



UNIVERSITÀ
LUM

Jean Monnet

Collana dell'Università LUM JEAN MONNET
Casamassima (Bari)

SERIE GIURIDICA

17

Nicoletta Ventura

LE INVESTIGAZIONI UNDER COVER DELLA POLIZIA GIUDIZIARIA

CAPITOLO SECONDO

LE PROBLEMATICHE PROCEDURALI

Sommario: 1. I fondamenti del problema della procedibilità nei confronti dell'ufficiale di polizia sotto copertura. 2. Segue. Dal superamento della tradizionale prospettiva speculativa all'approccio processualpenalistico: evoluzione dello stato e del metodo dell'elaborazione. 3. Lo status endoprocedimentale del cosiddetto "agente provocatore", analisi esegetico-sistemica. Possibili soluzioni. 4. Agente *under cover* e ufficio di testimone: criteri di individuazione del regime testimoniale. 5. L'utilizzabilità endoprocedurale degli elementi di prova acquisiti dell'agente *under cover*. 6. Segue. Il compasso problema dell'identità dell'ufficiale *under cover*. Proposte *de iure condendo*. Profili comparatistici. 7. Segue. L'utilizzazione della relazione di servizio. 8. Azione investigativa sotto copertura e principi del "giusto" processo penale: esiti della mediazione legislativa. 9. Segue. La posizione processuale del "provocatore" nel "giusto" processo penale. 10. Segue. Le indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo.

1. I fondamenti del problema della procedibilità nei confronti dell'ufficiale di polizia sotto copertura.

Per meglio comprendere la problematica relativa alla posizione processuale dell'agente *under cover*, sembra opportuno operare una preventiva individuazione dei relativi fondamenti di ordine sostantivo. Al riguardo, il dato di partenza, di stampo prettamente normativo, si individua nella legge speciale – in particolare, nel comma 1 dell'art. 9 della citata Legge n. 146/2006 – che stabilisce la non punibilità degli ufficiali di polizia giudiziaria impegnati nello svolgimento di operazioni sotto copertura, in relazione ai comportamenti illeciti simulati, assunti nell'esercizio delle proprie funzioni. E questo il fulcro attorno al quale pare gravitare l'anzidetta problematica. Ancorché questione di ordine sostanziale, la scrutinazione della condotta dell'agente *under cover* – l'«*entrapment* (letteralmente "trappola")», secondo il diritto anglosassone¹³³ –, sembra comunque necessitare di una qualche rifles-



CACUCCI EDITORE – BARI – 2008

¹³³ Al riguardo, in dottrina, BALSAMO-LO PIPARO, *La prova "per sentito dire". La testimonianza indiretta tra teoria e prassi applicativa*, Milano, 2004, 170 s., ove si considera la

sione ai fini dell'individuazione dello *status* che l'indicato soggetto assume in sede processuale e precisamente, dal punto di vista della procedibilità nei suoi confronti¹³⁴.

Il problema nasce dalla considerazione che quest'ultimo assume condotte incriminate sia pure per ragioni di servizio e nonostante ciò, gode dell'impunità. Per comprendere le ragioni di una simile determinazione legislativa, occorre esplorare le radici dell'incriminazione. In verità, la necessaria offensività del reato dovrebbe essere valutata in termini di «proiezione della funzione preventiva del diritto»: attesa la tutela apprestata dalla norma penale a beni o interessi giuridici, la prevenzione rimarrebbe, di fatto, «priva di oggetto, quando il bene non subisce neppure una esposizione a pericolo»; inoltre, la valenza normativa dello stesso concetto di offensività risulterebbe solo quando la lesione o la mera esposizione al pericolo del bene giuridico tutelato non risulti talmente esigua da corrispondere ad una «non-offesa»¹³⁵. Sicché, in generale, al fine di stabilire la ricorrenza dei presupposti essenziali per ritenere sussistente la causa di giustificazione in discorso, bisogna considerare che alla «individuazione di un contenuto offensivo del reato» non corrisponde, come automatica conseguenza, l'identificazione di «un momento puramente obiettivo dell'illecito», sebbene tenda a prepararne «l'avvento»: se è vero che l'oggetto del reato non si identifica con l'offesa di beni o interessi giuridici determinati derivante dall'illecito penale, bensì con un «diritto soggettivo» che preesiste rispetto alla commissione del fatto-reato, allora discende che il precetto penale rievolverebbe quale *conditio sine qua non* per la sussumibilità di un fatto concreto in una fattispecie legale e dunque, dal punto di vista della «funzione sistematica della sua costruzione»¹³⁶.

previsione in questione in prospettiva comparatistica, con riguardo specifico per l'esperienza inglese e quindi, per l'*entrapment*. Inoltre, v. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, I principi, Padova, 2002, 415 ss.; nella letteratura straniera, MARCUS, *The entrapment defense*, 3^a ed., Lexis & Co., 2003, *passim* e PARKER, *The script beguiled me and I did eat. The constitutional status of the entrapment defense*, in *Yale L. J.*, 1964, 942 ss.

¹³⁴ Nella recente dottrina, G. RUGGIERO, *Intervento*, in AA.VV., *Criminalità transnazionale tra esperienze europee e risposte penali globali*, cit., 484 s.

¹³⁵ La considerazione risale a PAGLIARO, *Impunizione obiettiva dell'evento*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1992, 807; al riguardo, per esemplificare, l'A. cita l'ipotesi di sottrazione di una comune pietra, scambiata per un diamante grezzo: in tal caso, si realizzerebbe la sottrazione di una cosa mobile altrui che, «pur corrispondendo in pieno, secondo concetti descrittivo-pregiudici, alla fattispecie di furto non integra reato alcuno», in quanto trattasi di cosa priva di valore; così, nell'ipotesi di appropriazione di un foglio di carta da lettere dell'ufficio, da parte del pubblico ufficiale che ne abbia fatto uso per scrivervi appunti di carattere personale, si realizzerebbe invece un'offesa del tutto «esigua» dal punto di vista normativo, sì da corrispondere ad una «non-offesa».

¹³⁶ In tal senso, PADOVANI, *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1983, 547. In argomento, si veda, altresì, MORO, *La*

In ogni caso, perché possa parlarsi di realizzazione di un illecito penale, deve postularsi «la violazione di un diritto soggettivo», intesa quale situazione di contrasto tra «l'azione ed un dato di valore giuridico» che evidenzia un «doppio legame», per un verso, con l'ambito propriamente obiettivo, impersonale (l'anzidetta violazione del diritto soggettivo) e per altro verso, con il contesto soggettivo, personale; la predetta situazione conflittuale, però, non deve essere intesa in senso assoluto, ma piuttosto, come rientrante nella sistematica del reato senza bisogno di ulteriore qualificazione, essendone incontestabile l'antigiuridicità e l'inefficienza dell'eventuale consenso dell'avente diritto¹³⁷.

Sembra dedursi, dunque, che l'illiceità del fatto-reato dipende dal nocumeo cagionato da quest'ultimo ad un altrui diritto vantato su beni o interessi giuridici: ad esso si riconoscerebbe una specifica funzionalità in ambito giuridico-penale, dal momento che l'oggetto giuridico del reato è costituito — proprio — da «diritti subiettivi in senso lato (come lo sono tutti gli interessi tutelati dal diritto)»¹³⁸ o da «posizioni giuridiche del soggetto passivo» del reato stesso, il quale può agire in relativa difesa, proponendo un proprio atto di volontà (la querela o l'istanza) e realizzando così le condizioni per la procedibilità in sede processuale penale — quanto meno nei reati perseguibili a querela¹³⁹.

Non rileva, quindi, che le categorie di diritto positivo coinvolte in *subiecta materia* non possano vantare una matrice — a rigore — penalistica¹⁴⁰, essendo state elaborate in altri ambiti ordinamentali, né che «i concetti tecnici di diritto subiettivo in senso stretto, potestà, interesse

substantivazione della norma penale, Bari, 1942, 65 ss.; VASSALLI, voce *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 73 ss.

¹³⁷ Cfr. PADOVANI, *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva*, cit., 548 ss. In ogni modo, va chiarito che il riguardo è per il profilo effettuale, consistente nell'esclusione della punibilità e dunque, attinente al giudizio di imputazione.

¹³⁸ Per una definizione di diritto soggettivo, SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1987, 114, il quale ritiene che, nell'ambito del diritto amministrativo, ci si trova in presenza di un diritto soggettivo, allorché «a tutela di un interesse in ordine a un certo bene esista una norma di relazione — vale a dire una norma, la quale, nel consentire al suo titolare, in quanto tale, il vantaggio di certe possibilità (di comportamenti e pretese) per lui utili (e cioè nel prevedere un suo *agere licet*), garantisce e protegge tale interesse, attraverso idonei strumenti, in modo pieno nei confronti di (uno o più o tutti gli) altri soggetti, delimitando le rispettive sfere giuridiche». Ad avviso di RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 7^a ed., Napoli, 1987, 98, nel diritto privato, il diritto soggettivo rappresenta «la figura di prerogativa dotata di maggiore ampiezza di libertà, per il privato a cui è accordata. (...) La legge parla di «diritto», e intende «diritto soggettivo», a proposito dei poteri del proprietario, del titolare di un diritto reale su una cosa altrui, del creditore. (...) Riguardato sotto il profilo della tutela giurisdizionale (...) il diritto soggettivo assume, più specificamente, il nome di azione».

¹³⁹ Così PAGLIARO, *Diritto penale*, cit., 240.

¹⁴⁰ Con la notazione che la sede elaborativa della categoria in questione si individua in ambiti ordinamentali diversi da quello penalistico, come è dato dedursi altresì dall'assenza di una definizione sostantiva della medesima a livello di diritto penale.

legittimo, soggezione, ecc.» soddisfino esigenze particolari che, considerate *sic et simpliciter*, non si giustificano nel diritto sostanziale¹⁴¹. Infatti, essi rilevano per la funzione che assolvono in sede di costruzione della fattispecie legale e soprattutto, nell'operazione di mediazione legislativa tra interessi contrapposti, la quale (operazione) può dare, come risultato, l'assunzione di risoluzioni che scusano talune condotte — ancorché — *contra legem*¹⁴², di conseguenza, scriminabile¹⁴³. La previsione di un'esimente inibisce gli ovvi effetti sul piano

¹⁴¹ Sul punto, PAGLIARO, *Diritto penale*, cit., 240 s. Sulle teorie elaborate in tema nel diritto penale moderno, TITTMANN, *Grundrissen der Strafrechtswissenschaften und der deutschen Strafgesetzkunde*, Leipzig, 1800, *passim*. Lo studioso, vissuto agli inizi del XIX secolo, elaborando il concetto di reato, aveva sostenuto l'illiceità di ogni azione che turbasse una sfera di libertà, considerandola contraria al diritto; in particolare, distinguendo tra crimini e delitti in base al tipo di diritto violato, rilevava, nel primo caso, la violazione di diritti innati e nel secondo, invece, quella di diritti acquisiti.

