



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

MARCO GRANDE

Le attività di investigazione “sotto copertura” nel processo penale

ABSTRACT - Who are the “undercover agents” who carry out “undercover” investigations? What is the objective scope of these investigations? Can agents go so far as to instigate the suspect? Then, in the subsequent phase of the judgment, will the investigations carried out be taken into account for the purposes of the decision? What effect will the conduct of the infiltrated agent have on the authenticity of judicial proof? These, in summary, are the main coordinates in which the present paper moves. So that, a result, in the first place, the investigation is substantiated in the identification of the subjects who are included in the context of these peculiar investigation techniques and their specific area of operation. Secondly, the issues concerning the usability in the hearing of the investigative acts carried out during undercover operations, as well as the problems underlying the recruitment of the agents’ testimony are dealt.

KEYWORDS - judicial police, undercover operations, agent provocateur, special investigation techniques, agent’s testimony, fair process.

MARCO GRANDE

Le attività di investigazione “sotto copertura” nel processo penale**

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – Sezione I *Disciplina normativa e tipologie di attività.* – 2. *L’ambito operativo e le categorie soggettive delle indagini “sotto copertura”.* – 3. (Segue). *L’agente provocatore e l’agente infiltrato.* – 4. *Le modalità di acquisizione degli elementi di prova.* – 5. *L’omissione o il ritardo degli atti di competenza della polizia giudiziaria.* – 6. (Segue). *Il differimento nell’esecuzione dei provvedimenti di competenza del pubblico ministero.* – 7. (Segue). *Le c.d. operazioni controllate.* – Sezione II *L’utilizzo processuale delle attività “sotto copertura”.* – 8. *La verbalizzazione delle attività di indagine compiute.* – 9. (Segue). *L’utilizzabilità delle dichiarazioni rese dall’indagato (o da altre persone) all’agente “sotto copertura”.* – 10. *La veste processuale dell’agente “sotto copertura”.* – 11. (Segue). *La testimonianza dell’agente “sotto copertura”: tra esigenze di tutela dell’identità del dichiarante e garanzie nella formazione della prova.* – 12. *Le patologie connesse all’acquisizione degli elementi di prova.*

1. Premessa

Tradizionalmente intese come una serie di attività di infiltrazione della polizia giudiziaria nel tessuto criminale, volte alla repressione (e talora anche alla prevenzione)¹ dei reati, con una connotazione di «mezzo di ricerca della prova»², circoscritte all’ambito tassativamente indicato dalla legislazione speciale, le c.d. “operazioni sotto copertura” si collocano all’interno di una particolare fisionomia investigativa. Essa, sia pur tipica, perché prevista e regolata dalla legge, pone diversi dubbi

* Dottore di ricerca in *Teoria del diritto e ordine giuridico europeo – Area della Procedura penale*, presso l’Università degli Studi *Magna Græcia* di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Secondo un orientamento formatosi nella giurisprudenza di legittimità: «(...) in tutte le ipotesi legislative di attività sotto copertura si prescinde dall’esistenza di un procedimento penale o di indagini preliminari su uno specifico fatto di reato, trattandosi di attività investigative a carattere preventivo» (cfr. Cass., Sez. II, 28 maggio 2008, Cuzzucoli e altri, n. 38488, in *Guida Dir.*, 45/2008, 21 ss.). In senso contrario, v. A. SCAGLIONE, *Le attività investigative speciali della polizia giudiziaria previste dalla legge 16 marzo 2006 n. 146*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. I, (a cura di) P. CORSO e F. PERONI, La Tribuna, Piacenza, 2010, 759.

² Cfr. P.P. PAULESU, *Notizia di reato e scenari investigativi complessi: contrasto alla criminalità organizzata, operazioni «sotto copertura», captazione dei dati digitali*, in *Riv. dir. proc.*, 4/2010, 798; cui adde G. MELILLO, *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a delitti con finalità di terrorismo*, in AA.VV., *Il processo penale tra politiche di sicurezza e nuovi garantismi*, (a cura di) G. DI CHIARA, Giappichelli, Torino, 2003, 42.

ermeneutici, che ancor permangono nonostante le decisioni intervenute sia nella giurisprudenza interna³ che sovranazionale⁴ e nonostante i diversi interventi normativi, svariatamente succedutisi nel corso del tempo.

Del resto, già prima che il legislatore operasse con un intervento regolatore uniforme, e cioè con l'art. 9 della l. 16 marzo 2006, n. 146⁵, definito lo "statuto" delle operazioni sotto copertura⁶, si è registrata una densa stratificazione normativa, che ha cercato nel corso degli anni di far fronte alle sempre più pressanti esigenze di contrasto verso alcune

³ Senza alcuna pretesa di completezza, si segnalano alcuni tra i più recenti casi giudiziari, sottoposti al vaglio di legittimità, in cui sono comunque avvenute operazioni sotto copertura, cfr. *ex multis*: Cass. Sez. VI, 4 febbraio 2020, Giannone e altri, in *www.italgiure.giustizia.it/sncass/*, n. 12204; Cass. Sez. VI, 13 dicembre 2019, Geranio e altri, *ivi*, n. 50541; Cass., Sez. IV, 9 dicembre 2019, Aboussad e altri, *ivi*, n. 49765; Cass., Sez. IV, 11 ottobre 2019, Mandolesi, *ivi*, n. 41903; Cass., Sez. IV, 7 ottobre 2019, Casamonica e altro, *ivi*, n. 41008; Cass., Sez. VI, 2 aprile 2019, Testa e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 275534-01; Cass., Sez. I, 7 marzo 2019, Ferro e altro, in *www.italgiure.giustizia.it/sncass/*, n. 22042; Cass., Sez. VI, 17 gennaio 2019, Marchetta e altri, *ivi*, n. 2158; Cass., Sez. I, 9 novembre 2018, Sartini e altro, *ivi*, n. 58239; Cass., Sez. III, 10 marzo 2017, M. L., in *Pluris*, n. 11572; Cass., Sez. VI, 7 maggio 2015, G. D., *ivi*, n. 19122.

⁴ A titolo esemplificativo, ma niente affatto esaustivo, v. il c.d. *key case* Corte Edu, sent. 13 settembre 2016, Ibrahim e altri c. Regno Unito di Inghilterra, la quale si segnala perché la Corte ha chiarito che appare ingiusto quel procedimento nei riguardi di quegli indagati che non avrebbero commesso il delitto senza l'istigazione degli agenti sotto copertura. Interessante appare anche Corte Edu, sent. 4 dicembre 2015, Roman Zakharov c. Russia, ove la Corte ha ritenuto preminenti le finalità di protezione dell'identità degli agenti, pur dovendo i loro dati essere comunque noti al pubblico ministero. Si segnalano, inoltre, Corte Edu, sent. 19 maggio 2015, Giorgio Sampech c. Italia; Corte Edu, sent. 5 Febbraio 2008, Ramanauskas c. Lituania; Corte Edu, sent. 9 giugno 1998, Teixeira De Castro c. Portogallo. Tale ultima decisione si pone come la prima in cui la Corte europea si è occupata della compatibilità delle sentenze di condanna emesse sulla base di investigazioni sotto copertura con l'art. 6 C.E.D.U.

⁵ La legge in parola, «Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001», in *Gazz. Uff.*, 11 aprile 2006, n. 85 – *Suppl. ord.* n. 91, ha subito diverse modifiche ed integrazioni, da ultimo, con l. 9 gennaio 2019, n. 3. V. la successiva nota n. 12.

⁶ L'affermazione è di A. CISTERNA, *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, in *Guida Dir.*, 17/2006, 81 ss.

specifiche – e spesso odiose – fattispecie di reato, anche, soprattutto, a carattere transnazionale⁷.

E così, volendo entrare *in medias res*, appare – già di per sé – problematica la necessaria distinzione da operare, in chiave di non punibilità (ma non solo), tra un «agente infiltrato» ed un «agente provocatore». Non parrebbe poi peregrino procedere all'esatta individuazione di tutti i soggetti coinvolti nelle attività di investigazione *undercover*, considerando, in specie, l'esistenza di alcune figure soggettive, che pur normativamente previste, rimangono dai contorni un po' sfumati. Si pensi alle figure dell'«interposta persona» e dell'«ausiliario». Ci si potrebbe inoltre domandare, attesa l'eccezionalità dei casi nei quali è consentito ricorrere a questo particolare strumento di indagine, come debba concretamente esplicitarsi l'attività della polizia giudiziaria e come quest'ultima debba raccordarsi con la autorità giudiziaria. Occorre, peraltro, tenere in debito conto anche della dimensione delle fenomenologie criminose di interesse operativo: il coordinamento tra organi investigativi riguarda spesso crimini la cui realizzazione travalica i confini territoriali dello Stato. Ci si potrebbe anche interrogare su quale sia il protocollo più congruo che gli ufficiali di polizia giudiziaria dovrebbero osservare per la raccolta degli elementi di prova.

Sul versante più strettamente processuale diversi interrogativi potrebbero poi porsi riguardo all'utilizzo in dibattimento delle risultanze dell'attività sotto copertura. In quella sede, peraltro, diviene preponderante bilanciare le esigenze di celebrazione di un processo per

⁷ Fin dall'inizio degli anni Novanta, per circa un quindicennio, il legislatore si è in varia guisa occupato delle c.d. «operazioni mascherate» per determinati delitti. Si pensi all'art. 97 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (per il contrasto al traffico degli stupefacenti); o all'art. 7, d.l. 15 gennaio 1991, n. 8 (per i sequestri di persona a scopo di estorsione); o ancora all'art. 12 *quater*, d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (per la ricettazione di armi e per il riciclaggio e reimpiego simulati); oppure all'art. 14, l. 3 agosto 1998, n. 269 (per i delitti sessuali); all'art. 4, d.l. 18 ottobre 2001, n. 374 (per i delitti commessi con finalità di terrorismo); all'art. 10, l. 11 agosto 2003, n. 228 (per la tratta di persone); all'art. 12, co. 3 *septies*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (per i reati di immigrazione clandestina). Eccezion fatta per le «attività di contrasto» ad alcuni delitti sessuali (la cui disciplina speciale *ex art. 14*, commi 1, 2 e 3, l. 269/1998, cit., non è stata abrogata, affiancandosi quindi al c.d. «statuto»), tutte le ipotesi di reato appena elencate, per le quali possono essere effettuate operazioni *undercover* della polizia giudiziaria, vengono ora disciplinate – a seguito di diverse abrogazioni – dall'art. 9 della legge 146/2006, cit.

quanto possibile “giusto” – ai sensi dell’art. 6 della C.E.D.U. e dell’art. 111 Cost. –, secondo le garanzie dettate per la formazione della prova, con la tutela della riservatezza dell’agente sotto copertura, tenuto a rendere la propria testimonianza.

L’agente infiltrato, poi, sia pure di concerto con l’organo requirente, potrebbe ben inserirsi in scenari con sviluppi criminogeni verosimilmente molto complessi e dover assumere (anche in tempi rapidissimi) delicate scelte operative, che potrebbero subire delle deviazioni – per una sorta di eterogenesi dei fini – cagionate da una molteplicità di situazioni imprevedibili e, comunque, non previste al momento della pianificazione della c.d. «operazione di polizia».

Peraltro, l’agente stesso, pur essendo sottoposto al controllo dell’autorità giudiziaria e pur dovendo rispettare precisi obblighi e limiti di azione specificamente dettati dalla normativa di riferimento, potrebbe essere autorizzato a tenere comportamenti non soltanto di mera osservazione e controllo, ma talvolta di vera e propria partecipazione, a titolo di concorso, alla pianificazione e/o alla consumazione di fattispecie delittuose⁸.

