ex artt. 362 e 351 c.p.p.* e nei confronti di un soggetto - l'agente sotto copertura - la cui vera qualifica era ovviamente travisata.

Il suddetto indirizzo interpretativo lascia spazio a più di una perplessità in quanto legittima una limitazione delle garanzie difensive in uno dei contesti in

²⁷ Cass. sez. VI, 28 aprile 1997, Console, in Cass. pen., 1998, p. 3014 ss.

cui la loro sussistenza è quanto mai avvertita: ossia, in quelle situazioni in cui il dichiarante rivela informazioni ad agenti dei quali ignora l'effettiva qualifica, dove non sussistono obblighi di documentazione dell'atto e dove, in altri termini, «le estasi inquisitorie sono gli unici possibili abitatori di questo deserto di garanzie»²⁸.

Nel corso delle operazioni sotto copertura, infatti, proprio perché c'è una dissimulazione della qualità di chi "interroga", si instaura fra narratore ed interlocutore un rapporto di natura confidenziale e collaborativo. In questo contesto è estremamente facile che il dichiarante divenga testimone contro se stesso e che subisca un gravissimo pregiudizio alla libertà di autodeterminazione.

L'agente sotto copertura che prospetta una falsa rappresentazione della propria veste al suo interlocutore e lo induce a rendere dichiarazioni incriminanti, preclude *ab origine* in capo a quest'ultimo la possibilità di compiere scelte consapevoli: l'indagato, infatti, non potrà prendere in considerazione l'eventualità di esercitare il proprio diritto al silenzio, valutando più conveniente tacere, né potrà sostanzialmente scegliere, nell'ottica di una determinata strategia difensiva, la tipologia di risposte da dare²⁹. In queste circostanze, infatti, la dissimulazione dell'effettiva qualifica del destinatario delle dichiarazioni, altera le ordinarie capacità di valutazione e di determinazione dell'indiziato, suscitando nello stesso "falsi motivi a parlare"³⁰.

Alla luce dei rilievi che precedono paiono assolutamente condivisibili alcuni recenti indirizzi giurisprudenziali³¹ che riconoscono la piena operatività dell'art. 63 comma 2 c.p.p., in tutte quelle circostanze in cui le dichiarazioni siano state provocate da un operatore di polizia giudiziaria che agendo sotto copertura abbia celato la propria qualifica e funzione; ciò principalmente perché in un sistema modellato sul principio di legalità, non è assolutamente possibile

²⁸ GAETA, *Dichiarazioni di indagato "provocate" da agenti infiltrati: la libertà di autodeterminazione quale canone di utilizzabilità*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 972.

²⁹ GAETA, *Dichiarazione di indagato*, cit., p. 974.

³⁰ SCAPARONE, *Agenti segreti di polizia*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1973, p. 310 ss.

³¹ Cass. sez., II, 31 marzo 1998, Parreca, in *Cass. pen.*, 2000, p.965.

disapplicare le previsioni normative per compiere atti atipici i quali, eludendo le garanzie difensive sottese agli atti tipici, permettono di conseguire risultati identici o analoghi a quelli acquisibili con questi ultimi.

Queste letture naturalmente volte ad assicurare il più ampio rispetto delle garanzie difensive, riconosciute dal sistema alle persone sottoposte alle indagini, non sono, tuttavia, esenti da critiche. Parte della dottrina³² ha, infatti, mostrato una certa diffidenza a far ricadere sotto il regime di inutilizzabilità *erga omnes* sancito dall'art. 63 comma 2 c.p.p. le dichiarazioni rilasciate all'agente infiltrato dal soggetto già colpito da inizi di reità nel momento in cui è iniziato il colloquio. Ciò principalmente perché, così argomentando, non residuerebbero per le dichiarazioni in esame margini ulteriori di utilizzabilità al di fuori delle mere necessità investigative. In quest'ottica, infatti, tali dichiarazioni potrebbero essere utilizzate solo per indagini future, quale strumento di impulso per lo svolgimento di successive attività investigative, ma non potrebbero mai avere una valenza processuale³³.

In parziale risposta alle suddette perplessità potrebbe innanzitutto ricordarsi, anticipando in parte quanto si dirà in merito alla applicabilità alla testimonianza dell'agente sotto copertura del divieto di cui all'art. 62 c.p.p.³⁴, che esulano dalla sanzione di inutilizzabilità, come suggerito dalla stessa giurisprudenza, il cosiddetto *perceptum* oggettivo dell'agente segreto, ossia tutto ciò che «l'operatore di polizia giudiziaria 'infiltrato' abbia potuto osservare e conoscere senza 'provocare' le dichiarazioni di alcuno»³⁵.

A chi tuttavia obiettasse³⁶, ancora, che il *discrimen*, che separa ciò che è utilizzabile da ciò che non lo è, risulta nella prassi di difficile individuazione e che è ben diverso il patrimonio di informazioni che si può acquisire mediante un

³² RUTA, *Brevi note in materia di dichiarazioni auto indizianti rilasciate all'«infiltrato» funzionario di polizia*, in *Giur. it.*, 2000, p. 385 s.; CANTONE, *Tipologia dei dichiaranti e nuove interpretazioni costituzionali dell'art. 208 c.p.p. Cenni sulla deposizione degli agenti infiltrati*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, p. 256.

³³ RUTA, *Brevi note*, cit., p. 385-386.

³⁴ Sul punto, vedi infra: cap. III, paragrafi 2-3.

³⁵ Cass. sez. II, 31 marzo 1998, Parreca, cit., p. 966.

³⁶ RUTA, *Brevi note*, cit., p. 386.

contatto diretto con l'indagato rispetto a quello offerto dalla rappresentazione esterna di determinati eventi, potrebbe facilmente risponderci rinviando alle finalità che il legislatore ha espressamente riservato alle tecniche investigative in esame.

Queste ultime, infatti, proprio perché finalizzate all'acquisizione di soli elementi di prova, dovrebbero essere utilizzate solo per uno svolgimento più proficuo dell'attività investigativa rispetto a quelle strutture criminose che per le modalità con le quali operano si manifestano particolarmente impermeabili agli ordinari strumenti di investigazione, e non potrebbero risolversi in strumenti preordinati all'acquisizione indebita di dichiarazioni di natura confessoria da utilizzare poi nel corso del dibattimento. In quest'ottica, pertanto, nessun credito dovrebbe esser dato a quegli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali che per reprimere illeciti fonte di particolare allarme sociale e per esaltare le potenzialità di questa speciale tecnica investigativa, accettano di sacrificare le principali garanzie riconosciute dal sistema agli imputati, pur di non disperdere, mediante l'applicazione dei limiti imposti dalla legge, il patrimonio di informazioni acquisite dall'agente infiltrato. D'altro canto, come è stato correttamente osservato³⁷ anche le più rilevanti esigenze investigative, quali quelle dell'accertamento dei fatti di reato particolarmente gravi e della raccolta di elementi di prova, non possono mai legittimare la violazione del diritto costituzionale di difesa e dei suoi corollari, *in primis* il diritto al silenzio.

4. Violazione dei limiti di operatività delle attività sotto copertura: le possibili conseguenze.

Le attività investigative riconducibili nell'alveo delle cosiddette operazioni sotto copertura si contraddistinguono tanto per l'eccezionalità quanto per la

³⁷ APA; *Note in tema di testimonianza dell'agente provocatore*, in *Giur. it.*, 1999, p. 140.

capacità di derogare, in nome della gravità dei reati che intendono contrastare, a fondamentali principi di rango primario³⁸.

Proprio a causa di queste caratteristiche e con l'intento di evitare un uso indiscriminato di tali invasivi strumenti di indagine, il legislatore ha esercitato *un'actio finium regundorum* stabilendo limiti e condizioni di operatività dell'istituto sia da un punto di vista sostanziale, con la prescrizione di requisiti soggettivi ed oggettivi, sia procedurale.

All'indicazione di limiti di operatività la legge non ha associato, a differenza di quanto accade per altri strumenti di ricerca della prova, *in primis* le intercettazioni, un adeguato apparato sanzionatorio per le eventualità in cui i confini normativi delle operazioni sottocopertura vengano oltrepassati. Unica eccezione in materia, peraltro insufficiente a frenare eventuali abusi, è la sanzione di nullità prevista dall'art. 14 l. n. 269 del 1998, la quale, tuttavia, è circoscritta alle sole ipotesi di difetto motivazionale della richiesta dell'autorità giudiziaria a poter procedere mediante il compimento delle speciali attività di contrasto previste dalla suddetta legge.

Spetta così all'interprete, nel silenzio del legislatore, individuare non solo quali possano essere gli effetti che conseguono ad attività di contrasto compiute in violazione di uno o più presupposti applicativi, ma anche individuare quali sono i requisiti normativi la cui inosservanza genera le suddette conseguenze; sotto quest'ultimo profilo si tratta di verificare, in particolare, se tutti i presupposti normativi cui è subordinata l'adozione di operazioni sotto copertura posseggono lo stesso peso specifico ovvero se ve ne siano alcuni incapaci di generare conseguenze sanzionatorie, risolvendosi in una mera irregolarità dell'operazione stessa.

Per quanto concerne le eventuali conseguenze riconducibili ad operazioni sotto copertura irrualmente compiute, la dottrina e la giurisprudenza hanno individuato tre principali effetti. La maggior parte delle riflessioni su questi

³⁸ In questo senso, Cass. sez. III, 3 dicembre 2001, D'Amelio; Sez. III, 8 maggio 2003, Busi.

specifici aspetti sono state compiute utilizzando quale parametro di riferimento le scriminanti *ex art. 14 l. n. 269 del 1998* ma possono, ovviamente, *mutatis mutandis*, essere estese a tutte le altre ipotesi di operazioni sotto copertura³⁹.

Innanzitutto, l'inosservanza dei limiti fissati dalla legge per il compimento delle attività in esame importa, verosimilmente, la responsabilità disciplinare dell'agente⁴⁰. In questi casi, inoltre, l'ufficiale di polizia giudiziaria si espone anche al rischio di una responsabilità penale. L'agente, infatti, al di fuori della copertura della scriminante speciale, potrebbe essere chiamato a rispondere dei fatti costituenti reato eventualmente commessi per accreditarsi presso l'organizzazione criminale oppure per indurre la condotta illecita altrui, in tutti quei casi in cui la propria azione non possa essere scriminata ai sensi degli artt. 55 c.p.p.-51 c.p. in quanto non qualificabile come attività di mera osservazione, di controllo o di contenimento⁴¹.

In merito, infine, alla sorte degli elementi probatori acquisiti in violazione dei limiti di operatività sanciti dalla legge, la giurisprudenza⁴² ritiene che la sanzione applicabile sia quella dell'inutilizzabilità disciplinata dalla previsione generale dell'art. 191 c.p.p.

Come ricordato poc'anzi il legislatore ha lasciato altresì all'interprete il compito di individuare da quali violazioni possano scaturire le suddette conseguenze: anticipando in parte quanto si dirà a breve, si può affermare che l'inosservanza di tutti i presupposti sostanziali e procedurali sanciti dal legislatore sortisce effetti sulla responsabilità dell'agente e sul materiale

³⁹ AMATO, *Le prove ottenute nel perseguimento di reati «tipici» possono essere utilizzate anche in altre fattispecie*, in *Guida dir.*, 2003, p. 75.

⁴⁰ MARINELLI, *L'attività dell'agente provocatore per il contrasto alla pedopornografia: "straripamenti" investigativi e relative implicazioni processuali*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2686.

⁴¹ Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, l'agente sotto copertura non è punibile ai sensi dell'art. 51 c.p. solo se il suo comportamento è indiretto e marginale e si sostanzia in un'attività di mera osservazione, di controllo o di contenimento; risulterà invece punibile, a titolo di concorrente nel reato, in tutte quelle ipotesi in cui la sua azione si esplica in una concreta attività di istigazione o, comunque, in condotte che abbiano un'efficacia determinante o concausale nella progettazione o nella realizzazione del reato; cfr, da ultimo, Cass. sez. IV, 22 settembre 1999, Lenza.

⁴² Cass. sez. III, 3 dicembre 2001, D'Amelio; Sez. III, 8 maggio 2003, Busi; Cass. sez. III, 8 giugno-7 luglio 2004, n. 29496.

probatorio acquisito, con la sola eccezione degli oneri di comunicazione rispetto ai quali sono dubbi gli effetti di un eventuale violazione.

Secondo l'orientamento della giurisprudenza l'illegittimità dell'operazione consegue, in primo luogo, alla violazione del presupposto finalistico che si verifica quando l'operazione viene compiuta per acquisire elementi di prova concernenti reati diversi rispetto a quelli tassativamente indicati dalla legge⁴³; analogamente incidono sulla regolarità delle operazioni, l'assenza dell'autorizzazione a procedere delle autorità competenti⁴⁴ così come il compimento delle attività da parte di persone diverse da quelle autorizzate dalla legge⁴⁵.

A queste violazioni sembra lecito aggiungere quelle che si sostanziano nel compimento da parte dell'ufficiale di condotte penalmente rilevanti diverse da quelle espressamente autorizzate dal legislatore per raggiungere le finalità sottese all'istituto stesso.

Qualche dubbio sussiste, invece, sugli effetti di un'eventuale violazione degli oneri di comunicazione imposti dalla legge a beneficio del pubblico ministero. In relazione alle ipotesi di acquisto simulato di stupefacenti previste dall'art. 97 d.P.R. n. 309 del 1990 antecedentemente alla riforma del 2005, parte della dottrina escludeva che gli oneri di comunicazione allora sanciti dal comma 2 della suddetta norma potessero integrare una condizione di legittimità dell'acquisto simulato. Ne conseguiva, ovviamente, che un'eventuale violazione degli stessi non avrebbe generato responsabilità per l'agente né inciso sul piano

⁴³ Sez. III, 8 maggio 2003, Busi.

⁴⁴ Cass., sez. III, 28 gennaio-13 aprile 2005, n. 13501, in *Guida dir.*, 2005, p. 71.

⁴⁵ Su questo punto si è espressa in via incidentale, Cass. sez. III, 8 maggio-21 ottobre 2003, n. 39706 la quale, chiamata a pronunciarsi sulla validità delle operazioni sotto copertura disciplinate ex art. 14 legge n. 269 del 1998 compiute per acquisire elementi di prova relativamente ad un reato diverso rispetto a quelli tassativamente indicati dalla legge, ha precisato che «qualora fosse corrispondente al vero l'affermazione che sembra essere stata fatta dalla difesa secondo cui l'attività di contrasto fu effettuata, sia pure a seguito di specifico incarico del Pm, ad una società privata, [...], e non invece da agenti o ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti all'organo del Ministero dell'interno per la sicurezza e la regolarità dei servizi di telecomunicazione, così come espressamente richiesto dall'art. 14, secondo comma, legge 269/98, ne deriverebbe la illegittimità (anzi: la illiceità) di tutta la suddetta attività nel suo complesso [...]».

processuale. La giurisprudenza intervenuta sul punto ha in parte risolto la questione: affermando che l'inosservanza dei suddetti adempimenti può al limite generare una responsabilità sotto il profilo disciplinare, ha implicitamente riconosciuto la validità a tutti gli effetti delle operazioni compiute in difetto del presupposto in esame.

Nonostante dottrina e giurisprudenza siano riuscite a supplire in parte alle carenze del legislatore appare evidente come un intervento di quest'ultimo in materia non paia più rinviabile. Al fine, infatti, di evitare usi impropri di tali strumenti e gravi pregiudizi al principio della certezza del diritto, è assolutamente necessario che il legislatore completi la disciplina delle operazioni sottocopertura predisponendo un apposito apparato sanzionatorio che stabilisca, in modo analogo a quanto previsto per le intercettazioni con l'art. 271 c.p.p, in quali circostanze la violazione dei presupposti applicativi delle operazioni *de quibus* determini l'inutilizzabilità dei risultati mediante le stesse conseguiti.

5. L'utilizzabilità del materiale probatorio acquisito mediante attività sotto copertura illecite: il contrasto giurisprudenziale.

L'assenza di una precisa scelta normativa sulla sorte del materiale probatorio acquisito mediante il ricorso ad attività sotto copertura compiute in violazione dei limiti fissati dalla legge, ha costituito terreno fertile per la nascita di un contrasto giurisprudenziale tra le stesse sezioni della Corte di cassazione che ancora oggi non accenna a sopirsi.

Un primo orientamento interpretativo⁴⁶ ritiene che il compimento di attività sotto copertura al di fuori dei prestabiliti confini di operatività determini l'inutilizzabilità del materiale mediante le stesse acquisito in qualsiasi fase del

⁴⁶ *Ex multis*, Sez. III, 3 dicembre 2001, D'amelio, in *Giur. it.*, 2003, p. 545; sez. III, 8 maggio 2003, Busi, in *Guida dir.*, 2003, n.50, p. 68.

processo e in relazione a qualsiasi fine. Secondo questa impostazione, infatti, l'attività *under cover* che viola i presupposti applicativi presenta un carattere "non sono irregolare o illegittimo ma addirittura illecito"; e per tale motivo gli elementi raccolti con la stessa dovrebbero essere espunti dal procedimento, in virtù del disposto dell'art. 191 c.p.p. Ne consegue che il materiale scoperto non potrebbe costituire oggetto di sequestro, né essere utilizzato per qualsiasi fine decisorio nel merito o *de libertate*, né per qualsiasi altro scopo, ad esempio, quale fonte di una notizia di reato. La perentorietà di questa opzione emerge con tutta evidenza in relazione al sequestro: qualora, infatti, a fondamento del relativo provvedimento sussistano solo elementi acquisiti mediante l'attività illecita degli agenti sotto copertura, i beni sequestrati dovrebbero essere restituiti all'avente diritto. Secondo questa lettura interpretativa, inoltre, la medesima sanzione dovrebbe colpire anche le fonti di prova relative a reati diversi da quelli per cui è possibile agire sotto copertura, occasionalmente acquisiti nel corso di operazioni legittimamente disposte.

In termini meno assoluti si è espressa la Corte di cassazione in altre pronunce⁴⁷ nelle quali, pur riconoscendo l'inutilizzabilità del materiale raccolto attraverso la non corretta applicazione della disciplina speciale vigente in materia, ha acconsentito ad un uso dello stesso quale fonte di una notizia di reato, per l'avvio di un nuovo procedimento o per la prosecuzione di indagini già in corso, e ai fini del sequestro. Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, i giudici di legittimità hanno aderito a quella concezione dottrinale che, esplicitata dal brocardo *male captum, bene retentum*, svincola, rendendolo autonomo, il potere di sequestro dalle modalità di rinvenimento del bene⁴⁸. Così, il materiale acquisito con operazioni che violano i presupposti normativi sarebbe, allo stesso tempo, inutilizzabile e assoggettabile a sequestro, purché ne sussistano i presupposti.

⁴⁷ Cass. sez. III, 8 giugno 2004, Ganci, in *Dir e giust.*, 2004, n. 31, p. 31.

⁴⁸ CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 122 ss.

Nessuno dei due orientamenti sopra tratteggiati, espressione di una diversa sensibilità rispetto alle contrapposte istanze di garanzia e di repressione, può dirsi idoneo a colmare adeguatamente il vuoto normativo che si riscontra in materia, trovando il giusto equilibrio fra le suddette esigenze. Pertanto, anticipando in parte le conclusioni cui si perverrà, proprio per i diversi rilievi critici cui entrambi gli indirizzi interpretativi si espongono, e che di seguito verranno analizzati, appare assolutamente non rinviabile una profonda rimeditazione della materia da effettuare in sede giurisprudenziale e, ancor prima, in sede normativa.

In primo luogo, non sembra condivisibile l'orientamento giurisprudenziale che sancisce l'inutilizzabilità "assoluta" del materiale probatorio concernente reati diversi da quelli per la cui repressione è possibile agire sotto copertura, acquisito sia occasionalmente nel corso di operazioni perfettamente lecite sia a seguito di attività investigative viziate fin dalla fase genetica. Tale opzione, infatti, per quanto finalizzata ad evitare che si instaurino prassi abnormi ed abusi nell'utilizzo delle operazioni in oggetto, fa discendere l'illegittimità dell'attività investigativa dai suoi esiti, senza tener conto del momento genetico degli stessi⁴⁹.