¹⁴² Verifichiamo, caso per caso, le diverse situazioni. In merito al consenso dell'averne diritto (art. 50 c.p.), si rileva che la valida disposizione del diritto, da parte del titolare, esclude la punibilità di colui che, con il consenso di quest'ultimo, abbia leso il diritto interessato ovvero lo abbia esposto a pericolo. Riguardo all'esercizio di un diritto o all'adempimento di un dovere — scriminante prevista dall'art. 51 c.p. — che, peraltro, presenta un tenore prescrittivo analogo all'art. 40 c.p.m.p., abrogato a seguito dell'emanazione della Legge 11 luglio 1978, n. 382, occorre osservare che la punibilità è esclusa nell'ipotesi di (legittimo) esercizio di un diritto dell'individuo (ad esempio, quello di proprietà), costituzionalmente garantito; il che presuppone un contemperamento tra interessi antitetici, con conseguente riconoscimento della prevalenza dell'uno rispetto all'altro, posto che l'ordinamento giuridico non può che riconoscere tale prevalenza, al fine di «evitare inammissibili antinomie (sarrebbe contraddittorio che, da un lato, la legge attribuisse la servitù di passaggio nel giardino altrui e dall'altro punisse il medesimo comportamento come violazione di domicilio)»; così PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 140. In relazione alla difesa legittima (art. 52 c.p.), si rileva che non si ritiene punibile l'autore di un fatto-reato commesso perché costretto in tal senso, al fine di «difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta»; ciò rievoca il concetto di legittimità di esercizio di un diritto, nonché di possibilità di attivazione in difesa del medesimo. Quanto allo stato di necessità (art. 54 c.p.), va detto che la logica di fondo che traspare ed a cui appare ispirata la previsione in esame continua ad essere rappresentata dalla necessità di difesa di un diritto, sempre nell'ottica del legittimo esercizio del medesimo. Sull'uso legittimo di armi (art. 53 c.p.), nella disposizione di relativa previsione non compare il termine diritto. A ben riflettere, però, il coinvolgimento di cotale concetto potrebbe dedursi in via indiretta, posto che, interessando la scriminante il pubblico ufficiale, si suppone che a tale particolare *status* giuridico corrisponda l'adempimento di determinati doveri, nonché l'esercizio di specifiche facoltà ex lege riconosciute. Quindi, l'uso delle armi nelle situazioni ivi indicate rappresenterebbe l'esercizio legittimo di una facoltà, al fine di impedire un nocumento per beni giuridici tutelati dall'ordinamento, alla cui titolarità, peraltro, è commesso il concetto di «diritto».

¹⁴³ Ulteriori riflessioni sembrano imposti riguardo alla posizione dei destinatari degli effetti lesivi della condotta *contra legem* «scriminata». Pur realizzandosi l'offesa di beni imputabili alla titolarità del predetto soggetto, non si configura il corrispondente reato, dal momento che ricorre una causa di giustificazione, con conseguente frustrazione di ogni iniziativa penale intrapresa dal medesimo titolare di beni lesi dall'altro comportamento *contra legem* scriminato. Datto soggetto risulta comunque essere vittima di una situazione antisociale: il che induce a chiedersi se costui possa ricorrere a strumenti di tutela extrapenale — agendo, ad esempio, in sede civile, amministrativa, disciplinare —. Muovendo dalla considerazione delle norme dettate dal legislatore processuale penale in tema di efficacia del giudicato penale, si evince l'incidenza di quest'ultimo nell'ambito di altri procedimenti. In via generale, l'analisi di talune speci-

della irrogazione della pena, dal momento che la perpetrazione di comportamenti incriminati — ma scriminati — non sortisce alcun effetto sanzionatorio per il soggetto che ne sia l'autore.

In effetti, la costruzione della norma incriminatrice — che individua un fatto illecito nella sua tipicità, specificandone gli elementi peculiari — sottende un'opera di composizione di interessi contrastanti, riconoscendo prevalenza a quello ritenuto meritevole di maggiore tutela rispetto ad ogni altro di tipo antitetico. Ciò è valido in via generale; tuttavia, nella logica legislativa, può accadere che in sede di conciliazione di situazioni caratterizzate dalla coincidenza di interessi tra loro configgenti non si verifichi necessariamente la soccombenza dell'interesse contrapposto a quello tutelato, ritenendosi, invece, più opportuno operare un sovvertimento del regolare criterio di pozionalità¹⁴⁴.

che disposizioni (per esemplificare, si consideri l'art. 652 c.p.p.) relative all'efficacia delle sentenze di assoluzione — emesse con la seguente formula di merito: "perché il fatto non sussiste", — evidenzia l'incidenza anche in sede esapenale; il che potrebbe condizionare l'esito del giudizio emesso dall'organo giudicante all'uppo investito, con conseguente soccombenza delle ragioni della vittima del reato "scriminato". Pare rilevarsi, quindi, un particolare metodo di composizione del conflitto insorgente tra interessi dell'autore del fatto-reato scriminato e quelli della corrispettiva vittima, destinato ad esplicitare i propri effetti anche in sede extrapenale. Se il rapporto ad alcune cause di giustificazione (ad esempio, alla difesa legittima), ciò può indurre a pensare ad una soluzione equa; però, allorché correlato ad altre (come, per esemplificare, all'adempimento del dovere), non può che generare alcune perplessità.

¹⁴⁴ Sembra dell'inearsi, così, il concetto di antigiuridicità obbiettiva, definibile come «il contrasto del fatto tipico (più propriamente: della condotta tipica, perché solo i comportamenti umani possono essere conformi o contrari al diritto), con le esigenze di tutela dell'ordinamento»; il tutto espresso in termini di obiettività fattuale, senza considerare, dunque, l'atteggiamento assunto dal soggetto nei confronti della reale situazione conflittuale. In ogni modo, in merito all'elaborazione della menzionata categoria, in dottrina, non sono mancate riserve: si pensi, in particolare, all'obiezione secondo cui essa risulterebbe «dogmaticamente inconsistente», in quanto configurabile in via surrogatoria, vale a dire allorché la commissione del fatto-reato sia avvenuta in assenza di una causa di giustificazione; ciò farebbe assumere quest'ultima ad un diverso rango dottrinale, dal momento che l'antigiuridicità (o la liceità) del fatto dipenderebbe dall'assenza (o meno) di un requisito negativo del reato. Così opinando, però, si rischierebbe di turbare un preciso ordine valutativo, sebbene un tale modo di ragionare non corrisponderebbe all'idea di antigiuridicità obbiettiva come concetto negativo, quale desumibile dall'assenza di cause di giustificazione e sempre che si riconosca la diversità del livello valutativo su cui opera, rispetto a quello di antigiuridicità penale; nonostante una palese affinità genere l'individuo concetto da quello di antigiuridicità penale, non esiste una palese affinità terminologica, tale ultima espressione designa la natura penalmente illecita del fatto, tenendo conto dell'esistenza di tutti i requisiti fondamentali, vale a dire tipicità, antigiuridicità obbiettiva e colpevolezza; ed analogamente distinta appare la locuzione "antigiuridicità formale", a sua volta, da scerverarsi dall'antigiuridicità materiale che postula una peculiare concezione, quella secondo cui la matrice della qualificazione di un atto umano come reato si individua nel fatto che l'individuo è in un bene giuridico tutelato. Inoltre, la cosiddetta antigiuridicità obbiettiva (o illiceità) speciale si caratterizza per la presenza di elementi individuati come requisiti fondamentali del reato, che non comporterebbero di per sé una qualificazione illecita, se non in relazione ad ulteriori parametri qualificativi (penali o extrapenali), contenuti in differenti ambiti legislativi o addirittura, ordinamentali; e dall'anzidetta nozione di antigiuridicità speciale, va distinta quella di antigiuridicità espressa che, in definitiva, si risolve in un monito — non indispensabile

Un'analoga ispirazione sembra registrarsi in merito alle previsioni legislative secondo cui l'agente provocatore non è punibile per i comportamenti illeciti assunti - ai sensi della pertinente normativa - per ragioni di servizio ed in particolare, nel corso dello svolgimento di un'operazione sotto copertura della polizia giudiziaria. Le ragioni di una simile deduzione si riscontrerebbero nel metodo normativo, alla stregua del quale si considerano prevalenti le esigenze di individuazione di elementi probatori - e quindi, dei dati preliminari necessari per imbastire il processo penale - rispetto a concorrenti istanze di tipo sanzionatorio per le condotte assunte dall'ufficiale sotto copertura.

Invero, occorre considerare che - fatte salve talune evenienze caratterizzate da una specifica responsabilità penale dell'agente "coperto" -, nello svolgimento dell'attività *under cover*, l'esponente di polizia giudiziaria agisce in una dimensione di emulazione di comportamenti *ex lege* vietati. Il dato non è privo di significato, dal momento che esso sposta la prospettiva speculativa dal piano della illiceità della condotta incriminata a quello della finzione dettata da ragioni di opportunità investigativa. In questa nuova ottica, sembra stemperarsi ogni eventuale momento di tensione in sede teoretica, posto che la circostanza della mistificazione comportamentale pianificata a monte dalle forze dell'ordine impegnate nell'operazione sotto copertura e la montatura del ruolo interpretato dall'ufficiale di polizia pare corrispondere ad un *non delinquere*, situazione - quest'ultima - alla quale non pare potersi abbinare alcuna conseguenza sanzionatoria.

2. Segue. Dal superamento della tradizionale prospettiva speculativa all'approccio processualpenalistico: evoluzione dello stato e del metodo dell'elaborazione.

Storicamente considerate, le problematiche conferenti alla figura del cosiddetto "agente provocatore" si attesterebbero in termini di prevalente afferenza alla sede sostanziale; la stessa espressione di designazione - "agente provocatore", di matrice extranormativa - risulterebbe indicativa della peculiare connotazione sostanziale dell'iniziale approccio scientifico-metodologico, segnatamente orientato verso la specifica considerazione (sostanziale) della condotta perpetrata dall'esponente dell'organo di polizia impegnato nello svolgimento di

in termini dominanti - a che la commissione dell'illecito avvenga in assenza di cause di giustificazione. La fonte da cui sono state attinte tali significative osservazioni è PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 135 ss., cui si rinvia per ulteriori approfondimenti sul tema.

attività investigativa simulata, ma non già dell'aspetto funzionalistico proprio degli atti di investigazione così espletati. Si evidenzia, quindi, una prima fase in cui prevale una scarsa attenzione speculativa nei confronti di una prospettiva - per così dire - dinamica secondo cui indagare sull'anzidetta figura, onde rinviorgime e rivitalizzarne il significato e la portata attraverso l'inserimento della relativa analisi nel contesto dell'articolata evoluzione del processo penale e dunque, correlandola alla medesima¹⁴⁵.