Quid iuris se l’agente non possedesse questa specifica autorizzazione ma decidesse autonomamente di procedere per non compromettere diversi mesi di indagine? Il suo contegno potrebbe concretizzare una condotta penalmente rilevante? Gli atti così compiuti sarebbero validi ed utilizzabili nel processo? E, su altro versante, come verrà valutata la condotta di un soggetto che ha commesso il reato soltanto perché è stato istigato dall’agente infiltrato/provocatore? In tale ultimo caso, l’agente stesso sarebbe punibile quale istigatore nel concorso di persone nel reato?

A tacer d’altro, l’operato dell’agente infiltrato potrebbe esercitare, addirittura, un rilevante apporto causale nella programmazione e nella realizzazione del delitto. Si pensi al caso dell’ufficiale di polizia giudiziaria che, per entrare in contatto con i vertici di una associazione criminosa transnazionale dedita al commercio degli stupefacenti, dichiara la propria disponibilità all’acquisto di un ingente quantitativo di sostanze, promettendo una più che rilevante somma di denaro. L’offerta di un consistente guadagno potrebbe senza dubbio avere

⁸ Cfr., sul punto, le dichiarazioni di P. Davigo comparse sull’articolo di L. MILELLA, *Agenti provocatori indispensabili nell’Italia corrotta*, in *la Repubblica on line*, 23 febbraio 2018.

piena efficacia causale nella fattispecie, ben potendo questo essere l'unico fattore determinante a spingere i soggetti indagati – per il traffico degli stupefacenti – ad effettuare la vendita.

In ogni caso, molti dei profili appena menzionati, afferenti al diritto penale sostanziale, pur presentando particolare interesse, non saranno qui specificamente trattati e potranno trovare approfondimento in altra sede, rinviandosi, in punto, ad altri Autori⁹.

Nel prosieguo si cercherà di focalizzare comunque l'attenzione sugli aspetti che segnatamente involgono le dinamiche all'interno delle fasi del processo penale, suddividendo il lavoro in due sezioni.

Nella prima sezione verranno trattati i profili, per così dire, "statici" dell'argomento, cercando di analizzare, nel solco del tracciato normativo, l'ambito di operatività delle indagini sotto copertura, le figure soggettive coinvolte, alcuni peculiari strumenti utilizzabili dagli organi investigativi.

Nella seconda sezione si cercheranno di approfondire invece i profili, per così dire, "dinamici", cioè quelli riguardanti l'utilizzabilità nel dibattimento degli atti di indagine compiuti durante le operazioni *undercover*, la veste processuale ricoperta dagli agenti infiltrati, nonché le «cospicue varianti»¹⁰ previste nei casi dell'assunzione della loro testimonianza e come ciò possa incidere sull'esigenza di genuinità dell'acquisizione probatoria.

Sezione I Disciplina normativa e tipologie di attività

2. L'ambito operativo e le categorie soggettive delle indagini "sotto copertura"

L'incipit dell'art. 9 della citata l. 146/2006, facendo salvo il contenuto dell'art. 51 c.p., sancisce la non punibilità di determinate figure soggettive, *lato sensu* inquadrabili come «ufficiali di polizia giudiziaria» che nei limiti delle proprie competenze e su precisa

⁹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8^a ed., Zanichelli, Bologna, 2019, 534 s.; M. LOMBARDO, *Agente provocatore (diritto penale)*, in *Dig. pen.*, I (2010), *passim*; R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *L'agente provocatore: profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2003, *passim*.

¹⁰ F. CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Giuffrè, Milano, 2012, 675.

autorizzazione, pianificata nel corso di specifiche operazioni di polizia, operino alla ricerca di elementi di prova per determinate fattispecie di reato.

L'elenco delle ipotesi delittuose in cui sono consentite le operazioni *undercover* ha subito un consistente incremento, fino a ricomprendere, in un periodo piuttosto recente, anche taluni delitti contro la pubblica amministrazione¹¹.

E così, a tale ultimo proposito, l'attuale formulazione del comma 1, lettera *a*), dell'art. 9 della legge in parola¹² prevede che possano effettuarsi operazioni sotto copertura per alcuni delitti in cui l'amministrazione statale risulti soggetto passivo della condotta illecita di pubblici ufficiali (artt. 317, 318, 319, 319 *bis*, 319 *ter*, 319 *quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322 *bis* c.p.); oppure per alcune ipotesi in cui l'illecito – in danno della stessa amministrazione – sia stato commesso da parte dei privati (artt. 346 *bis*, 353, 353 *bis* c.p.). Le operazioni *undercover* possono essere effettuate anche per una specifica ipotesi di delitto contro l'ambiente (art. 452 *quaterdecies* c.p.), nonché per alcuni delitti contro la fede pubblica (artt. 453, 454, 455, 460, 461, 473, 474 c.p.) e per alcuni delitti contro il patrimonio (artt. 629, 630, 644, 648 *bis* e 648 *ter* c.p.).

Vengono inoltre previsti i reati contro la personalità individuale (in cui sono compresi molti delitti sessuali)¹³, quelli concernenti armi,

¹¹ Le materie oggi assorbite nella disciplina dell'art. 9 cit. vengono elencate nella precedente nota n. 7. Sull'inserimento delle nuove fattispecie delittuose ad opera della l. 3/2019 cit., in dottrina, cfr. P. IELO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in *Dir. pen. contemp.*, 5 marzo 2019. In epoca anteriore all'approvazione del disegno di legge A.C. n. 1189, v. i rilievi critici di T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, 3/2018, 1 ss.

¹² L'articolo in esame ha subito diverse interpolazioni. Si segnalano (dalla meno recente): la modifica operata con la l. 23 luglio 2009, n. 99; quella effettuata dalla l. 13 agosto 2010, n.136; quella ad opera del d.lgs. 24 marzo 2011, n. 50; quella della l. 15 febbraio 2012, n. 12; ancora, quella del d.lgs. 21 giugno 2016, n. 125; infine, quella effettuata dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3, cit.

¹³ Si è già accennato, v. *supra*, nota n. 7, ultima parte, che l'art. 14, commi 1, 2 e 3, della l. 269/1998 cit., prevede peculiari attività di contrasto nei riguardi dei delitti di cui agli artt. 600 *bis* («Prostituzione minorile»), 600 *ter* («Pornografia minorile»), 600 *quinquies* («Iniziativa turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile») del codice penale. Disciplina, questa, che si affianca a quella dell'art. 9 della l. 146/2006.

munizioni, esplosivi, quelli riguardanti l'immigrazione clandestina¹⁴, quelli in materia di stupefacenti e quelli in materia di sfruttamento della prostituzione.

Ben apprezzabilmente, nel comma 1, lettera *b*), del menzionato art. 9 vengono inoltre indicate ulteriori fattispecie per le quali può essere utilizzato lo strumento investigativo delle operazioni sotto copertura: si tratta dei delitti finalizzati al terrorismo e all'eversione.

Per quanto riguarda le categorie soggettive la norma indica espressamente gli «ufficiali di polizia giudiziaria». Sono quindi da ricomprendere i componenti della Polizia di Stato, dei Carabinieri e della Guardia di finanza, con i requisiti di cui all'art. 57, comma 1, lett. *a*) e lett. *b*), c.p.p., facenti capo alla Direzione investigativa antimafia o, comunque, inseriti in sezioni specializzate nei rispettivi corpi di appartenenza – ai sensi del comma 1, lett. *a*) e lett. *b*), del citato art. 9.

Accanto agli ufficiali di polizia giudiziaria la norma menziona poi anche i semplici «agenti», gli «ausiliari» e le «interposte persone», ai quali estende la causa di non punibilità, sempre che il loro operato si inserisca nel quadro di operazioni autorizzate e documentate (comma 1 *bis*).

Ufficiali e agenti di polizia giudiziaria possono utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura, rilasciati da organismi competenti, anche per entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione, informando il pubblico ministero al più presto e, comunque, entro quarantotto ore dall'inizio dell'attività (comma 2).

Per quanto nessun dubbio paia sussistere sull'individuazione degli «agenti di polizia giudiziaria» (art. 57, comma 2, c.p.p.), diverso è riuscire a ben inquadrare il concetto di «interposta persona» e quello di «ausiliario».

Secondo la dottrina con l'espressione «interposta persona» potrà indicarsi sia un agente che un ufficiale di polizia giudiziaria, chiamato a coadiuvare l'ufficiale di polizia giudiziaria sotto copertura, sia un

¹⁴ Di recente la l. 8 agosto 2019, n. 77, rubricata «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica», ha disposto all'art. 4 un potenziamento dell'utilizzo dello strumento investigativo delle operazioni sotto copertura di cui all'articolo 9 della l. n. 146/2006, anche con riferimento alle attività di contrasto al delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

privato che svolga il ruolo di confidente di polizia o collaboratore, comunque inserito in quel contesto criminoso¹⁵.

Nella nozione di «ausiliario», invece, dovrebbero ricomprendersi soltanto quelle persone che essendo dotate di «specifiche competenze tecniche» vengono chiamate a fornire un apporto di natura specialistica alla polizia giudiziaria, secondo quanto previsto dal codice di rito penale (art. 348, comma 4). In essa possono quindi comprendersi tutti i privati che vengono chiamati ad adiuvare le forze dell'ordine nell'operazione infiltrata (quindi coloro che eseguono compiti di supporto o di collaborazione tecnica: intestatari fittizi di appartamenti o di autovetture; esperti tossicologici incaricati di svolgere subito riscontri tecnici sulle sostanze stupefacenti, ecc.) senza essere coinvolti, per l'appunto – quali interposte persone, direttamente nell'operazione *undercover*¹⁶.

Pare opportuno, inoltre, precisare che l'esecuzione delle operazioni sotto copertura è disposta da organi di vertice, almeno a livello provinciale. Nei casi di delitti di immigrazione clandestina tali ultimi organi devono coordinarsi con la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere. Nei casi di "attività antidroga" le operazioni vengono disposte dalla Direzione centrale dei servizi antidroga o, sempre d'intesa con questa, dagli organi di vertice, almeno a livello provinciale, poc'anzi menzionati (art. 9, comma 3, della citata l. 146/2006).

Un cenno merita la disciplina contenuta nella l. 3 agosto 2007, n. 124, che prevede anch'essa una causa di non punibilità, facendo salvo l'art. 51 c.p., per il «personale dei servizi di informazione per la sicurezza» che ponga in essere condotte previste dalla legge come reato, legittimamente autorizzate di volta in volta in quanto indispensabili alle finalità istituzionali di tali servizi, nel rispetto rigoroso di determinati limiti. In quello stesso contesto normativo, sono pure previste altre figure soggettive alle quali viene estesa la causa di non punibilità, si tratta delle «persone non addette ai servizi di informazione per la sicurezza», coinvolte dal personale strutturato per particolari condizioni di fatto e per eccezionali necessità (art. 17).

¹⁵ Cfr. GIUS. AMATO, *Acquisto simulato da parte dei "privati"*, in *Guida dir.*, 12/2006, 118.

¹⁶ *Ibidem*.

La disciplina in questione, per alcuni aspetti appare simile a quella prevista nella menzionata l. 146/2006 ma è possibile notare come la norma non si riferisca alla polizia giudiziaria.

Anzi, si specifica che il personale del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza e quello dei servizi di informazione per la sicurezza non riveste la qualifica di ufficiale o di agente di polizia giudiziaria né, salvo ipotesi di stretta necessità, quella di ufficiale o di agente di pubblica sicurezza (art. 23).

Con il che è dato chiaramente evincere che le operazioni in questione non avvengano sotto il diretto controllo della autorità giudiziaria, come nelle “ordinarie” operazioni *undercover*.