Per questo motivo pare preferibile impostare il problema diversamente, separando, da un lato, le attività che nascono violando *ab origine* i confini fissati dalla legge, dall'altro, quelle che, pur disposte nella totale osservanza dei presupposti applicati previsti *ex lege*, conducono all'acquisizione di elementi probatori relativi a fattispecie di reato diverse rispetto a quelle tassativamente elencate dalla disciplina speciale di settore. Proprio perché frutto di un'attività di indagine assolutamente rispettosa dei limiti normativi, non pare opportuno sanzionare con l'inutilizzabilità il materiale fortuitamente acquisito mediante la stessa, anche se relativo a fattispecie delittuose per la cui repressione le operazioni *under cover* non possono essere disposte⁵⁰. Diversamente, invece,

⁴⁹ D'AMATO, *Agenti provocatori: le prove eterodosse sono utili solo per avviare altre indagini*, in *Dir. giust.*, 2005, n. 9, p. 48.

⁵⁰ D'AMATO, *Agenti provocatori*, cit., p. 47.

occorrerà ragionare in quei casi in cui le fonti di prova conseguano al compimento di attività sotto copertura geneticamente viziate.

Interpretare la normativa sulle attività in esame in modo tale da non far discendere dalla stessa una sanzione di inutilizzabilità assoluta per tutto il materiale probatorio riguardante reati non tipici, occasionalmente raccolto, appare, altresì, preferibile in quanto maggiormente compatibile con alcuni principi cardine del nostro sistema processuale.

Una lettura interpretativa di segno contrario, infatti, finirebbe per porsi manifestamente in contrasto tanto con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale sancito dall'art. 112 Cost, quanto con le regole che presiedono all'agire della polizia giudiziaria; ci si riferisce, in particolar modo, agli obblighi per la polizia giudiziaria di acquisire anche di propria iniziativa la notizia di reato, di impedire che i reati vengano portati ad ulteriori conseguenze, di compiere tutto quanto possa risultare utile per assicurare le fonti di prova⁵¹.

Se, dunque, ciò che conta ai fini dell'utilizzabilità delle fonti di prova, sia che le stesse riguardino reati tipici o atipici, è che l'attività sotto copertura mediante le quali sono state individuate sia stata disposta nel pieno rispetto dei limiti fissati dalla legge, allora diviene decisivo in materia l'apporto del giudice. A quest'ultimo, infatti, è totalmente rimesso l'apprezzamento -da compiersi *ex ante*, riportandosi al momento in cui l'operazione è stata disposta- sulla legittimità delle speciali tecniche investigative di volta in volta autorizzate, che dovrà necessariamente essere esclusa in tutte quelle eventualità in cui queste ultime siano state compiute oltrepassando i confini normativi⁵².

Accolte le opzioni interpretative che circoscrivono l'inutilizzabilità ai soli elementi probatori acquisiti mediante operazioni "segrete" che violano nell'*an* o nel *quomodo* la normativa che le disciplina, occorre interrogarsi sull'estensione della suddetta sanzione processuale. In altre parole, è necessario chiedersi se

⁵¹ D'AMATO, *Agenti provocatori*, cit., p. 44.

⁵² AMATO, *Le prove ottenute nel perseguimento di reati «tipici» possono essere utilizzate anche in altre fattispecie*, in *Guida dir.*, 2003, 50, p.77.

l'invalidità *ex art. 191 c.p.p.* abbia portata "assoluta" e, pertanto, precluda qualsiasi utilizzo del materiale che ne sia affetto, o relativa, in quanto consenta di recuperare in qualche modo gli elementi probatori comunque inutilizzabili.

Ai fini di questa valutazione e, anche per orientarsi fra le soluzioni interpretative sopra ricordate, è opportuno analizzare la questione in esame distinguendo tre diverse situazioni: segnatamente, si tratta di verificare se il materiale acquisito a seguito di indagini originariamente viziate e, quindi, inutilizzabile, possa essere comunque recuperato ai fini della formazione del convincimento del giudice, ai fini dell'impostazione di successive attività investigative e, da ultimo, in relazione ai provvedimenti di sequestro del corpo del reato e delle cose allo stesso pertinenti.

In merito alla prima eventualità, pare condivisibile l'approdo della giurisprudenza che si è espressa in modo univoco, riconoscendo l'impossibilità in capo al giudice di fondare il proprio convincimento sulla base di materiale probatorio viziato⁵³.

Più complesse, invece, sono le questioni sottese all'utilizzo degli elementi di prova illegittimi ai fini del sequestro e quale fonte di una nuova notizia di reato.

Si consideri innanzitutto il rapporto tra materiale invalidamente acquisito e formazione della *notitia criminis*. Sotto questo profilo pare assolutamente condivisibile il secondo indirizzo interpretativo che, non riscontrando fra attività di contrasto illegittima e nuove acquisizioni cognitive alcun rapporto di consequenzialità, riconosce la possibilità di sfruttare il materiale indebitamente conseguito quale fonte di una nuova ulteriore notizia di reato. Pertanto, nonostante l'inutilizzabilità del materiale acquisito mediante operazioni simulate illecite, è necessario riconoscere in capo agli organi investigativi il potere-dovere di convogliare il patrimonio informativo verso la formazione di una nuova notizia di reato, utile per l'inizio di uno specifico procedimento e per il

⁵³ SANTORIELLO, *Indagini telematiche e ipotesi di inutilizzabilità*, in *Giur. merito*, p. 1614.

compimento di accertamenti diretti ad acquisire elementi di prova, in questo caso, pienamente utilizzabili⁵⁴.

In queste circostanze, infatti, l'attività sotto copertura ha natura pre-procedimentale e non persegue la finalità di verificare la fondatezza di una *notitia criminis* già acquisita, bensì quella di ricercarne una nuova a seguito della quale avviare ulteriori investigazioni⁵⁵. Questa interpretazione è perfettamente in linea con quanto disposto dall'art. 330 c.p.p. che legittima pubblico ministero e polizia giudiziaria ad agire, con il preciso scopo di formare notizie di reato, in una fase antecedente a quella delle indagini preliminari, dove ai fini di impulso delle investigazioni è anche possibile ricorrere ad atti che di per sé ed in altre fasi dell'*iter* procedimentale sarebbero inutilizzabili⁵⁶.

Ad avvalorare ulteriormente il convincimento *de quo* depongono, infine, oltre agli indirizzi giurisprudenziali in materie affini, quali gli scritti anonimi e le intercettazioni, anche il disposto dell'art. 226 comma 5 disp. att. La Corte di cassazione⁵⁷, sotto il primo profilo, sancisce che atti o attività inutilizzabili *ad probandum*, quali ad esempio scritti anonimi *ex* artt. 240 e 333 comma 3 c.p.p., notizie confidenziali e risultanze di intercettazione concernenti delitti diversi da quelli di cui all'art. 270 c.p.p., cui sono perfettamente equiparabile gli elementi di prova reperiti con operazioni *under cover* illegittime, possono comunque preservare il valore di autonoma notizia di reato. In modo analogo, l'art. 226 comma 5 disp. att. stabilisce un principio di conservazione delle operazioni dallo stesso disciplinate, nella parte in cui stabilisce che gli elementi acquisiti attraverso le attività preventive possono essere utilizzate solo per finalità investigative⁵⁸.

⁵⁴ CISTERNA, *La negativa conclusione dell'iter acquisitivo cancella le residue possibilità di azione*, in *Guida dir.*, 2005, 27, p. 76; AMATO, *Le prove*, cit., p. 76.

⁵⁵ SANTORIELLO, *Indagini telematiche*, cit., p. 1615.

⁵⁶ NATALINI, *Male captum, bene retentum: sul sequestro penale la Suprema corte ci ripensa*, in *Dir. e giust.*, 2004, 31, p. 28.

⁵⁷ Cass., sez. VI, 4 febbraio 2003, *Hazbardhi*, in C.E.D. Cass., n. 225367; Cass., sez. VI, 6 marzo 2003, *Berdaku*, in C.E.D. Cass., n. 225722, Cass., sez. I, 26 maggio 1994, *Scaduto*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2627.

⁵⁸ CISTERNA, *La negativa conclusione*, cit., p.76.

Se non sembrano sussistere ostacoli all'utilizzabilità di fonti di prova invalide come spunto per ulteriori attività investigative, non altrettanto può dirsi in relazione all'impiego del suddetto materiale ai fini del sequestro.

Parte della giurisprudenza⁵⁹ esclude categoricamente che si possa disporre il sequestro sulla base di quanto raccolto a seguito di attività sotto copertura disposte in violazione dei presupposti applicativi sanciti dalla legge.

I fautori della tesi⁶⁰ contraria utilizzano una griglia argomentativa che poggia le sue fondamenta sulla base di tre differenti dati.

Innanzitutto, è stato osservato⁶¹ come dalla rigorosa delimitazione dell'ambito di operatività delle operazioni sotto copertura non possa desumersi, in caso di violazione della stessa, un implicito divieto di procedere al sequestro; al fine di escludere la sussistenza di un divieto di sequestro in materia, è stato, inoltre, rilevato come nei casi in cui il legislatore abbia voluto derogare al generale principio di sequestrabilità di determinate tipologie di beni, lo ha fatto mediante un'esplicita previsione normativa⁶². Da ultimo, è stato ricordato l'orientamento giurisprudenziale delle Sezioni unite⁶³ secondo cui la nullità o la inutilizzabilità del mezzo di ricerca della prova si riverbera sul materiale sequestrato rendendolo inutilizzabile, con la sola eccezione, che ovviamente rileva nei casi qui in esame, di quelle situazioni in cui la *res* oggetto di apprensione sia qualificabile come corpo del reato o come cose pertinenti al reato *ex art. 253 c.p.p.* In quest'ultima eventualità, infatti, benché le modalità di individuazione del bene siano invalide, l'apprensione è comunque lecita perché il bene stesso è suscettibile in una delle categorie sopra ricordate.

Sulla base delle considerazioni che precedono, la dottrina ritiene che la violazione delle regole applicative delle operazioni sotto copertura possa

⁵⁹ Da ultimo, Cass., III, 28 gennaio-13 aprile 2005, n. 13501, in *Guida dir.*, 2005, 27, p. 71 ss.

⁶⁰ AMATO, *Le prove ottenute*, cit., p. 76; SANTORIELLO, *Indagini telematiche*, cit., p. 1615.

⁶¹ MARINELLI, *L'attività dell'agente provocatore per il contrasto alla pedopornografia: "straripamenti" investigativi e relative implicazioni processuali*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2687.

⁶² Sulla necessità di una "eccezione esplicita", CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 123.

⁶³ Sez. un., 16 maggio 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3268.

generare in capo agli agenti possibili conseguenze sul piano penale o disciplinare, ma non possa essere fonte di un implicito limite al potere di sequestrare beni che possano in via ordinaria costituirne oggetto⁶⁴.

Tale indirizzo interpretativo, per quanto astrattamente compatibile con il nostro sistema processuale, si espone, tuttavia, ad alcune obiezioni soprattutto in relazione agli inconvenienti che determina.

Considerato il fatto che nell'ambito delle operazioni sotto copertura è difficile ipotizzare l'acquisizione di beni diversi dal corpo del reato o dalle cose allo stesso pertinenti, stante anche l'ampia accezione che normalmente viene riconosciuta a questi termini, la suddetta impostazione genera perplessità perché rischia di tradursi, nella prassi applicativa in un generalizzato nulla osta ad apprendere beni, solo che questi siano qualificabili come *corpa delicti*.

Le conseguenze di tale lettura sono tanto più gravi se si considera l'appetibilità del sequestro in termini di prova di determinati illeciti. Ciò potrebbe determinare una sistematica violazione della normativa sulle operazioni sotto copertura al solo fine di acquisire elementi probatori per la repressione di illeciti rispetto ai quali le attività in esame non possono essere disposte.

Il rischio che tali letture possano portare ad abusi nell'utilizzo di questo strumento investigativo e stimolare l'elusione dei meccanismi di garanzia sottesi alla disciplina speciale delle operazioni sotto copertura, inducono a propendere per un orientamento di tipo restrittivo che escluda, quanto meno nelle ipotesi in cui la *res* da apprendere sia stata acquisita mediante attività geneticamente viziate, la possibilità di utilizzare il materiale, di fatto inutilizzabile, ai fini del sequestro.

L'assenza, tuttavia, di un esplicito divieto di sequestro, fa sì sostanzialmente che si debbano applicare i principi generali in materia e concludere per la possibilità di procedere allo stesso anche se abbia ad oggetto beni illegittimamente scoperti.

⁶⁴ MARINELLI, *L'attività dell'agente provocatore*, cit., p.2689.

Alla luce dei rilievi che precedono, è auspicabile un celere intervento del legislatore anche sotto questo profilo, al fine di predisporre apposite sanzioni per le ipotesi di inosservanza dei presupposti normativi delle operazioni sotto copertura e introdurre, per i motivi sopra ricordati, un esplicito divieto di sequestro di quanto scoperto indebitamente. Ciò principalmente perché le lacune del legislatore su questi specifici aspetti, associate ad indirizzi giurisprudenziali spesso incapaci di cogliere la specificità della materia rischiano di legittimare un uso distorto dell'istituto *de quo*, allontanandolo dall'eccezionalità che dovrebbe essere il suo elemento caratterizzante.

6. La cristallizzazione delle attività compiute sotto copertura: annotazioni, relazioni di servizio e fonoregistrazioni.

Il nostro sistema processuale, salve fatte specifiche situazioni, prescrive l'obbligo di documentare le attività compiute nel corso delle indagini preliminari mediante le forme descritte dall'art. 134 c.p.p., ossia con una verbalizzazione in forma integrale o con una in forma riassuntiva. L'inosservanza della suddetta disposizione e, quindi, l'eventuale assenza della documentazione, secondo parte della dottrina, dovrebbe rendere l'atto inesistente e dovrebbe pregiudicarne l'utilizzo, posto che ciò che non esiste non può ovviamente essere utilizzato⁶⁵.

Il silenzio del legislatore, anche su questo specifico aspetto, costringe l'interprete ad interrogarsi non solo sulla necessità di una documentazione delle attività compiute sotto copertura ma anche sui metodi e le modalità mediante i quali cristallizzare i risultati con le stesse acquisite, manifestandosi fin da subito dubbia la possibilità di procedere con le forme ordinarie *ex art.* 134 c.p.p.

Sotto il primo profilo, ad animare l'esigenza di documentare anche queste

⁶⁵ In tal senso, DE STEFANO, *Colloqui registrati dalla p.g. all'insaputa dell'interlocutore «informato sui fatti»: la problematica configurazione fra legalità delle indagini e ricerca della prova «inconfutabile»*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1270.

speciali attività di investigazione si rinvenno ragioni di natura diversa.

Innanzitutto, si segnalano, da un lato, la necessità di sottrarre operazioni così complesse e durature ai limiti propri della memorizzazione umana, dall'altro, l'opportunità di apprestare adeguati sistemi di controllo per verificare la rispondenza della condotta dell'agente infiltrato al dettato normativo sulle attività *de quibus*; qualora così non fosse, come noto, l'ufficiale di polizia giudiziaria si esporrebbe a conseguenze penali e disciplinari, mentre gli elementi probatori dallo stesso raccolti potrebbero essere colpiti dalla sanzione dell'inutilizzabilità.

Laddove, inoltre, l'attività sotto copertura si connota di caratteri tipicamente istigatori, la documentazione di quanto compiuto nel corso delle investigazioni è particolarmente utile per appurare il grado di autodeterminazione del provocato, l'intensità del dolo, nonché per verificare la configurabilità dell'attenuante *ex art. 62 comma 5 c.p.*⁶⁶, nei casi in cui il provocatore abbia indotto l'illecito altrui fingendosi vittima dello stesso⁶⁷.

Per quanto concerne, invece, le modalità di documentazione delle operazioni in esame, le stesse caratteristiche di questa peculiare tipologia di indagini sembrano legittimare un'implicita deroga⁶⁸ al generale obbligo di documentazione degli atti di indagine mediante verbalizzazione. A ben vedere, infatti, il solo peculiare rapporto che viene ad istituirsi tra gli investigatori e la fonte di prova è già sufficiente ad escludere che l'agente sotto copertura verbalizzi le attività che compie⁶⁹ ed in particolare i contributi di natura dichiarativa. Imporre, infatti, all'agente che si sia inserito in ambienti prossimi al crimine, celando la propria identità e la propria qualifica, di procedere alla verbalizzazione delle attività che compie, equivale a costringere lo stesso a manifestare il suo effettivo *status* e, conseguentemente, a segnare di fatto la

⁶⁶ Si tratta di una circostanza di natura oggettiva, caratterizzata dal fatto che a determinare l'evento concorra, insieme con l'azione o l'omissione del colpevole, il fatto doloso della persona offesa.

⁶⁷ MELILLO, *L'agire provocatorio*, cit., p. 102.

⁶⁸ BALSAMO-LO PIPARO, *La prova "per sentito dire"*, Milano, 2004, p. 229.

⁶⁹ In tal senso Cass., sez. IV, 23 giugno. 1999, Haxhiu, in *C.E.D. Cass*, n. 214920

cessazione della stessa operazione investigativa. Solo, eventualmente, nei casi in cui l'attività di verbalizzazione di cui all'art. 134 c.p.p. non si manifesti incompatibile con la prosecuzione dell'operazione sotto copertura, l'obbligo di documentare le attività compiute dovrebbe tornare a riespandersi.

Nei casi in cui non si possa procedere alle ordinarie forme di documentazione, tale attività potrebbe essere cristallizzata sia mediante dettagliate annotazioni *ex art. 357 c.p.p.*⁷⁰ sia mediante relazioni di servizio o atti di natura analoga, la cui disciplina non è però prevista dal codice di rito ma solo da regolamenti della polizia giudiziaria.

Mentre l'annotazione è una modalità di documentazione ordinaria, con valenza esterna in quanto indirizzata all'autorità giudiziaria⁷¹, mediante la quale si descrive in forma precisa e completa, anche se informale e sommaria⁷² un'attività di indagine che non deve essere verbalizzata, la relazione di servizio è un atto interno, funzionale ad informare l'ufficio di appartenenza o gli altri uffici interessati, con il quale si comunica la tipologia di attività compiute⁷³.

Tali relazioni rispetto alle quali è stata sancita la piena corrispondenza con le annotazioni di cui all'art. 357 c.p.p. in relazione a quelle situazioni in cui non è possibile fare appello ad altre forme di documentazione⁷⁴, sarebbero, secondo la giurisprudenza, perfettamente utilizzabili nelle parti in cui facciano riferimento con citazioni testuali a dichiarazioni rese dai presenti all'agente infiltrato⁷⁵.

Si tratta di una soluzione ermeneutica che, seppur funzionale a far rifluire le dichiarazioni auto indizianti all'interno del processo, tramite la testimonianza *de auditu* della polizia giudiziaria, oggi non pare più condivisibile soprattutto a seguito del recente orientamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite⁷⁶ che esclude la possibilità di qualificare le relazioni di servizio quali atti sempre

⁷⁰ MELILLO, *L'agire provocatorio*, cit. p. 102.

⁷¹ BUZZACA-DE SANTIS, *Atti di polizia giudiziaria*, Roma, 2002, p. 142.

⁷² SANLORENZO, *Art. 353*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, Milano, 1990, p. 153.

⁷³ D'AMBROSIO-VIGNA, *La pratica di polizia giudiziaria*, Padova, 1998, p. 120.

⁷⁴ Cass. 26 marzo 1997, Funaro, n. 1142.

⁷⁵ Cfr. Cass, sez. VI, 15 maggio 1997, Marinello, in *C.E.D. Cass*, n. 208128.

⁷⁶ Sez. Un., 17 ottobre 2006, n. 41281, in *Cass.pen.*, 2007, p. 952 s.

irripetibili e, quindi, impedisce un loro automatico inserimento nel fascicolo del dibattimento a norma dell'art. 341 comma 1 lett. b) c.p.p.

Secondo l'indirizzo interpretativo della Consulta la natura della relazione di servizio dipende dall'oggetto della stessa: se l'informazione contenuta nell'atto della polizia giudiziaria non può essere ripetuta allora la relazione potrà essere inserita nel fascicolo del dibattimento quale atto irripetibile; in caso contrario sarà onere di chi lo ha formalmente redatto intervenire nel giudizio per descrivere le operazioni materialmente acquisite, non potendosi in tale caso ricondurre la relazione nell'elencazione *ex art. 431 c.p.p.*

Così, applicando al caso di specie i criteri elaborati dalle Sezioni Unite, in tutti quei frangenti in cui la relazione di servizio o un atto alla stessa equiparabile si limiti a descrivere il compimento di attività investigative consistenti in dichiarazioni, osservazioni, constatazioni, pedinamenti, appostamenti ovvero circostante di tempo e di luogo, non vi è alcuna possibilità di dispersione del patrimonio conoscitivo contenuto nella stessa; pertanto, l'unico veicolo mediante il quale introdurre nell'istruzione dibattimentale quelle particolari tipologie di informazioni è la deposizione dell'agente sotto copertura con le modalità e i limiti che successivamente verranno analizzati.