L'orientamento esegetico prevalente in un primo momento sembra caratterizzarsi per l'interesse riservato dagli studiosi al problema della opportunità di reputare scriniate le azioni dell'agente sotto copertura, quand'anche implicanti l'assunzione di comportamenti vietati dalla legge penale: la questione risalta in modo particolare allorché si considera che, negli Stati a regime democratico, all'organo di polizia sarebbero riconosciute funzioni di salvaguardia della comunità di individui stanziati sul territorio di propria pertinenza dalla realizzazione di forme criminose, di prevenzione della criminalità ovvero di repressione di azioni *contra legem* già concluse od in ogni caso, (già) comminate, ma giammai di legittimazione alla creazione del crimine, alla fomentazione occulta delle altrui potenzialità criminogene; ed il principio deve trovare applicazione in ogni contesto investigativo, non escluso quello tipico delle investigazioni simulate ove è congeniale l'impiego di *escamotages* volti a favorire la manifestazione di propositi delinquenziali individuali altrui - seppure cercando di contenerne gli effetti offensivi¹⁴⁶ - ed a generare «*ex novo*» i presupposti - proces-

¹⁴⁵ Nello stesso senso, MINNA-SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, cit., 121 s., ove si riscontra l'adozione della tradizionale impostazione speculativa, connotata da una considerazione squisitamente sostanziale della figura dell'agente provocatore, con particolare riguardo per l'aspetto dato dalla non punibilità delle condotte assunte dal medesimo durante lo svolgimento di attività investigativa simulata. Cotale «scelta», giustificabile sotto il profilo dell'interesse dogmatico che la tematica ha rivestito sin dalla sua discesa in campo, deve essere oggi tuttavia aggiornata e rivisitata, vuoi perché lo stesso legislatore nel parotire le diverse norme le ha sempre arricchite con disposizioni di carattere squisitamente processuale, vuoi perché sono proprio i momenti "del processo" a donare vitalità e vigore alla figura in esame».

¹⁴⁶ Lo spunto riflessivo è suggerito da TAMBERTI, *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 2925; ad avviso dell'A., «nelle moderne società democratiche pare essere accettata la regola secondo la quale la funzione degli organi investigativi è quella di proteggere la collettività contro la criminalità esistente e/o pronta ad entrare in azione, e non quella di creare criminalità al fine di poter perseguire soggetti la cui predisposizione al reato, probabilmente presente ma latente, non si sarebbe mai manifestata». Nello stesso senso, in dottrina, VALLINI, *Il caso "Tehera de Castro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi "legali" di infiltrazione poliziesca*, cit., 199; PETRALIA-SALERNO, *Le operazioni sotto copertura in materia di armi e riciclaggio*, cit., 949; DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, cit., 146 ss. e 314 ss.; analogamente, in giurisprudenza, Cass., sez. VI, 17 aprile 1994, Curatola, in *Giur. it.*, 1995, II, 82, secondo cui non è possibile far «discesen-

suati ed ancor prima sostanziali — necessari ad imbastire un procedimento penale»¹⁴⁷.

Tale concezione è traslitterata in sede legislativa da ambiti extramativi, come attestato sia dall'assenza di espresse disposizioni in proposito nella normativa del settore sino ai primi anni Novanta e sia dall'inquadramento della problematica individuazione di un diritto scriminante in capo all'*agente provocateur* in periodi anteriori a quello indicato nell'elaborazione giurisprudenziale¹⁴⁸ e dottrinale. Tuttavia, i contributi, pure autorevoli¹⁴⁹, degli studiosi palesano un'impostazione prettamente sostanziale dell'approccio analitico: l'attenzione speculativa sembra calzararsi — prevalentemente — sulle condizioni legittimanti l'operatività della causa di giustificazione prevista dall'art. 51 c.p.¹⁵⁰ dunque, circo-

dere dall'obbligo della polizia giudiziaria di ricercare le prove dei reati e di assicurare i colpevoli alla giustizia, l'esclusione, ex art. 51 c.p., della responsabilità del c.d. "agente provocatore" di polizia giudiziaria, giacché è adempimento di un dovere (art. 219 c.p.p. 1950 e art. 55 c.p.p. 1988) perseguire i reati commessi, non già di suscitare azioni criminose al fine di arrestarne gli autori». Nel senso per cui l'agente provocatore sarebbe «per propria natura una persona che studia tutti i mezzi per non far riuscire il reato», GIANNELLI, *L'agente provocatore*, cit., 580; in termini (più) generali, PULITANO, *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, Milano, 1984, 163. Un atteggiamento cauto rispetto all'impiego di tale tecnica investigativa, per via dei rischi derivabili da un uso improprio della medesima, nella letteratura tedesca, è assunto da KELLER, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Strafgeboten*, Berlin, 1989, 27.

¹⁴⁸ Così VALLINI, *Il caso "Texeira de Castro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi "legali" di infrazione politica*, cit., 199; l'A. parla di «apparato probatorio preordinato a bella posta — e, per giunta, mediante una vera e propria istigazione criminosa — dalle stesse forze dell'ordine». Di analogo avviso, DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dottrinale e politica criminale*, cit., 146 ss. e 314 ss.

¹⁴⁹ Cfr. AMATO, *Teoria e pratica degli stupefacenti*, 2^a ed., Roma, 1996, 222; nello stesso senso, ID., *La definizione della posizione processuale dell'«agente provocatore»: riflessi sulla capacità a rendere testimonianza*, cit., 2392. Inoltre, è il caso di rilevare che, in argomento, nella giurisprudenza risalente agli anni Quaranta, in merito alle tematiche legate alla figura dell'agente provocatore, diftavano elementi orizzontali; cfr. Cass., sez. III, 23 gennaio 1941, Caranza, in *Foro it.*, 1942, II, 59; Trib. Supremo militare di guerra, 16 dicembre 1941, Bellinero, in *Foro it.*, 1943, II, 97. Solo dopo circa un decennio, è possibile riscontrare tentativi operati in tal senso: a tale proposito, v. Cass., sez. II, 30 marzo 1953, Romoli, in *Foro it.*, 1954, II, 87; Cass., sez. I, 15 novembre 1956, Femia, in *Foro it.*, 1957, II, 97; con particolare riguardo per la posizione del provocato, più di recente, Cass., sez. II, 7 giugno 1977, Anesa, in *Cass. pen.*, 1975, 819; Cass., sez. IV, 12 marzo 1982, Turzo, in *Giust. pen.*, 1983, II, 46; Cass., sez. I, 23 ottobre 1986 (2 aprile 1986), Beramarco, in *C.E.D. Cass.*, n. 174039, in dottrina, sulla relazione tra delitto tentato e impiego della forza pubblica, GALLO, *vo Dolo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 750; VANNINI, *In tema di tentativo e di agente provocatore*, in *Arch. pen.*, 1947, I, 65. Su specifici aspetti concernenti la teste menzionata relazione, v. ANGINO, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano, 1974, 137; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1981, 31.

¹⁴⁹ In tema, nella letteratura, DELL'ANDRO, *vo Agente provocatore*, cit., 864 ss.; FIAN-DACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 266 s.; MALINVERNI, *vo Agente provocatore*, cit., 396 ss.; NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., 210 ss.; VIGNALE, *vo Agente provocatore*, cit., 57 ss.

¹⁵⁰ Nella giurisprudenza di legittimità risalente al periodo ante riforma del 1988, v. Cass., sez. VI, 30 aprile 1988 (ud. 23 ottobre 1987), Porfio, in *C.E.D. Cass.*, n. 178260. In generale, sul concetto di cause di giustificazione o scriminanti, si rinvia alle significative osservazioni di PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 135 ss. (nonché 131 ss.); in particolare, l'A. ritiene che le

scritta al tema della non punibilità dell'anzidetto agente provocatore¹⁵¹ e poco incline alla considerazione dell'essenziale finalità investigativa svolta dall'attività del medesimo soggetto. Per un verso, l'indirizzo assunto pare — in qualche modo — assecondare la specialità di un approccio operato, in prevalenza, da penalisti e pertanto, caratterizzato dalla evidenziazione di aspetti consoni al pertinente settore scientifico di riferimento — il diritto penale, appunto —; per altro verso, sembra registrarsi una certa "lontananza" — per così dire — della dottrina processualpenalistica in argomento, con susseguente detrimento delle confermi problematiche processuali rispetto a quelle sostanziali¹⁵².

Infatti, nella letteratura processuale penale, si riscontrerebbe un significativo incremento dei contributi afferenti al tema in discorso soltanto dopo l'entrata in vigore del vigente codice di procedura penale ed in particolare, in seguito all'emanazione di specifici provvedimenti normativi — taluni soltanto di poco successivi al varo dell'articolato codicistico del 1988 —, annoveranti la previsione *low court* dell'attività sotto copertura della polizia giudiziaria, nonché la puntuale regolamentazione delle modalità di espletamento della medesima; il che sembra innalzare «a momenti di disciplina di un mezzo di ricerca della prova» — sebbene atipico — «quelle che sono previste come condizioni di licità dell'attività di contrasto»¹⁵³. Senza dire che, nella sede normativa, l'uso dell'espressione «operazioni sotto copertura» — o «attività sotto copertura»¹⁵⁴ rappresenterebbe un'ulteriore riprova dell'av-

menzionate cause di giustificazione sarebbero ispirate «al principio del bilanciamento degli interessi in conflitto; la prevalenza dell'uno o dell'altro è condizionata cioè ad una valutazione comparativa del loro rispettivo valore. Non sempre però tale valutazione comparativa è demandata al giudice, in base ad un apprezzamento in concreto; talvolta, essa risulta essere, per così dire, «crystalizzata» nella previsione scriminante: «l'interesse che queste situazioni giuridiche tendono a soddisfare è privilegiato, una volta per tutte, dalla loro stessa qualificazione normativa (diritto e dovere giuridico)». Con l'ulteriore notazione che, ad avviso dello stesso A., le «cause di giustificazione» soggiacerebbero «alla regola della rilevanza».

¹⁵¹ Ad avviso di TAMILETTI, *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 2922, sotto il profilo «degli ordinamenti nazionali, la tematica legata all'intervento di agenti provocatori è stata costantemente trattata con quasi esclusivo riferimento al diritto penale sostanziale, tanto sotto l'aspetto dell'esistenza di circostanze in grado di scriminare l'azione dell'agente infittito, quanto sotto quello all'eventuale non punibilità delle persone che con esso erano entrate in contatto».

¹⁵² Così CONSO, *La criminalità organizzata nel linguaggio del legislatore*, in *Giust. pen.*, 1992, III, 388; ed a ben riflettere, la carenza elaborazione penalistica in tema pare riverberare i propri effetti sulla posizione processuale dell'agente provocatore.

¹⁵³ Testualmente DI BUGNO, *Commento all'art. 14 della L. 3/8/1998*, n. 269, in *Legisl. pen.*, 1999, 164, che evidenzia altresì come tale osservazione consenta, in via specifica, alla considerazione del profilo squisitamente «processuale», proprio dell'art. 14 della Legge n. 269/1998, abrogato in virtù dell'art. 9 della Legge n. 146/2006 — come si è visto —.