Del resto, da una lettura della norma prevista per le operazioni dei servizi di *intelligence* è possibile notare come lo snodo della procedura, salvo il caso di dover perseguire penalmente – su impulso governativo – soggetti coinvolti in operazioni non autorizzate o compiute oltre i limiti, si esaurisca nell’ambito operativo del solo organo amministrativo (art. 18).

E ciò, sotto certi profili, è anche comprensibile. Le attività compiute dal personale dei servizi, oltre al resto, sono volte alla ricerca e al trattamento di informazioni di interesse nazionale e si basano su metodi non convenzionali, nient’affatto comuni a quelli di altre amministrazioni, la cui legittimità si fonda su interessi fondamentali dello Stato.

Di guisa che «la legittimità dei fini viene a prevalere sulla legalità dei mezzi»¹⁷, essendo le attività dei servizi di informazione per la sicurezza inserite in un vero e proprio “cono d’ombra”¹⁸.

3. (Segue). *L’agente provocatore e l’agente infiltrato*

Nel glossario tradizionale della lingua italiana con il vocabolo «agente» si indica «chi è incaricato di svolgere funzioni o servizi per conto di altri». In quello stesso lemma è poi presente una sfumatura di significato: «agente provocatore». Espressione, quest’ultima, con la

¹⁷ F. COSSIGA, *Abecedario*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002, 11.

¹⁸ A. GIANNULLI, *Come funzionano i servizi segreti. Dalla tradizione dello spionaggio alle guerre non convenzionali del prossimo futuro*, 2^a ed., Ponte alle Grazie, Milano, 2013, 335 ss.

quale si indica «chi, fingendo di essere d'accordo con altre persone, ne provoca un'azione delittuosa per farla cadere nelle mani della polizia»¹⁹.

Ma al di là di una definizione concettuale, mette conto qui di segnalare che già in epoca piuttosto risalente, la dottrina si era occupata anche di inquadrare la figura del c.d. agente provocatore sotto il profilo della di lui responsabilità penale, a titolo di compartecipazione morale nel reato di istigazione a delinquere²⁰.

La tematica *de qua*, per vero, fin dal periodo ottocentesco, ha suscitato il vivo interesse degli studiosi, essendo collocata in un'area colma di problematiche giuridiche ma anche culturali di importanza pregnante. La sua estensione riguardava non già e non solo la regolamentazione del rapporto tra garanzia di libertà e autodeterminazione della persona, ma anche tutti quegli aspetti connessi alla peculiare relazione esistente tra le esigenze di prevenzione e quelle di repressione dei reati²¹.

Per un lungo periodo gran parte della dottrina continuò a ritenere che l'agente *de quo* fosse punibile in qualità di compartecipe morale nel reato. Tale assunto traeva origine dalla considerazione che il crimine fosse stato intrapreso grazie al contributo morale dell'istigatore, la cui punibilità non è derivante dall'intimo scopo che anima le proprie azioni – considerato a tal fine irrilevante –, bensì dalla sua intenzione delittuosa²².

Secondo altra impostazione, invece, si è ritenuto di dover giustificare l'agente provocatore qualora lo stesso avesse agito in esecuzione della legge o per ordine dell'autorità, purché il processo esecutivo si arrestasse allo stadio del tentativo²³.

In ogni caso, secondo una più recente elaborazione dottrinale, con l'espressione agente provocatore si indica un soggetto, quasi sempre appartenente alle forze dell'ordine, che partecipa ad un fatto criminoso

¹⁹ Cfr. voce *agente*, e, nello stesso lemma, *a. provocatore*, lo Zingarelli 2013. *Vocabolario della lingua italiana* di N. Zingarelli, 12^a ed., 2013, 65. In ogni caso, si precisa come non sia presente alcuna normativa che si riferisca all'agente provocatore.

²⁰ Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, 8^a ed., Canovetti, Lucca, 1887, vol. II, 477.

²¹ In termini analoghi, v. G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, Jovene, Napoli, 2011, 27.

²² L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, UTET, Torino, 1924, vol. I, 212.

²³ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, UTET, Torino, 1920, vol. II, 323.

al fine di raccoglierne le prove ed assicurare alla giustizia i responsabili²⁴.

In quest'ottica, l'agente provocatore, così considerato, non sarebbe punibile per mancanza di dolo tutte le volte in cui egli abbia agito col precipuo scopo di assicurare i colpevoli alla giustizia e non abbia accettato neppure il rischio della effettiva consumazione del reato²⁵.

Nel sistema penale, peraltro, alla figura dell'agente sotto copertura, *lato sensu* inteso, sono andate progressivamente affiancandosi, nel corso del tempo, ulteriori figure soggettive, modellate ed adattate ai diversi, possibili, scenari di queste attività investigative così peculiari, con espresse cause di non punibilità normativamente previste per i soggetti operanti.

Il che ha comportato, in alcuni casi, il sovrapporsi, se non il confondersi, della figura dell'agente infiltrato con quella dell'agente provocatore.

Nonostante in dottrina la distinzione concettuale tra le due figure sia stata, anche di recente, ben rimarcata – illustrandone soprattutto la diversità in termini operativi²⁶ –, non può sottacersi come nella prassi investigativa la nozione di agente provocatore abbia ottenuto un vistoso ampliamento, tanto da ricomprendere in essa anche le ulteriori figure

²⁴ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 534; cui *adde* F. RAMACCI, *Corso di diritto penale II, Reato e conseguenze giuridiche*, Giappichelli, Torino, 1993, 75; nonché C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Giuffrè, Milano, 1991, 240 ss.

²⁵ H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1972, 622. In argomento, v. pure W. KÜPER, *Der «agent provocateur» im Strafrecht*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1974, 321.

²⁶ T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., 5; secondo l'A., peraltro, l'agente sotto copertura non può confondersi con l'agente provocatore, né in generale, né in specifico, quando ci si muova nell'ambito della corruzione. Secondo altra, e affine, prospettiva: «L'agente provocatore è figura ben diversa da quella dell'infiltrato che agisce "sotto copertura" in un'indagine giudiziaria relativa a un reato (ad esempio il traffico di droga) che è già stato ideato e sta per essere commesso. La differenza sta tutta qui: l'agente provocatore crea il reato attraverso una messa in scena, l'agente infiltrato si limita a disvelare un'intenzione criminosa già esistente», così, testualmente, L. CANTONE – G. L. GATTA, *A proposito del ricorso ad agenti provocatori per contrastare la corruzione. Lettera al Direttore del Corriere della Sera pubblicata il 21 febbraio 2018 (pag. 11)*, in *Dir. pen. contemp.*, 22 febbraio 2018. L'argomento *de quo* ha suscitato, peraltro, anche l'interesse di un noto *blog*, cfr. A. TISSONE, *Non confondere l'agente sotto copertura con l'agente provocatore*, in *HuffingtonPost*, 16 settembre 2018.

del “finto compratore” e della “falsa vittima”, nonché, per l'appunto, dello stesso “agente sotto copertura/infiltrato”.

Ciascuna delle categorie *de quibus* ha la funzione di realizzare specifiche esigenze investigative per indagini *undercover* riguardanti determinate tipologie criminose²⁷.

Del resto, l'ampiezza dello spettro operativo delle attività sotto copertura non lascia adito a dubbi circa una vera e propria sovrapposizione dei due ruoli, in quanto gli strumenti investigativi oggi concretamente utilizzabili dagli agenti infiltrati, *lato sensu* intesi, sono davvero eterogenei.

Inoltre, le disposizioni di recente inserimento, che sono specificamente indirizzate a contrastare il fenomeno corruttivo, consentono che l'agente corrisponda denaro, però entro i circoscritti limiti dell'«esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri».

Così invece non è per la disciplina che lo stesso comma 1 dell'art. 9 dedica alle operazioni *undercover* per tutte le altre tipologie di reato. Essa sembra maggiormente “duttile” per gli organi di polizia, riconoscendo loro ampie possibilità.

Anzi, quando la norma precisa al modo indicativo e al tempo presente²⁸, che gli agenti «ricevono» «denaro o altra utilità» riecheggia la previsione dell'art. 319 c.p. che descrive la condotta del corruttore.

Sembra allora che l'agente sotto copertura, nelle indagini relative a tutte le fattispecie di reato di cui all'art. 9, comma 1, che non riguardino il fenomeno corruttivo, a sua volta possa agire invece proprio come una sorta di “corruttore”.

Sia pure in via di principio, ed in distonia con il concreto dispiegarsi dello strumento di indagine nella prassi, si potrebbe però ritenere che né per le specifiche ipotesi segnatamente mirate al contrasto di fattispecie corruttive, né per tutte le altre ipotesi dettagliatamente previste dall'art. 9, comma 1, ci sarebbe spazio per una condotta di istigazione dell'agente sotto copertura²⁹.

²⁷ M. SCALICI, *Operazioni sotto copertura ed equo processo*, in *Arch. pen.*, 2/2014, 1.

²⁸ Come è stato correttamente osservato «L'indicativo è il modo verbale della certezza e della obiettività e, in particolare, si utilizza il presente indicativo per descrivere un evento che si determina sempre, in modo naturale, indipendentemente dalle circostanze» (così, G. CAROFIGLIO, *L'arte del dubbio*, Sellerio, Palermo, 2007, 64 s.).

²⁹ Cfr. Cass., Sez. VI, 7 maggio 2015, G.D., n. 19122, cit.; Cass., Sez. III, 9 maggio 2013, Jendoubi e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 257675; Cass., Sez. II, 28 maggio 2008, Cuzzucoli e altri, cit. V., tuttavia, Cass., Sez. VI, 7 novembre 2019, Benincasa, in

La disciplina, in punto, sembra essere piuttosto limpida, dice la norma: «al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti (...)».

4. *Le modalità di acquisizione degli elementi di prova*

Per quanto nelle attività *undercover* la polizia giudiziaria assuma un ruolo di rilievo nelle dinamiche di acquisizione degli elementi di prova, (o, in fase antecedente e in maniera più intensa, anche nella ricerca della stessa notizia di reato), occorre sempre tenere in debito conto che l'azione dell'organo amministrativo deve comunque costantemente coordinarsi con quella del *dominus* delle indagini preliminari, assumendo la prima rispetto alla seconda, quindi, i caratteri di relativa autonomia.

Peraltro, è noto il principio costituzionale secondo cui «l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria» (art. 109 Cost.). Principio, questo, che trova poi specifica applicazione nel codice di procedura penale ove è espressamente prevista la subordinazione della polizia giudiziaria al pubblico ministero (ad esempio: artt. 55, comma 2, 59 e 327 c.p.p.).

Occorre però tenere in debito conto che «il pubblico ministero e la polizia giudiziaria prendono notizia dei reati di propria iniziativa» (art. 330 c.p.p.). Ciò invero rimarcherebbe una labile separazione tra la fase pre-procedimentale e la fase delle indagini preliminari³⁰.

Inoltre, già qualche tempo dopo l'emanazione del codice di procedura penale il legislatore ha comunque cercato di stemperare quel distinguo cronologico che vedeva l'organo investigativo impegnato

www.italgiure.giustizia.it/sncass/, n. 45434, che si presenta particolarmente interessante perché ritiene legittime alcune condotte di «agenti infiltrati o provocatori» che si concretizzano in «spunti» e «sollecitazioni istigatrici» nei riguardi degli indagati. In dottrina, v. L. PARLATO, *Effettività delle indagini ed "equità processuale". Il punto su investigazioni scientifiche sulla persona e operazioni sotto copertura*, in AA. VV., *Regole europee e processo penale*, (a cura di) A. GAITO e D. CHINNICI, 1^a ed., CEDAM, Padova, 2016, 89 ss. Si è già segnalato, su altro e speculare fronte, che l'art. 17 della citata l. 124/2007 prevede la scriminante per il personale dei servizi di informazione per la sicurezza, autorizzandoli invece espressamente a porre in essere delle condotte previste dalla legge come reato.