Tali relazioni, pertanto, in quanto scritte sommariamente, a ridosso degli eventi e spesso nella concitazione degli stessi, non sono in nessun modo in grado di garantire la "genuinità" di quanto percepito dagli operatori di polizia; ne consegue che, al di fuori dei casi in cui documentino atti non rinnovabili oralmente nel dibattimento, sono inutilizzabili ai fini del giudizio e non potranno che essere usate in chiave prettamente investigativa quale spunto per la formazione o la valutazione di una *notitia criminis*⁷⁷.

Benché non sia formalmente una modalità di documentazione equiparabile alla verbalizzazione, sempre più spesso la polizia giudiziaria cristallizza il contenuto delle conversazioni mediante varie forme di registrazione.

⁷⁷ FANUELE, *L'utilizzabilità delle relazioni di servizio redatte dalla polizia giudiziaria alla luce dei principi costituzionali sul «giusto processo»*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1740.

Nel caso delle operazioni sotto copertura la questione si presenta ancor più complicata in quanto il dichiarante non solo ignora che le sue dichiarazioni sono registrate ma anche l'effettiva qualifica del soggetto a cui le sta rendendo.

La tematica, riconducibile alle questioni sottese al cosiddetto "agente segreto attrezzato per il suono" meriterebbe ben più ampio respiro rispetto a quello che gli sarà concesso in questa sede, dove l'analisi verrà circoscritta a due soli particolari profili: segnatamente, la natura giuridica e l'uso processuale delle fonoregistrazioni.

La prevalente dottrina ha considerato l'impiego dell'agente segreto attrezzato per il suono come un'intercettazione, sia pure anomala⁷⁸; accedendo a quell'impostazione secondo cui ai fini della configurabilità dell'intercettazione non sarebbe necessario che tutti i colloquianti siano all'oscuro del fatto che la loro conversazione venga ascoltata da altri, l'attività di registrazione dell'agente sotto copertura attrezzato per il suono è stata qualificata come intercettazione ambientale.

Qualificare la fonoregistrazione di dichiarazioni effettuata dalla polizia giudiziaria come intercettazione, appare tuttavia piuttosto pericoloso.

Questa impostazione, infatti, trascura un dato fondamentale: ossia, il fatto che la registrazione non ha ad oggetto una conversazione che avviene spontaneamente fra due privati, ma dichiarazioni che vengono provocate dalla polizia giudiziaria che dissimula la propria veste senza il controllo della difesa, in un contesto in cui le risposte vengono condizionate dalle aspettative e dagli interessi, in chiave sicuramente repressiva, di chi formula le domande. Assimilando, pertanto, tali registrazioni alle intercettazioni si finirebbe per trasformare insidiosamente le dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi inquirenti, le quali dovrebbero essere assunte in dibattimento con il metodo del

⁷⁸ CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, p. 42; CAPRIOLI, *Intercettazione e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 155, il quale, altresì, precisa che ai fini dell'applicabilità della disciplina delle intercettazioni è del tutto indifferente che l'ascolto da parte del terzo sia contestuale oppure successivo alla conversazione, come nei casi in cui chi effettua l'operazione consegna in seguito le bobine ad altre persone.

contraddittorio, in un atto ontologicamente irripetibile che entrerebbe direttamente nel patrimonio conoscitivo del giudice dibattimentale, senza tuttavia integrare alcuna delle eccezioni al contraddittorio espressamente stabilite dal codice in attuazione dell'art. 111 comma 5 Cost.⁷⁹

Chiamata a pronunciarsi proprio su questa specifica tematica, le Sezioni unite⁸⁰ hanno risolto il dubbio interpretativo sulla natura delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni realizzate, anche clandestinamente, da un soggetto alle stesse partecipe, o comunque autorizzato ad assistervi, qualificandole come prove documentali. Si dovrebbe trattare, in particolare, dei cosiddetti “documenti testimoniali”⁸¹, ossia di documenti che riproducono vere e proprie dichiarazioni e non fatti.

Al fine di individuare il valore probatorio di tali documenti ed, in particolare, la loro capacità a provare, oltre al dato che tali dichiarazioni sono state effettivamente rese, la verità intrinseca delle stesse, in assenza di una precisa disciplina normativa, pare opportuno richiamare quella di un istituto con cui i documenti testimoniali presentano notevoli somiglianze: la testimonianza indiretta⁸². In particolare, applicando il dettato dei primi tre commi dell'art. 195 c.p.p. si può concludere che, qualora il dichiarante non si presenti in dibattimento oppure intenda non rispondere alle domande che gli vengono poste, sottraendosi così liberamente al contraddittorio, il documento contenente le sue dichiarazioni precedentemente rese, anche se già acquisito al fascicolo del dibattimento, non potrebbe valere come prova della responsabilità penale dell'imputato, a ciò

⁷⁹ DANIELE, *Natura giuridica e sfera d'uso della fonoregistrazione di dichiarazioni da parte della polizia giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1242.

⁸⁰ Sez. un., 28 maggio 2003, n. 27307, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, p. 30 s., nonché in *Dir. giust.*, 2003, n. 37, p. 12 s., con commenti di FUMU e di MARI.

⁸¹ CARNELUTTI, voce *Documento (teoria moderna)*, in *Nov. dig.it*, vol. VI, Torino, 1960, p. 86.

⁸² TONINI, *Il valore probatorio dei documenti contenenti dichiarazioni scritte*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 2217; CAPRIOLI, *Colloqui riservati*, cit., p. 308; in giurisprudenza, *Cass.*, sez. III, 13 giugno 2001, Vanacore, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2424 ss.

ostando anche il criterio di valutazione probatoria *ex art. 526 comma 1-bis c.p.p.*⁸³.

Il fatto che, come nel caso delle operazioni sotto copertura, a compiere la registrazione dei colloqui effettuati sia un ufficiale di polizia giudiziaria impone, inevitabilmente, di verificare se la sottoposizione dei documenti in esame alla disciplina relativa alla testimonianza *de auditu* possa spingersi fino all'applicazione del divieto di cui all'art. 195 comma 4 c.p.p.

La *ratio* sottesa al suddetto divieto, ossia tutelare il principio della separazione delle fasi evitando che attraverso la testimonianza degli agenti e degli ufficiali polizia giudiziaria vengano introdotte nel giudizio prove il cui contenuto è totalmente coincidente con quello di verbali di indagine di cui è vietata l'acquisizione, consente sostanzialmente di sciogliere il suddetto nodo problematico, sottoponendo le fonoregistrazioni alla sanzione di inutilizzabilità sancita dall'art. 195 comma 4 c.p.p.⁸⁴.

Oltre a sottostare ai limiti dettati dall'art. 195 comma 4, le registrazioni occulte, al fine di poter essere acquisite e utilizzate nel processo, non possono aver ad oggetto dichiarazioni acquisite in violazione delle prescrizioni di cui agli artt. 62, 63 comma 2 e 203 c.p.p.: laddove così fosse, infatti, la documentazione formata mediante la registrazione della dichiarazione rappresenterebbe il mezzo per aggirare quei divieti cui, in virtù delle suddette norme, la prova dichiarativa è sottoposta a garanzia dell'attuazione dei principi costituzionali sul giusto e del diritto di difesa.

Alla luce dei rilievi che precedono è possibile riscontrare, grazie all'intervento dei giudici di legittimità, un allineamento fra regime di ammissibilità delle registrazioni fonografiche delle dichiarazioni sollecitate dall'agente che operi sotto copertura e sia altresì attrezzato per il suono e regole

⁸³ DANIELE, *Natura giuridica e sfera d'uso*, cit., p. 1246.

⁸⁴ CAPRIOLI, *Palingenesi di un divieto probatorio. La testimonianza indiretta del funzionario di polizia nel rinnovato assetto processuale*, in AA.VV., *Il giusto processo, tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di KOSTORIS, Torino, 2002, 82, nota 82; CAROFIGLIO-SCUSA, *La testimonianza dell'ufficiale e dell'agente di polizia giudiziaria*, II ed., Milano, 2005, p. 150 ss. In giurisprudenza, Cass. sez. un. 28 maggio 2003, Torcasio, cit., p. 30.

di preclusione alla testimonianza. Soluzione questa che ha il merito di ristabilire un certo equilibrio fra esigenze di garanzie difensive e esigenze investigative e di repressione che la prassi delle registrazioni aveva definitivamente spezzato a favore di queste ultime.

CAPITOLO III

I RIFLESSI DELLE OPERAZIONI SOTTO COPERTURA SULLA PROVA DICHIARATIVA

1. La qualifica formale dell'agente sotto copertura. La preliminare questione dell'iscrizione dell'agente sotto copertura nel registro degli indagati.

L'individuazione dei membri delle organizzazioni criminali e il sequestro del materiale che le stesse utilizzano per compiere le attività illecite -sia esso di tipo pornografico, o costituito da armi e stupefacenti- rappresentano l'effetto principale delle operazioni sotto copertura. A ciò va necessariamente aggiunto il patrimonio di informazioni sugli associati e sulle attività dagli stessi compiute o programmate, che l'agente infiltrato acquisisce nello svolgimento dei compiti che gli sono stati assegnati.

Considerati i rischi connessi a questa tipologia di indagini, le energie ed i costi che le stesse richiedono, è stato osservato come risulterebbe singolare limitare il recupero del sapere acquisito dall'agente sotto copertura al solo

sequestro del materiale o all'arresto e al fermo, tralasciando quel complesso di conoscenze a cui si accennava poco sopra¹.

Per questo motivo, si è sempre cercato di verificare mediante quali istituti il contributo conoscitivo dell'agente sotto copertura possa entrare nel processo e costituire parte della piattaforma probatoria sulla quale poi il giudice formerà il proprio convincimento in ordine alla responsabilità dell'imputato.

Sulla necessità che tale patrimonio entri nel processo penale mediante le dichiarazioni dell'agente non sembrano sussistere dubbi, benché sul punto si registri l'assoluto silenzio del legislatore. Fino ad oggi, infatti, le leggi che sono intervenute in materia si sono concentrate solo sull'*iter* di autorizzazione dell'attività sotto copertura, dimenticandosi che l'ufficiale di polizia giudiziaria dovrà poi deporre in dibattimento e rivelare la propria identità.

A tale vuoto normativo si dovrebbe sopperire mediante l'applicazione della disciplina codicistica che regola l'acquisizione del contributo conoscitivo delle varie tipologie di dichiaranti, ossia, imputati, testimoni e parti eventuali. Nel silenzio del legislatore è, pertanto, completamente rimessa all'interprete l'individuazione delle regole generali da applicare in materia, nonché l'onere di risolvere le questioni tecnico-giuridiche, tutte particolarmente dense di significato ai fini dell'esito del processo, sottese all'escussione dibattimentale degli agenti in esame. Il compito è tutt'altro che agevole, ciò perché, da un lato, è controversa la stessa enucleazione delle suddette regole e, dall'altro, perché le stesse norme che astrattamente potrebbero disciplinare l'escussione degli agenti infiltrati non sempre sono in grado di aderire perfettamente alle peculiarità e alle esigenze tipiche di questa speciale categoria di soggetti.

A dimostrazione di quanto appena evidenziato, si consideri, in primo luogo, la controversia sulla veste formale che l'agente *under cover* deve assumere in sede dibattimentale; aspetto, quest'ultimo, la cui risoluzione è propedeutica

¹MINNA-SUTERA SARDO, *Agente provocatore*, Milano, 2003, p.135; FANULI, *La testimonianza indiretta sulle dichiarazioni dell'imputato*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, p. 283.

all'individuazione delle modalità e dei limiti attraverso cui gli infiltrati possono riferire sui risultati dell'attività compiuta. Altrettanto controverso è, ad esempio, se l'agente provocatore, qualora assuma lo *status* di testimone, possa deporre in ordine alle dichiarazioni ricevute nel corso dell'attività sotto copertura dalle persone sottoposte alle indagini o se al contrario si applichi il divieto di cui all'art. 62 c.p.p.

In relazione alla qualifica giuridica da attribuire all'agente si possono ipotizzare due diverse soluzioni: quest'ultimo, infatti, potrebbe essere considerato come un testimone o come un coimputato, tendenzialmente, *ex art.* 210 c.p.p. Tale questione, come si dirà a breve, è tutt'altro che meramente accademica ed è strettamente connessa ad un altro nodo problematico concernente il *modus operandi* e le valutazioni dei pubblici ministeri nel momento in cui ricevono la notizia dell'avvenuto compimento di un illecito da parte dell'agente segreto. Proprio su quest'ultimo profilo, dal quale occorre necessariamente partire per individuare la veste giuridica da attribuire all'infiltrato, si riscontra una radicale *querelle* dottrinale.

Una prima impostazione² ritiene che il pubblico ministero non possa escludere autonomamente la punibilità dell'agente provocatore che nel corso di operazioni sotto copertura, debitamente autorizzate e compiute, abbia posto in essere attività illecite; in quest'ottica, pertanto, il pubblico ministero sarebbe tenuto ad iscrivere preventivamente il nome dell'ufficiale nel registro degli indagati, mentre spetterebbe al giudice per le indagini preliminari il successivo vaglio sulla sussistenza dei presupposti per escludere la punibilità. Terminata l'operazione, pertanto, qualora ritenga che l'agente abbia agito nel pieno rispetto dei limiti normativi, il pubblico ministero può presentare al Giudice per le indagini preliminari la richiesta di archiviazione. Tale richiesta secondo alcuni³ va motivata con la formula "il fatto non costituisce reato" in quanto le singole

² MARINI, *Acquisto simulato di droga e pretesa testimonianza dell'agente provocatore*, in *Giur. pen.*, 1995, II, p. 58.

³ FANULI, *La testimonianza indiretta*, cit., p. 283.

ipotesi legislative che autorizzano l'attività *de qua* rappresenterebbero vere e proprie scriminanti speciali. Anche su questo aspetto, tuttavia, non si registra unanimità di vedute, in quanto è controversa la stessa natura delle norme che autorizzano queste speciali tecniche investigative; pertanto, per coloro che escludono la riconducibilità della disciplina speciale nel novero delle cause di non punibilità, la richiesta di archiviazione non può essere fondata sugli artt. 408 e 411 c.p.p. ma sull'art. 125 disp. Att. c.p.p., ossia sul presupposto che gli elementi a carico dell'agente sotto copertura non siano idonei a sostenere l'accusa in giudizio⁴.

Altra parte della dottrina⁵ si è espressa in modo diametralmente opposto, riconoscendo al pubblico ministero la possibilità di omettere l'iscrizione dell'agente nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. in tutte quelle ipotesi in cui l'operazione è avvenuta nel pieno rispetto dei canoni legali. Secondo questo orientamento, l'operatore che compie questa peculiare attività investigativa in presenza delle condizioni richieste dalla normativa di settore, pone in essere una condotta che, in quanto regolata dalla legge, è pienamente lecita e, quindi, tale da rendere superabile il meccanismo iscrizione/archiviazione⁶.

Piuttosto evidenti sono le ragioni che animano i due diversi orientamenti e le conseguenze che discendono dall'accoglimento dell'uno o dell'altro.

La prima opzione ricordata, demandando esclusivamente al giudice il vaglio sulla sussistenza delle cause di non punibilità, si prefigge palesemente di esaltare il ruolo di garanzia che il nostro sistema processuale riconosce all'organo giudicante. Nonostante il nobile fine che la anima, questa tesi è stata fortemente criticata dalla dottrina che, da un lato, le imputa una scarsa aderenza al disposto normativo, dall'altro, un'eccessiva sfiducia nei confronti dei pubblici ministeri e

⁴ TUREL-BUONOCORE, *Droga*, cit. p. 137; CELOTTI, *Disposizioni*, cit., p. 39.

⁵ AMATO, *La definizione processuale dell'«agente provocatore»: riflessioni sulla capacità a rendere testimonianza*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2388; DELLA MONICA, *Il traffico di sostanze stupefacenti: problematiche connesse alla nuova legislazione*, in *Quaderni C.S.M.*, 61, suppl. II, Corso di aggiornamento sulle tecniche di indagine «Giovanni Falcone», vol. III, *Tecniche investigative su particolari figure di reato*, p. 258 s.; MELILLO, *L'agire provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, p. 103.

⁶ PARODI, *Il ruolo della polizia giudiziaria*, cit., p. 1445.

del ruolo di garanti della legalità dell'attività investigativa che la legge continua ad assegnare loro⁷. Anche in merito alle conseguenze pratiche che conseguono alla suddetta impostazione, non sono mancati i rilievi critici. È stato, infatti, osservato che il meccanismo iscrizione/archiviazione nel caso di specie si manifesta troppo penalizzante per l'operatore di polizia e inadeguato a soddisfare le esigenze connesse alla formazione della prova nel processo penale a carico dei responsabili dei reati individuati grazie all'attività sotto copertura⁸. L'agente infiltrato, infatti, a seguito dell'iscrizione del proprio nome nel registro degli indagati, sia pure in vista di una rapida e pacifica archiviazione, acquisterebbe lo *status* di persona sottoposta alle indagini; circostanza quest'ultima dalla quale discenderebbe la necessità di escuterlo secondo le modalità previste per il testimone assistito *ex art. 197-bis c.p.p.* o per il coimputato *ex art. 210 c.p.p.*, a seconda di quale fra le tesi che si contrappongono in dottrina e in giurisprudenza si ritenga di sposare⁹. Piuttosto evidente, infine, l'inconveniente che la tesi in esame produce in termini di valutazione del contributo dichiarativo reso dall'agente. Tali deposizioni, proprio perché rese da soggetti riconducibili nell'alveo degli artt. 197-*bis* c.p.p. o 210 c.p.p., sono prive di autonomia probatoria e potranno, in virtù del disposto dell'art. 192 commi. 3 e 4 c.p.p. fondare un giudizio di responsabilità solo se comprovate da elementi estrinseci che ne dimostrino l'attendibilità. Si tratta di un profilo tutt'altro che trascurabile, in quanto, considerate le modalità con cui opera un agente sotto copertura, non sempre risulterà facile reperire elementi utili ai fini della *corroboration*, col rischio di rendere in parte vano il lavoro dallo stesso compiuto.

⁷ MELILLO, *L'agire provocatorio*, cit., p. 103.

⁸ AMATO, *Le operazioni simulate. Se l'agente provocatore entra nel processo*, in www.sisde.it.

⁹ FANULI, *La testimonianza indiretta*, cit., p. 283. Sulla controversia concernente la veste giuridica dell'indagato nei cui confronti sia stato emanato un provvedimento di archiviazione, cfr. DE CAROLI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di testimonianza assistita*, in *Legisl. pen.*, 2006, 331 ss.; DANIELE, *Lacune della disciplina sulla testimonianza assistita*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 713 ss.; FANULI-LAURINO, *Incompatibilità a testimoniare e archiviazione dopo la legge sul c.d. giusto processo: un nodo apparentemente irrisolto*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3937 ss.

Di segno opposto sono le conseguenze che discendono dall'accoglimento della seconda tesi poco sopra ricordata. Quest'ultima, che mira ad assicurare l'escussione dibattimentale dell'agente *under cover* con le forme della testimonianza, riconosce al pubblico ministero procedente un significativo potere valutativo: spetta, infatti, a quest'ultimo e non al giudice, come sostenuto dai fautori della tesi precedentemente ricordata, analizzare lo svolgimento dell'operazione simulata e verificare il rispetto della procedura e dei presupposti applicativi dettati dal legislatore. Se l'esito del controllo è positivo il pubblico ministero potrà soprassedere all'iscrizione della *notitia criminis* relativa all'agente segreto e, conseguentemente, potrà escuterlo dapprima in veste di persona informata sui fatti e successivamente, nel corso del procedimento penale instaurato a seguito dell'azione simulata, come testimone. L'ipotesi qui illustrata costituisce chiaramente un forte incentivo ad operare nel pieno rispetto della disciplina procedimentale dettata dalla legge¹⁰. Solo, infatti, nelle ipotesi in cui emerge chiaramente l'integrazione dei requisiti normativi della scriminante speciale, si può escludere il rischio di un'esposizione dell'agente al processo penale; in tutti gli altri casi, ossia qualora si riscontri la violazione di uno o più presupposti applicativi o vi sia il dubbio circa la sussistenza degli stessi, l'applicabilità della scriminante speciale o di quella comune *ex art. 51 c.p.* non può essere esclusa a priori ma richiederà inevitabilmente l'iscrizione dell'agente nel registro degli indagati e il compimento della conseguente attività di indagine. Ovviamente, in quelle circostanze in cui l'agente verrà ascoltato come testimone le restrizioni connesse alla *corroboration* non opereranno e le dichiarazioni rese dall'agente, in quanto dotate di "autarchica valenza probatoria"¹¹, potranno, superato il vaglio di credibilità intrinseca, sostenere autonomamente un giudizio di responsabilità.