¹⁵⁴ Al riguardo, per esemplificare, si pensi all'art. 9 della Legge n. 146/2006 che, nell'abrogare l'art. 4 della citata Legge n. 438/2001, ne ha ripreso le direttrici metodologiche. Denta ultima norma, dettata in materia di contrasto del terrorismo internazionale, presentava nella relativa rubricazione l'impiego dell'espressione «attività sotto copertura»; inoltre, nel testo del

venuto spostamento della prospettiva speculativa e della susseguente focalizzazione dell'attenzione scientifico-legislativa — da un certo momento in poi — sull'atto investigativo simulato, inteso nella complessità delle sue dimensioni strutturali e funzionalistica, dunque, non già solo soggettiva, con riguardo esclusivo per l'autore del medesimo — come, peraltro, è dato evincersi dalla ricorrenza della locuzione "agente provocatore" nella letteratura — e per la liceità della condotta posta in essere dall'ufficiale *under cover* di polizia giudiziaria nell'assolvimento dei compiti connessi al proprio *status*.

In ogni modo, lo spostamento della visione d'indagine va relazionata ad un ulteriore fattore che potrebbe avere esercitato una qualche influenza a livello analitico, il quale si scorgerebbe nell'aver operato — sul versante politico-legislativo — per il potenziamento delle prerogative investigative dell'organo di polizia e soprattutto, del relativo potere di iniziativa (investigativa), a cui sarebbe corrisposto, però, uno svilimento del corrispondente ruolo del pubblico ministero — come si è visto —¹⁵⁵ e con esso, della concreta possibilità di controllare ogni singolo aspetto dell'indagine; e ciò, dal momento che le risoluzioni assunte *motu proprio* dalla polizia giudiziaria sfuggono al suo esame — quanto meno preventivo —, essendo frutto di autonome scelte di opportunità operate dalle stesse forze di polizia.

3. Lo status endoprocedimentale del cosiddetto "agente provocatore": analisi esegetico-sistematica. Possibili soluzioni.

Il tema della configurazione processuale dell'agente provocatore si rivela — da subito — in tutta la sua problematicità, sia per i diretti riflessi endoprocedimentali che il modo di concepirlo può comportare soprattutto a livello probatorio, sia per le sue numerose sfaccettature che ne impediscono una ben determinata definizione e che, piuttosto, farebbero propendere per una seriazione delle varie posizioni — pro-

comma 1 della stessa disposizione di legge speciale si evinceva altresì la locuzione «specifiche operazioni di polizia», la cui specificità, appunto, si evidenziava alla luce delle indicazioni ivi contenute, nonché di quelle previste nei commi successivi della norma in discorso. In argomento, per un commento dottrinale, v. FILIPPI, *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 165 ss. Sul disposto dell'art. 9 della Legge n. 146/2006 che rievoca quello dell'art. 4 della Legge n. 438/2001, CISTERNA, *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, cit., 78 ss.
¹⁵⁵ Il rilievo critico risale a MELLINO, *Le recenti modifiche alla disciplina dei procedimenti relativi ai delitti con finalità di terrorismo o di eversione*, cit., 904.

cessualmente rilevanti — sulla base di contingenze concrete. Pertanto, la materia va affrontata con cautela, non trascurando ogni indicazione proveniente dalla comunità scientifica e dall'insegnamento giurisprudenziale, ma innanzitutto dalla sede normativa. A ben guardare, l'argomento risulta particolarmente dibattuto sin dai relativi prodromi: vivaci discussioni si riscontrano in merito all'opportunità di relazionare la categoria della procedibilità alla figura dell'agente provocatore; il che, tradotto in termini tecnico-processuali, significa instaurare un procedimento penale a carico del medesimo soggetto in ragione della sua partecipazione ad un'operazione sotto copertura, implicante — secondo la normativa vigente — l'assunzione di comportamenti — di regola — incriminati, ma scriminati — nel caso di specie — perché rispondenti ad inderogabili esigenze investigative.

In ogni caso, al di là delle perplessità esegetiche, nella concreta esperienza giudiziaria si riscontrano casi in cui l'ufficiale sotto copertura assume la qualità di (co)indagato per lo stesso fatto-reato che ha concorso a reprimere agendo in via simulata. Pertanto, pare necessario individuare uno statuto delle regole disciplinanti tale evenienza onde evitare sconvolgenti arbitrii. Al riguardo, innanzitutto, occorre specificare l'ente giudiziario a cui compete l'assunzione di simili determinazioni. Per la rilevanza della questione, si è indotti a ritenere opportuna l'investitura di un organo giurisdizionale in materia, dal momento che sarebbe inadeguato reputare che una verifica di tal sorta, unilaterale ed insindacabile, sia affidata alla discrezionalità dell'organo dell'accusa¹⁵⁶, il quale, peraltro, è sempre tenuto a confrontarsi con il canone dell'obbligatorietà dell'azione penale e quindi, anche nell'ipotesi in cui ritenga sussistenti le condizioni di applicazione della causa di giustificazione¹⁵⁷; inoltre, il coinvolgimento del soggetto titolare della

¹⁵⁶ Di tale avviso, AMATO, *La definizione della posizione processuale dell'«agente provocatore»: riflessi sulla capacità a rendere testimonianza*, cit., 2392; nello stesso senso, MARIANI, *Acquisito simulato di droga e pretesa testimonianza dell'agente provocatore*, in *Giur. it.*, 1995, II, 59 s., che osserva: «Nei confronti dell'agente provocatore l'organo della pubblica accusa deve quantomeno addiventare all'iscrizione nel registro delle notizie di reato ex art. 335 c.p.p. e quindi alla richiesta di un decreto di archiviazione». In generale, sulle funzioni del pubblico ministero, tra i molteplici contributi dottrinali rinvenuti, si segnala: AA. VV., *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, Milano, 1998, 5 ss.; FERRAIOLI, *Il ruolo di "garante" del giudice per le indagini preliminari*, cit., 68 ss.; MORSELLI, voce *Pubblico ministero*, cit., 476 ss.; SANTORO, voce *Giurisdizione penale*, cit., 37 ss.; VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, cit., 2 ss.

¹⁵⁷ A tale proposito, in dottrina, APA, *Note in tema di testimonianza dell'agente provocatore*, in *Giur. it.*, 1999, 139, che parla di «insindacabilità da parte del giudice» in merito alle determinazioni del pubblico ministero. Sull'aspetto problematico dato dalla correlazione con il principio fondamentale dell'obbligatorietà dell'azione penale, G. RUGGERO,

funzione giurisdizionale si allinerebbe all'orientamento secondo cui appare conveniente «separare le condizioni della pena dalle condizioni del processo», nonché «specificare gli aspetti formali, i poteri residuanti di singoli soggetti e gli effetti dei dati condizionali»¹⁵⁸.

Senza dubbio, la soluzione appare garante della legalità procedurale ed emblematica di una maggiore attendibilità valutativa. Infatti, la letteratura ha evidenziato che, a carico del pubblico ministero, incombe l'obbligo di iscrizione del nominativo dell'agente provocatore nell'apposito registro (di cui all'art. 335 c.p.p.) ed inoltre, che l'organo d'accusa, all'esito dello svolgimento dell'attività d'indagine, può proporre richiesta di archiviazione¹⁵⁹ al giudice per le indagini preliminari¹⁶⁰.

Intervento, in AA.VV., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, cit., 484 s.

¹⁵⁸ L'espressione, riportata integralmente, si rinvia in GATTO, voce *Procedibilità (caratteri generali)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, 735, il quale aggiunge che ciò si porrebbe secondo una linea ideale di tutela dei valori di libertà per l'individuo e di tendenziale salvaguardia contro pericoli di eccesso di zelo persecutorio in situazioni di modesto disvalore penale nel caso concreto. L'A. evidenzia, inoltre, che «(...) in coerente adesione alla (e per una sorte di effetto riflesso della) differenza sensibilità per i valori volta per volta ritenuti meritevoli di tutela nelle disparate esperienze sociali e legislative, i limiti tradizionalmente apposti all'iniziativa del pubblico ministero ed ai poteri del giudice penale hanno subito col tempo inevitabili aggiustamenti». Ancora, in tema, si veda: ZANOTTI, *Riflessioni in margine alla concezione processuale delle condizioni di punibilità*, in *Arch. pen.*, 1994, 150 ss.

¹⁵⁹ Ad avviso di CORDEIRO, voce *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, II, 1958, 1025, «sembra determinante l'adozione di meccanismi che nella massima misura possibile impediscano, alle ragioni di mera "opportunità" di operare *de facto*, sotto le spoglie di valutazioni solo formalmente ricondotte al criterio della "superfinità obiettiva del processo"».

¹⁶⁰ Così AMATO, *La definizione della posizione processuale dell' "agente provocatore": riflessi sulla capacità a rendere testimonianza*, cit., 2397; ancora, v. MELIIO, *L'agente provocatore fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, cit., 103. Nè va tacito che l'immutilabilità dell'apporto conoscitivo proveniente dall'imputato, reputato quale «principale della prova» – dal momento che «nel processo penale» non vi sarebbe «una prova più preziosa della testimonianza dell'imputato», medesimo –, risulta una tematica affrontata anche da autorevole, quanto datata, dottrina; al riguardo, cfr. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., 235; nella letteratura più recente, BUZZELLI, *Diritto al silenzio e dichiarazioni spontanee della ricostruzione del fatto*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 802 ss.; ID., *Il contributo dell'imputato Ubertis*, Milano, 1992, 82 ss. Sulla figura del giudice per le indagini preliminari, ex plurimis, si veda: BILANCETTI, *La funzione del giudice per le indagini preliminari*, in *Quest. giur.*, 1993, 910 ss.; BRESCIANI, voce *Giudice per le indagini preliminari*, in *Dir. proc. pen.*, 1999, III, 296 ss.; BONISEGNA, *Il g.i.p. e la sua sindrome*, in *Quest. giur.*, 1993, 910 ss.; DE LALLA, *Idee per un "completamento istruttorio" del giudice per le indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 64 ss.; FERRAIOLI, *Il ruolo di "garante" del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 1993, 6 ss.; FERRUA, *Il giudice per le indagini preliminari e l'acquisizione delle prove*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 203 ss.; LEONI, *Nuove iscrizioni di reato e poteri del G.I.P. nella giurisprudenza*, in *Ind. pen.*, 1999, 845 ss.; PERCHINUNO, *Il g.i.p. e le scelte relative all'azione penale*, in AA.VV., *Il g.i.p. dopo cinque anni di sperimentazione* (Atti del Convegno di Mantova, 23-25 settembre 1994), Milano, 1996, 67 ss.; PISAPIA, *Il giudice per le indagini preliminari: il bilancio di un quinquennio*, in *Legisl. pen.*, 1994, 669 ss.; PUGLISI, *G.i.p. di bivio*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 112 ss.; RANALDI, *Sull'incompatibilità g.i.p. e g.u.p.: ratio e questioni problematiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1003 ss.;

Se ne deduce che l'instaurato *iter* di accertamento penale finisce comunque per essere convogliato – come accade di regola – verso il sindacato di un organo giudicante, nell'ottica di uno spiccato garantismo accusatorio: il corretto esercizio della funzione giurisdizionale è sinonimo di indipendenza da ogni tipo di influsso *extra ordinem*, proveniente da poteri eseguziari ed in grado di incidere sulla formulazione del giudizio penale¹⁶¹.