³⁰ Cfr. F. DE LEO, *Il pubblico ministero tra completezza investigativa e ricerca dei reati*, in *Cass. pen.*, 6/2005, 1441.

nella attività di prevenzione e l'organo inquirente entrare in scena solo per svolgere attività di repressione *post delictum*, cioè solo a seguito della ricezione della notizia di reato da parte della polizia giudiziaria³¹.

Rapportando queste considerazioni di ordine generale allo specifico segmento delle attività sotto copertura, si potrebbe sostenere che cercare una netta separazione tra le due fasi, proprio in quel contesto, parrebbe operazione ancor più evanescente.

Ciò non esclude però che l'attività dell'agente infiltrato, fin dal principio, debba comunque «svolgersi sotto il completo ed assoluto controllo» della magistratura inquirente³². Quanto appena affermato, trova riscontro testuale nel corpo dell'art. 9 della menzionata l. 146/2006. In esso è previsto, lo si è sopra accennato, che «gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria» possono utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura anche per entrare in contatto con il circuito criminale, con lo specifico obbligo di informare «il pubblico ministero al più presto e comunque entro le quarantotto ore dall'inizio delle attività» (comma 2).

Così come mette conto qui di segnalare che l'organo di vertice della polizia giudiziaria «che dispone l'esecuzione delle operazioni» sotto copertura «deve dare preventiva comunicazione all'autorità giudiziaria competente per le indagini» (comma 4).

Può inoltre menzionarsi lo specifico caso delle esecuzioni di attività "antidroga" delle quali il pubblico ministero competente per le indagini deve essere immediatamente e dettagliatamente informato. L'organo inquirente, in questi casi, può anche conoscere il nominativo dell'ufficiale di polizia giudiziaria responsabile delle operazioni, nonché quelli di ausiliari e interposte persone impiegati. Specificandosi poi che il pubblico ministero «deve comunque essere informato senza ritardo», a cura degli organi di vertice della polizia giudiziaria, «nel corso dell'operazione, delle modalità e dei soggetti che vi partecipano, nonché dei risultati della stessa» (ancora, comma 4).

Pertanto, le operazioni *undercover*, siano esse volte alla ricerca di elementi di prova oppure alla ricerca di ulteriori notizie di reato, non

³¹ G. MELILLO, *L'agire provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2/1999, 100.

³² C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 280; G. AMBROSINI, *La riforma della legge sugli stupefacenti*. D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309: *profili penali, processuali e penitenziari*, UTET, Torino, 1991, 106.

dovrebbero mai costituire, per così dire, una sorta di “microcosmo” nel quale poter disattendere le norme del codice di rito, che presuppongono la direzione delle indagini in capo al requirente. E ciò – sia pure a fronte di perplessità manifestate in dottrina, attesa la peculiarità della materia³³ – si ricava non già e non solo da una lettura in chiave sistematica dell’argomento, ma anche da ulteriori, specifiche, disposizioni contenute nello “statuto” delle operazioni sotto copertura. Delle disposizioni *de quibus* si avrà modo di riferire nei successivi paragrafi.

Pare opportuno, inoltre, segnalare che per l’esecuzione delle operazioni volte alla ricerca degli elementi di prova gli organi inquirenti possono essere autorizzati all’attivazione di siti nelle reti, alla realizzazione e alla gestione di aree di comunicazione o allo scambio su reti o sistemi informatici³⁴.

5. L’omissione o il ritardo degli atti di competenza della polizia giudiziaria

³³ A. SUTERA SARDO, *Una nuova ipotesi di “acquisto simulato”*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2000, 1522; A. FALCONE, *L’agente sotto copertura*, Dike Giuridica, Roma, 2014, 75. Sulla autonomia di scelta, in capo alla polizia giudiziaria, nel procedere o meno ad “azioni simulate”, cfr. R. MINNA – A. SUTERA SARDO, *L’agente provocatore*, cit., 46.

³⁴ Questi ultimi particolari strumenti investigativi erano già disciplinati dall’art. 14, comma 2, della l. 269/1998 cit., per il contrasto a determinati delitti sessuali (v. *supra*, note 7 e 13). Successivamente, la l. 6 febbraio 2006, n. 38, ha previsto che dette attività si possano impiegare anche quando si procede per i delitti di cui all’articolo 600 *ter* («Pornografia minorile»), commi primo, secondo e terzo, c.p., commessi in relazione al materiale pornografico di cui all’art. 600 *quater*.1 («Pornografia virtuale») c.p. La disciplina in questione prevede una richiesta motivata, e quindi una stringente supervisione dell’autorità giudiziaria, sanzionabile a pena di nullità. Ma la dottrina non ha esitato a mettere in luce le criticità dell’utilizzo del materiale probatorio reperito durante l’attività captativa (cfr. C. MARINELLI, *L’attività dell’agente provocatore per il contrasto alla pedopornografia: “straripamenti” investigativi e relative implicazioni processuali*, in *Cass. pen.*, 9/2005, 2683 ss.). Per una visione di ampio respiro sul versante della captazione del contenuto delle conversazioni e delle comunicazioni nel processo penale e sulla loro attitudine a comprimere i diritti fondamentali v., diffusamente, E. ANDOLINA, *L’acquisizione nel processo penale dei dati “esteriori” delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, CEDAM, Padova, 2018, 39 ss.; sullo speciale ordine di “congelamento dei dati” ad iniziativa delle forze di polizia, v. *ivi*, 174 ss.; nonché, della stessa A., *L’ammissibilità degli strumenti di captazione dei dati personali tra standard di tutela della privacy e onde eversive*, in *Arch. pen.*, 3/2015, 935 ss.

Già previsti nell'ormai abrogato art. 98 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309³⁵, la cui disciplina è oggi inserita nella citata l. 146/2006, i differimenti di atti d'ufficio di competenza del pubblico ministero³⁶ e le omissioni o i ritardi di atti di competenza della polizia giudiziaria sono inquadrabili nell'alveo degli strumenti investigativi non convenzionali.

La loro peculiarità è quella di ottenere proficui risultati di indagine, che potrebbero invece essere compromessi se il compimento di un determinato atto non fosse, in qualche modo, procrastinato.

Si tratta di tecniche di investigazione che si caratterizzano per la loro natura, in un certo senso, "passiva" poiché esercitano un monitoraggio in tempo reale dell'attività criminosa in corso di esecuzione.

E ciò avviene sia per mezzo degli agenti infiltrati, sia per mezzo di tutti gli strumenti, per così dire, di *intelligence*³⁷ nella disponibilità degli stessi operatori.

³⁵ Nello speculare art. 14 della l. 269/1998 cit., è tuttora previsto che il pubblico ministero possa ritardare l'emissione o disporre che sia ritardata l'esecuzione dei provvedimenti di cattura, arresto e sequestro. È ivi previsto anche il c.d. "acquisto simulato" di materiale pedopornografico, azionabile da ufficiali di polizia giudiziaria (su cui *infra*, par. 7). Si ribadisce, in ogni caso, che le operazioni sotto copertura *ex art.* 9, l. 146/2006 cit., sono consentite per tutti i delitti riguardanti la libertà individuale (quindi anche per i delitti previsti dalla l. 269/1998). Sul raccordo interpretativo, v. L. RUSSO, *Le operazioni sotto copertura e le attività di contrasto in materia di delitti sessuali o per la tutela dei minori*, in *Giur. mer.*, 12/2008, 3349.

³⁶ Su cui *infra*, nel successivo paragrafo.

³⁷ In questi termini: F. GANDINI, *Lotta alla criminalità organizzata, le operazioni sotto copertura*, in *Dir. giust.*, 22 aprile 2006, 3. Si pensi, a titolo puramente esemplificativo, alle intercettazioni di comunicazioni in *chat* protette tramite il servizio c.d. *pin to pin* gestito tramite *server* collocato in territorio estero, ma i cui dati siano stati registrati nel territorio nazionale, per mezzo di impianti installati presso la Procura della Repubblica. Sulla applicazione di questa modalità investigativa nell'ambito di indagini *undercover*, v. Cass., Sez., VI, 2 aprile 2019, Testa e altri, cit. Peraltro, il concetto di *intelligence* è qui però da intendersi *cum grano salis*. L'attività degli ufficiali di polizia giudiziaria "sotto copertura" è volta al reperimento di elementi di prova in un procedimento penale (senz'altro con tecnologie d'avanguardia, da qui l'uso improprio del termine), ma non coincide con quella dei c.d. "servizi segreti", ancorché pure loro agiscano "sotto copertura". Questi ultimi operano con gli strumenti consentiti dallo Stato per custodire e diffondere ai soggetti interessati, pubblici o privati, le informazioni rilevanti per la tutela della sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e delle imprese. Nonostante i servizi di informazione per la sicurezza si servano, anche essi, (o meglio: soprattutto essi), delle più moderne tecnologie, le loro origini storiche sono antichissime, addirittura risalenti alla Tarda Età del Bronzo. Su

Ai sensi dell'art. 9, comma 6, della legge in parola, quando è necessario acquisire rilevanti elementi probatori ovvero individuare o catturare i presunti responsabili dei delitti previsti dal comma 1³⁸, ovvero di alcuni specifici delitti riguardanti gli stupefacenti ivi richiamati³⁹, gli ufficiali di polizia giudiziaria, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, e, negli stessi casi, le autorità doganali, possono omettere o ritardare gli atti di propria competenza, dandone immediato avviso, anche oralmente, al pubblico ministero – e qui si percepisce ancor più intensamente l'autonomia decisionale dell'organo requirente e la sua supervisione su quello amministrativo –, che «può disporre diversamente».

L'organo amministrativo deve trasmettere allo stesso pubblico ministero motivato rapporto entro le successive quarantotto ore.

La norma *de qua* dispone, inoltre, che per le attività antidroga il medesimo immediato avviso debba pervenire alla Direzione centrale per i servizi antidroga per il necessario coordinamento anche in ambito internazionale.

In linea di massima, ufficiali e agenti di polizia giudiziaria dovrebbero trarre obbligatoriamente in arresto i soggetti colti nella flagranza dei delitti specificamente indicati nell'art. 380 c.p.p. Potrebbe però accadere che si stiano compiendo delle investigazioni sotto copertura, proprio per fattispecie delittuose parallelamente previste nella disciplina dello "statuto"; con l'eventualità che sorga l'esigenza di operare una sorta di «arresto differito» o comunque un «arresto fuori dai casi di flagranza», per non compromettere le indagini in corso. Tipologia di arresto, questa, ritenuta legittima e consentita dalla giurisprudenza alla luce della normativa speciale e derogatoria contenuta nella l. 146/2006⁴⁰. Ai fini della convalida dell'arresto in parola il giudice dovrebbe valutarne la legittimità avendo riguardo al

questo specifico tema, v. M. PALLAVIDINI, *Un'intelligence istituzionalizzata. Gli Ittiti*, in *Gnosis – Rivista italiana di intelligence*, 2/2014, 39 ss.

³⁸ Per la cui elencazione si rinvia *supra*, par. 2.

³⁹ Si tratta dei delitti di cui al d.P.R. 309/1990, cit., limitatamente ai casi previsti agli articoli 70, commi 4, 6 e 10, 73 e 74.

⁴⁰ Cfr. l'ordinanza di custodia cautelare per l'operazione *undercover* denominata "Gotham", condotta dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Terni in coordinamento investigativo con la Direzione centrale per i servizi antidroga e la Direzione centrale anticrimine, per il contrasto ad una rete di spaccio di stupefacenti (29 indagati per 129 capi d'imputazione) – proc. pen. n. 3022/2018 R.G.N.R. mod. 21, *inedita*, 37 ss.

momento in cui se ne sono realizzati i presupposti. Segnatamente, al momento in cui l'arresto si sarebbe dovuto o potuto eseguire se non fosse intervenuto il decreto che ne ha autorizzato il ritardo⁴¹.