Anche questa impostazione, che sembra maggiormente rispondente alle finalità che si intendono conseguire mediante il ricorso a queste nuove strategie

¹⁰ AMATO, *Le operazioni simulate*, cit., in *www.sisde.it*.

¹¹ FANULI, *La testimonianza indiretta*, cit., p. 283.

investigative, si presta, tuttavia ad un'obiezione in quanto presuppone la sussistenza in capo al pubblico ministero di un potere valutativo che non trova riscontro nell'attuale codice di rito¹².

Ai sensi dell'art. 335 c.p.p. il pubblico ministero che acquisisca personalmente o al quale venga comunicata una notizia di reato, ossia una "informativa" sulla effettiva e reale ricorrenza di un fatto, consumato o tentato in un dato contesto storico ambientale e, come tale, empiricamente verificabile¹³, deve immediatamente iscriverla nell'apposito registro. Se così è, non si vede come il pubblico ministero, acquisita la notizia che un ufficiale di polizia giudiziaria abbia realizzato una condotta astrattamente riconducibile ad uno dei reati rispetto ai quali tali operazioni sono legittimate, possa decidere di ometterne l'iscrizione perché ritiene configurabile una esimente speciale, senza peraltro aver compiuto alcuna attività di indagine per accertare l'integrazione dei presupposti. D'altro canto, l'unico caso in cui il nostro sistema legittima il pubblico ministero a non effettuare l'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. e a "cestinare" la notizia senza sottoporla al vaglio del giudice, è quello delle cosiddette pseudo notizie di reato. Tali notizie, per le quali è stato previsto un apposito registro –il modello 45- null'altro sono se non atti e informative del tutto prive di rilevanza penale, quali, ad esempio, esposti privi di senso o di contenuto abnorme, nonché aventi valore civile o amministrativo¹⁴. Per poter, pertanto, accedere all'impostazione che vuole il pubblico ministero esente dall'obbligo di iscrivere il nome dell'agente sotto copertura nel registro delle notizie di reato, si dovrebbe trattare la notizia del fatto illecito compiuto dallo stesso in presenza dell'esimente speciale, alla stessa stregua di una pseudo notizia di reato, cosa che appare veramente difficile da sostenere. È stato da

¹² MENEGHELLO, *Acquisto simulato di droga*, in (a cura di) RIONDATO, *Commento pratico sistematico al Testo Unico sugli stupefacenti*, p. 309.

¹³ CARLI, *Fatto e verità nell'ideologia della riforma e della controriforma del codice di procedura penale (le ragioni dei pratici)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 239.

¹⁴ Sulla definizione delle pseudo notizie di reato, cfr. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Torino, 1995 p. 393 ss; GIOSTRA; *L'archiviazione: lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1994, p. 42 s.; MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova, 2001 p. 87, 358.

ultimo rivelato, come laddove si accogliesse la tesi in questione, che si sostanzia nel riconoscimento in capo al pubblico ministero del potere di cestinare informative concernente fatti integranti delitti ma non antigiuridici, si dovrebbe per ragioni di coerenza sistematica legittimare lo stesso potere in presenza di qualsiasi causa di giustificazione, sottraendo così definitivamente al giudice il vaglio sulla antigiuridicità o meno del fatto¹⁵.

Al fine di evitare, almeno in parte, gli inconvenienti sottesi alle due teorie sopra illustrate, si potrebbe ipotizzare, *de iure condendo*, l'introduzione di uno strumento che consenta al giudice di controllare l'operato del pubblico ministero, non solo nel momento in cui chiedi l'archiviazione, ma preliminarmente quando intenda omettere l'iscrizione della notizia di reato che abbia ad oggetto reati simulatamente compiuti da parte degli agenti sotto copertura, nel corso di operazioni che integrano pienamente i presupposti applicativi previsti dalla legge. In altri termini, in quei casi in cui risulti subito evidente che il reato soggettivamente attribuito all'agente sotto copertura è stato compiuto nel pieno rispetto dei requisiti che legittimano le operazioni *under cover* e che pertanto, la *notitia criminis*, se iscritta, sarebbe pacificamente oggetto di un provvedimento di archiviazione, il legislatore dovrebbe consentire al pubblico ministero di omettere l'iscrizione della stessa negli appositi registri, non senza tuttavia aver imposto allo stesso di sottoporre questa sua scelta ad un preliminare vaglio del giudice. Qualora questi concordi con la valutazione del pubblico ministero, il nome dell'agente non sarà iscritto nel registro delle notizie di reato ma, eventualmente, in un diverso registro appositamente previsto, e nessun procedimento sarà avviato nei confronti dello stesso; diversamente, qualora il pubblico ministero abbia dei dubbi sull'integrazione della scriminante speciale o il giudice non concordi sulla possibilità di omettere l'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro, si tornerà all'ordinario meccanismo iscrizione/archiviazione.

¹⁵ MENEGHELLO, *Acquisto simulato di droga*, cit., p. 309.

Strumenti di questo tipo, le cui forme e modalità, debbono certamente essere affinate ed attentamente valutate, potrebbero conciliare le esigenze sottese alle due opzioni interpretative sopra illustrate. In linea, infatti, con la prima corrente dottrinale, questi meccanismi processuali, presupponendo un controllo del giudice sulla sussistenza della speciale causa di giustificazione, escluderebbero, innanzitutto, che questa valutazione venga rimessa alla sola discrezionalità del pubblico ministero; in secondo luogo, acconsentendo in alcuni casi all'omissione dell'iscrizione nel registro degli indagati dell'agente sotto copertura, eviterebbero l'acquisizione in capo allo stesso dello *status* di indagato, con tutto ciò che ne consegue in merito all'utilizzo e alla valutazione delle sue dichiarazioni; da ultimo, i suddetti meccanismi risponderebbero alle esigenze di economia processuale, in quanto impedirebbero l'avvio di procedimenti e il conseguente svolgimento di indagini in relazione a notizie di reato per le quali appaia sin dalla acquisizione l'impossibilità di sostenere un'accusa in giudizio.

In attesa di un'eventuale intervento del legislatore in merito alle problematiche sopra ricordate, fra le due soluzioni interpretative che animano le discussioni della dottrina pare preferibile la prima; la delicatezza della materia, principalmente dovuta al fatto che si autorizzano esponenti dello Stato al compimento di attività delittuose, rende, infatti, preferibile il controllo del giudice sull'effettiva sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi che presiedono all'operatività delle cause di giustificazione relative alle operazioni sotto copertura e, conseguentemente, l'attivazione del meccanismo iscrizione/archiviazione, anche se ciò potrebbe determinare una limitazione al recupero del sapere acquisito dall'infiltrato.

2. Il divieto di deposizione sulle dichiarazioni ricevute dall'indagato: dubbi sull'applicabilità dell'art. 62 c.p.p. all'agente sotto copertura.

La controversia ad oggi esistente sulla necessità o meno di iscrivere nell'apposito registro la notizia di un reato compiuto dall'agente sotto copertura, così come quella relativa alle conseguenze, in termini di capacità a testimoniare, di un provvedimento di archiviazione, impedisce di stabilire a priori e con certezza se l'agente vada considerato un testimone oppure un coimputato. Allo stato attuale pertanto è possibile ipotizzare istruzioni dibattimentali in cui l'agente riferisca come testimone ed altre in cui partecipi in qualità di imputato.

Se l'escussione dell'agente sotto copertura in qualità di imputato, con tutto ciò che ne consegue in termini di disciplina normativa applicabile, non determina particolari questioni interpretative, altrettanto non può dirsi per l'eventualità in cui l'agente deponga come testimone.

La testimonianza dell'agente provocatore, infatti, genera nuovi scogli interpretativi, in particolar modo sui contenuti e sui limiti della deposizione. In merito all'oggetto di quest'ultima ci si chiede, segnatamente, se l'agente nel deporre possa riferire solo su quanto da lui concretamente osservato o anche in merito a quanto a lui dichiarato da soggetti-terzi coinvolti nell'attività criminosa. In altri termini, si tratta di verificare se ed, eventualmente in quali limiti, i divieti di cui agli artt. 62 e 195 comma 4 c.p.p. che, rispettivamente, sanciscono il divieto di testimoniare sulle dichiarazioni comunque rese dall'imputato e/o dall'indagato e il divieto di testimonianza *de relato* per gli agenti e gli ufficiali di polizia giudiziaria possano applicarsi anche agli agenti infiltrati.

L'art. 62 c.p.p. secondo cui “le dichiarazioni comunque rese nel corso del procedimento dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini non possono formare oggetto di testimonianza” costituisce la prima regola di esclusione della

testimonianza indiretta¹⁶. Poiché la fonte primaria della dichiarazione su cui ricade il divieto è l'imputato, la norma persegue una duplice finalità: in primo luogo, garantire la formazione di elementi probatori genuini ed attendibili¹⁷; in secondo luogo, rispettare il diritto al silenzio sancito dall'art. 64 c. 3 c.p.p., evitando che quest'ultimo venga violato attraverso il meccanismo della testimonianza indiretta¹⁸. Coerentemente con le suddette finalità, la Corte Costituzionale¹⁹ ha precisato che il divieto, essendo previsto con espresso riferimento alle dichiarazioni rese "nel corso del procedimento" e non genericamente "in pendenza del procedimento", opera solo rispetto a dichiarazioni che sono state rese a soggetti investiti di una qualifica processuale e per una ragione connessa al procedimento. Ne consegue, pertanto, che esulano dal suo raggio d'azione le dichiarazioni effettuate nei confronti di altri soggetti o relative a fasi anteriori al procedimento ovvero rese in pendenza del procedimento ma al di fuori dello stesso.

A segnare il limite dell'area in cui il divieto opera è proprio la sussistenza di un procedimento penale, il cui inizio, secondo l'orientamento della giurisprudenza²⁰, coincide con l'acquisizione della notizia di reato. Da questo momento, pertanto, può ritenersi sussistente un procedimento penale e il soggetto a cui la notizia si riferisce deve essere considerato, per *facta concludentia* e a prescindere dalla formale iscrizione nel registro degli indagati di cui all'art. 335 c.p.p., sottoposto alle indagini, con tutto ciò che ne consegue in termini di diritti e garanzie.

Ne caso di operazioni sotto copertura, i principi appena ricordati fanno sì che la persona che concorra con gli agenti infiltrati alla commissione di determinate condotte illecite, acquisisca la veste di indagato non appena venga

¹⁶ BALSAMO-LO PIPERO, *La prova "per sentito dire"*, Milano, 2004, p. 147.

¹⁷ DI PAOLO, *La testimonianza de relato nel processo penale. Un'indagine comparata*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2002, p. 298.

¹⁸ KOSTORIS, *Art. 62 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale* coordinato da CHIAVARIO, Torino, 1989, vol. I, p. 317.

¹⁹ Corte Cost., sentenza 13 maggio 1993, n. 237, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2245.

²⁰ Per questa interpretazione, cfr. Cass. 17 dicembre 1996, Bektas, in *C.E.D. Cass.*, n. 207521.

acquisita la notizia di reato, cioè verosimilmente quando avrà manifestato la propria disponibilità a realizzare l'attività delittuosa. In questi termini, ad esempio, si è pronunciata la Corte di cassazione²¹ in relazione ad un caso di acquisto simulato di sostanze stupefacenti, facendo coincidere l'inizio del procedimento e l'acquisizione dello *status* di indagato in capo al venditore col momento in cui l'agente, simulatamente interessato all'acquisto, constata la disponibilità della sostanza e l'intenzione di cederla. In quest'ottica pertanto, le dichiarazioni che il sottoposto alle indagini rilascia all'agente sotto copertura successivamente all'acquisizione della notizia di reato rientrano a pieno titolo nell'ambito di applicazione dell'art. 62 c.p.p. A scalfire tale assunto non contribuisce l'atipicità dell'operato degli agenti sotto copertura. Se è vero, infatti, che le modalità di acquisizione delle dichiarazioni da parte degli agenti non risultano riconducibili a nessuna fra quelle espressamente previste dalla legge, è altrettanto vero che l'art. 62 c.p.p., facendo riferimento a dichiarazioni "comunque rese", si presta a regolamentare anche le dichiarazioni rilasciate a soggetti che celano la loro appartenenza alla polizia giudiziaria.

I rilievi che precedono impediscono di acconsentire all'ingresso di tesi interpretative, pure fatte proprie dalla giurisprudenza più recente²², che in virtù della peculiarità di queste tecniche di indagine e negando poteri certificativi e autoritativi in capo agli agenti sotto copertura, sostengono la possibilità in capo a questi ultimi di deporre anche sul contenuto delle dichiarazioni rilasciate da chi per *facta concludentia* può dirsi sottoposto alle indagini.

In primo luogo non convince il modo di qualificare l'appartenente della polizia giudiziaria che si infila in un'organizzazione quale mero soggetto che partecipa all'azione. L'ufficiale di polizia giudiziaria che compie un'operazione *under cover* si prefigge l'obiettivo sotteso all'art. 55 c.p.p. e agisce con le medesime finalità che persegue quando svolge qualsiasi altra ordinaria attività

²¹ Cass., Sez. VI, 28 aprile 1998, Console, in *Giur.it*, 1999, p. 138 ss.

²² Cass., sez. Iv, 29 maggio 2001, n. 33561, Tomassini, in *C.E.D. Cass.*, n. 220263.

investigativa²³. Per questo motivo, preservando i poteri e le qualità tipiche di qualsiasi altro ufficiale di polizia giudiziaria, l'agente sotto copertura non può, in assenza di un diverso disposto normativo, che sottostare alla disciplina detta per i primi dall'attuale codice di rito, a partire dall'art. 62 c.p.p.

A sostegno della operatività della norma in esame anche a fronte di testimonianze degli agenti sotto copertura, si consideri l'incompatibilità col nostro sistema processuale e costituzionale delle conseguenze che discenderebbero dall'accoglimento di una soluzione di segno opposto. Legittimare, infatti, la testimonianza degli agenti infiltrati su quanto agli stessi dichiarato da soggetti rispetto ai quali è già stata acquisita una notizia di reato e, quindi di fatto indagati, equivarrebbe a legittimare tanto la violazione del diritto al silenzio quanto quella del divieto di utilizzabilità di prove assunte in spregio dei divieti sanciti dalla legge, principi in cui di fatto si esplica il diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost²⁴.

La circostanza per cui la deroga all'applicabilità dell'art. 62 c.p.p. riguarderebbe casi limitati, considerata la tassatività delle ipotesi in cui è legittimo operare sotto copertura, e sarebbe funzionale ad esaltare le esigenze repressive concernenti particolari tipologie di illeciti, non serve a mutare i termini del discorso. Le esigenze di repressione e di investigazione, pur se rapportate a fattispecie di reato rispetto alle quali si registra un cresce allarme sociale, non possono in alcun modo giustificare limitazioni delle garanzie difensive sancite dalla Costituzione.

A questi rilievi si aggiunga la irragionevole violazione del principio di eguaglianza che la soluzione qui contestata potrebbe determinare. Qualora, infatti, si sottraessero le dichiarazioni *de quibus* al divieto *ex art. 62 c.p.p.* si assisterebbe ad una ingiustificabile disparità di trattamento fra coloro che risultano indagati in procedimenti relativi a reati per i quali è possibile

²³ CANTONE; *Tipologie dei dichiaranti e nuove interpretazioni costituzionali dell'art. 208 c.p.p. Cenni sulla deposizione degli agenti infiltrati*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, p. 256.

²⁴ APA, *Note in tema di testimonianza dell'agente provocatore*, in *Giur. it.*, 1999, p.140.

autorizzare le operazioni sotto copertura e coloro che sono sottoposti alle indagini in procedimenti per tutte le altre fattispecie delittuose. Mentre per questi ultimi, infatti, troverebbero applicazione le garanzie dettate per il rilascio di dichiarazioni, per i primi si assisterebbe ad una totale compressione del diritto al silenzio e dei principi che ne costituiscono il corollario²⁵.

Da ultimo si consideri che il legislatore, laddove ha voluto derogare all'applicazione di alcuni istituti processuali, lo ha espressamente effettuato: basti pensare alla possibilità di ritardare rispetto alle situazioni "ordinarie" l'emissione o l'esecuzione di provvedimenti di cattura, di arresto o di sequestro²⁶; considerata la specificità della materia e l'assenza di una situazione di palese incompatibilità fra il disposto dell'art. 62 c.p.p. e le dichiarazioni in oggetto non si vede come si possano, nel silenzio del legislatore, accettare deroghe al suddetto principio costruite sulla base di alcune pronunce giurisprudenziali²⁷.

3. Le eccezioni al divieto di testimonianza sulle dichiarazioni ricevute dall'agente sotto copertura.

L'adesione all'indirizzo interpretativo che colloca nel corso del procedimento penale le attività con cui gli infiltrati sollecitano e raccolgono le dichiarazioni di coloro che con gli stessi interagiscono e che, pertanto, riconosce l'operatività nei casi in esame del divieto *ex art. 62 c.p.p.*, non implica una generale ed assoluta impossibilità di deporre su qualsivoglia espressione verbale proferita in presenza di agenti impegnati in operazioni sotto copertura²⁸.

²⁵ APA, *Note in tema di testimonianza*, cit., p. 140.

²⁶ Dispongono in tal senso l'art. 98 D.P.R. n. 309 del 1990 e l'art. 9 c. 6 e 7 legge n. 146 del 2006.

²⁷ Sulla impossibilità di condividere l'assunto giurisprudenziale che nega l'applicabilità alla testimonianza dell'agente sotto copertura del divieto *ex art. 62 c.p.p.*, cfr FANULI, *La testimonianza indiretta*, cit., p. 284.

²⁸ BALSAMO-LO PIPARO, *La prova*, cit. p. 179.

Oltre alla possibilità in capo all'agente infiltrato di deporre su tutto ciò ha costituito oggetto di mera osservazione, si rinvencono ipotesi in cui lo stesso può, in deroga al disposto dell'art. 62 c.p.p., riferire anche su ciò che è stato espressamente dichiarato in sua presenza.

Una prima eccezione al divieto di rendere dichiarazioni su quanto appreso dal sottoposto alle indagini è stata ipotizzata dalla giurisprudenza²⁹ che, in merito ad un caso di acquisto simulato di sostanze stupefacenti, ha distinto le dichiarazioni che astrattamente possono essere rilasciate dall'indagato in tre diverse categorie: dichiarazioni rappresentative di precedenti fatti, dichiarazioni che accompagnano il compimento di determinate condotte chiarendone il significato e, da ultimo, dichiarazioni programmatiche di future condotte. Secondo i giudici di legittimità il divieto di cui si tratta sarebbe configurabile solo in relazione a quei casi in cui l'agente sotto copertura risulti destinatario, nel corso dell'operazione, di dichiarazioni con le quali si narrano fatti illeciti storicamente già accaduti. Negli altri casi, invece, gli agenti potrebbero deporre liberamente su quanto hanno appreso dagli indagati durante l'adempimento dei compiti investigativi a cui sono preposti, non operando il divieto sotteso all'art. 62 c.p.p.

Il principio appena illustrato, essenzialmente imperniato sulla diversa natura delle dichiarazioni che possono essere rese dal sottoposto alle indagini, è stato al centro di alcuni rilievi critici. Segnatamente, è stato evidenziato³⁰, oltre alla difficoltà pratica di distinguere nell'ambito di un'unica narrazione fra dichiarazioni che accompagnano l'attività illecita, che programmano delitti per il futuro e quelle che, invece, sarebbero rappresentative di fatti storici penalmente rilevanti, il sacrificio in termini di diritto di difesa che tale soluzione necessariamente impone nel momento in cui legittima la deposizione su alcuna delle dichiarazioni sopra ricordate. Consentire, infatti, la possibilità di deporre sulle dichiarazioni relative a particolari tipologie di fatti, determina, oltre ad una

²⁹ Sez. VI, 28 aprile 1997, Console, in Cass. pen., 1998, p. 3021.

³⁰ APA, *Note in tema di testimonianza*, cit., p. 140 e 142.

limitazione del divieto di cui all'art. 62 c.p.p. non espressamente prevista dalla legge, la compressione di una delle principali garanzie difensive, ossia il diritto a non incriminarsi, diritto che dovrebbe operare incondizionatamente a fronte di qualsivoglia condotta delittuosa sia essa presente, passata o futura.

Un'adeguata motivazione volta a chiarire i passaggi logici essenziali e una maggiore attenzione ai diversi significati che possono essere associati alla parola "dichiarazione" avrebbero potuto preservare la sentenza qui in esame dalle critiche sollevate dalla dottrina. Il *decisum* dei giudici di legittimità, per quanto di non agevole applicazione, non appare, infatti, totalmente erroneo anche se ne va meglio specificata la portata.