Tuttavia, nonostante l'impronta garantistica del rilievo, non può negarsi come una simile prospettiva rischi di incidere negativamente sul piano funzionalistico, influenzando sull'acquisizione probatoria¹⁶² ed

RIVIEZZO, *La causa di incompatibilità tra g.i.p. e g.u.p.: tempi di applicazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1081 ss.

¹⁶¹ Sul punto, in dottrina, FASSONE, *Il giudice tra indipendenza e responsabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 4 s., il quale afferma: «Il primato dell'indipendenza del giudice e la limitazione (se non addirittura la drastica esclusione) di ogni sua responsabilità sono figli della costruzione razionalistica elaborata dall'illuminismo, non meno che del pensiero liberale. Nello sforzo di porre argini al potere statale, l'indipendenza del giudice rappresenta la fondamentale garanzia di imparzialità nell'applicazione della legge, la quale a sua volta costituisce la consacrazione dei diritti conquistati. (...)». Inoltre, l'A. (p. 5) evidenzia che lo stesso organo giudicante, talora, sarebbe stato riduttivamente inteso come colui che provvede ad applicare i provvedimenti legislativi e non già come chiosatore dei medesimi, dunque, come artefice dell'operazione sillogico-deduttiva che consente di estrapolare, dall'atto normativo, l'esclusivo riscontro logicamente attuabile.

¹⁶² Il rilievo risale ad AMATO, *La definizione della posizione processuale dell' "agente provocatore": riflessi sulla capacità a rendere testimonianza*, cit., 2393. Al riguardo, nella giurisprudenza di legittimità, Cass., sez. VI, 10 aprile 1995 (dep. 18 luglio 1995), in *Cass. pen.*, 1996, 2388, n. 1399; in tale occasione, i giudici del Supremo collegio – tra l'altro – hanno affermato: «Qualora gli ufficiali addetti alle unità specializzate antidroga procedano all'acquisto simulato di sostanze stupefacenti senza osservare la procedura prevista dall'art. 97 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 e, in ragione di detta inosservanza, siano indagati per il delitto di concorso in spaccio di droga (art. 110 c.p. e 73 d.P.R. n. 309/90), essi, ancorché nei loro confronti sia stato adottato un decreto di archiviazione, non possono essere sentiti in qualità di testi nel procedimento penale. Infatti, a norma del combinato disposto degli artt. 61, 197 e 210 c.p.p., costoro, in quanto indagati per un reato connesso a quello per cui si procede, devono essere intesi con l'assistenza di un difensore, secondo la procedura indicata dal citato art. 210, salvo che nei loro confronti sia stata pronunciata in giudizio una sentenza di proscioglimento irrevocabile. In difetto, l'eventuale deposizione testimoniale sarebbe inutilizzabile a norma dell'art. 526 c.p.p.». In generale, in tema di incompatibilità a testimoniare, prevista dal menzionato art. 197 c.p.p., si veda: BARGIS, *Incompatibilità a testimoniare e connessione di reati*, Milano, 1980, 5 ss.; BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa dopo la legge 7 dicembre 2000*, n. 397, Milano, 2001, 1 s.; C. CONTI, *Un freno alla facoltà di non rispondere per non vanificare il contraddittorio*, in *Doc. giur.*, 2001, n. 10-11, 24 ss.; GAROFOLI, voce *Prova testimoniale* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 758 ss.; MAOI, *Le indagini difensive*, Napoli, 2001, 2 ss.; NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 5 ss.; PERCHINUNO, *Compatibilità tra la funzione di testimone e la posizione di parte civile nel processo penale*, in AA.VV., *Azione civile e processo penale*, Milano, 1971, 231 ss.; PERDUCA, *Sub art. 197 c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chivavaro, II, Torino, 1990, 451 ss.; RAMAIOLI, *Persone offese dal reato: escussione come teste ed esame come parte privata*, in *Cass. pen.*, 1994, 185 ss.; ID., *La prova nel processo penale*, Padova, 1995, 2 ss.; RANIERI, *L'incompatibilità a testimoniare del difensore*, in AA. VV., *Il nuovo ruolo del difensore nel*

in più, come essa contrasti con la logica – generale – di stigmatizzazione dell'instaurazione di processi superflui o inopportuni¹⁶³ e soprattutto, come tenda a vanificare l'impegno profuso dall'esponente dell'organo di polizia impegnato nell'operazione sotto copertura, oltre a penalizzarlo in prima persona per avere assolto ad obblighi di servizio. Infatti, l'insorgenza di un procedimento penale a carico di quest'ultimo fa discutere per il fatto che la condotta illecita contestata è costituita da un'actio posta in essere nel corso dello svolgimento di attività investigativa simulata che – per definizione – si caratterizza per il suo consistere di un atteggiamento sui generis degli investigatori, tenui – per la buona riuscita dell'operazione sotto copertura che li vede impegnati – a fingere di essere tutt'altro che esponenti delle forze dell'ordine. Le perplessità riguardano, dunque, il momento dell'assunzione della qualità di indagato da parte dell'agente provocatore per il solo fatto di avere adempiuto ad una mansione di servizio, con le conseguenze del caso sotto il profilo dell'utilizzabilità degli elementi probanti evinti tramite l'azione dello stesso soggetto.

In realtà, al riguardo, non sembra tanto porsi un problema di acquisizione probatoria, posto che i dati di tipo rappresentativo possono evincersi altrimenti, vale a dire sia dalla documentazione degli atti investigativi della polizia giudiziaria svolti *ab externo*, quale supporto logistico fornito all'*agente provocateur*, sia dalla relazione di servizio redatta da quest'ultimo¹⁶⁴; piuttosto, pare riscontrarsi un qualche impedimento sotto il profilo dell'elaborazione dei fattori probatori e della individuazione delle reciproche connessioni logico-cronologiche tra essi esistenti: da tale punto di vista, il contributo dell'investigatore protagonista dell'azione simulata di polizia è essenziale, dal momento che l'interagire con quest'ultimo – in udienza – consente di avere ogni delucidazione in merito agli atti formati e alle annotazioni contenute

¹⁶³ *processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002, 101 ss.; TANDA, *I limiti dell'incapacità a testimoniare degli assistenti del P.M.*, in *Riv. pen. econ.*, 1993, 127 ss.; TONINI, *L'oggetto della testimonianza della parte civile e della persona offesa dal reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 1250 ss.

¹⁶⁴ Il tema della «superfluità o inopportunità» della celebrazione del rito penale ricorre in CHIANVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995, 52, il quale si sofferma sulla necessità di «evitare il processo superfluo senza fendere il principio di obbligatorietà e anzi controllando caso per caso la legittimità dell'inazione». Sul punto, altresì CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1971, 51 s., nonché ID., voce *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, II, 1958, 1075.

¹⁶⁵ Di tale opinione, AMATO, *La definizione della posizione processuale dell'«agente provocatore»: riflessi sulla capacità a rendere testimonianza*, cit., 2393; in più, v. MELLILLO, *L'agente provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, cit., 102.

nell'anzidetta relazione di servizio che sintetizza l'actio investigativo-simulata; l'ascolto diretto delle dichiarazioni rese dall'ufficiale *under cover* nel corso dell'esame testimoniale dà a parti e soggetti processuali la possibilità sia di apprendere maggiori informazioni che di richiedere chiarimenti e spiegazioni ulteriori rispetto a quanto risulta dal materiale documentale. In definitiva, attraverso la testimonianza dell'agente sotto copertura, si può attingere in modo soddisfacente al suo bagaglio storico-cognitivo e spiegare ogni congiuntura logico-probatoria relativa alla ricostruzione processuale del fatto-reato.

Le prospettate contingenze e le difficoltà da esse derivanti hanno indotto i giudici di legittimità ad esprimersi in termini negativi in merito alla possibilità che sia sottoposto ad indagini l'esponente di polizia giudiziaria che abbia partecipato, in modo attivo ed in prima persona, allo svolgimento di operazioni sotto copertura, ancorché non preventivamente autorizzate, assumendo un comportamento simulato *contra legem*, ma entro le limitazioni legali¹⁶⁵. Sicché, ogniqualvolta l'azione perpetrata dall'agente provocatore – anche in via strumentale, vale a dire quale «naturale e fisiologico antecedente o susseguente» della tipologia investigativa simulatoria principale¹⁶⁶ – si presenti con-

¹⁶⁵ Cfr. AMATO, *La definizione della posizione processuale dell'«agente provocatore»: riflessi sulla capacità a rendere testimonianza*, cit., 2393; analogamente, nella giurisprudenza di legittimità, Cass., sez. VI, 10 aprile 1995 (dep. 18 luglio 1995), Asca, cit., ove si statuì: «Quotora gli ufficiali addetti alle unità specializzate antidroga procedano ad una operazione antidroga non autorizzata a norma dell'art. 97 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, ma risulti che in questa si siano limitati a svolgere un ruolo marginale, cioè risulti che il loro intervento sia stato indiretto e marginale nell'ideazione e nell'esecuzione del fatto, nel senso che la loro condotta, lungi dall'inserirsi con rilevanza causale nella consumazione del reato di spaccio di droga, si sia limitata prevalentemente ad un'attività di controllo, di osservazione e di contenimento dell'altrui condotta illecita, i soggetti in questione, non avendo commesso alcun reato, non sono suscettibili di essere sottoposti ad indagini preliminari: quindi, non debbono essere inessi come indagato di reato commesso, con l'assistenza del difensore; né trova applicazione il disposto dell'art. 63 c.p.p., sulle dichiarazioni indizianti».

¹⁶⁶ Sullo specifico aspetto, in giurisprudenza, Cass., sez. VI, 3 dicembre 1998, Carista e altro, cit.; in tale occasione, i giudici di legittimità hanno affermato: «La causa di giustificazione di cui all'art. 97 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, scriminando l'acquisto simulato di droga, necessariamente legittima anche le attività «strumentali» commesse all'acquisto medesimo, ossia quelle che precedono (per esempio, la sollecitazione a vendere o cedere) e seguono (per esempio, la detenzione, il trasporto, l'esportazione o l'importazione) l'atto di acquisto-ricezione dello stupefacente, rappresentandone il naturale e fisiologico antecedente o susseguente». In dottrina, BALSAMO-LO PIPARO, *La prova "per sentito dire": La testimonianza indiretta tra teoria e prassi applicativa*, cit., 178 s., ove, in merito alle «dichiarazioni (...) fraudolentemente provocate o stimolate dall'agente provocatore» – il che determinerebbe l'operatività della «regola di esclusione» –, si parla di percezione di conversazioni «contestualmente» alla relativa verifica, merco l'ausilio di «un congegno di trasmissione del suono manovrato dall'agente provocatore»; e ciò potrebbe rappresentare una valida esemplificazione di attività strumentale connessa allo svolgimento di atti investigativi simulati. Inoltre, al riguardo, v. altresì CAPRIO-LI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, 275. Sulla prerogativa dell'autodeterminazione riconosciuta – in ogni caso – al soggetto provocato, GAETA, *Dichiarazioni di indagato*

forme alle condizioni richieste per la sussistenza della causa di giustificazione, il pubblico ministero non dovrebbe optare per l'instaurazione di un procedimento penale a carico dell'anzidetto soggetto, ancorché da definirsi con un decreto di archiviazione¹⁶⁷.