Pare quindi che nell'ambito delle operazioni sotto copertura operi una precisa scelta del legislatore. L'arresto fuori dai casi di flagranza è consentito qualora tale mezzo investigativo appaia indispensabile per l'acquisizione di elementi probatori in ordine ai fatti per cui si procede e per individuare tutti i soggetti coinvolti nell'attività delittuosa oggetto di indagine.

Tuttavia, ribadendo che il pubblico ministero ricevuto l'avviso di differimento da parte della polizia giudiziaria (o da parte delle autorità doganali) potrebbe disporre diversamente, non è da escludere che il requirente stesso impartisca all'organo amministrativo la direttiva di omettere un arresto, invece di ritardarlo, investendo poi direttamente il giudice che procede con una richiesta di applicazione di misure cautelari.

Detta modalità appare senz'altro più garantista, in quanto la privazione della libertà personale è solo eventuale e si verifica all'esito di un provvedimento giurisdizionale che riconosce l'esistenza dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari, evitando così che la libertà personale venga limitata con un atto della polizia giudiziaria, fuori dai casi di flagranza. Si potrebbe invero così scongiurare un potenzialmente "futile" passaggio carcerario, in quanto, all'esito del giudizio di convalida dell'arresto, il giudice potrebbe anche decidere di non convalidarlo o, comunque, di applicare misure non custodiali, in base ai principi di adeguatezza e proporzionalità che regolano la materia. Inoltre, con la richiesta ai sensi degli artt. 272 ss. c.p.p., effettuata dal pubblico ministero, il giudice del procedimento cautelare avrebbe la possibilità di vagliare il fenomeno oggetto di investigazione *undercover* nella sua interezza – non soltanto in via frammentaria – e, vertendosi quasi sempre nel contesto di reati plurisoggettivi, potrebbe ponderare compiutamente, tutte le posizioni degli indagati coinvolti nelle loro interconnessioni criminose.

⁴¹ In argomento, v. Cass., Sez., VI, 16 gennaio 2019, Danaj e altro, in www.italgiure.giustizia.it/sncass/, n. 7142; nonché Cass., Sez. VI, 12 dicembre 2006, Pugliese, in *C.E.D. Cass.*, n. 236208. In ogni caso, v. artt. 380, comma 2, c.p.p. e 230, comma 1, coord. Per l'udienza di convalida dell'arresto fuori dai casi di flagranza: v. art. 391, comma 5, seconda parte, c.p.p.

6. (Segue). *Il differimento nell'esecuzione dei provvedimenti di competenza del pubblico ministero*

Nelle stesse ipotesi previste dal comma 6 dell'art. 9 della citata l. 146/2006, il successivo comma 7 prevede che il pubblico ministero possa, con decreto motivato, ritardare il compimento di alcuni atti che rientrano nella sua sfera di attribuzioni.

Segnatamente, il differimento può riguardare «l'esecuzione dei provvedimenti che applicano una misura cautelare, del fermo dell'indiziato di delitto, dell'ordine di esecuzione di pene detentive o del sequestro».

Nei casi di urgenza, il ritardo dell'esecuzione dei provvedimenti *de quibus* può essere disposto anche oralmente, ma il relativo decreto deve essere emesso entro le successive quarantotto ore.

Il pubblico ministero «impartisce alla polizia giudiziaria le disposizioni necessarie al controllo degli sviluppi dell'attività criminosa».

Lo stesso pubblico ministero, ancora secondo la previsione del comma 7, avrà cura di comunicare i provvedimenti adottati all'autorità giudiziaria competente. Quest'ultima è da intendersi – in una prima ipotesi – come l'autorità del luogo in cui l'operazione deve concludersi. Così come è autorità giudiziaria competente anche quella del luogo attraverso il quale si prevede sia effettuato il transito (in uscita “dal territorio dello Stato” ovvero in entrata “nel territorio dello Stato”), delle cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere i delitti, nonché delle sostanze stupefacenti o psicotrope e dei c.d. “precursori di droghe”.

7. (Segue). *Le c.d. operazioni controllate*

Ulteriore e peculiare strumento investigativo, con il coinvolgimento dell'autorità giudicante, che per alcuni aspetti, attesa la sua connotazione, per così dire, “passiva”⁴² si ricollega alle omissioni e/o ai ritardi di atti di ufficio e che viene inserito a pieno titolo tra le

⁴² Consistente in una costante osservazione dell'attività illecita in atto, senza, quindi, che vi sia una partecipazione “attiva” degli agenti infiltrati all'evento, v. *supra*, par. 5.

tecniche speciali di investigazione⁴³, è quello delle c.d. operazioni controllate, previsto dal comma 6 *bis* del citato art. 9.

Il compimento di dette operazioni può essere richiesto dal pubblico ministero al giudice, che provvede con decreto motivato, nello specifico caso in cui si tratti di indagini riguardanti delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione, ai sensi dell'art. 630 c.p.

La richiesta del pubblico ministero può essere effettuata quando è necessario acquisire rilevanti elementi probatori ovvero per individuare o per catturare i presunti responsabili di quelle fattispecie delittuose. In queste ipotesi avviene una vera e propria simulazione del pagamento del riscatto, che dovrebbe essere consegnato nelle mani dei sequestratori da parte degli agenti infiltrati. Nonostante la norma in questione sembri essere mirata alla mera realizzazione di esigenze investigative, appare possibile sostenere che la finalità di questa specifica operazione controllata sia, in ogni caso, la tutela della libertà personale e dell'incolumità del soggetto passivo del reato di sequestro di persona.

Quanto al contenuto della richiesta rivolta al giudice, mette conto di riferire che il requirente può segnatamente domandare «che sia autorizzata la disposizione di beni, denaro o altra utilità per l'esecuzione di operazioni controllate per il pagamento del riscatto, indicandone le modalità». Il giudice dovrebbe quindi emanare un decreto a contenuto "complesso" in cui da un lato autorizza il pubblico ministero al compimento dell'atto e, sotto altro profilo, dispone le specifiche modalità della stessa operazione controllata.

Pare intravedersi un certo parallelismo con la disciplina delle intercettazioni in cui è prevista una analoga autorizzazione "preventiva" che il pubblico ministero chiede al giudice per il

⁴³ A livello sovranazionale è previsto che se «consentito dai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico interno, ciascuno Stato Parte (...) adotta le misure necessarie a consentire l'appropriato impiego della consegna controllata e, laddove ritenuto opportuno, l'impiego di altre tecniche speciali di investigazione, quali la sorveglianza elettronica o di altro tipo e le operazioni sotto copertura da parte delle autorità competenti sul suo territorio allo scopo di combattere efficacemente la criminalità organizzata». Cfr. art. 20, comma 1, Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, Palermo, 12 - 15 dicembre 2000. In argomento, v. pure gli spunti contenuti in Cass., Sez. IV, 11 ottobre 2019, Mandolesi, cit.

compimento di quella attività captativa. In quel contesto normativo è però contemplata una deroga non presente nell'ambito delle consegne controllate per il pagamento del riscatto: nei casi di urgenza, prima dell'autorizzazione del giudice, il pubblico ministero potrebbe adottare un decreto motivato che dispone l'intercettazione, che deve essere comunicato immediatamente o comunque entro le ventiquattro ore all'organo giudicante (art. 267, comma 2, c.p.p.⁴⁴). Sarebbe auspicabile, *de jure condendo*, che il legislatore consentisse espressamente una simile deroga nella disciplina del menzionato art. 9, comma 6 *bis*, della l. 146/2006. Proprio perché nelle consegne controllate, in quanto strumento investigativo speciale delle operazioni sotto copertura – che per loro natura sono basate sulla prontezza delle decisioni da assumere – il rischio del ritardo, quale causa del grave pregiudizio per le indagini, è ancor più preponderante.

Del resto, le consegne controllate non sono circoscritte al solo, pur delicato, ambito del pagamento del riscatto nelle ipotesi di sequestro di persona a scopo di estorsione. Basti pensare agli acquisti simulati di sostanze stupefacenti o psicotrope, la cui disciplina originariamente contenuta nell'art. 97 del d.P.R. 309/1990, è poi confluita, con l. 13 agosto 2010, n. 136, nello "statuto".

Occorre, inoltre, menzionare l'art. 14, l. 3 agosto 1998, n. 269, che per molti aspetti si affianca alla disciplina "generale" delle operazioni sotto copertura⁴⁵. In esso è prevista la possibilità per gli «ufficiali di polizia giudiziaria» delle strutture specializzate per la repressione dei delitti sessuali o per la tutela dei minori, ovvero di quelle istituite per il contrasto ai delitti di criminalità organizzata, di procedere nell'ambito delle operazioni disposte dal questore o dal responsabile di livello almeno provinciale dell'organismo di appartenenza e previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, all'acquisto simulato di materiale pornografico e alle relative attività di intermediazione (comma 1). L'atto di indagine in questione, quale forma di consegna

⁴⁴ La disposizione di cui al comma 2 dell'art. 267 c.p.p. è rimasta invariata nonostante la materia delle intercettazioni sia stata oggetto di un recente intervento novellistico, il quale, oltre al resto, ha invece interessato altri commi di quello stesso articolo. Si tratta della l. 28 febbraio 2020, n. 7, rubricata «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni», in *Gazz. Uff. – Serie Gen.*, 28 febbraio 2020, n. 50.

⁴⁵ Cfr. *supra*, note 7 e 13.

controllata, può essere autorizzato nei procedimenti per il contrasto ai delitti di prostituzione minorile, pornografia minorile e iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile. La norma in parola è stata emanata in un periodo storico in cui, senza dubbio alcuno, le abilità investigative (già sotto un profilo tecnologico) non erano paragonabili a quelle contemporanee, perseguendo il lodevole intento di essere stata concepita in chiave di tutela per determinate categorie di soggetti vulnerabili, quali persone offese di specifiche fattispecie delittuose a caratura sessuale.

Giova però rammentare che tali delitti, secondo l'inciso dell'art. 9, comma 1, lett. a) della l. 146/2006, rientrano comunque nel ventaglio delle tipologie di reato per le quali possono effettuarsi operazioni *undercover*: sono ivi previsti tutti i delitti contro la personalità individuale, quindi anche i delitti *lato sensu* sessuali. Ben potendo così gli operatori sotto copertura esercitare attività di contrasto verso i delitti a sfondo sessuale indicati nella l. 269/1998 non solo tramite le tecniche investigative previste nella stessa ma anche tramite la gamma più eterogenea di strumenti di indagine consentiti dalla disciplina contenuta nello "statuto"⁴⁶.

Sezione II L'utilizzo processuale delle attività "sotto copertura"

8. La verbalizzazione delle attività di indagine compiute

Si è già accennato che l'art. 9, comma 1 *bis*, dello "statuto" prevede che le attività sotto copertura debbano avvenire «in attuazione di

⁴⁶ Il legislatore ha peraltro inteso disciplinare alcuni aspetti delle operazioni sotto copertura nel solo "statuto". Si pensi all'art. 14, comma 4, l. 269/1998 – abrogato, appunto, dalla l. 146/2006 – il quale prevedeva che i beni o i materiali sequestrati a seguito dell'applicazione di quella stessa legge potessero essere utilizzati a richiesta della polizia giudiziaria ma solo per le attività di contrasto ai delitti sessuali ivi indicati. Nell'art. 9 della l. 146/2006 sono ora contenute due disposizioni di analogo tenore letterale. In una è previsto – in via generale – che l'autorità giudiziaria possa affidare il materiale o i beni sequestrati in custodia giudiziale, con facoltà d'uso, agli organi di polizia giudiziaria che ne facciano richiesta (comma 9). Nell'altra è previsto che i beni informatici o telematici confiscati in quanto utilizzati per la commissione di delitti contro la personalità individuale vengano assegnati agli organi di polizia giudiziaria che ne abbiano avuto l'uso ai sensi del comma 9 (comma 9 *bis*).

operazioni autorizzate e documentate»⁴⁷, ai fini dell'applicazione della causa di giustificazione per gli agenti coinvolti.