A tal proposito, senza alcuna pretesa di esaustività, qualche breve cenno sulle riflessioni dottrinali concernenti il concetto di dichiarazione, sulle sue accezioni e sulle funzioni del linguaggio, potrà aiutare a chiarire il senso della decisione *de qua* e a condividere alcuni dei suoi assunti.

Le dichiarazioni, intese come espressioni verbali, possono assolvere ad una duplice funzione: da un lato, quella assertiva-informativa, dall'altro quella operativa-esecutiva. Nel primo caso, le dichiarazioni sono vere e proprie narrazioni con le quali si rappresenta un evento storico³¹, ossia si afferma o si nega il compimento di un determinato fatto; nel secondo caso, invece, le espressioni verbali non sono funzionali alla narrazione di uno specifico accadimento ma sono esse stesse un fatto. Si considerino, ad esempio, gli ordini, le minacce, gli avvertimenti, le offese e le ingiurie: chi proferisce espressioni di questo tipo non sta raccontando un avvenimento ma sta ponendo in essere un comportamento attivo che si sostanzia in una enunciazione verbale³². Vietare nei casi di specie la testimonianza di chi ha appreso tali espressioni verbali risulterebbe piuttosto illogico, in quanto la stessa avrebbe ad oggetto non il

³¹ VICOLI, *Le "res gestae": un'ipotesi di recupero in chiave probatoria alla luce della legge di attuazione del "giusto processo"*, in AA.VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano, 2003, p. 184.

³² TROTTA, *Sulle dichiarazioni rese dal venditore di stupefacenti all'agente provocatore*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3021

contenuto di dichiarazioni rese da altri ma un fatto di cui il teste ha avuto diretta percezione e conoscenza. Affini a quest'ultima tipologia di dichiarazioni, vi sono quelle espressioni verbali che parte della dottrina qualifica come "*res gestae*"³³. Si tratta di una categoria piuttosto variegata, nella quale possono essere ricondotte le esclamazioni da chiunque riferite prima, durante e dopo il verificarsi del fatto da provare, le dichiarazioni sullo stato di salute psicofisico, le asserzioni che accompagnano un determinato comportamento spiegandolo e, più in generale, tutte quelle espressioni verbali che presentano un stretta compenetrazione con l'evento cui si riferiscono, tale per cui prescindendo da quelle, questo non potrebbe essere compreso.

La casistica sopra illustrata è particolarmente utile se si vuol individuare il *discrimen* fra ciò che può e ciò che non può costituire oggetto di testimonianza, nei casi in cui questa riguardi dichiarazioni rilasciate da una persona già soggetto di una notizia di reato. Tornando, pertanto, al caso degli agenti sotto copertura si può concludere, in linea con quanto affermato dalla sentenza a cui si accennava poco sopra, per l'operatività dell'art. 62 c.p.p. in tutti quei casi in cui la deposizione degli stessi riguardi accadimenti passati. Le asserzioni dell'indagato su tali eventi sono, infatti, del tutto assimilabili alle confessioni e dovrebbero, pertanto, essere acquisite nel rispetto delle garanzie sottese al combinato disposto degli artt. 64, 350 e 362 c.p.p.³⁴ La portata del divieto di testimonianza dovrebbe invece restringersi quando si tratti di deporre su espressioni verbali che, pur rese in sede procedimentale costituiscano già di per sé o una condotta illecita oppure le cosiddette *res gestae*. In queste circostanze, infatti, la prova "per sentito dire" non sembra incompatibile con il nostro sistema processuale, in quanto la testimonianza costituirebbe il mezzo mediante il quale provare il fatto-reato e non lo strumento per far entrare nel dibattito dichiarazioni che, pur non

³³ CROSS, *On evidence*, Butterworths, London, 1974, p.502 ss.; PAPA, *Contributo allo studio delle rules of evidence nel processo penale statunitense*, in *Ind. pen.*, 1987, p. 339 .

³⁴ TROTTA, *Sulle dichiarazioni*, cit., 3022.

costituendo reato, sono state rilasciate in occasione di altri illeciti diversamente realizzati dall'indagato³⁵.

Sul piano astratto la soluzione dottrinale prospettata crea un rilevante *vulnus* al principio sancito dall'art. 62 c.p.p: sono, infatti, diverse le ipotesi delittuose contemplate dal nostro sistema penale che possono essere integrate mediante enunciazioni verbali e che, di conseguenza, legittimerebbero una deposizione sul contenuto delle stesse. In merito alle fattispecie di favoreggiamento, calunnia, ingiuria, diffamazione, falsa testimonianza, minaccia la giurisprudenza di merito³⁶ e di legittimità³⁷, infatti, concordano nell'affermare che, in questi casi, le dichiarazioni costituiscono oggetto di prova *ex art.* 187 c.p.p. e che, di conseguenza, sono ammissibili, in quanto non violano il disposto dell'art. 62 c.p.p., le domande rivolte ad un ufficiale di polizia giudiziaria finalizzate a ricostruire le dichiarazioni che si assumono costituenti reato.

Considerando, tuttavia, le fattispecie di reato rispetto alle quali è possibile autorizzare le attività sotto copertura, l'erosione dei confini dell'art. 62 c.p.p. diminuisce significativamente. Risulta, infatti, piuttosto complicato ipotizzare il compimento di condotte, quali -ad esempio-dare rifugio o comunque prestare assistenza agli associati, sostituire o occultare denaro, mediante attività meramente assertive. Escluse, pertanto, le attività di offerta di sostanze stupefacenti o armi o di materiale pornografico che possono consumarsi anche attraverso mere dichiarazioni, in tutte le altre ipotesi di reato per la cui repressione è lecito agire sotto copertura si tornerà alle regole ordinarie: fatte salve le c.d. *res gestae*, troverà applicazione il divieto di testimonianza sancito dall'art. 62 c.p.p.

³⁵ APA, *Note in tema di testimonianza*, cit., p. 141.

³⁶ Trib. Trapani, ord. 18 ottobre 1991, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, p. il quale ha sostenuto che «deve ritenersi ammissibile una domanda rivolta ad ufficiali di P.G. tendente a ricostruire il tenore delle dichiarazioni che si assumono costituenti reato. La domanda non viola il disposto degli art. 62 e 195 comma 4 c.p.p [...] perché proprio il tenore delle dichiarazioni costituisce l'oggetto dell'accertamento giudiziale».

³⁷ Cass., 24 giugno 1994, Barbieri, in *Giur. it.*, 1996, II, p. 114.

Secondo parte della dottrina escono, inoltre, dall'alveo dell'art. 62 c.p.p., anche le manifestazioni verbali che l'agente infiltrato si è limitato a percepire, senza esserne direttamente destinatario e senza averle in alcun modo provocate³⁸.

Ricapitolando, ferma restando la piena operatività del divieto di riferire in capo agli agenti sotto copertura sul contenuto delle dichiarazioni agli stessi rese da chi per *facta concludentia* acquisisce la veste di indagato, risultano ammissibili ed utilizzabili le deposizioni concernenti le manifestazioni verbali non dichiarative, quelle non istigate dall'agente, quelle che integrano autonomamente una delle fattispecie delittuose fra quelle tassativamente indicate dalle leggi che disciplinano le attività in esame.

Nonostante i tentativi di allentare le maglie dell'art. 62 c.p.p., una parte significativa del patrimonio conoscitivo acquisito dall'agente sotto copertura non supererà lo sbarramento previsto dalla suddetta norma finalizzato a filtrare il materiale che può accedere alla piattaforma probatoria sulla quale il giudice deciderà in ordine alla responsabilità dell'imputato.

A chi obiettasse che la soluzione interpretativa sopra prospettata determinerebbe un'eccessiva dispersione del sapere acquisito da chi ha operato sotto copertura e vanificherebbe le finalità di prevenzione, accertamento e repressione dei reati si potrebbe obiettare che tutti i provvedimenti normativi che si sono succeduti in materia hanno legittimato l'utilizzo di questa peculiare attività investigativa "al solo fine di acquisire elementi di prova". Nell'attuale sistema processuale gli elementi di prova, null'altro sono se non risultanze probatorie acquisite nel corso delle indagini preliminari e destinate, salvo rare eccezioni tassativamente indicate dal legislatore, a non esplicitare alcuna efficacia nel corso dell'istruzione dibattimentale. Se così è, le dichiarazioni rese dall'indagato a chi ritiene erroneamente suo complice non potranno che essere considerate quali sommarie informazioni *ex art. 350 comma 5 e 6 c.p.p.*, ossia contributi funzionali ad una immediata prosecuzione delle indagini ma

³⁸ FANULI, *La testimonianza indiretta*, cit., p.284.

impermiabili a qualsiasi forma di documentazione ed utilizzazione³⁹. Questo rilievo, peraltro, è perfettamente compatibile con le finalità sottese alla figura dell'agente provocatore in senso lato: quest'ultimo, infatti, inserito nel sodalizio criminoso, potrà, anche attraverso le informazioni fornitegli dagli indagati, indirizzare in modo più proficuo le indagini alla ricerca di ulteriori elementi che giustifichino il ricorso a strumenti quali arresti, perquisizioni, sequestri, intercettazioni telefoniche e ambientali, i cui risultati saranno pienamente utilizzabili in dibattimento⁴⁰.

Ampia libertà di deporre residua, comunque, in capo agli agenti sottocopertura nonostante il tormentato divieto sancito dall'art. 195 comma 4 c.p.p.

Oltre al limite di cui all'art. 62 c.p.p., come noto, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria sono sottoposti ad un generale divieto di testimonianza, sancito dall'art. 195 c. 4 c.p.p., sulle dichiarazioni acquisite «con le modalità di cui agli artt. 351 e 357 comma 2 lett. a) e b) c.p.p.»; segnatamente, si tratta delle sommarie informazioni ricevute da persone informate sui fatti (testimoni o coimputati), delle dichiarazioni orali di denuncia, querela o istanza e, da ultimo, delle sommarie informazioni rese dalla persona sottoposta alle indagini. Tale divieto, la cui *ratio* è quella di preservare il principio di separazione funzionale delle fasi del procedimento, evitando che la polizia giudiziaria, col testimoniare sulle risultanze del proprio operato, possa introdurre nel dibattimento materiale istruttorio raccolto nelle indagini preliminari⁴¹, non ha, tuttavia, portata assoluta. Il divieto *ex art.* 195 comma 4 c.p.p., infatti, non opera, lasciando spazio alle ordinarie regole sulla testimonianza indiretta, negli «altri casi», la cui individuazione è completamente rimessa all'interprete⁴².

³⁹ APA, *Note in tema di testimonianza*, cit., p. 140.

⁴⁰ TROTTA, *Sulle dichiarazioni*, cit., p. 3019.

⁴¹ In termini analoghi, GIOSTRA, *Equivoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e sacrificio del principio di oralità*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 1133.

⁴² In termini generali, sulla casistica si veda, GAETA, *Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria*, in AA.VV. (a cura di) TONINI, *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione valutazione della prova*, Padova, 2001, p. 274 s.; ILLUMINATI, *Inammissibile la*

Così, il divieto dei “*relata*”, rimanendo circoscritto alle dichiarazioni acquisite dai soggetti e con le modalità sopra indicati, non si applicherà in presenza di quelle dichiarazioni che possono ricondursi alla categoria delle *res gestae* e, più in generale, in relazione a quelle comunicazioni con funzione performativa, in quanto costituenti azioni verbali⁴³. Restano pure estranee al divieto in oggetto le dichiarazioni che, pur avendo le caratteristiche di un resoconto testimoniale, sono funzionali a provare un fatto diverso da quello che ne costituisce l’oggetto⁴⁴, le dichiarazioni acquisite nell’ambito dell’attività ispettiva e di vigilanza, cui hanno fatto seguito le indagini di polizia giudiziaria⁴⁵, nonché quelle percepite dal funzionario di polizia al di fuori di uno specifico contesto di acquisizione procedimentale.

Per ciò che qui interessa, la dottrina è solita ricondurre nella categoria degli «altri casi»⁴⁶ anche le informazioni acquisite nell’ambito di operazioni sotto copertura. In particolare, queste situazioni, rispetto alle quali il divieto non opera, rientrerebbero in quella più ampia categoria di ipotesi concernenti dichiarazioni rese da persone informate sui fatti ad organi investigativi e non formalmente documentate⁴⁷, sia perché la verbalizzazione risultava espressamente o implicitamente esclusa dalla legge sia perché, considerate le circostanze del caso concreto, la stessa non era ragionevolmente esigibile⁴⁸.

testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto di dichiarazioni non verbalizzate, in *Cass. pen.*, 2003, p. 662 ss.

⁴³ ILLUMINATI, *Inammissibile la testimonianza*, cit. p. 662; GAETA, *Divieto dei “relata” della polizia giudiziaria: la riforma annunciata dell’art. 195 comma 4 c.p.p.*, in AA.VV., *Giusto processo e prove penali*, Milano, p. 133.

⁴⁴ CAPRIOLI, *Palingenesi di un divieto probatorio. La testimonianza indiretta del funzionario di polizia nel rinnovato assetto processuale*, in AA.VV. (a cura di KOSTORIS), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002, p. 78, il quale cita come esempio il caso in cui la circostanza che qualcuno abbia narrato una certa cosa in un certo modo serva a dimostrare semplicemente che quella persona conosceva la lingua italiana.

⁴⁵ GAETA, *Divieto dei “relata”*, cit., p. 133.

⁴⁶ ILLUMINATI, *Inammissibile la testimonianza*, cit., p. 662; BALSAMO-LO PIPARO, *La prova per “sentito dire”*, cit., p. 227.

⁴⁷ In questo senso, GREVI-ILLUMINATI, *La nuova disciplina in materia di formazione e di valutazione della prova*, in CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, Appendice di aggiornamento, Padova, 2001, p. 111.

⁴⁸ BALSAMO-LO PIPARO, *La prova per “sentito dire”*, cit., p. 227.

Rispetto alle operazioni sotto copertura, l'obbligo di verbalizzazione delle dichiarazioni assunte non appare di norma concretamente attuabile. Risulterebbe piuttosto illogico consentire, da un lato, all'agente di infiltrarsi in organizzazioni criminose, anche eventualmente avvalendosi di identità fittizie e, dall'altro, imporgli l'onere di manifestare la propria qualifica e di redigere il verbale in tutte le occasioni in cui raccoglie informazioni da persone informate sui fatti. Pertanto, quando la prosecuzione dell'indagine è assolutamente incompatibile con qualsiasi forma di documentazione delle dichiarazioni di potenziali testimoni, dovrebbe riconoscersi l'ammissibilità della testimonianza indiretta dell'ufficiale di polizia giudiziaria sugli elementi di conoscenza acquisiti. In caso contrario, quando vi siano gli estremi per procedere all'attività di verbalizzazione senza che questa possa impedire il perseguimento delle finalità delle indagini sotto copertura, il divieto *ex art. 195 comma 4 c.p.p.* dovrebbe, invece, risultare applicabile⁴⁹.

Considerate le situazioni e il contesto in cui normalmente opera l'agente sotto copertura, appare piuttosto evidente, come il suddetto criterio interpretativo si risolva di fatto in un "nulla osta" alla deposizione *de relato* dell'agente sottocopertura.

Nonostante i divieti cui è sottoposta la testimonianza, l'agente sotto copertura ha la possibilità di deporre su una molteplicità di aspetti, che vanno dalle attività compiute nel corso dell'operazione, alle informazioni acquisite dai testimoni, fino alle dichiarazioni dell'indagato che non abbiano funzione meramente comunicativa: pertanto, nonostante, l'assenza di una speciale disciplina *ad hoc* sulla testimonianza dell'agente provocatore, il rischio di dispersione del patrimonio conoscitivo acquisito dall'agente nel corso di attività altamente pericolose è praticamente trascurabile; ciò inevitabilmente fa sì che l'agente sotto copertura acquisti un ruolo di assoluto rilievo nel corso dell'istruttoria dibattimentale, allontanandolo da quell'idea, sopra accennata e da

⁴⁹ BALSAMO-LO PIPARO, *La prova per "sentito dire"*, cit., p. 229-230.

considerarsi preferibile, che ne esalterebbe le funzioni nel corso dell'operazione al fine di acquisire, specialmente mediante perquisizioni, sequestri ed intercettazioni, elementi direttamente utilizzabili dal giudice, e ne vorrebbe limitato l'impatto nel corso del giudizio.

4. La tutela dell'agente provocatore nel corso dell'istruzione dibattimentale: audizioni protette e udienze a porte chiuse.

Le "complicazioni" sottese alla partecipazione dell'agente sotto copertura al dibattimento rendono necessarie alcune riflessioni in ordine alle modalità mediante le quali offrire loro adeguata protezione senza nuocere ai diritti difensivi delle parti, *in primis*, dell'imputato.

L'audizione degli infiltrati nel pubblico dibattimento è, infatti, particolarmente problematica, principalmente per le conseguenze che ne possono discendere. L'inserimento dell'agente nei gruppi delinquenziali, la creazione di fittizi vincoli di collaborazione o di amicizia sono azioni che, negli ambienti criminali, vengono vissute quali gravi mancanze di rispetto e di lealtà. Rivelare pubblicamente l'aspetto fisico o l'effettiva identità anagrafica dell'infiltrato agevolerebbe l'individuazione degli agenti da parte di coloro che, membri effettivi del sodalizio criminoso non arrestati o processati, volessero vendicare il "torto" subito dall'organizzazione e dai suoi esponenti⁵⁰. La deposizione dibattimentale dell'agente è, inoltre, poco conveniente in rapporto sia alla scarsità delle risorse umane addestrate per il compimento di tali attività sia per gli elevati costi che richiede la formazione del personale⁵¹. Testimoniando in una udienza pubblica gli agenti pregiudicherebbero con un'elevata probabilità un loro

⁵⁰ TAMIETTI, *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2928.

⁵¹ CISTERNA, *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, in *Guida dir.*, 2006, p. 83.

futuro impiego in altre attività di infiltrazione poliziesca, soprattutto quando l'operazione è stata compiuta in danno di organizzazioni criminali geograficamente ben radicate⁵², con una rilevante dispersione di risorse umane da impegnare nel contrasto al crimine organizzato e non⁵³.

Nonostante le difficoltà sottese all'esame dibattimentale dell'agente sotto copertura, il legislatore italiano non ha adottato in materia alcuno strumento *ad hoc* che possa contemperare le garanzie difensive dell'imputato e le esigenze di tutela dei provocatori, limitandosi a neutralizzare, nelle forme di cui si dirà a breve, i soli pericoli che l'agente incontra durante il compimento delle operazioni.

Il problema, invece, è stato affrontato in altri sistemi normativi. In Germania, ad esempio, la legge *OrgKG* del 5 luglio 1992, in tema di lotta al traffico illegale di stupefacenti e alle altre forme di criminalità organizzata, oltre a legittimare l'utilizzo di identità fittizie, prevede espressamente la possibilità di evitare nel procedimento concernente i fatti accertati dall'agente sotto copertura la sua escussione diretta. In sua sostituzione la legge tedesca prevede, all'esito di un articolato meccanismo processuale di cui è garante il Ministro dell'interno, il ricorso ad una testimonianza *de relato* del capo dell'ufficio di polizia di appartenenza dell'ufficiale la cui fonte, anche negli atti processuali, corrisponde all'identità fittizia e non a quella reale dell'infiltrato⁵⁴.

La legislazione spagnola⁵⁵, ancora, ha risposto alle suddette esigenze predisponendo, a fronte di audizioni testimoniali degli agenti *de quibus*, una deroga al principio generale della reiterazione della prova e la facoltà in capo al giudice di autorizzare, con un proprio provvedimento motivato, l'agente a

⁵² JANNONE, *Agenti infiltrati: in alto mare la tutela dell'identità*, in *Guida dir.*, 2001, p. 92.

⁵³ TAMIETTI, *Agenti provocatori*, cit., p. 2927.

⁵⁴ MELILLO-MOTTA, *Linee di una possibile evoluzione*, cit., p.101.

⁵⁵ Si allude, in particolare, alle disposizioni di cui all'art. 282-bis comma 2 paragrafo 1, della legge di procedura penale (Lecr) così come modificato dalla legge n. 5 del 13 gennaio 1999.

deporre con le stesse identità di copertura con cui ha agito nel corso dell'operazione⁵⁶.