Per converso, la constatazione – sempre da parte del pubblico ministero – della concreta perpettazione di una condotta non scriminabile ed ascrivibile allo stesso agente provocatore, comporta per quest'ultimo l'iscrizione nel registro previsto dall'art. 335 c.p.p. – anche nell'eventualità in cui trattasi di «*facta concludentia*»¹⁶⁸ – e dunque, il successivo svolgimento dell'attività procedimentale di rito¹⁶⁹.

“*provocate*” da agenti infiltrati: la libertà di autodeterminazione quale canone di utilizzazione, in *Cass. pen.*, 2000, 972 ss.

¹⁶⁷ Sul punto, AMATO, *La definizione della posizione processuale dell' «agente provocatore»: riflessi sulla capacità a rendere testimonianza*, cit., 2393; nello stesso senso, ID., *Sull'ambito di operatività, sostanziale e processuale, della scriminante dell'acquisto simulato di sostanze stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 1999, 1614.

¹⁶⁸ Secondo Cass., sez. VI, 28 aprile 1997, Console, in *C.E.D. Cass.*, n. 2088645, si stabilisce l'impossibilità di testimoniare per l'agente provocatore – stante il divieto di cui all'art. 62 c.p.p. – in merito a dichiarazioni rese da soggetti con cui il *factus empir* sia venuto in contatto «e che, con l'acquisizione della notizia di reato, abbiano già assunto veste di indagati per “*facta concludentia*”, sempre che dette dichiarazioni siano rappresentative di fatti precedenti, non operando», per converso, lo stesso divieto riguarda ai comportamenti constatati dall'agente “*coperto*” nonché «alle dichiarazioni che ad esse eventualmente si accompagnino, ivi comprese quelle che abbiano ad oggetto la programmazione di condotte future», e ciò, posto che a queste ultime si riconoscerebbe il valore di «fatti storici, sottratti, come tali, all'ambito di operatività del divieto in questione». I giudici di legittimità, inoltre, ritengono inoperante il divieto previsto dall'art. 63, comma 2, c.p.p., in ragione del fatto che gli stessi agenti “*coperti*” «ritengono di attività che gli stessi hanno svolto e di fatti che hanno percepito direttamente», precisando che «il divieto di testimonianza di cui all'art. 62 c.p.p. relativo alle dichiarazioni endoprocedurali di un imputato o di un indagato non riguarda le dichiarazioni rese anteriormente all'inizio del procedimento». Analogamente, nella giurisprudenza di merito, Trib. Macerata, 18 luglio 2001, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2002, 214. Ancora, v. Cass., sez. II, 31 marzo 1998, Parreca, in *Giur. it.*, 2000, 384; in tale occasione, la Suprema Corte ha affermato l'inutilizzabilità delle dichiarazioni «“*provocate*” da un operatore della polizia giudiziaria il quale, dissimulando tale sua qualifica e funzione, rivolga domande inerenti ai fatti criminosi oggetto di indagine a chi appaia fin dall'inizio in tali fatti coinvolto quale indiziato di reato; ed invero non è consentito alla polizia giudiziaria, in un sistema rigorosamente ispirato al principio di legalità, scostarsi dalle previsioni legislative per compiere atti atipici i quali, permettendo di conseguire risultati identici o analoghi a quelli conseguibili con gli atti tipici, eludano tuttavia le garanzie difensive dettate dalla legge per questi ultimi. Siffatta elusione indubbiamente si verifica allorché l'operatore di p.g., non palesandosi come tale, miri ad ottenere dalla persona già colpita da indizi di un reato dichiarazioni che possono servire alla prova di questo e della relativa responsabilità: ne consegue che di tali dichiarazioni non può tenersi conto non solo nei confronti di chi le ha rilasciate, ma anche nei confronti degli indagati per il medesimo fatto ovvero per fatti connessi o collegati», ai sensi dell'art. 63, comma 2, c.p.p. Sul divieto ex art. 62 c.p.p., in termini generali, *ex plurimis*, BALSAMOLO PIPARO, *La prova “per sentio dire”*. *La testimonianza indiretta tra teoria e prassi applicativa*, cit., 147 ss.

¹⁶⁹ In proposito, AMATO, *La definizione della posizione processuale dell' «agente provocatore»: riflessi sulla capacità a rendere testimonianza*, cit., 2394. Analoghi rilievi si rinvergono in ID., *Sull'ambito di operatività, sostanziale e processuale, della scriminante dell'acquisto*

In tal caso, l'ufficiale sotto copertura assume la qualità di indagato: il che innesta l'operatività di un sistema di garanzie – anche – nei suoi confronti, da osservarsi a pena di nullità dell'attività d'indagine svolta in modo tale da eluderlo. Di conseguenza, affinché possa riconoscersi efficacia probatoria alle dichiarazioni rese dal predetto indagato, dovranno essere rispettate tutte le prescrizioni legislative stabilite in merito al relativo *status* testimoniale ed in particolare, ove necessario, garantirsi il rispetto del fondamentale diritto di difesa¹⁷⁰.

4. Agente *under cover* e ufficio di testimone: criteri di individuazione del regime testimoniale.

In base alle considerazioni svolte sino a questo momento, è possibile notare che, in linea di massima, l'iscrizione dell'agente provocatore nel registro delle notizie di reato, previsto a norma dell'art. 335 c.p.p., consegue – come si è visto – alla insussistenza delle condizioni che rendono applicabile, *prima facie*, la causa di giustificazione in relazione al comportamento assunto nel corso dell'operazione sotto copertura. La conseguente assunzione della qualità di indagato, da parte dello stesso soggetto, però, determina l'impossibilità di escuterlo come teste¹⁷¹, salvo che nel caso in cui l'instaurazione del procedimento penale¹⁷² a carico dell'anzidetto agente provocatore sia già stato definito con una sentenza divenuta irrevocabile – e pertanto, dotata di forza

¹⁷⁰ *simulato di sostanze stupefacenti*, cit., 1614. Inoltre, v. MELLILLO, *L'agente provocatore fra simulato di reato e ricerca della prova*, cit., 103, nonché MARINI, *Acquisto simulato di droga e pretese testimonianze dell'agente provocatore*, cit., 58.

¹⁷¹ Di tale avviso, APA, *Note in tema di testimonianza dell'agente provocatore*, cit., 139, il quale si sofferma sull'aspetto dato dall'assunzione degli atti in questione alla stregua del «*divieto formalistico*», allorché «si intendano utilizzare a fini probatori».

¹⁷² In dottrina, FRIGOLI, *Sul regime transitorio del divieto di testimonianza indiretta degli agenti ed ufficiali di polizia giudiziaria*, in *Nuovo dir.*, 2006, 1216 ss.

¹⁷³ Secondo PETRALIA-SALERNO, *Le operazioni sotto copertura in materia di armi e riciclaggio*, cit., 958 s., nel contesto considerato, il termine procedimento si riferirebbe «non tanto» all'arco di tempo ravvisabile fra «l'assunzione della posizione di indagato e l'emissione della sentenza definitiva», ma piuttosto, si intenderebbe riferirsi ad ogni dichiarazione resa «a soggetti investiti di una qualifica processuale e per una ragione connessa al procedimento». Al riguardo, in giurisprudenza Cass., sez. VI, 28 aprile 1997, Console, cit., secondo cui le «dichiarazioni rese all'agente di polizia giudiziaria che funga da simulato acquirente di sostanze stupefacenti nella veste di agente provocatore, devono essere collocate all'interno del procedimento», poiché il venditore deve considerarsi di fatto indagato non appena si stabilisce il contatto con l'apparente acquirente; nello stesso senso, in dottrina, TROTTA, *Sulle dichiarazioni rese dal venditore di stupefacenti all'agente provocatore*, in *Cass. pen.*, 1998, 3017.

esecutiva¹⁷³, secondo il disposto dell'art. 650 c.p.p. —¹⁷⁴, sia essa di proscioglimento o di condanna ovvero emessa ai sensi dell'art. 444 c.p.p.

Inoltre, nell'eventualità in cui ricorra la situazione disciplinata a norma del coordinato disposto degli artt. 62, 197 e 210 c.p.p., nonché ai sensi dell'art. 197 bis c.p.p., è possibile che il soggetto in questione renda testimonianza con l'assistenza di un difensore; in tale evenienza, però, bisogna tenere conto del generale divieto di utilizzazione¹⁷⁵ delle

¹⁷³ In verità, va rilevato che, a fare la differenza, sarebbe proprio il coinvolgimento della categoria dell'irrevocabilità: sicché, ai fini di una migliore comprensione della problematica in discorso, appare opportuno soffermarsi sulle connotazioni dommatiche di siffatta categoria. In proposito, in via preventiva, occorre evidenziare come, per il disposto dell'art. 648 c.p.p., il relativo concetto si cristallizzerebbe in termini di immutabilità dispositiva (cfr. AA.VV., *Codice di procedura penale interpretato*, a cura di Gato, Torino, 2001, 2176) ovvero, ricorrendo ad un'espressione propria del linguaggio del legislatore processuale penale, nei sensi di «irrevocabilità» del provvedimento giudiziale qualificabile — appunto — come non più modificabile; il che implica l'«esaurimento della garanzia della giurisdizione cognitiva ordinaria» (così DALLA-FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 712), oltre che la «impossibilità giuridica di sottoporre il contenuto di quel provvedimento ad un "riesame", per così dire, attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione» (sul punto, SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, II, Milano, 1996, 531). Inoltre, in tema, occorre evidenziare la valenza dell'ulteriore canone «della definitività delle sentenze della Corte di cassazione», preclusivo del «riesame di ogni questione di merito e di rito», fatta salva, in ogni caso, l'esplicità di «rimedi straordinari». Così Cass., Sez. Un., 6 dicembre 1996 (c.c. 9 ottobre 1996), in *C.E.D. Cass.*, n. 206177; in senso analogo, Cass. Sez. Un., 6 dicembre 1996 (c.c. 9 ottobre 1996), in *C.E.D. Cass.*, n. 206176.