Inoltre, le «comunicazioni» che riguardano tutte le operazioni sotto copertura in senso lato, quelle che riguardano le omissioni e/o i ritardi nel compimento di atti di competenza dell'organo amministrativo, quelle che riguardano le c.d. operazioni controllate (commi 4, 6 e 6 *bis* della citata l. 146/2006) nonché i provvedimenti di differimento adottati dal pubblico ministero (ai sensi del comma 7), sono senza ritardo trasmesse, a cura del medesimo pubblico ministero, al procuratore generale presso la Corte d'appello. Per i delitti indicati all'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p., la «comunicazione» è trasmessa al procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo (comma 8).

In specie, si è pure visto che nei casi di ritardo o differimento di atti di loro competenza, «gli ufficiali di polizia giudiziaria» debbano dare «immediato avviso, anche oralmente, al pubblico ministero», trasmettendo, però, a quest'ultimo «motivato rapporto entro le successive quarantotto ore».

Nel silenzio della legislazione speciale occorrerebbe chiedersi quale tipo di atto, in concreto, debba essere redatto dagli organi di polizia giudiziaria.

Per quanto specificamente qui di interesse, l'art. 357, comma 1, c.p.p. prevede che la polizia giudiziaria annoti, secondo le modalità ritenute idonee ai fini delle indagini, anche sommariamente, «tutte le attività svolte», anche quelle dirette alla individuazione delle fonti di prova.

E l'art. 115, comma 1 *bis*, disp. att., dal suo canto, prevede che le annotazioni in questione, quando riguardino operazioni sotto copertura contengano «le generalità di copertura utilizzate nell'operazione».

Pertanto, pare possibile affermare che qualunque tipo di attività espletata durante le indagini preliminari, anche quella che potrebbe sembrare di minima importanza, dovrebbe comunque essere verbalizzata tramite «annotazioni». Si pensi agli «atti a contenuto semplice o di limitata rilevanza» (cfr. art. 373, comma 3 e, comunque, la disciplina di cui all'art. 357, comma 1, c.p.p.).

Questi atti dovranno poi essere trasmessi dalla polizia giudiziaria al pubblico ministero per il di più a praticarsi.

⁴⁷ V. *supra*, par. 2.

La tematica della verbalizzazione degli atti della polizia giudiziaria – specie nel delicato settore delle investigazioni *undercover* – non dovrebbe essere trascurata.

Se si concorda con l'assunto che le attività sotto copertura possono essere finalizzate anche alla acquisizione della notizia di reato⁴⁸, pare implicitamente riconoscersi una qualche funzione di "polizia amministrativa" e non solo "giudiziaria" agli agenti infiltrati durante l'espletamento delle attività *de quibus*.

Ci si potrebbe pure chiedere, sotto altro verso, se durante le attività a carattere "preventivo" dovessero emergere «indizi di reato», per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale, gli agenti sotto copertura debbano applicare il codice di procedura penale, ricoprendo le vesti di polizia giudiziaria (art. 220 coord.).

Senza poi tralasciare che la qualifica di "polizia di sicurezza" imporrebbe anche agli agenti sotto copertura di redigere la c.d. «relazione di servizio» (prevista dagli artt. 36 e 37 del r.d. 31 agosto 1907, n. 690).

Si tratta di un atto che ha rilevanza interna nel corpo di appartenenza, destinato al dirigente dell'ufficio, al quale viene riferito tutto quanto è emerso durante il servizio. L'atto dovrebbe svolgere quindi una funzione tipica di pubblica sicurezza. Ma nella prassi, avallata da taluna giurisprudenza, fino ad un recente passato, si era consolidata la tendenza a inviare l'atto in questione anche al pubblico ministero. Tale atto poi, veniva considerato irripetibile e confluiva nel fascicolo per il dibattimento⁴⁹, ai sensi dell'art. 431, comma 1, lett. b), c.p.p.

Sul punto è in seguito intervenuta la Cassazione a Sezioni Unite⁵⁰, la quale ha chiarito che per stabilire il carattere "non ripetibile" dell'atto occorre valutarne il contenuto.

La relazione di servizio è "atto ripetibile" quando rappresenta una mera attività di constatazione e osservazione che è riproducibile genuinamente mediante la narrazione del verbalizzante. In questa categoria, rientrerebbero, ad esempio, quelle relazioni di servizio che

⁴⁸ Cass., Sez. II, 28 maggio 2008, Cuzzucoli e altri, cit.

⁴⁹ Così, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 20ª ed., Giuffrè, Milano, 2019, 549.

⁵⁰ Cass. Sez. Un., 18 dicembre 2006, in *Guida dir.*, 2/2007, 78 ss.

sono volte a descrivere un pedinamento, la presenza di persone in un luogo, la stessa notizia di reato.

La relazione di servizio è invece atto “non ripetibile” quando rappresenta fatti, persone o cose che sono soggette a mutamento o quando le circostanze riferite non sono riproducibili mediante la narrazione ad opera del verbalizzante. Una relazione di tal contenuto potrà poi confluire nel fascicolo per il dibattimento soltanto se in possesso di tutti i requisiti, richiesti a pena di nullità, per il verbale *ex art.* 142 c.p.p.

In quest’ultima categoria invece rientrano, a titolo esemplificativo, quelle relazioni di servizio che rappresentano l’arresto di uno spacciatore, descrivendo il quantitativo di sostanze stupefacenti sequestrate; oppure i rilievi fotografici, audiovisivi o fonografici⁵¹.

9. (Segue). *L’utilizzabilità delle dichiarazioni rese dall’indagato (o da altre persone) all’agente “sotto copertura”*

Con riferimento a quelle relazioni di servizio che possono contenere rilievi audiovisivi o fonografici, perplessità sono state espresse in dottrina, che ha ben evidenziato come il contenuto di esse (che confluirebbe nel fascicolo per il dibattimento) possa riguardare dichiarazioni dell’indagato assunte in violazione delle regole di acquisizione probatoria⁵².

Pertanto, il documento fonografico o audiovisivo sarebbe pienamente utilizzabile nella misura in cui sia garantito il rispetto delle garanzie difensive della persona sottoposta alle indagini o dell’imputato. Non sarebbe però utilizzabile come prova nel dibattimento quella registrazione fonografica o audiovisiva effettuata clandestinamente da personale della polizia giudiziaria e rappresentativa di colloqui intercorsi tra la stessa polizia giudiziaria ed altri soggetti (quali confidenti o persone informate dei fatti o indagati), perché in netto contrasto con specifici divieti probatori.

L’argomento *de quo* era, peraltro, stato oggetto di una serie di contrasti tra diverse Sezioni della Suprema Corte. Contrasti, questi, che

⁵¹ V. ancora P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 549.

⁵² G. CAROFIGLIO – A. SUSCA, *La testimonianza dell’ufficiale e dell’agente di polizia giudiziaria*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2005, 150.

sia pure definiti, a posteriori, come «non massicci e radicali, forse perché le soluzioni di volta in volta fornite non sempre sono riconducibili ad un medesimo principio, ma risentono piuttosto del condizionamento riveniente dalla contingenza del singolo caso concreto»⁵³, meritavano comunque un intervento risolutivo.

Le Sezioni Unite, investite della questione dalla sesta sezione della Cassazione, hanno invero avuto modo di chiarire che la registrazione effettuata dalla polizia giudiziaria di dichiarazioni, conversazioni, colloqui non è utilizzabile processualmente tutte le volte che violi il divieto di testimonianza posto dagli artt. 62 e 195, comma 4, c.p.p., relativo alla ricezione di dichiarazioni indizianti rese, senza il rispetto delle garanzie difensive, dalla persona sottoposta alle indagini o dall'imputato (art. 63 c.p.p.), nonché concernente le dichiarazioni dei c.d. "confidenti" della polizia e dei servizi di sicurezza (art. 203 c.p.p.). Ciò, in quanto, sempre secondo le Sezioni Unite, la spendibilità processuale delle registrazioni clandestine si basa sulla pertinenza del documento fonico alla rappresentazione di notizie (aventi ad oggetto il contenuto del colloquio) che ben possano essere introdotte nel processo attraverso la testimonianza del partecipe implicato nella registrazione⁵⁴.

Tali atti, quindi, pur non essendo utilizzabili in dibattimento, saranno tutt'al più inquadrabili nel contesto delle dichiarazioni indizianti e potranno senz'altro costituire spunto per ulteriori indagini, i cui esiti investigativi saranno invece pienamente utilizzabili⁵⁵.

10. La veste processuale dell'agente "sotto copertura"

Si è già fatto cenno⁵⁶, all'eventualità che durante la formazione del fascicolo per il dibattimento, una determinata relazione di servizio possa essere valutata dal giudice quale "atto ripetibile" e quindi non rientrare nella categoria degli atti che tassativamente devono essere

⁵³ Cass. Sez. Un., 24 settembre 2003, Torcasio e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 225469.

⁵⁴ Ancora, Cass. Sez. Un., 24 settembre 2003, Torcasio e altro, cit.

⁵⁵ In argomento, E. ANDOLINA, *sub* art. 63, in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, (a cura di) G. ILLUMINATI e L. GIULIANI, 3^a ed., CEDAM, Padova, 2020, 227.

⁵⁶ V. *supra*, par. 8.

«raccolti» in quel fascicolo, ai sensi dell'art. 431, comma 1, lett. b), c.p.p.⁵⁷.

Posto che la formazione del fascicolo per il dibattimento avviene nel contraddittorio tra le parti, se queste ultime non raggiungono una scelta concorde, che si concretizzi nell'acquisizione di un atto⁵⁸ "ripetibile", l'atto stesso potrebbe non confluire in quel fascicolo.

In questa evenienza, non parrebbe peregrino chiedersi se l'agente sotto copertura possa essere chiamato a rendere la propria deposizione in dibattimento, sui fatti appresi durante le indagini, assumendo quindi la veste di testimone.

Pertanto, non appare molto convincente la tesi secondo cui la testimonianza dell'agente dovrebbe essere ancorata ad una sua iscrizione nominale nel registro delle notizie di reato, per il rispetto di un preciso obbligo del pubblico ministero⁵⁹.

Ragioni di segno contrario possono cogliersi da una lettura complessiva della disciplina delle investigazioni sotto copertura.

Se un agente, durante l'attività *undercover*, ha rispettato le prescrizioni contenute nell'art. 9 della menzionata l. 146/2006 non sarebbe a questi attribuibile alcun reato suscettibile di iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., per la presenza della speciale causa di non punibilità che si affianca a quella di cui all'art. 51 c.p., entrambe previste dalla norma.

Del resto, non apparirebbe davvero consono, già sotto un profilo umano⁶⁰, attribuire la veste di persona sottoposta alle indagini proprio a chi, magari in gran parte, in quel procedimento – sotto la costante supervisione del magistrato requirente, ha fornito il proprio contributo all'attività investigativa.

E ciò non apparirebbe di certo giustificabile neppure considerando l'iscrizione nel registro delle notizie di reato come un mero espediente.

⁵⁷ Sulla tassatività dell'elencazione degli atti da inserire nel fascicolo del dibattimento, v. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 657 s.

⁵⁸ Cfr. G. GARUTI, in AA.VV., *Procedura penale*, (a cura di) O. DOMINIONI e altri, 7^a ed., Giappichelli, Torino, 2019, 511 ss.