Tornando alla disciplina interna, come accennato poc'anzi, le uniche forme di tutela predisposte a garanzia dell'incolumità e della riservatezza dell'agente riguardano la sola fase esecutiva dell'operazione. Sulla scia di quanto già previsto dalla legge n. 269 del 1998⁵⁷ a proposito delle attività di contrasto alla pedopornografia e, principalmente, dalla legge n. 438 del 2001⁵⁸ finalizzata alla repressione del terrorismo interno ed internazionale, il Testo Unico degli stupefacenti e la legge n. 146 del 2006 perseguono le finalità di protezione dell'agente con due diversi strumenti.

Innanzitutto, il legislatore legittima il ricorso ad identità fittizie. Sia che intervengano per reprimere gli illeciti di cui all'art. 9 della legge n. 146 del 2006, sia che si prefiggano di prevenire reati concernenti sostanze stupefacenti, gli agenti che si infiltrano nei gruppi criminali possono utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura. Previsioni sostanzialmente analoghe concernono, inoltre, gli ausiliari di cui gli ufficiali di polizia giudiziaria possono avvalersi: anche per questi ultimi è, infatti, prevista, verosimilmente ad opera degli stessi organi amministrativi di vertice competenti a disporre l'esecuzione delle operazioni⁵⁹, una possibile autorizzazione all'utilizzo temporaneo di documenti di copertura. In secondo luogo, sono previsti rispettivamente all'art. 97 comma 5 Testo Unico stupefacenti come modificato dall'art. 4-terdecies d.l.

⁵⁶ JANNONE, *Agenti infiltrati*, cit., p. 92.

⁵⁷ L'art. 14 comma 3 della legge n. 269 del 1998, tutt'oggi in vigore, autorizza il personale addetto alle attività necessarie per il contrasto dei reati di natura pedopornografica l'utilizzo di 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.

⁵⁸ L'art. 4 comma 2 del d.l. n. 374 del 2001 convertito in legge 438 del 2001, abrogato dall'art. 9 comma 10 della legge n. 146 del 2006 prevedeva, infatti, la possibilità di usare durante il compimento delle attività, "documenti, identità o indicazioni di copertura". Con le stesse finalità di salvaguardia dell'identità degli agenti, la legge introduceva anche una nuova fattispecie di reato diretta a reprimere la condotta di chiunque nel corso delle operazioni *de quo* avesse rivelato o divulgato il nome degli ufficiali preposti all'operazione. Sul punto, PIEMONTESE, *Sub art. 4 d. n. 371/2004*, in *Legisl. pen.*, p. 792.

⁵⁹ In tal senso, rimarcando il "silenzio della norma", si è espresso, in merito al novellato art. 97 del D.P.R. n. 309 del 1990, AMATO, *Acquisto simulato*, cit., p. 122.

n. 272 del 2005⁶⁰ e all'art. 9 comma 10 legge n. 146 del 2006⁶¹ i delitti di rivelazione e di divulgazione dei nominativi degli agenti coinvolti nell'operazione.

Le due tipologie di misure ad oggi predisposte dal legislatore a tutela dell'operatore segreto sono assolutamente inadeguate a rispondere alle esigenze di protezione avanzate dagli agenti stessi. In primo luogo, entrambi i rimedi di cui sopra si concentrano sulla sola protezione dell'identità anagrafica dell'agente. A ciò si aggiunga che la scelta di limitare l'operatività dei suddetti strumenti alla sola fase esecutiva dell'operazione, denota una scarsa attenzione per quelle specifiche esigenze di garanzia che sorgono in capo all'agente successivamente al compimento dell'attività investigativa, principalmente quando lo stesso dovrà deporre nel dibattimento o, ancor prima, nell'incidente probatorio. Mostrare, infatti, nell'udienza il proprio aspetto fisico, declinare le identità anagrafiche effettive, reiterare la propria deposizione in procedimenti connessi o collegati a carico dei vari membri dell'organizzazione, sono attività il cui compimento, proprio per i pericoli cui espongono gli operatori, rende necessaria la predisposizione di forme di protezione ulteriori e ben diverse da quelle espressamente dettate dalla suddetta normativa extracodicistica.

Le incombenze dei testimoni sopra richiamate, rispetto alle quali si tenterà di individuare appositi strumenti di tutela, pur essendo assimilabili in relazione alle conseguenze che producono, sollevano, tuttavia, problemi diversi e richiedono cautele differenti: per questi motivi pare preferibile trattarle separatamente, cominciando da quella concernente l'esibizione dell'aspetto fisico.

Il nostro sistema processuale è incentrato sul principio della pubblicità dell'udienza dibattimentale, per assicurare alla collettività di controllare concretamente l'amministrazione della giustizia⁶²: ciò implica che chiunque può

⁶⁰ Cfr. BERTACCINI, Sub *art. 4, d.l. n.272/2005*, in *Legisl.pen.*, 2006, p. 415

⁶¹ Sul punto, CISTERNA, *Attività sotto copertura*, cit., p. 83.

⁶² Sulle finalità del principio di pubblicità, cfr. MANZIONE, *Art. 471*, in CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, V, Milano, 1989-1991, p. 56. L'autore, in

prendere parte all'udienza e assistere alle attività che nel corso della stessa vengono compiute, eccezion fatta, ai sensi dell'art. 471 comma 2 c.p.p., per i minori di anni diciotto, per i sottoposti a misure di prevenzione e per coloro che appaiono in stato di ubriachezza, intossicazione o squilibrio mentale⁶³. Ne consegue che l'agente sotto copertura chiamato a deporre in dibattimento sarà costretto a mostrare il proprio aspetto fisico sia alle parti del processo sia, eventualmente, al pubblico presente nell'aula.

A ben guardare, nella maggior parte dei casi, le istanze di tutela dell'agente infiltrato sembrano profilarsi solo in relazione al pubblico. Chi, a qualsiasi titolo, ha intrattenuto rapporti con agenti sotto copertura normalmente ne ignora le reali generalità mentre ne conosce l'aspetto fisico. Precludere, pertanto, la visibilità del teste all'imputato potrebbe non essere necessario in termini di garanzia per l'incolumità degli agenti. Sotto quest'ultimo profilo, semmai, potrebbe essere utile evitare l'esibizione dell'agente al pubblico: ciò escluderebbe, infatti, che gli affiliati all'organizzazione partecipino all'udienza dibattimentale al solo fine di identificare l'agente che clandestinamente si è inserito nelle loro attività illecite e, più in generale, che si conoscano gli appartenenti alle forze dell'ordine addestrati al compimento di tali attività.

A fronte di queste eventualità si potrebbe ipotizzare un'escussione protetta nel corso della quale con opportune misure, quali ad esempio paraventi, vetri- specchio e meccanismi di contraffazione della voce, si impedisca al pubblico -ma non al giudice e alle parti- di vedere la fisionomia del testimone. Altrettanto, prospettabile, ma più radicale e fonte di un totale sacrificio del principio della pubblicità dell'udienza, è un'eventuale audizione dell'agente sotto copertura a porte chiuse.

particolare, specifica come il principio di pubblicità non esaurisca i propri effetti nella verifica del corretto esercizio del potere giurisdizionale ma si esplica anche come vero e proprio diritto fondamentale dell'imputato.

⁶³ Sulle ragioni che presiedono all'esclusione di tali categorie di soggetti, D'ANDRIA, *Art. 471*, in LATTANZI-LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, VII, Milano, 2003 p. 58.

Si tratta, evidentemente, di soluzioni alle quali il nostro sistema normativo già ricorre per l'escussione degli infrasedicenni⁶⁴ o per l'esame di persone ammesse a specifici programmi di protezione⁶⁵ e che potrebbero facilmente essere piegate a disciplinare la deposizione gli agenti sotto copertura, mediante un'interpretazione estensiva delle norme che le contemplano. Per evitare, tuttavia, qualsiasi profilo di incertezza che normalmente accompagna quelle ipotesi in cui si estende l'applicazione di determinate norme a situazioni diverse rispetto a quelle per cui sono state specificatamente predisposte, è auspicabile un preciso intervento del legislatore, atto a disciplinare le forme e le modalità mediante le quali debba esplicarsi l'audizione protetta degli agenti sotto copertura.

Per sopperire all'attuale assenza di una specifica scelta legislativa, si può, tuttavia, fare appello al disposto dell'art. 472 commi 2 e 3 c.p.p., che legittima l'esclusione del pubblico ogni qualvolta il giudice ritenga che, procedendo con le forme ordinarie, si possa nuocere alla riservatezza⁶⁶ e alla sicurezza dei testimoni, pericolo quest'ultimo che, a causa della peculiare posizione in cui opera, può ritenersi di fatto sempre sussistente quando si tratti di escutere un agente sotto copertura.

⁶⁴ A tal proposito si ricordi, ad esempio, il disposto dei commi 4-*bis* e 4-*ter* dell'art. 498 c.p.p., i quali, rispettivamente, sanciscono la possibilità di procedere all'escussione del minore con le forme speciali dell'incidente probatorio, ossia anche in luoghi diversi dal tribunale, con le modalità particolari di cui all'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p., nonché l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico quando si tratta di esaminare minori vittime di reati di violenza sessuale e di pedopornografia; sul punto SPANGHER, *Le norme contro la pedofilia b) Le norme di diritto processuale penale*, in *Dir.pen.proc.*, 2000, p. 1233.

⁶⁵ L'art. 147-*bis* disp. att. c.p.p. prescrive che l'esame delle persone ammesse a programmi o misure di protezione si svolga con le cautele necessarie alla tutela della persona sottoposta all'esame, determinate, d'ufficio ovvero su richiesta di parte o dell'autorità che ha disposto le misure, dal giudice o, nei casi di urgenza, dal presidente del tribunale o della corte di assise; qualora, inoltre, le suddette persone debbono essere esaminate nell'ambito di un procedimento per uno dei reati *ex art.* 51 comma 3-*bis* c.p.p. o 407 comma 2 lett. a) n. 4, l'esame deve svolgersi a distanza. Sulle forme di tutela predisposte per i collaboratori di giustizia e per i testimoni dalla legge n. 45 del 2001, cfr. GIORDANO-TINEBRA, *Il regime di protezione*, in *Dir. pen.proc.*, 2001, p. 560 ss.

⁶⁶ Sul punto, cfr. VALENTINI, *Pubblicità dibattimentale e diritto alla riservatezza di testimoni e parti private*, in *Dir.pen.proc.*, 2001, p. 1019 ss.

Considerazioni diverse debbono, invece, essere effettuate in relazione a quelle eventualità in cui si proceda nei confronti di imputati che, per le dinamiche in cui si è svolta l'operazione sotto copertura, pur coinvolti nell'attività criminosa alla quale ha partecipato l'agente, non abbiano avuto un rapporto diretto con lo stesso. In queste circostanze è evidente che l'esigenza di preservare l'incolumità dell'agente si registra non solo in rapporto al pubblico ma anche rispetto all'imputato. I particolari strumenti di protezione che inibiscono al pubblico di vedere l'agente dovrebbero, pertanto, essere impiegati anche per impedire la visibilità di quest'ultimo all'imputato.

Gli scenari inevitabilmente si complicano, soprattutto a livello pratico, in tutti quei casi cui si debba procedere all'escussione di un agente sotto copertura, con cui solo alcuni degli imputati presenti in udienza abbiano avuto un contatto diretto. In queste circostanze, infatti, bisognerebbe ipotizzare un allestimento dell'aula d'udienza e delle misure di protezione *ad hoc*, che escludano solo per coloro che non abbiano avuto contatti diretti con l'agente la possibilità di vederne l'aspetto fisico. Tale opzione appare però eccessivamente macchinosa; per questo motivo sembra preferibile precludere l'approccio visivo a tutti gli imputati, a prescindere dal fatto che abbiano avuto o meno contatti diretti col teste, lasciando, tuttavia, impregiudicata la possibilità di una diretta visione da parte dei difensori. Almeno a questi ultimi, infatti, dovrebbe essere consentito di vedere le reazioni del testimone mentre risponde alle domande rivoltegli, circostanza questa particolarmente utile per valutare, già nel corso della deposizione, se il dichiarante è credibile e affidabile.

5. Diritti difensivi dell'imputato e esigenze di tutela delle generalità dell'infiltrato: un difficile equilibrio.

Appurata la possibilità per le parti di vedere volto e aspetto fisico dell'agente *under cover*, salve le eccezioni sopra illustrate, resta da valutare se a

queste ultime e al pubblico si debba anche permettere di conoscere le vere generalità dell'infiltrato.

Come precedentemente ricordato, le leggi che attualmente disciplinano le attività sotto copertura autorizzano espressamente l'utilizzo di identità fittizie solo "per l'esecuzione dell'operazione", al fine di impedire che chi sia entrato in contatto con l'agente possa, mediante specifiche ricerche, scoprire la sua effettiva professione⁶⁷. L'inciso di cui sopra non sembra lasciare spazio all'utilizzo di identità di copertura né nell'incidente probatorio né nel giudizio e, più in generale, in qualsiasi fase successiva all'avvenuto compimento dell'operazione, a meno di non voler interpretare la norma in senso finalistico e non letterale. Questa lettura, infatti, facendo leva sulla *ratio* dell'istituto, ossia tutelare la riservatezza e l'incolumità dell'agente, anche in vista di un nuovo impiego in altre operazioni, estenderebbe la durata dell'*immutatio veri* oltre i confini predeterminati dalla legge, legittimando l'utilizzo delle generalità fittizie per tutto il tempo in cui l'operazione produce i suoi effetti e, quindi, anche dopo l'esecuzione della stessa⁶⁸. Se ne dovrebbe desumere, pertanto, la possibilità per l'agente-testimone di declinare le identità di copertura, in deroga all'obbligo di rispondere secondo verità che, in virtù del disposto dell'art. 472 comma 2 c.p.p., abbraccia, invece, anche le domande in materia di generalità del dichiarante.

Tale tesi, per quanto suggestiva e funzionale ad esaltare le esigenze di tutela degli agenti non può, tuttavia, essere accolta, prima ancora che per eventuali profili di incompatibilità col sistema e con le esigenze della difesa degli effetti che produce, in quanto completamente avulsa dal dato normativo. Concettualmente, infatti, l'opzione interpretativa in esame, consentendo l'utilizzo dibattimentale di generalità false, introdurrebbe una deroga all'obbligo di dire la verità, principio cardine in tema di testimonianza, rispetto al quale non pare possibile ipotizzare, in assenza di una esplicita scelta del legislatore, eccezioni create in via meramente interpretativa.

⁶⁷ TAMIETTI, *Agenti provocatori*, cit., p. 2930.

⁶⁸ CISTERNA, *Attività sotto copertura*, cit., p. 83.

Alla luce del quadro sopra tratteggiato, l'agente chiamato a deporre in qualità di testimone è tenuto, nonostante l'utilizzo di una falsa identità nel corso dell'operazione, a declinare i propri effettivi "contrassegni personali: patronimico, nome, luogo e data della nascita"⁶⁹, pena un'eventuale incriminazione a norma dell'art. 366 comma 3 c.p.

La scelta del legislatore italiano che, sacrificando in parte le istanze di tutela di questi particolari agenti, di fatto privilegia le esigenze difensive dell'indagato consentendogli di conoscere esattamente, ai fini di un eventuale contro esame, chi muove addebiti nei propri confronti, rappresenta una sorta di "*unicum*" nel panorama normativo internazionale.

Se si allarga lo sguardo oltre i confini nazionali, fino ai recenti approdi della Corte europea dei diritti dell'uomo, ci si rende conto come molto spesso, a fronte di situazioni identiche a quelle sopra prospettate, sono state elaborate soluzioni diametralmente opposte rispetto a quella interna, tutte sostanzialmente riconducibili alla cosiddetta testimonianza anonima.

Convenzionalmente di testimonianza anonima, o meglio relativamente anonima, si può parlare in tutte quelle circostanze in cui l'identità del dichiarante sia ignota a qualche attore processuale, sia esso imputato, difensore, giudice, pubblico ministero o altra parte eventuale. Più numerosi sono i destinatari del segreto, maggiore è l'assolutezza dell'anonimato⁷⁰.

Tra gli ordinamenti giuridici europei che contengono una esplicita disciplina delle deposizioni anonime si ricordino, a titolo meramente esemplificativo: i Paesi Bassi⁷¹ la cui articolata disciplina normativa consente espressamente al giudice istruttore di pronunciarsi, sentite le parti, sulla richiesta di anonimato del teste, e prevede una particolare procedura volta a saggiare

⁶⁹ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 237.

⁷⁰ VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte Europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, in *Giur. it.*, 1998, p. 854, nota 35.

⁷¹ SELVAGGI, *Il difficile bilanciamento tra esigenze di difesa della società e diritti della difesa: il teste anonimo davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2422.

l'affidabilità del dichiarante in vista di un utilizzo dibattimentale della deposizione resa; il Belgio che con la recente legge 8 aprile 2002 ha introdotto forme di anonimato completo e parziale, quest'ultime limitate alla sola omissione di alcuni dati identificativi o alla possibilità di indicare l'indirizzo di servizio in luogo del domicilio⁷²; il sistema tedesco che dopo aver sancito la necessità che il testimone indichi il suo nome, l'età, la professione e il luogo di residenza, consente, nel caso in cui il dichiarante sia esposto a pericoli, innanzitutto di indicare l'indirizzo del luogo di lavoro o di servizio invece di quello della residenza e, come estrema *ratio*, di rifiutare qualunque dichiarazione al riguardo (par. 68 StPO)⁷³. Esperienze analoghe si rinvencono, inoltre, in Austria, dove l'art. 166 del codice di rito attribuisce al giudice la facoltà di garantire l'anonimato del teste in tutte quelle circostanze in cui riferire il proprio nome o altri dati personali equivarrebbe ad esporre quest'ultimo ad un grave pericolo per la vita, la salute o la libertà⁷⁴, e in Inghilterra dove l'accusa ha la facoltà di richiedere alla Corte una garanzia di «*public immunity*», cioè un'autorizzazione a non divulgare la vera identità degli informatori che, tuttavia, i giudici possono negare in tutte quelle circostanze in cui l'anonimato possa condurre ad un errore giudiziario o alla condanna di un innocente⁷⁵.

L'impiego di deposizioni anonime in molti sistemi giuridici occidentali ha catturato l'attenzione anche delle istituzioni internazionali.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare, ha avuto diverse occasioni per confrontarsi con l'argomento, affermando con chiarezza che il ricorso a testimonianze anonime non si pone necessariamente in conflitto con il

⁷² Sul punto, BEERNAERT, *La legge belga 8.4.2002 relativa all'anonimato dei testimoni*, in *Legisl. pen.*, 2004, p. 275 ss.

⁷³ MAIWALD, *La protezione dei testimoni nel sistema giudiziario tedesco*, in *Dir.pen.proc.*, 2001, p. 372.

⁷⁴ SELVAGGI, *Il difficile bilanciamento*, cit., p. 2422.

⁷⁵ VOEGLER, *Il problema della protezione dei testimoni in Inghilterra*, in *Legisl. pen.*, 1996, 638 -639. Si consideri sul punto, CHENEY-DICKSON-FITZPATRICK-UGLOW, *Criminal justice and the Human Rights Act 1998*, Jordans, Bristol, 1999, pp. 95-96. In pratica, tuttavia, tale facoltà è esercitata molto raramente ed è, comunque, sottoposta a rigorosi parametri stabiliti dalla giurisprudenza nel caso R.v. Taylor, riportato in *Crim.law rev.*, 1995, p. 253.

diritto ad un processo equo e con i principi allo stesso sottesi, purché vengano rispettate determinate condizioni. Queste ultime, ricavabili da alcune storiche pronunce della Corte ⁷⁶, formano quello che è stato definito “l’editto pretorio” in tema di ammissibilità della testimonianza anonima⁷⁷. In particolare, secondo tale giurisprudenza, affinché l’anonimato risulti compatibile con i canoni del giusto processo, è necessario che il giudice conosca l’identità del teste anonimo al fine di controllarne la credibilità e che provveda, non importa in quale fase processuale, ad interrogarlo; in capo al giudice deve altresì sussistere un duplice obbligo motivazionale sia per quanto concerne la scelta di assicurare l’anonimato del teste, sia in ordine all’adeguatezza del ricorso ad una così significativa restrizione dei diritti difensivi. Sul piano delle prerogative della difesa, infine, la Corte richiede che venga garantita la possibilità di contestare la credibilità del teste e la partecipazione, quantomeno del difensore, all’escussione con l’ovvia possibilità di rivolgere domande al dichiarante, ad eccezione di quelle che direttamente o indirettamente possano contribuire a rivelarne l’identità effettiva⁷⁸. Con riferimento alla valutazione della prova fornita da chi ha beneficiato dell’anonimato, il principio affermato dalla Corte è analogo a quello elaborato in merito ai cosiddetti testimoni assenti⁷⁹ e si esplica nel divieto di fondare il giudizio di condanna esclusivamente o in maniera decisiva sul loro contributo probatorio⁸⁰.