¹⁷⁴ Al provvedimento divenuto irrevocabile e pertanto dotato di forza esecutiva, si riconferisce la proprietà di fissazione di un *discrimen* tra la fase di cognizione (cfr. NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Torino, 1996, 66) e l'operatività del sistema dell'esecuzione penale, per definizione, tesa all'attuazione delle istituzioni contenute nel provvedimento esecutivo (così PITTARO, *Processo equo e procedimento di esecuzione penale*, in *Rivista italiana dei diritti dell'uomo*, 1993, 25); quest'ultimo, alorché divenuto irrevocabile, implicherebbe «l'estinzione del potere del giudice di decidere nuovamente su un oggetto già deciso», così assicurandosi, «ad un determinato momento», i caratteri di «certezza e stabilità delle istituzioni giuridiche acquisite con l'esito del processo»; il che integrerebbe «l'essenza della *res judicata*», sebbene nella consapevolezza che il perseguimento di tale «stato di certezza» sarebbe ben lungi dal corrispondere ad «acquisizione indiscutibile di verità» (sul punto, SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, cit., 532 ss.). Pertanto, il concetto in parola atterrebbe all'«esaurimento della situazione giuridico processuale» e di conseguenza, risulterebbe correlato alla nozione di regudicata (cfr. DI GIOVANNI, *L'esecuzione nel nuovo processo penale*, Napoli, 1989, 26), dal momento che la formazione del giudicato penale rileverebbe, quale indelebile presupposto, ai fini dell'instaurazione della fase di esecuzione del processo penale e dunque, dello svolgimento del procedimento disciplinato dall'art. 666 c.p.p., nondimeno, ispirato ai canoni del «giusto processo» e dell'«esecuzione leale» (sul punto, LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002, 48 ss.).

¹⁷⁵ Sul punto, in giurisprudenza, Cass., sez. VI, 28 aprile 1997, Consol., in *Giur. pen.*, 1998, III, 349, secondo cui alle dichiarazioni rese all'agente provocatore «non si applica il divieto di testimonianza previsto dall'art. 62 c.p.p., poiché tale divieto concerne soltanto le dichiarazioni rappresentative di proceduti fatti e non anche le condotte e le dichiarazioni che accompagnano tali condotte, chiarandone il significato, ovvero le dichiarazioni programmatiche di future condotte». In tale occasione, i giudici di legittimità hanno precisato che, al riguar-

dichiarazioni rese dall'indagato o dall'imputato nel corso del procedimento penale instaurato a proprio carico (art. 62 c.p.p.): oltre a presentarsi in linea con la «struttura fondamentale del diritto di difesa dell'imputato» — come ha osservato autorevole dottrina —¹⁷⁶, detto divieto otempererebbe al canone generale del *nemo tenetur se detegere*¹⁷⁷ che, nel caso di specie, interesserebbe ogni affermazione ritualmente assunta, comprese quelle rese, in modo inconsapevole, dal provocato all'agente provocatore¹⁷⁸.

In ogni modo, si rileva che la configurazione di quest'ultimo come indagato complica il momento dell'assunzione della prova individualizzata mercé l'espletamento di attività investigativo-simulata. L'aspetto appare rimarcato sia nella sede dottrinale che in quella giurisprudenziale, ove è stato sottolineato che una determinazione giudiziaria di tal sorta creerebbe una figura inconciliabile con l'ufficio di testimone *tout court*, rendendo operativo il sanzionato principio dell'incompatibilità a te-

do, neanche la limitazione di utilizzabilità ex art. 62, comma 2, c.p.p., potrebbe trovare applicazione, dal momento che «non si tratta di dichiarazioni rese nel corso di un esame o di assunzioni di eventi già accaduti o la descrizione di una precedente condotta delittuosa, ma, intendendosi invece in un contesto commissivo, realizzano la stessa condotta materiale del reato».

¹⁷⁶ Così GIARDA, *Art. 62 c.p.p.: di passo in passo, come i gamberi*, in *Corr. giur.*, 1993, 1294.

¹⁷⁷ In proposito, in dottrina, si consulti: APA, *Note in tema di testimonianza dell'agente provocatore*, cit., 140, cui si rinvia per ulteriori rilievi conferenti al caso di specie considerato. In giurisprudenza, v. Cass., sez. VI, 28 aprile 1997, Consol., cit., 138, secondo cui gli infratitoli operanti a norma dell'art. 97 del citato D.P.R. n. 309/1990, durante lo svolgimento dell'operazione sotto copertura, non agirebbero nella qualità di «ufficiali di polizia giudiziaria con i poteri autoritativi e certificatori connessi alla qualifica, ma come soggetti che partecipano all'azione», con conseguente inapplicabilità del divieto previsto dall'art. 62 c.p.p. Secondo Cass., sez. VI, 24 luglio 1997 (c.c. 28 aprile 1997), Consol., cit., in relazione alle dichiarazioni eventualmente rese dal fornitore di sostanze stupefacenti ad un acquirente simulato (*alias* un agente provocatore), opererebbe il divieto stabilito dall'art. 62 c.p.p., posto che il primo, in ragione della relativa azione perpetrata, assumerebbe la qualifica di indagato al tempo in cui inizia il compimento dell'attività investigativo-simulata.

¹⁷⁸ Nei sensi per cui il divieto stabilito dal summenzionato art. 62 c.p.p. opererebbe nell'esclusiva evenienza rappresentata dall'aver reso dichiarazioni a soggetti investiti di una qualche qualifica processuale e per motivi inerenti all'instaurato procedimento penale e non già, nell'eventualità in cui le stesse dichiarazioni siano state rese a soggetti ulteriori ovvero per ragioni non conferenti alla pertinente sede procedimentale, v. Cass., sez. I, 18 luglio 1994, Bruno, in *Cass. pen.*, 1996, 853 ss.; analogamente, nella giurisprudenza di legittimità costituzionale, Corte cost., (23 marzo) 13 maggio 1993, n. 237, in *Nuovo dir.*, 1993, II, 760 (con nota di APRILE, *I limiti del divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato o dell'indagato: un chiarimento da parte della Corte costituzionale*), ove, peraltro, si osserva che l'eventuale collocamento temporale delle dichiarazioni autodichiaranti in un periodo antecedente all'instaurazione della notizia criminis nell'apposito registro ex art. 335 c.p.p., neutralizzerebbe l'operatività del divieto in discorso. In dottrina, nello stesso senso, CORDEIRO, *Procedura penale*, cit., 242; NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, 6^a ed., Milano, 1997, 364; contra GIARDA, *Art. 62 c.p.p.: di passo in passo, come i gamberi*, cit., 1294.

stimolare per l'indagato¹⁷⁹. Ciò, inverso, sembra circoscrivere sensibilmente la possibilità di un apporto dimostrativo, da parte del soggetto in discorso, a livello processuale, dal momento che al medesimo sarebbe impedito di riferire in modo diretto, in udienza, sull'esperienza investigativa vissuta e di chiarire i dettagli di ogni aspetto e circostanza dell'azione repressiva attuata.

Per converso, l'operatività della scimmianze consente all'agente sotto copertura di potere assumere le vesti di testimone nella sede dibattimentale e di *ivi* deporre nel contraddittorio tra le parti ed alla presenza di un giudice terzo ed imparziale – secondo i recenti dettami costituzionali¹⁸⁰. Piuttosto, in proposito, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 9 della Legge n. 146/2006, si è posto un ulteriore problema, quello relativo alla possibilità di utilizzare documentazione di copertura – dopo l'ultimazione dell'operazione *under cover* – per la deposizione in dibattimento – o con incidente probatorio –: al riguardo, in dottrina, si ritiene che non vi è certezza in merito al poter escutere l'agente provocatore-teste mercé l'ausilio del sistema videoconferenziale, a norma dell'art. 147, comma 5, disp. att., né in merito al (poter) ricorrere all'ulteriore rimedio individuato nell'occultamento delle generalità dell'ufficiale di polizia che abbia agito in forma mimetizzata; inoltre, si è osservato che, pure inducendo il tenore letterale dell'art. 9, comma 5, della Legge n. 146/2006 a ritenere utilizzabili gli anzidetti documenti di copertura nella sola fase di svolgimento dell'operazione "coperta", tuttavia, una lettura in chiave teleologica della stessa disposizione legislativa persuaderebbe ad interpretare in senso estensivo

l'espressione normativa «per l'esecuzione delle operazioni», ampliando l'ambito degli effetti in discorso anche alla successiva fase dibattimentale, rispetto alla quale gli esiti del compimento di atti investigativi simulati si pongono in rapporto funzionalistico e ben potendosi, pertanto, reputare attuabile la derogabilità del comma 2 dell'articolo 497 c.p.p. «nel senso di ammettere una declinazione delle generalità secondo la identità fittiziamente attribuita»¹⁸¹.

Diverso è, invece, l'ulteriore caso in cui l'assunzione della qualità di testimone – sempre da parte dell'*agent provocateur* – consegna ad una precedente qualificazione di coimputato: in tale eventualità, occorre stabilire lo specifico regime testimoniale da applicarsi. A tal fine, sembra imporsi la necessità di verificare le norme atinenti al caso di specie e soprattutto, di accertare se ricorra un'eventuale ipotesi di incompatibilità, secondo il disposto dell'art. 197, comma 1, lett. a) e b), c.p.p., ovvero se siano applicabili le ordinarie regole dettate per la testimonianza oppure, ancora, se sussistano i presupposti per l'operatività delle prescrizioni sancite dall'art. 197 bis c.p.p. Ad avviso della dottrina, tale ultima soluzione sembra prospettarsi tutt'altro che peregrina, tanto più perché confortata dagli asseriti della giurisprudenza costituzionale¹⁸², di conseguenza, sarebbe da ritenersi plausibile l'escussione dell'agente "coperto" – già coimputato – come testimone "assistito", vale a dire alla presenza di un proprio difensore¹⁸³.

¹⁸¹ In proposito, CISTERNA, *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, cit., 81 s., di cui sono state riportate integralmente talune espressioni repunte particolarmente significative, onde non svilirne il significato.

¹⁸² Sebbene anteriore all'emanazione della Legge 1° marzo 2001, n. 63 che, in virtù del relativo art. 6, comma 1, ha integrato l'articolo codicistico introducendo il succitato art. 197 bis c.p.p., in dottrina (cfr. MINNA-STUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e procedurali*, cit., 139), si è ritenuta la conferenza – alla problematica in discussione – delle affermazioni ravvisabili in Corte cost., sent. (24 maggio) 17 luglio 2000, n. 294, in *Cass. pen.*, 2001, 755 ss. (con note di FANULLI-LAURINO, *Incompatibilità a testimoniare e archiviazione su nuovo davanti alla Consulta: una svolta interpretativa di rilevanti implicazioni*), come si rinviene da un'attenta lettura della menzionata decisione. Inoltre, in argomento, v. FANULLI, *Incompatibilità a testimoniare e archiviazione dopo la legge sul c.d. giusto processo: un nodo apparentemente irrisolto*, in *Cass. pen.*, 2002, 3937; più in generale, SPANICHER, *Il processo apparentemente irrisolto*, cit., 102; in termini generali, GIOSTRA, *Sull'incompatibilità a testimoniare dopo la legge «Carotti»*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 180 ss. Ne va tacito che, in distinte e peggiori occasioni, i giudici della Consulta [cfr. Corte cost., sent. (4 marzo) 18 marzo 1992, n. 108, in *Giur. cost.*, 1992, 984 ss.], hanno affermato l'incompatibilità dell'ufficio di testimone con la qualità di indagato, sebbene quest'ultimo non risulti più qualificabile come tale per via di un provvedimento di archiviazione che abbia definito il procedimento penale in cui sta stata ricoperta siffatta qualifica. Al riguardo, in dottrina, con specifico riguardo per la figura dell'agente provocatore, MELILLO, *L'agente provocatore fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, cit., 102; in termini generali, GIOSTRA, *Sull'incompatibilità a testimoniare anche dopo il provvedimento di archiviazione*, in *Giur. cost.*, 1992, 1000 ss.