⁵⁹ Descrive questo dibattito: GIUS. AMATO, *Le operazioni simulate. Se l'agente provocatore entra nel processo*, in *Gnosis – Rivista italiana di intelligence*, 2/2007, 1.

⁶⁰ La mente torna a quanto egregiamente sostenuto oltre 250 anni fa: «non tremi ad ogni proposizione che sostenga gl'interessi dell'umanità», così, testualmente, C. BECCARIA, *A chi legge*, in *Dei delitti e delle pene*, (a cura di) F. VENTURI, Einaudi, Torino, 2014, 6.

Sul piano prettamente processuale poi, in simili circostanze, una testimonianza dell'agente *undercover* difficilmente potrebbe essere ammessa, in quanto opererebbe l'incompatibilità prevista dall'art. 197, comma 1, lett. *a*), c.p.p., salvo che non sia stata pronunciata sentenza irrevocabile nei di lui confronti⁶¹.

Si creerebbe così un meccanismo fin troppo articolato e forse contrario allo spirito della norma. Non si ritiene quindi che l'ingresso sulla scena processuale dell'agente sotto copertura possa avvenire in qualità di imputato da escutere con l'esame in dibattimento.

Diverso discorso, in punto, potrebbe essere effettuato con riguardo alla possibilità che un agente sotto copertura possa assumere la qualifica di "mero" testimone.

Molto più opportunamente, si potrebbe focalizzare l'attenzione sulla connotazione potenzialmente "ibrida" dell'agente sotto copertura, potendo egli rivestire la duplice, ma alternativa, qualifica di polizia amministrativa oppure di polizia giudiziaria. Ciò, invero, potrebbe avere inevitabili implicazioni sulla possibilità che questi possa rendere la propria testimonianza all'interno del processo.

Occorre, in ogni caso, avere riguardo al contenuto della testimonianza che l'agente dovrebbe rendere.

In primo luogo, qualora l'agente sotto copertura avesse compiuto atti di polizia giudiziaria non potrebbe rendere testimonianza sulle dichiarazioni rese dall'indagato o dall'imputato, stante l'esplicito divieto previsto dall'art. 62 c.p.p.⁶².

Su altro fronte, è noto, come l'art. 195, comma 4 c.p.p., preveda che ufficiali e agenti di polizia giudiziaria non possano deporre sul contenuto di dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità previste dagli artt. 351 c.p.p. (sommarie informazioni da persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini) e 357, comma 2, lett. *a*) e lett. *b*) c.p.p. (denunce, querele, istanze presentate oralmente, sommarie informazioni rese e dichiarazioni spontanee ricevute dall'indagato).

Sul punto è peraltro intervenuta la Corte costituzionale, la quale ha utilizzato la tipica formula della sentenza interpretativa di

⁶¹ Cfr. Cass., Sez. I, 18 ottobre 2005, Sberna, in *C.E.D. Cass.*, n. 232448.

⁶² Sulla possibilità che l'agente provocatore, in quanto organo amministrativo, possa rendere testimonianza su quanto appreso da parte dell'imputato, v. E. ANDOLINA, *sub* art. 62, in *AA.VV., Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., 222.

accoglimento per censurare il principio di diritto – formatosi in giurisprudenza di legittimità – secondo cui le dichiarazioni di testimoni ricevute e non verbalizzate da parte di ufficiali di polizia giudiziaria potevano essere oggetto di testimonianza indiretta⁶³.

Secondo il Giudice delle leggi è irragionevole e, nel contempo, indirettamente lesivo del diritto di difesa e dei principi del giusto processo ritenere che la testimonianza *de relato* possa essere utilizzata qualora si riferisca a dichiarazioni rese con modalità non rispettose delle disposizioni degli artt. 351 e 357, comma 2, lett. a) e lett. b), c.p.p., pur sussistendo le condizioni per la loro applicazione, mentre non lo sia qualora la dichiarazione sia stata ritualmente assunta e verbalizzata.

Così operando, secondo la Corte, «[s]i finirebbe per dare rilievo processuale – anche decisivo – (...) ad atti processuali compiuti eludendo obblighi di legge, mentre sarebbero in parte inutilizzabili quelli posti in essere rispettandoli».

Occorrerebbe allora trovare una strada percorribile per consentire la testimonianza dell'agente sotto copertura.

Una soluzione potrebbe essere riscontrabile nell'orientamento che considera ammissibile la testimonianza dell'agente sotto copertura, anche su quanto appreso dall'imputato o da altre persone nel corso dell'investigazione, che nell'ambito dell'operazione svolta, si sia limitato a ricoprire il ruolo di mero soggetto "partecipante all'azione"⁶⁴.

Così argomentando, al contrario, non sarebbe ammissibile la testimonianza dell'agente sotto copertura che in quella specifica indagine abbia ricoperto le vesti di ufficiale di polizia giudiziaria, con i poteri autoritativi e certificatori connessi a quella qualifica.

Seguendo questa impostazione potrebbe così essere consentito all'agente sotto copertura di riferire in dibattimento sia sulle

⁶³ Secondo la Consulta l'art. 195, comma 4, c.p.p., è da ritenersi costituzionalmente illegittimo «ove interpretato nel senso che gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono essere chiamati a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese dai testimoni soltanto se acquisite con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lettere a) e b), cod. proc. pen., e non anche nel caso in cui, pur ricorrendone le condizioni, tali modalità non siano state osservate». Così, Corte cost., 29 luglio 2008, n. 305, in *Guida dir.*, 38/2008, 87.

⁶⁴ Cfr. Cass., Sez. III, 10 marzo 2017, M. L., cit.; Cass., Sez. III, 9 maggio 2013, Jendoubi e altro, cit.; Cass., Sez. II, 28 maggio 2008, Cuzzucoli e altri, cit.; Cass., Sez. VI, 5 dicembre 2006, Ani ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 235590; Cass., Sez. IV, 30 novembre 2004, Meta, *ivi*, n. 230720; Cass., Sez. IV, 29 maggio 2001, Tomassini e altri, *ivi*, n. 220263.

dichiarazioni dell'indagato/imputato sia su quanto appreso dai soggetti diversi da quest'ultimo.

Discorso analogo potrebbe effettuarsi per il caso in cui una relazione di servizio, magari peculiare sotto il profilo contenutistico, venga, per così dire, "espunta" dal materiale conoscitivo del giudice; ben potendo, l'agente sotto copertura che l'aveva redatta (ed operante nelle vesti di polizia amministrativa), riferirne il contenuto, rendendo la propria testimonianza davanti all'organo giudicante.

11. (Segue). *La testimonianza dell'agente "sotto copertura": tra esigenze di tutela dell'identità del dichiarante e garanzie nella formazione della prova*

Come è noto, nell'istruzione dibattimentale, prima che l'esame abbia inizio, il presidente avverte il testimone dell'obbligo di dire la verità, delle conseguenze penali previste dalla legge per i testimoni falsi o reticenti e, dopo averlo invitato a rendere la dichiarazione nella quale questi si impegna a dire tutta la verità e a non nascondere nulla di quanto è a sua conoscenza, lo invita a fornire le proprie generalità (art. 497, comma 2, c.p.p.).

Tuttavia, per determinati soggetti che devono rendere la propria testimonianza è prevista una particolarità proprio con riguardo alle loro generalità.

Ed invero, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, anche appartenenti ad organismi di polizia esteri, i dipendenti dei servizi di informazione per la sicurezza, gli ausiliari, nonché le interposte persone, chiamati a deporre, in ogni stato e grado del procedimento, in ordine alle attività svolte sotto copertura ai sensi dell'art. 9, l. 146/2006, e della l. 124/2007, quando sono invitati a fornire le proprie generalità, indicano quelle di copertura utilizzate nel corso delle attività medesime (art. 497, comma 2 *bis*, c.p.p.)⁶⁵.

La disciplina *de qua* si pone in coordinamento sistematico con quella di cui all'art. 147 *bis* disp. att. che prevede, dettagliatamente,

⁶⁵ Pare possibile, peraltro, segnalare che la disposizione appena menzionata non è prevista a pena di nullità (cfr. art 497, comma 3, c.p.p.). Infatti, la sola inosservanza delle disposizioni inerenti al comma 2 dell'art. 497 c.p.p., di cui si deve dar conto nel verbale *ex art.* 510, determina la nullità della testimonianza, cfr. L. SURACI, *L'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, vol. II, (a cura di) A. MARANDOLA, UTET, Torino, 2015, 1171.

specifiche modalità di svolgimento dell'esame degli operatori sotto copertura⁶⁶, consentendo, oltre al resto, che il loro volto non sia reso visibile o che comunque l'esame possa avvenire a distanza mediante collegamento audiovisivo.

Questa forma di tutela appare, in un certo qual senso, ben comprensibile.

L'agente, *lato sensu* inteso, si è infiltrato nel tessuto di sodalizi criminali, finendo per compromettere la loro attività illecita. Le consorterie dedite a delinquere, per come tristemente noto, sono molto ben organizzate e potrebbero azionare dei meccanismi di ritorsione nei riguardi di chi materialmente ha proceduto all'operazione sotto copertura.

Il vantaggio dell'anonimato, poi, consentirebbe anche di poter proseguire ulteriori e parallele investigazioni ancora in corso, i cui esiti potrebbero invece essere compromessi qualora siano rese note le generalità – e, di certo, la fisionomia stessa – dell'agente infiltrato.

Pare quindi che si tratti di una precisa scelta del legislatore, che in ottica di bilanciamento tra contrapposti interessi ha inteso privilegiare – con la c.d. “testimonianza anonima” – la tutela dell'incolumità del dichiarante comprimendo, però, la piena attuazione del diritto di difesa⁶⁷.

Nell'ottica di rafforzamento della protezione dell'identità degli agenti *undercover*, il comma 11 dell'art. 9 della l. 146/2006 (così come modificato dalla citata l. 136/2010) prevede anche una disposizione di carattere sostanziale che punisce con la reclusione da due a sei anni, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque indebitamente riveli ovvero divulghi i nomi degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria che effettuano le operazioni sotto copertura.

Talune perplessità potrebbero sorgere relativamente alla facoltà riservata al pubblico ministero precedente di conoscere il nominativo dell'ufficiale di polizia giudiziaria responsabile dell'operazione, nonché quelli degli eventuali ausiliari e interposte persone impiegati⁶⁸; mentre ciò sarebbe precluso al giudice e alle parti private. Queste peculiarità

⁶⁶ La norma riguarda anche altre peculiari categorie di testimoni: collaboratori di giustizia e imputati di reato connesso.

⁶⁷ Su questi profili, v. P. MOSCARINI, *sub* art. 497, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, (a cura di) A. GIARDA e G. SPANGHER, tomo II, 5^a ed., IPSOA, Assago, 2017, p. 2331.

⁶⁸ Lo si è già accennato *supra*, par. 4 – *ex* art. 9, comma 4, della citata l. 146/2006.

processuali, volte a proteggere l'identità dell'agente durante l'esame testimoniale, potrebbero collidere con specifiche garanzie di caratura costituzionale, quali il principio di parità tra accusa e difesa (art. 111, comma II, Cost.) ed il diritto dell'imputato di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico (art. 111, comma III, Cost.).

In ogni caso, la disciplina pare applicabile in ogni contesto in cui l'operatore sotto copertura sia chiamato a rendere dichiarazioni: «chiamati a deporre, in ogni stato e grado del procedimento», precisa la norma di cui all'art. 497, comma 2 *bis*, c.p.p.⁶⁹.

Ulteriori criticità sono poi riscontrabili nel fatto che "l'anonimato sostanziale"⁷⁰ del testimone potrebbe compromettere l'efficacia del controesame, impedendo al difensore di dimostrare la scarsa credibilità del dichiarante magari alla luce di eventuali legami personali o di ulteriori vicende che lo hanno visto coinvolto.