Per ciò che qui interessa, occorre precisare che la Corte europea si è pronunciata espressamente anche sulla legittimità dell’utilizzo probatorio di

⁷⁶ Segnatamente si considerino le sentenze emesse, rispettivamente, il 20 novembre 1989 nel caso Kostovski c. Paesi Bassi, il 26 marzo 1996 nel caso Doorson c. Paesi Bassi, il 23 aprile 1997, nel caso Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi, il 14 febbraio 2002, nel caso Visser c. Paesi Bassi.

⁷⁷ VOGLIOTTI, *La logica floue*, cit., p. 858.

⁷⁸ TAMIETTI, *Agenti provocatori*, cit., p. 2931, nota 48.

⁷⁹ Nella categoria dei testimoni assenti rientrano tutti quei soggetti che, dopo aver reso dichiarazioni a contenuto testimoniale nelle fasi anteriori al giudizio, non depongono in sede dibattimentale; sul punto MAFFEI, *Prova d’accusa e dichiarazioni di testimoni assenti in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2846.

⁸⁰ BALSAMO, *Testimonianze anonime ed effettività delle garanzie sul terreno del diritto vivente nel processo di integrazione giuridica europea*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1269.

dichiarazioni rese da agenti infiltrati la cui identità sia stata segretata, dapprima con la sentenza Ludi c. Svizzera successivamente con la sentenza Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi. Quest'ultima, in particolare, dopo aver affermato la specificità della testimonianza degli agenti rispetto alle dichiarazioni anonime del comune cittadino, riconoscendo in capo ai primi, da una parte, «*un devoir gèneral d'obéissance envers les autorités exécutives de l'Etat, ainsi d'ordinaire que des liens avec le ministère public*», dall'altra, «*il est dans la nature des choses que parmi leurs devoirs figure, celui de témoigner en audience publique*», conclude affermando che l'utilizzo di agenti di polizia come testimoni anonimi non è in linea di principio vietato, ma deve necessariamente essere confinato in «*circostances exceptionnelles*».

Nei casi in cui può essere concesso, l'anonimato offre vantaggi piuttosto notevoli: da un lato, infatti, tutela l'incolumità psicofisica dell'infiltrato-testimone e dei suoi familiari; dall'altro, favorisce l'utilizzo del medesimo agente in analoghe operazioni future, con ciò contribuendo a realizzare uno dei principali interessi perseguiti dall'amministrazione della giustizia: ossia, consentire all'organo inquirente di avvalersi di un rilevante contributo probatorio per l'accertamento di alcune fattispecie delittuose, senza esporsi al rischio di un prosciugamento della fonte, generato dalle intimidazioni provenienti dall'ambiente criminale in cui l'agente si è infiltrato⁸¹.

Gli effetti positivi della testimonianza anonima non vanno, tuttavia, oltremodo enfatizzati: modificando, infatti, il punto di osservazione e, in particolar modo calandosi nel ruolo dell'imputato, emergono chiaramente gli aspetti più pregiudizievoli di tale strumento, che di fatto si sostanziano nella compressione di alcune garanzie sottese al diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.

Celare, infatti, le vere generalità dell'agente equivale a privare la difesa della possibilità di risalire a tutta una serie di informazioni di cui la stessa potrà servirsi al fine di sollevare dubbi sulla affidabilità, onestà e credibilità del

⁸¹ VOGLIOTTI; *La logica floue*, cit., p. 853.

dichiarante⁸². A ciò si aggiunga l'eventualità che la testimonianza possa altresì generare una limitazione del principio di parità delle parti in tutte quelle circostanze in cui l'anonimato ha carattere relativo e l'identità del dichiarante è ignota solo alla difesa e non al pubblico ministero⁸³.

Proprio a causa dei duri colpi che la testimonianza anonima sferra al principio del contraddittorio e al cosiddetto "diritto di difendersi provando"⁸⁴ non paiono esservi spazi nel nostro ordinamento per questo peculiare istituto. Le particolari cautele che normalmente circondano l'anonimato, quali ad esempio, l'onere per il giudice di verificare la credibilità del teste, la necessità che quantomeno il difensore abbia un approccio visivo, l'impossibilità di fondare il giudizio di condanna esclusivamente sulla dichiarazione resa dal teste anonimo, non consentono comunque di esprimere un giudizio positivo sulla sua ammissibilità nel nostro ordinamento, nemmeno in ipotesi eccezionali, come potrebbero essere quelle in cui il teste è un agente sotto copertura. Nessuno, infatti, degli accorgimenti tratti dalla copiosa giurisprudenza della Corte europea o dalle esperienze legislative di paesi che contemplano questo strumento e, ancora, dalla dottrina può di fatto ridurre il grave pregiudizio che lo stesso arreca ai diritti difensivi⁸⁵. D'altro canto pur sussistendo l'onere per il legislatore di predisporre adeguati mezzi per tutelare gli agenti sotto copertura chiamati a deporre in incidente probatorio o in dibattimento, è innegabile che tale interesse non può essere perseguito mediante soluzioni che vadano a discapito delle garanzie e dei diritti difensivi riconosciuti all'imputato.

⁸² TAMIETTI, *Agenti provocatori*, cit., p.2931; in tali termini si è anche espressa la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella sentenza del 20 novembre 1989- Kostovsky c. Paesi Bassi, nella quale enuncia che «*se la difesa non conosce l'identità della persona cui intende porre domande, può essere privata di quei particolari elementi grazie ai quali potrebbe dimostrare che il teste è prevenuto, ostile o inaffidabile. Una testimonianza o qualsiasi altro tipo di dichiarazioni accusatorie possono essere dolosamente false o semplicemente erronee, e la difesa ha ben scarse possibilità di fare venire tale contesto alla luce se manca di informazioni che consentano di valutare l'affidabilità del teste o di dubitare della sua credibilità. Con pericoli conseguenti che è superfluo evidenziare*».

⁸³ BEERNAERT, *La legge belga*, cit., p. 287.

⁸⁴ Per questa locuzione, VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv.it.dir e proc.pen.*, 1968, p. 12.

⁸⁵ TAMIETTI, *Agenti provocatori*, cit., 2932.

Esclusa, pertanto, qualsiasi possibilità di introdurre nel nostro ordinamento forme di testimonianza anonima e riconosciuta, comunque, la necessità di tutelare da un punto di vista psicofisico chiunque partecipi allo svolgimento del processo, pare necessario conseguire quest'ultimo scopo, in relazione agli agenti infiltrati, orientandosi verso altre soluzioni. Fra queste ultime, tuttavia, non possono essere ricomprese, come sopra anticipato, l'autorizzazione a declinare le identità fittizie. Il pregiudizio, infatti, che la difesa subirebbe è il medesimo sia che il teste benefici dell'anonimato sia che utilizzi generalità di copertura. Queste ultime, infatti, renderebbero alquanto ardua l'acquisizione di informazioni in merito al dichiarante e, di conseguenza, precluderebbero la possibilità di verificare l'affidabilità e la credibilità dello stesso.

Si tratta, a questo punto di verificare, quali strumenti possano limitare i tentavi di ritorsione nei confronti dell'infiltrato che, partecipando al dibattimento e dichiarando i propri dati anagrafici, si espone al rischio di una facile reperibilità da parte di eventuali affiliati al gruppo criminoso a cui apparteneva lo stesso imputato.

Innanzitutto, pare opportuno precludere al pubblico, oltre alla conoscenza dell'aspetto fisico del dichiarante, anche la sua identità anagrafica, così da privare, eventuali affiliati all'associazione criminosa presenti fra lo stesso, di dati indispensabili per localizzare il testimone in vista di eventuali condotte che possano metterne a repentaglio l'incolumità. La possibilità che tali informazioni vengano comunque divulgate agli associati dall'imputato o dal suo difensore, dimostrano come l'accorgimento *de quo* non possa rispondere da solo alle istanze di tutela degli infiltrati.

Precludere al pubblico l'accesso a tali informazioni potrebbe, tuttavia, non essere sufficiente a tutelare l'agente, in tutte quelle circostanze in cui a minare l'incolumità del dichiarante sia lo stesso imputato nei confronti del quale non sono state disposte misure cautelari custodiali. Per questo motivo pare necessario associare all'audizione a porte chiuse altri sistemi di tutela, di natura non processuale ma squisitamente amministrativa. Ciò in quanto risulta difficile

ipotizzare meccanismi processuali diversi da quelli sopra esclusi che possano rispondere all'esigenza di protezione dell'agente senza tradursi in gravi violazioni del diritto dell'imputato di esaminare chi rende dichiarazioni a suo carico.

Al fine di tutelare, pertanto, gli agenti che sono chiamati a deporre nei procedimenti scaturiti dall'attività investigativa compiuta, si dovrebbero adottare quei circuiti speciali di protezione, già sperimentati nel nostro sistema relativamente ai collaboratori di giustizia, che consentono, fin tanto possa dirsi sussistente la minaccia di una lesione dell'integrità psicofisica, di evitare la reperibilità dell'agente pur conoscendone le effettive generalità.

Sempre al fine di tutelare l'agente infiltrato si potrebbe, infine, prospettare il ricorso alle procedure che consentono di modificare le proprie generalità, così come previsto dal decreto legislativo n. 119 del 1993. Tale procedimento, tuttavia, potrà essere avviato solo al termine dell'attività processuale; contrariamente pregiudicherebbe i diritti difensivi dell'imputato al pari della testimonianza anonima. Infatti, mutando le proprie generalità nel corso del processo l'agente impedirebbe all'imputato di acquisire informazioni finalizzate a mettere in discussione la sua attendibilità. Benché non possa essere richiesta, per le ragioni sopra indicate, prima della definitiva conclusione del procedimento, la modifica delle generalità appare alquanto utile per impedire che l'agente rimanga indefinitamente esposto ai tentativi di ritorsione dell'associazione criminale, il cui desiderio di rivalsa difficilmente si estinguerà col sopraggiungere di una sentenza definitiva nei confronti di uno o più dei suoi membri.

6. I possibili rimedi per evitare l'usura dell'agente sotto copertura.

Molto spesso da un'unica attività sotto copertura si originano vari filoni di indagine che, a loro volta, possono generare una serie di procedimenti separati. In tutte queste circostanze l'agente sotto copertura potrebbe essere chiamato a ripetere la propria deposizione in tutti quei processi in cui la sua testimonianza è rilevante in relazione alle ipotesi di accusa. Ciò determinerebbe, oltre ad un'intensificazione dei pericoli cui sono normalmente esposti gli agenti sotto copertura, il rischio che le dichiarazioni dallo stesso rese possano risultare, proprio a causa della ripetizione, palesemente difformi l'una dall'altra nonché oggetto di ritrattazioni.

Il legislatore, proprio al fine di contenere l'usura del testimone, ha introdotto una limitazione al diritto alla prova, prevedendo la sostituzione della deposizione dibattimentale con l'acquisizione del verbale in cui sono state cristallizzate le dichiarazioni precedentemente rese su un determinato *thema probandum*. L'art. 190-bis c.p.p. individua espressamente l'ambito di operatività del limite in esame. Segnatamente, una prima ipotesi riguarda coloro che, in procedimenti per reati di cui all'art. 51 comma 3-bis c.p.p., sono stati chiamati a deporre in qualità di testimoni, anche assistiti *ex art. 197-bis c.p.p.*, o di imputati *ex art. 210 c.p.p.*, dopo aver già deposto nel dibattimento, in incidente probatorio o in altri processi, quando le dichiarazioni rese siano state verbalizzate e acquisite a norma dell'art. 238 c.p.p.

L'altra ipotesi, nell'ottica di tutelare la riservatezza e la psiche di minori coinvolti in episodi di pedofilia o di violenza sessuale, esclude nelle stesse circostanze di cui sopra la reiterazione dell'esame testimoniale degli infrasedicenni.

La norma che, limitando il diritto alla prova, determina un'alterazione degli equilibri fra oralità dell'escussione e lettura delle dichiarazioni⁸⁶, prevede in realtà due ipotesi con le quali si ristabiliscono gli ordinari rapporti tra regola ed eccezione. L'esame del testimone o del coimputato *ex art.* 210 c.p.p. dovrà essere ammesso – in luogo della lettura dei verbali delle dichiarazioni precedentemente rese - quando riguardi fatti o circostanze diversi da quelli che hanno costituito oggetto delle precedenti dichiarazioni o, ancora, quando ciò risulti necessario alla luce di «specifiche esigenze» ravvisate dal giudice o indicate dalle parti.

Si tratta, ovviamente, di disposizioni di carattere generale, non sussistendo nel nostro codice di rito, come già ricordato, alcuna disposizione concernente espressamente gli agenti *under cover*; ciononostante la suddetta disposizione è comunque estendibili anche a questa particolare categoria di dichiaranti.

L'assenza, tuttavia, di un coordinamento fra il dettato dell'art. 190-*bis* c.p.p. e la disciplina speciale che autorizza le operazioni sotto copertura per quanto concerne l'ambito di applicazione *ratione materiae*, fa sì che il limite alla reiterazione della prova operi, rispetto alla categoria degli infiltrati, ad intermittenza. In effetti ponendo a confronto le norme – ossia, gli artt. 190-*bis* e 51 comma 3-*bis* c.p.p.⁸⁷, da un lato, e gli artt. 97 D.P.R. n. 309 del 1990, 14 legge n. 269 del 1998 e 9 legge n. 146 del 2006⁸⁸, dall'altro – emerge palesemente

⁸⁶ ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 313.

⁸⁷ L'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p., richiamato dall'art. 190-*bis* c.p.p., riguarda i delitti, consumati o tentati, di cui agli art. 416 comma 6 (associazione a delinquere finalizzata a commettere taluno dei delitti di cui agli art. 600, 601, 602), 416-*bis* (associazione di tipo mafioso), 600 (Riduzione o mantenimento in schiavitù), 601 (Tratta di persone), 602 (Acquisto e alienazione di schiavi) e 630 (Sequestro di persona a scopo di estorsione) c.p., i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'art. 74 del testo unico approvato con Decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990 e dell'art. 291-*quater* del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43.

⁸⁸ Le attività sotto copertura possono essere adottate per la repressione dei delitti previsti dal Testo unico degli stupefacenti, dagli articoli 648-*bis* (Riciclaggio) e 648-*ter* (Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita) nonché del libro II, titolo XII, capo III sezione I c.p. (delitti contro la libertà individuale), delitti concernenti armi, munizioni e esplosivi, delitti *ex art.* 12 commi 3, 3-*bis* e 3-*ter* del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25

come la derogabilità dell'obbligo di rinnovare la deposizione sussista solo a vantaggio di quegli agenti che abbiano preso parte ad operazioni sotto copertura finalizzate a reprimere i reati di "riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù" (art. 600 c.p.), "Tratta di persone" (art. 601 c.p.) "Acquisto e alienazione di schiavi" (art. 602 c.p.) e quelli disciplinati dall'art. 74 Testo Unico Stupefacenti. In tutti gli altri casi, e si tratta di ipotesi tutt'altro che residuali, gli agenti sotto copertura saranno obbligati a sottoporsi a tante escussioni quanti sono i procedimenti originatisi dalla specifica attività investigativa al cui svolgimento abbiano contribuito.

Trovare una giustificazione al quadro sopra tratteggiato, che non si risolva nel riconoscimento di una scarsa attenzione del legislatore nel raccordare gli istituti speciali con gli ordinari meccanismi processuali, sembra effettivamente difficile. È difficile, infatti, credere che il legislatore abbia deliberatamente voluto escludere l'applicabilità del divieto in esame a situazioni in cui a dover rinnovare la propria deposizione è un agente sotto copertura che abbia agito, ad esempio, in relazione a reati commessi con finalità di terrorismo o concernenti armi, munizioni ed esplosivi. L'agente che ha agito per la repressione dei suddetti illeciti infiltrandosi nei gruppi criminali dediti a queste particolari attività delittuose si trova in una posizione analoga, per quanto concerne il pericolo di usura, a quella del testimone o del coimputato chiamato a deporre in procedimenti per i delitti di criminalità organizzata di cui all'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p. D'altro canto, anche un raffronto fra le fattispecie per cui è possibile agire sotto copertura che rientrano nell'alveo dell'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p. e quelle che ne restano escluse, mette chiaramente in evidenza la sostanziale identità fra le varie ipotesi delittuose sia per quanto riguarda la gravità sia per quanto concerne l'allarme sociale che determinano.

luglio 1998, n. 286, nonché dall'art. 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75 (Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui) e in ordine ai delitti commessi con finalità di terrorismo.

Poiché le esigenze di protezione del dichiarante in sede processuale e di genuinità della prova presentano la medesima intensità ed evidenza, non pare assolutamente compatibile col sistema una tale disparità di trattamento fra agenti che agiscono sotto copertura per la repressione di illeciti riconducibili nell'alveo dell'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p. e quelli che invece compiono la medesima attività in relazione ad altre ipotesi di reato. Sotto questo profilo, pertanto, sembra necessario un intervento del legislatore che estenda anche agli agenti sotto copertura impegnati in fattispecie diverse da quelle sottese all'art. 190-*bis* c.p.p., il limite alla reiterazione della prova. Qualora così non fosse, la norma in esame, già sospettata di incostituzionalità per violazione del diritto di difesa e del contraddittorio, si esporre al rischio anche di una censura per violazione delle garanzie sottese agli art. 2 e 3 Cost., che rispettivamente sanciscono la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo e il principio di eguaglianza.

Sempre nell'ottica di offrire una peculiare tutela agli agenti infiltrati senza tuttavia pregiudicare le esigenze difensive dell'indagato, si potrebbe ipotizzare l'introduzione di un nuovo caso di incidente probatorio che consenta l'audizione anticipata dell'agente, anche a prescindere dalle situazioni di non rinviabilità della prova disciplinate dall'art. 392 comma 1 lett. a) e b) c.p.p.

Questa soluzione potrebbe costituire l'ago della bilancia fra istanze difensive e istanze di tutela. L'incidente probatorio è, infatti, un istituto che rispetta i principi del contraddittorio e dell'oralità; ed è particolarmente idoneo, considerato lo svolgimento in camera di consiglio, ad escludere l'esposizione al pubblico dell'agente.

La possibilità di disporre tale istituto a ridosso del compimento dell'operazione appare, inoltre, particolarmente funzionale a garantire una migliore qualità della deposizione. Le operazioni in esame sono tendenzialmente incompatibili con qualsiasi forma di verbalizzazione, ragion per cui la ricostruzione delle attività compiute e degli illeciti alla cui realizzazione l'agente ha assistito o partecipato è interamente rimessa alla ricostruzione dei ricordi dell'agente stesso. Proprio per questo motivo è fondamentale cristallizzare il

complesso di informazioni di cui dispone l'agente a ridosso del compimento dell'operazione onde evitare che il decorso del tempo possa incidere sulla memoria del dichiarante e pregiudicare l'utilità del suo contributo⁸⁹.

Al di là di quale strumento si voglia scegliere, ciò che è importante è che il legislatore intervenga celermente, oltre che sulle altre incertezze che dominano la materia, anche sulle modalità di protezione degli agenti sotto copertura chiamati a deporre in dibattimento, così come ha precedentemente fatto in relazione ad altre categorie di dichiaranti, *in primis* minori e collaboratori di giustizia. Un prolungato silenzio del legislatore, anche su questo profilo, rischia, infatti, da un lato, di disincentivare gli ufficiali di polizia giudiziaria a rendersi disponibili per queste speciali tecniche investigative; dall'altro – ed è questo il profilo più grave, di avallare prassi operative che, interpretando le istanze di difesa sociale della collettività, si manifestino molto più sensibili alle esigenze della polizia giudiziaria che non a quelle degli imputati, e potrebbero risolversi in palesi violazioni dei diritti che la stessa Costituzione garantisce a questi ultimi.

⁸⁹ Sui processi di alterazione della memoria, cfr. DE CATALDO-NEUBURGER, *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*, Milano, 1988, p. 106 ss.

BIBLIOGRAFIA

- ALIBRANDI, *Fictus emptor: riflessioni in tema di agente provocatore*, in *Riv. pen.*, 1988, p. 36.
- AMATO, *Le operazioni simulate. Se l'agente provocatore entra nel processo*, in www.sisde.it.
- AMATO, *Ribadito il pieno potere del giudice di assumere d'ufficio prove decisive*, in *Guida dir.*, 2007, p. 86.
- AMATO, *Acquisto simulato da parte dei "privati"*, in *Guida dir.*, 2006, p.114.
- AMATO, *Infiltrazione sempre d'intesa con la Dcsa*, in *Guida dir.*, 12, 2006, p. 119.
- AMATO, *Le prove ottenute nel perseguimento di reati «tipici» possono essere utilizzate anche in altre fattispecie*, in *Guida dir.*, 2003, p. 75.
- AMATO, *I traffici illeciti di sostanze stupefacenti*, Milano, 1999.
- AMATO, *Sull'ambito di operatività, sostanziale e processuale, della scriminante dell'acquisto simulato di sostanze stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1611.
- AMATO, *La definizione della posizione processuale dell'«agente provocatore»: riflessi sulla capacità a rendere testimonianza*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2390.
- AMATO, *Qualche puntualizzazione sulla figura dell'«agente provocatore» in materia di «acquisto simulato» di stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 713.