12. Le patologie connesse all'acquisizione degli elementi di prova

A questo punto, dopo aver analizzato alcuni tratti dell'utilizzo processuale dell'attività *undercover*, sia pur senza alcuna pretesa di esaustività, parrebbe interessante occuparsi di un ultimo profilo, che riguarda le problematiche connesse alle prove illegittimamente acquisite.

Secondo il principio di legalità della prova il giudice può basare la propria decisione soltanto su materiale conoscitivo raccolto nel rispetto delle regole di acquisizione probatoria. Qualora sussista una violazione del principio in questione conseguirà una "contromisura sanzionatoria" da parte dell'ordinamento: l'atto sarà considerato invalido nel suo contenuto probatorio e perciò solo non potrà essere in alcun modo utilizzato dal giudicante per decidere.

In argomento parrebbe opportuno prendere le mosse dall'art. 191, comma 1, c.p.p. il quale stabilisce che le prove acquisite in violazione

⁶⁹ Cfr. C. GABRIELLI, *sub* art. 497, in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., 2456.

⁷⁰ In quanto «(...) le generalità di copertura vengono comunque fornite», così, A. ZAPPULLA, *Modifiche alla disciplina in materia di operazioni sotto copertura*, in *Legisl. pen.*, 4/2010, 457.

dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. Tale tipo di inutilizzabilità può essere definito “generale” in quanto la previsione in parola ha delineato un regime normativo che esclude, appunto, in via generale, l’utilizzabilità delle prove acquisite in violazione di uno specifico divieto probatorio. Pertanto, anche quando le norme di parte speciale non prevedono espressamente alcuna sanzione, l’inutilizzabilità può desumersi dall’art. 191, comma 1, c.p.p. là dove siano configurabili veri e propri divieti probatori⁷¹.

Così come è dato riscontrare delle ipotesi di “inutilizzabilità speciale” previste, invece, da specifiche disposizioni del codice di rito⁷².

Inoltre, pare opportuno far cenno delle ipotesi di “inutilizzabilità assoluta” e di quelle di “inutilizzabilità relativa”.

Si ha “inutilizzabilità assoluta” quando l’atto è inservibile nei riguardi di qualsiasi soggetto ed in relazione a qualunque tipo di

⁷¹ Cfr. *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale*, in *Gazz. Uff. – Serie Gen.*, 24 ottobre 1988, n. 250, 61. I c.d. “divieti probatori” non sono soltanto quelli espressamente previsti dall’ordinamento processuale come accade, ad esempio, nei casi indicati dagli artt. 197 e 234 comma 3, c.p.p. – e cioè in materia di incompatibilità a testimoniare o in relazione all’impossibilità giuridica di acquisire atti il cui contenuto faccia riferimento alle “voci correnti nel pubblico” –, ma possono anche essere desumibili dall’ordinamento, e ciò accade tutte le volte in cui i divieti in materia probatoria non siano dissociabili dai presupposti normativi che condizionano la legittimità intrinseca del procedimento formativo o acquisitivo della prova (Cfr. Cass. Sez. I, 14 ottobre 2015, Binni, in www.itagiure.giustizia.it/sncass/, n. 5758; nonché Cass. Sez. Un., 27 marzo 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 11/1996, 3268).

⁷² A titolo esemplificativo potrebbe menzionarsi la disciplina contenuta nell’art. 240, comma 1, c.p.p., che prevede l’inutilizzabilità dei documenti che contengono dichiarazioni anonime, salvo che i documenti anonimi in questione costituiscano corpo del reato o provengano comunque dall’imputato. Nella categoria delle “inutilizzabilità speciali” rientrerebbero anche gli specifici divieti di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni qualora: a) siano eseguite fuori dai casi consentiti dalla legge; b) siano avvenute senza l’osservanza delle disposizioni previste dagli artt. 267 e 268, commi 1 e 3, c.p.p.; c) riguardino persone tenute al segreto quando abbiano ad oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, della loro professione, o del loro ufficio, salvo che le persone in questione abbiano depresso proprio sui fatti coperti da segreto o li abbiano in altro modo divulgati (art. 271 c.p.p.). Peraltro, il d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 ha inserito nel corpo dell’art. 271 c.p.p. un comma 1 *bis* secondo cui non sono, in ogni caso, utilizzabili i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all’inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile e i dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo.

decisione⁷³. Sotto altro profilo, si è in presenza di una “inutilizzabilità relativa” qualora il regime giuridico operi con specifico riguardo a determinate categorie di soggetti oppure a determinate categorie di provvedimenti⁷⁴.

Ulteriore distinzione di particolare interesse è quella tra “inutilizzabilità fisiologica” e “inutilizzabilità patologica”.

Con l’espressione “inutilizzabilità fisiologica” si indica la “inidoneità” di un atto a contenuto cognitivo «a formare la prova dibattimentale» ovvero anche l’impossibilità di impiegare «un atto delle indagini preliminari in sede probatoria»⁷⁵. Essa è considerata il più importante “precipitato tecnico” del principio di separazione delle fasi processuali: gli atti pur validamente formati non possono essere utilizzati per la decisione finale perché acquisiti senza un pieno contraddittorio (art. 526, comma 1, c.p.p.)⁷⁶.

Per “patologica” si intende invece l’inutilizzabilità «attinente a un vizio intrinseco dell’atto». Si tratta quindi di quelle prove acquisite in violazione di divieti stabiliti dalla legge (art. 191 c.p.p.)⁷⁷.

Il fondamento della disciplina delle inutilizzabilità *ex art. 191 c.p.p.* non si basa soltanto su ragioni di matrice etica – quindi sulla volontà dell’ordinamento di impedire che atti illeciti assumano valore probatorio – quanto sulla salvaguardia dell’ordine politico-costituzionale, poiché l’effettività della tutela dei principi fondamentali che più facilmente vengono lesi in caso di assunzione di prova in

⁷³ Sul punto, v. C. CONTI, *L’inutilizzabilità*, in AA. VV., *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, (a cura di) A. MARANDOLA, UTET, Torino, 2015, 106 ss.

⁷⁴ Un caso di “inutilizzabilità relativa” di “tipo soggettivo” può riscontrarsi nell’art. 63 c.p.p. il quale sancisce che le dichiarazioni indizianti non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese. Invece, è possibile riscontrare una ipotesi di “inutilizzabilità relativa” di “tipo oggettivo” nell’art. 360, comma 5, c.p.p. La disposizione *de qua* prevede l’inutilizzabilità dell’accertamento tecnico irripetibile in dibattimento – qualora il requirente, malgrado l’espressa riserva formulata dall’indagato di procedere con incidente probatorio e nei casi in cui tale differimento sia possibile, disponga ugualmente di procedere agli accertamenti –, mentre tale atto sarà, invece, utilizzabile nei procedimenti speciali quali il rito abbreviato e il patteggiamento (cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 215).

⁷⁵ D. CHINNICI, *L’inutilizzabilità della prova, tra punti fermi e profili controversi*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2014, 892.

⁷⁶ C. CONTI, *L’inutilizzabilità*, cit., 100 ss.

⁷⁷ E. AMODIO, *Fascicolo processuale e inutilizzabilità degli atti*, in AA.VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Giuffrè, Milano, 1990, 172.

2/2020

violazione di un divieto, riposa nel negare ogni utilizzabilità a quanto venga così acquisito. Soltanto applicando il divieto di utilizzabilità si disincentiveranno quelle pratiche di acquisizione della prova con modalità illegali (e talora anche illecite), che violano i diritti costituzionali a cui presidio sono appunto posti i divieti rinvenibili nel codice di rito e nelle norme speciali⁷⁸.

Quanto appena affermato trova applicazione proprio nel contesto delle operazioni sotto copertura: l'art. 9 della l. 146/2006 delimitando l'attività degli agenti «al solo fine di ricercare elementi di prova» la inserisce nell'ambito delle indagini preliminari, con la conseguenza che essa dovrà quindi avvenire nel pieno rispetto delle regole di acquisizione degli elementi di prova previste in quella fase⁷⁹.

Occorrerebbe allora chiedersi se eventuali comportamenti istigatori dell'agente sotto copertura, posti in essere nei riguardi dell'indagato, durante la raccolta degli elementi di prova, possano o meno pregiudicare l'utilizzo processuale di quello specifico atto a contenuto probatorio. Quindi valutare se un atto assunto con queste modalità possa essere soggetto alla sanzione processuale dell'inutilizzabilità ("patologica") di cui all'art. 191, comma 1, c.p.p. per il suo vizio "intrinseco".

Sul punto, proprio di recente, è intervenuta la giurisprudenza di legittimità che ha ben chiarito come la condotta dell'agente possa incidere non già e non solo sulla di lui penale responsabilità ma anche sulla sorte legata all'utilizzo processuale del materiale probatorio acquisito tramite quello stesso contegno operativo.

E così, secondo la Corte, quando la condotta dell'agente provocatore non si inserisca con rilevanza causale nell'*iter criminis* ma intervenga in modo indiretto e marginale, è applicabile la scriminante dell'adempimento del dovere⁸⁰; qualora, invece, la condotta del provocatore assuma una rilevanza causale nel fatto commesso dal provocato, nel quale venga suscitato un intento delittuoso prima inesistente, la scriminante non trova applicazione e tale condotta rende l'intero procedimento suscettibile di un giudizio di non equità ai

⁷⁸ Cfr. G.i.p. presso Trib. Lecce, ord. 3 ottobre 2017, Y. N., in *Gazz. Uff., Serie Spec. – Corte cost.*, 7 febbraio 2018, n. 6.

⁷⁹ Sulle modalità di acquisizione degli elementi di prova, v. *supra*, par. 4.

⁸⁰ Cass., Sez. III, 9 maggio 2013, Jendoubi e altro, cit.

sensi dell'art. 6 C.E.D.U. producendo, quale ulteriore conseguenza, l'inutilizzabilità della prova acquisita⁸¹.

Argomentando in questi termini, parrebbe giuridicamente corretto quel contegno dell'agente sotto copertura che si sia limitato a disvelare un'intenzione criminosa già esistente nell'imputato – anche se allo stato latente – senza però averla in lui determinata in modo essenziale, fornendogli soltanto l'occasione per concretizzarla.

E così, avviandoci ormai alla conclusione, pare possibile sostenere che gli elementi di prova raccolti possano trovare ingresso nel dibattimento, e quindi essere utilizzati dal giudice per la decisione, soltanto qualora l'agente abbia assunto una posizione di minimo rilievo rispetto alla realizzazione dell'illecito, cioè non si sia spinto al punto da cagionare, con rilevanza causale, l'evento criminoso. Detto evento non sarà sollecitato dall'agente sotto copertura ma sarà, piuttosto, riconducibile, nell'ideazione e nella realizzazione, alla volontà del solo indagato.

⁸¹ Così, Cass., Sez. III, 15 dicembre 2017, De Benedectis, in *www.italgiure.giustizia.it/sncass/*, n. 56037; conformi: Cass., Sez. III, 7 febbraio 2014, in C.E.D. Cass., n. 260081, Cass., Sez. III, 9 maggio 2013, Jendoubi e altro, cit. nonché Cass., Sez. III, 10 gennaio 2013, L. G., in *Dir. pen. proc.*, 5/2013, 561 ss., con nota di B. PIATTOLI, *Agenti provocatori, indagini "undercover" e diritto alla prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di internazionalizzazione*. In argomento, v. pure Cass., Sez. II, 28 maggio 2008, Cuzzucoli e altri, cit. Sul versante della giurisprudenza sovranazionale v. Corte Edu, sent. 13 settembre 2016, Ibrahim e altri c. Regno Unito di Inghilterra, cit.; Corte Edu, sent. 9 giugno 1998, Teixeira De Castro c. Portogallo, cit.