- AMATO–FIDELBO, *Acquisto simulato di droga (art.97, d.P.R. 309/90)*, Milano, 1994.
- AMATO, *Droga e attività di polizia*, Roma, 1992.
- AMBROSINI, *La riforma della legge sugli stupefacenti*, Torino, 1991.
- APA, *Note in tema di testimonianza dell'agente provocatore*, in *Giur.it*, 1999, p. 139.
- ARLACCHI, *La mafia imprenditrice*, Bologna, 1983.
- BALSAMO, *Testimonianze anonime ed effettività delle garanzie sul terreno del «diritto vivente» nel processo di integrazione giuridica europea*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3008.
- BALSAMO-LO PIPARO, *La prova “per sentito dire”*, Milano, 2004.
- BASSI, *In tema di divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'indagato o dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 1995, p.2652.
- BEERNAERT, *La legge belga 8.4.2002 relativa all'anonimato dei testimoni*, in *Legisl. pen.*, 2004, p. 275.
- BELFIORE, *Sub art. 12-quater d.l. 306/1992*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO-PALIERO, Padova, 2007, p. 919.
- BERTACCINI, *Sub art.4-terdecies d.l. n. 272/2005*, in *Legisl. pen.*, 2006, p. 403.
- BRICCHETTI, *Così la competenza passa al Tribunale*, in *Guida dir.*, 2003, 35, p. 51.
- BUZZANCA-DE SANTIS, *Atti di polizia giudiziaria*, XI ed., Roma, 2002.
- CALAMANDREI, *L'inammissibilità della prova di «sentito dire»*, in *Riv.it.dir.pen.proc.*, 1980, p.791.
- CALVANESE-DE AMICIS, *Appunti sulla nuova convenzione di assistenza giudiziaria penale tra gli stati membri dell'Unione Europea*, in *Giur. merito*, 2000, p. 1052.
- CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, p. 42.
- CANTELLI, *In margine ad un «blitz». Considerazioni su alcuni aspetti sostanziali e processuali dell'accertamento dei reati. Legge del 7 agosto 1982, n. 516*, in *Il fisco*, 1985, p. 5705.
- CANTONE, *Tipologia dei dichiaranti e nuove interpretazioni costituzionali dell'art. 208 c.p.p. Cenni sulla deposizione degli agenti infiltrati*, in *Arch. nuova proc. pen.*, n. 3, 2004, p. 245.
- CANTONE, *I poteri della polizia giudiziaria prima e dopo l'intervento del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3085.

- CAPRIOLI, *Palingenesi di un divieto probatorio. La testimonianza indiretta del funzionario di polizia nel rinnovato assetto processuale*, in AA.VV. (a cura di KOSTORIS), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002.
- CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prove penali*, Torino, 2000.
- CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Torino, 1995.
- CAPRIOLI, *Intercettazione e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 1991, p. 155.
- CARLI, *La "notitia criminis" e la sua iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.*, in *Dir.pen.proc.*, 1995, 730.
- CARLI, *Fatto e verità nell'ideologia della riforma e della controriforma del codice di procedura penale (le ragioni dei pratici)*, in *Riv. it.dir. e proc. pen.*, 1995, p. 239.
- CARNELUTTI, voce *Documento (teoria moderna)*, in *Nov. dig.it*, vol. VI, Torino, 1960, p. 86.
- CELOTTI, *Disposizioni processuali e preprozessuali specifiche in materia di stupefacenti*, in AA.VV., *La nuova normativa in materia di stupefacenti. Commento alle norme penali del Testo Unico*, a cura di FLORA, Milano, 1991.
- CHENEY-DICKSON-FITZPATRICK-UGLOW, *Criminal justice and the Human Rights Act 1998*, Jordans, Bristol, 1999.
- CIARAVOLO-TRANQUILLO, *L'audizione della persona già indagata di reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 489.
- CISTERNA, *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, in *Guida dir.*, n. 17, 2006, p. 78.
- CISTERNA, *La negativa conclusione dell'iter acquisitivo cancella le residue possibilità d'azione*, in *Guida dir.*, 2005, 27, p. 74.
- COLOMBO, *L'agente provocatore e la figura dell'infiltrato*, in *Riv. pen.*, 2007, p. 9.
- CONSO, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria: una dialettica per la legalità*, relazione al Convegno organizzato dall'Istituto Superiore di Polizia in Roma il 2 aprile 1996.
- CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006.
- CORDEREO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 122.
- CORSO, *Il «blitz» della magistratura*, in *Corr. Trib.*, 1985, p. 2773.
- CROSS, *On evidence*, Butterworths, London, 1974.

- D'AMATO, *Agenti provocatori: le prove eterodosse sono utili solo per avviare altre indagini*, in *Dir. giust.*, 2005, n. 9, p. 48.
- D'ANDRIA, *Art. 471*, in LATTANZI-LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, VII, II ed., Milano, p. 58.
- D'AMBROSIO-VIGNA, *La pratica di polizia giudiziaria*, VI ed., Padova, 1998.
- DANIELE, *Natura giuridica e sfera d'uso della fonoregistrazione di dichiarazioni da parte della polizia giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1242.
- DANIELE, *Lacune della disciplina sulla testimonianza assistita*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 280.
- DE AMICIS-VILLONI, *La ratifica della Convenzione Onu sulla criminalità organizzata transnazionale e dei suoi protocolli addizionali*, in *Giur. merito.*, 2006, p. 1626.
- DE CAROLI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di testimonianza assistita*, in *Legisl. pen.*, 2002, p.331.
- DE CATALDO-NEUBURGER, *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*, Milano, 1988, p. 106 ss.
- DE LEO, *Il pubblico ministero tra completezza investigativa e ricerca dei reati*, in *Cass. pen.*, 1995, p.1440.
- DE STEFANO, *Colloqui registrati dalla p.g. all'insaputa dell'interlocutore«informato sui fatti»: la problematica configurazione fra legalità delle indagini e ricerca della prova «inconfutabile»*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1270.
- DEL CORSO, *Sub art. 12-quater, d.l. n. 306 del 1992*, in *Legisl. pen.*, 1993, p. 153.
- DELLA MONICA, *Il traffico di sostanze stupefacenti: problematiche connesse alla nuova legislazione*, in *Quaderni C.S.M.*, 61, suppl. II, Corso di aggiornamento sulle tecniche di indagine «Giovanni Falcone», vol. III, *Tecniche investigative su particolari figure di reato*, p. 258.
- DELL'ANDRO, voce *Agente provocatore*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 864.
- DELL'ORTO, *Pedopornografia on line e indagini informatiche – complessità e peculiarità tecnico-giuridiche della materia*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3042.
- DE MAGLIE, *Gli «infiltrati» nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1049.
- DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Analisi dommatica e politico-criminale*, Milano, 1991.
- DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1989, p. 214.

- DI BUGNO C., *Sub art. 14 l. n. 269/1998*, in *Legisl. pen.*, 1999, p. 148.
- DI PALMA, *Inutilizzabilità delle dichiarazioni indizianti ed invalidità derivata*, in *Cass. pen.* 1996, p.179.
- DI PAOLO, *La testimonianza de relato nel processo penale. Un'indagine comparata*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2002.
- DOMINIONI, *Sub art. 63 c.p.p.*, in (a cura di) AMODIO-DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, 1989-1990, Milano, p. 398.
- FALATO, *Sulla natura degli atti precedenti alla iscrizione della notitia criminis e sull'estensibilità del divieto previsto dall'art. 62 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1627.
- FANUELE, *L'utilizzabilità delle relazioni di servizio redatte dalla polizia giudiziaria alla luce dei principi costituzionali del «giusto processo»*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1728.
- FANULI, *La testimonianza indiretta sulle dichiarazioni dell'imputato*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, p. 283.
- FANULI, *Incompatibilità a testimoniare e archiviazione dopo la legge sul c.d. giusto processo: un nodo apparentemente irrisolto*, in *Cass. pen.* 2002, p. 3937.
- FANULI-LAURINO, *Le mobili frontiere del testimone assistito e del dichiarante ex art.210 c.p.p. Dubbi interpretativi e difficoltà applicative*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2003, p. 399.
- FARGNOLI, *Droga e tossicodipendenza*, Milano, 1990.
- FERRUA-NOBILI-TRANCHINA, *Uffici del pubblico ministero ed iniziative di ricerca delle notizie di reato*, in *Legisl. pen.*, 1986, p. 313.
- FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 7.
- FILIPPI, *Le Sezioni unite decretano la morte dell'agente segreto attrezzato per il suono*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 205.
- FILIPPI, *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili processuali*, in *Dir.pen.proc.*, 2002, p.163.
- FONTI R., *Sul regime di utilizzabilità delle registrazioni di colloqui tra operatori di polizia giudiziaria e informatori*, in *Indice pen.*, 2004, p. 313.
- FORLENZA, *Polizia giudiziaria, ecco i nuclei specializzati*, in *Guida dir.*, 33, 1998, p. 56.
- GAETA, *Dichiarazioni di indagato 'provocate' da agenti infiltrati:la libertà di autodeterminazione quale canone di utilizzabilità*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 967.

- GAETA, *Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria*, in AA.VV. (a cura di) TONINI, *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione valutazione della prova*, Padova, 2001, p. 274.
- GANDINI, *Guida alle operazioni sotto copertura Strumenti investigativi e ruolo del Pm. Attuata la Convenzione di Palermo. Ma qualche nodo resta.*, in *Dir. giust.*, 20, 2006, p. 101.
- GARAVELLI, *Meccanismi processuali repressivi e interventi preventivi nella nuova disciplina relativa agli stupefacenti*, in *Legisl. pen.*, 1992, p. 189.
- GIANNUZZI, *Dichiarazione dell'indagato nei cui confronti sia stata pronunciata archiviazione: incompatibilità con l'ufficio di testimone? Annosa questione mai risolta*, in *Cass. pen.*, 2005, p.2233.
- GIOSTRA, *L'archiviazione: lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1994.
- GIOSTRA, *Equivoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e sacrificio del principio di oralità*, in *Riv.dir.proc.*, 1992, p. 1133.
- GREVI-ILLUMINATI, *La nuova disciplina in materia di formazione e di valutazione della prova*, in CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale, Appendice di aggiornamento*, Padova, 2001, p.111.
- GRILLO, *Sub art. 97 del d.P.R. n. 309/1990*, in (a cura di) PALAZZO-PALIERO, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova 2007, p. 2890.
- JANNONE, *Infiltrati a rischio senza la specificità delle condotte*, in *Guida dir.*, 2003, p. 55.
- JANNONE, *Agenti infiltrati: in alto mare la tutela dell'identità*, in *Guida dir.*, 2001, p. 92.
- ILLUMINATI, *In tema di divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'indagato o dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2651.
- ILLUMINATI, *Inammissibile la testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto di dichiarazioni non verbalizzate*, in *Cass. Pen.* 2003, p.660.
- ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 301.
- KOSTORIS, *Art. 62 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale* coordinato da CHIAVARIO, Torino, 1989, vol. I, p. 317.
- LANDOLFI, *L'acquisto simulato di stupefacente*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1981.
- LANDOLFI, *L'acquisto simulato di stupefacente: analisi di esperienza giudiziarie*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1994, p. 177.

- MAFFEI, *Le testimonianze anonime nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1700.
- MAFFEI, *Prova d'accusa e dichiarazioni di testimoni «assenti» in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2846.
- MAIWALD, *La protezione dei testimoni nel sistema giudiziario tedesco*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, p.370.
- MALINVERNI, voce *Agente provocatore*, in *Noviss. dig. it.*, vol. I, Torino, 1957, p. 396.
- MANCINI, *Le attività "sotto copertura": margini di utilizzabilità delle prove e contrasti giurisprudenziali*, in www.filodiritto.com.
- MANGIARACINA, *Verso nuove forme di cooperazione giudiziaria: le squadre investigative comuni*, in *Cass.pen.*, 2004, p. 2189.
- MARANDOLA, *Archiviazione o destinazione della pseudo – notizia di reato: un problema risolto*, in *Cass. Pen.*, 2001.
- MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedimentali*, Padova, 2001.
- MARINI, *Acquisto simulato di droga e pretesa testimonianza dell'agente provocatore*, in *Giur. pen.*, 1, II, c. 58.
- MARINELLI, *L'attività dell'agente provocatore per il contrasto alla pedopornografia: "straripamenti" investigativi e relative implicazioni processuali*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2686.
- MARTINO, *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della c.d. Convenzione di Palermo*, in *Diritto penale e processo*, 2007, p.15.
- MELILLO, *Le recenti modifiche alla disciplina dei procedimenti relativi ai delitti con finalità di terrorismo o di eversione*, in *Cass. pen.*, n. 3, 2002, p. 904.
- MELILLO-MOTTA, *Linee di una possibile evoluzione normativa della figura dell'agente provocatore*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2001, p. 131.
- MELILLO, *L'agire provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, p. 103.
- MELILLO, *La nozione di agente provocatore nell'evoluzione normativa*, Atti del convegno di Frascati – 12-14 novembre 1998, Primo corso "Mario Amato" di approfondimento tematico sulle tecniche di indagine.

- MENEGHELLO, *Acquisto simulato di droga*, in (a cura di) RIONDATO, *Commento pratico sistematico al testo unico degli stupefacenti*, Padova, 2006, p. 303.
- MERCONE, *Sulla “avocazione per analogia” delle pseudo-notizie di reato*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 239.
- MINNA-SUTERA SARDO, *Agente provocatore*, Milano, 2003, p.135.
- MINNA, *Terrorismo 2001*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1020.
- 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*, atti del convegno di Roma 14-16 marzo 2005, “*Profili sostanziali e processuali del traffico di stupefacenti. Le azioni simulate*”.
- NASTASI, *Area tematica: le ipotesi di confine tra circostanze attenuanti e situazioni scriminanti. Lo statuto penale della provocazione (parte seconda)*, in *Dir. e Form.*, 2002, p. 707.
- NATALINI, *Male Captum, bene retentum: sul sequestro penale la Suprema corte ci ripensa*, in *Dir. Giust.*, 31, 2004, p. 24.
- NIGRO, *La legge n. 38 del 2006. Le norme processuali e penitenziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 955.
- NUZZO, *Dall'utilizzo delle operazioni sotto copertura un efficace contrasto alla violenza negli stadi*, in *Guida dir.*, 8, 2007, p. 12.
- PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, Padova, 1994.
- PAPA, *Contributo allo studio delle rules of evidence nel processo penale statunitense*, in *Indice Pen.*, 1987, p. 299.
- PARODI, *Il ruolo della polizia giudiziaria nel contrasto alla pornografia minorile*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 1442.
- PEPINO, *Droga e legge: tossicodipendenza, prevenzione e repressione*, Milano, 1991, p. 158.
- PETRAGNANI GELOSI, *Le disposizioni in materia di agente provocatore nel quadro del d.l. n. 306 del 1992 convertito nella l. n. 356/1992*, in (a cura di) CORSO – INSOLERA–STORTONI, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale – Mafia e criminalità organizzata*, II, Torino, 1995., p. 938.
- PETRELLA, *L'acquisto simulato di droga. Art. 97*, in (a cura di INSOLERA) AA:VV., *Giur. Sis. Dir. pen.*, 1993, p. 327.

- PIATTOLI, *Tecniche speciali di investigazione nel crimine organizzato transnazionale. La riscrittura delle “undercover operations” e le ricadute nel processo*, in AA.VV (a cura di) ROSI, *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La convenzione O.N.U. di Palermo*, Milano, 2007, p. 364.
- PIEMONTESE, *Sub art. 4 d.l n. 374/2001*, in *Legisl. pen.*, 2002, p.789.
- POTETTI, *Problemi operativi in tema di attività di polizia giudiziaria a mezzo di agenti provocatori*, in *Riv. Guardia Finanza*, 1993, p. 20.
- RESTA, *Crimini, autori e provocatori: detenzione di materiale pedo-pornografico e attività di contrasto*, in *Dir. inf.*, 2004, p. 239.
- RICCIOTTI, *Gli stupefacenti*, Padova, 2000.
- RISICATO, *L’acquisto simulato di droga nell’ambigua cornice dell’agente provocatore*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 1994, p. 1592.
- RITUCCI, *La disciplina dell’acquisto simulato ex art. 97 T.U. n. 309/1990*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 993.
- ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, art. 85-149, Milano, 1990, p.166.
- ROSI, *Sulla configurazione dei delitti passo falso del legislatore nazionale*, in *Guida dir.*, 2006, 17, p. 58.
- ROSS, *Quegli 007 infiltrati nel cuore del crimine. Italia e Usa: a confronto le regole sugli agenti provocatori*, in *Dir. giust.*, 11, 2006, p. 62.
- ROSS, *Induzione al reato e garanzie processuali negli Stati Uniti e in Italia*, in *Giur. merito*, 2006, p. 496.
- ROSSETTI, *Sub art. 9 legge 146/2006*, in (a cura di) PALAZZO-PALIERO, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, p. 874.
- RUTA, *Brevi note in materia di dichiarazioni auto indizianti rilasciate all’«infiltrato» funzionario di polizia*, in *Giur. it.*, 2000, p. 385.
- SALAZAR, *La nuova convenzione sull’assistenza giudiziaria in materia penale (III)*, in *Dir.pen.proc.*, 2000, p. 1664.
- SANLORENZO, *Art. 353*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, Milano, 1990, p. 153.
- SANNA, *Ristretto l’uso delle dichiarazioni auto indizianti*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 600.

- SANTORIELLO, *Indagini telematiche e ipotesi di inutilizzabilità*, in *Giur. merito*, 2005, p. 1612.
- SCAGLIONE, *Misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale e polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 316.
- SCAGLIONE, *I nuovi poteri della polizia giudiziaria nella strategia di prevenzione e repressione della criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 734.
- SPANGHER, *Le norme contro la pedofilia. B) Le norme di diritto processuale penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1231.
- SELVAGGI, *Il difficile bilanciamento tra esigenze di difesa della società e diritti della difesa: il teste anonimo davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 1996, p.2419.
- SCAPARONE, *L'agente segreto di polizia*, in *Riv.it.dir.pen.proc.*, 1972, p.123.
- SUTERA SARDO, *Una nuova ipotesi di "acquisto simulato"*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1519.
- TAMIETTI, *Agenti provocatori e diritti all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2920.
- TONINI, *Il valore probatorio dei documenti contenenti dichiarazioni scritte*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 2217.
- TUREL-BUONOCORE, *Droga. Manette e riabilitazione*, Feletto, 1990, p. 138.
- TROTTA, *Sulle dichiarazioni rese dal venditore di stupefacenti all'agente provocatore*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3016.
- TRENTACAPILLI, *Sub art.10 n.228/2003*, in *Legisl. pen.*, 2004, p.704.
- VALENTINI, *Pubblicità del dibattimento e diritto alla riservatezza dei testimonie parti private*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1019.
- 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 *Legisl. pen.*, 1999, p.197.
- VESSICHELLI, *Quando la relazione di servizio non è un atto irripetibile*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 952.
- VESTRI, *sub art. 6, l.n. 92/2001*, *Legisl. pen.*, 2002, p.671.
- VICOLI, *Le res gestae: un'ipotesi di recupero in chiave probatoria alla luce della legge di attuazione del giusto processo*, in (a cura di) GALATI, *Verso la riscoperta di un*

modello processuale: convegno in memoria di Antonio Galati. Atti del Convegno. Caserta, 12-14 ottobre 2001, Milano, 2003, p. 183.

VOENA, *Attività investigativa ed indagini preliminari*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Padova, 1989, p. 30.

VOGLER, *Il problema della protezione dei testimoni in Inghilterra*, in *Legisl. Pen.*, 1996, fasc. 3-4, p.633.

VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte Europea dei diritti dell'uomo, tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle "testimonianza anonime"*, in *Giur. it.* 1998, p.851.

ZAMPELLI, «*L'agente sottocopertura. Nuova ipotesi di contrasto al crimine organizzato*», Roma, 2004.

ZEULI, *Terrorismo internazionale*, Napoli, 2002.