¹⁸³ Sul punto, interessanti le osservazioni di MINNA-STUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e procedurali*, cit., 139, in tema di assunzione dell'ufficio di testimone da parte di soggetti imputati o giudicati in un procedimento connesso ovvero in rela-

¹⁷⁹ Nei sensi per cui la stabilità incompatibilità rivederebbe i relativi effetti soltanto in relazione alle dichiarazioni riguardanti la specifica posizione del dichiarante – in ottemperanza al canone *nemo tenetur se detegere* – e non altresì quelle dei terzi, riguardo ai quali le anzidette dichiarazioni sarebbero utilizzabili a prescindere dalla qualifica processuale degli stessi soggetti terzi, in giurisprudenza, *Cass.*, sez. I, 30 ottobre 2003 (ud. 3 marzo 2003), P.G. in *proc. Acti*, in *C.E.D. Cass.*, n. 226069; *Cass.*, sez. IV, 22 aprile 1996 (ud. 7 marzo 1996), Consoli, in *C.E.D. Cass.*, n. 204984; *Cass.*, sez. VI, 21 marzo 1994 (c.c. 13 gennaio 1994), Parani, in *C.E.D. Cass.*, n. 197387. Tuttavia, tale orientamento risulta stigmatizzato da *Cass.*, Sez. Un., 9 ottobre 1996, Campanelli, in *Guida dir.*, 1997, 64 (con nota di MAINA, *Le "dichiarazioni" restano escluse dal divieto se favorevoli a chi le rilascia o a terzi*), ove si statuisce la generale inutilizzabilità di ogni dichiarazione e quindi, anche di quelle afferenti alla posizione processuale di terzi. In argomento, in dottrina, *ex plurimis*, DOMINIONI, *Sub art. 63 c.p.p.*, in AA. VV., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da Arnodio e Dominoni, I, Milano, 1989, 399 ss.; GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 184 ss.

¹⁸⁰ Con la notazione che il summenzionato metodo del contraddittorio, rilevante in sede endoprocessuale, *in primis* rappresenterebbe un «principio politico»: sul piano funzionalistico, esso rilevante sia nel procedimento probatorio, sia al fine di garantire «l'effettività della difesa» e sia, ancora, in quanto reputato fondamentale per il valido esercizio della stessa funzione giurisdizionale; così RUCCIO, *Notazioni in margine ad un convegno sul nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 252.

Per meglio dire, esso verrebbe ad essere, così, destinatario del sistema di garanzie accordate dagli artt. 64, 197 e 210 c.p.p. e nel contempo, titolare dell'obbligo di riferire secondo verità – durante l'esame testimoniale – sui fatti altrui già oggetto di pregresse dichiarazioni; invece, in relazione ad ogni ulteriore fatto differente da quelli concernenti altre persone ed in merito ai quali esisterebbero affermazioni rese in precedenza nelle forme rituali, sussisterebbe un'ipotesi di incompatibilità – ad eccezione di quanto stabilito dall'art. 64, comma 1, lett. c), c.p.p.¹⁸⁴ – che, però, potrebbe essere superata disponendo l'audizione dello stesso soggetto ai sensi dell'art. 210 c.p.p., come imputato in un procedimento connesso ovvero per reato collegato: a tale qualificazione, infatti, si ricomprende sia la possibilità di rendere dichiarazioni in ordine ai predetti fatti altrui, sia il diritto di astenersi dal riferire alcunché in proposito e sia, ancora, la prerogativa di fare affer-

zioni ad un reato collegato, nella letteratura, tra gli altri, APRILE-SILVESTRI, *La formazione della prova penale*, Milano, 2002, 236 ss.; BRICCHETTI, *Le figure soggettive della legge sul giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1277 ss.; CANTONE, *Il giusto processo. Commento organico alla L. 1° marzo 2001, n. 63 (Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'art. 111 della Costituzione)*, Napoli, 2001, 61 ss.; CARCANO-MANZONI, *Il giusto processo*, Milano, 2001, 28 ss.; C. CONTI, *Le prospettive di riforma del sistema probatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1022 ss.; ID., *La riduzione dell'incompatibilità a testimonianza*, in AA.VV., *Giusto processo*, a cura di Tonini, Padova, 2001, 284 ss.; G. CONTI, *Un freno alla facoltà di non rispondere per non vanificare il contraddittorio*, in *Dir. giur.*, 2001, n. 10/11, 24 ss.; DOMINIONI, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 736 ss.; FERRIJA, *Gli incerti confini dell' "impunone"*, in *Dir. giur.*, 2000, n. 43/44, 8 ss.; ID., *L'indagine entra in dibattimento solo attraverso il contraddittorio*, in *Dir. giur.*, n. 7, 8 ss.; GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di "giusto processo" penale (tra "ragionevole durata", diritti dell'imputato e garanzie del contraddittorio)*, in *Per. dir.*, 2000, 423 ss.; ID., *Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1137 ss.; MOROSINI, *Il "testimone assistito" tra esigenze del contraddittorio e tutela contro l'autocritriminazione*, in AA.VV., *Giusto processo*, a cura di Tonini, Padova, 2001, 325 ss.; SANNA, *L'esame dell'imputato sul fatto altrui, tra diritto al silenzio e dovere di collaborazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 491 ss.; SANTORO, *Il cambio da compiuto a teste esalta il confronto*, in *Guida dir.*, 2001, n. 13, 41 ss.; TONINI, *L'attuazione del contraddittorio nell'esame di imputati e testimoni*, in *Cass. pen.*, 2001, 688 ss.; ID., *Riforma del sistema probatorio: un'attuazione parziale del "giusto processo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 269 ss.; ID., *L'elichimbia del nuovo processo accusatorio: una attuazione del "giusto processo"*, in AA.VV., *Giusto processo*, a cura di Tonini, Padova, 2001, 38 ss.

¹⁸⁴ La prospettazione, rispecchiata, l'impostazione seguita da MINNA-SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, cit., 139, di cui va rilevata la precisazione (sub nota 15) secondo cui vi sarebbe la possibilità di una differente lettura della problematica in questione, alla luce delle osservazioni – più generali – di G. CONTI, *Un freno alla facoltà di non rispondere per non vanificare il contraddittorio*, cit., 10. In tema di incompatibilità a testimoniare ex art. 197 c.p.p., PORRAS GONZALES, *Dubbi in via di superamento in tema di incompatibilità a testimoniare*, in *Giur. it.*, 1995, 65 ss.

mazioni non veritiere¹⁸⁵, il che rievocherebbe talune determinazioni assunte, in più occasioni, dai giudici della Consulta¹⁸⁶.

La complessità dell'inquadramento sistematico della problematica escussione processuale – nella qualità di teste – dell'*agente provocateur* appare evidente e con essa, le difficoltà, ulteriori e connesse, registrabili sul piano della utilizzabilità del materiale probatorio acquisito, non senza fatica, mercè lo svolgimento di attività investigativa simulata. Pertanto, in dottrina, non manca di formularsi l'auspicio che, nella prassi, si ricorra all'iscrizione del nominativo dell'agente "coperto" nel registro ex art. 335 c.p.p., soltanto allorché si ravvisi un illecito assolvimento dei compiti correlati alla qualità di investigatore – ancorché sotto copertura –; il che può tradursi in termini di eccedenza della necessaria attività di provocazione o di infiltrazione perpetrata ai fini di individuazione di elementi di prova. In tal modo, infatti, si semplificherebbe la procedura di utilizzazione del patrimonio conoscitivo dell'agente provocatore, il cui contributo probatorio è fondamentale per via dell'esperienza cognitiva maturata in sede di espletamento dell'operazione sotto copertura che lo ha visto impegnato in via diretta¹⁸⁷.

In definitiva, non si intende formare una prova a tutti i costi, ma piuttosto si auspica una sburocratizzazione – per così dire –¹⁸⁸ di

¹⁸⁵ Sullo specifico punto, MINNA-SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, cit., 139, ove si parla della nuova possibilità di «rendere dichiarazioni su fatti altrui», come anche del «diritto di non rispondere» e della «facoltà di mentire». Inoltre, in proposito, si veda: BARGIS, *Le dichiarazioni di persone imputate in un procedimento connes- so. Ipotesi tipiche e modi di utilizzabilità*, Milano, 1994, 93; MARINIL, *Acquisito simulato di droga e pretesa testimonianza dell'agente provocatore*, cit., 60. Nella giurisprudenza di legittimità, l'affermazione di un principio analogo si rinvie in Cass., sez. VI, 1 giugno 1994 (ud. 11 aprile 1994), Curatola, in *C.E.D. Cass.*, n. 198320. Inoltre, i giudici di merito hanno statuito che il «privato, che in esecuzione di un ordine dell'autorità giudiziaria opera da agente provocatore in materia di spaccio di droga, è scernato dall'art. 51 c.p.p., per cui può essere sentito come testimone nel procedimento a carico dello spacciatore con il quale è entrato in contatto»; cfr. App. Torino, sez. II, 13 luglio 1993, Curatola, in *Giur. it.*, 1995, 58.

¹⁸⁶ Nella giurisprudenza di legittimità costituzionale, v. Corte cost., sent. (4 marzo) 18 marzo 1992, n. 109, in *Giur. cost.*, 1992, 994 ss.; Corte cost., sent. (4 marzo) 18 marzo 1992, n. 108, in *Giur. cost.*, 1992, 984 ss.; più di recente, Corte cost., 11 luglio 2000, n. 294, cit., 755 ss.

¹⁸⁷ Per via delle difficoltà ravvisate in proposito, in dottrina, «si insiste sulla non inscrizione» – nell'apposito registro delle notizie di reato, di cui all'art. 335 c.p.p. – «dell'agente provocatore che rispetta le regole di ingaggio, che fa per bene il proprio dovere, che si attiene strettamente ai compiti impartiti, che riferisce puntualmente sullo stato delle indagini e sulle modalità di esecuzione delle stesse, che insomma è "metrievole" e "metrievole" di essere scerninato»; così MINNA-SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, cit., 140. Ancora, v. GAETA, *Dichiarazioni di indagato provocate da agenti infiltrati: la libertà di autodeterminazione quale canone di utilizzabilità*, cit., 967 ss.; in termini più generali, FERRIJA, *Dichiarazioni spontanee dell'indagato, nullità dell'interrogatorio di polizia ed invalidità derivata*, in *Cass. pen.*, 1984, 1984 ss.; ORTANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999, 121 ss.

¹⁸⁸ Con la precisazione che l'espressione testé adoperata nel testo va intesa secondo l'accezione strettamente letterale del termine e che giannina l'uso della stessa rappresenta un invito al pressapochismo procedimentale, né tantomeno, all'assunzione di atteggiamenti lassistici da parte degli operatori giudiziari.

una procedura di per sé non proprio tale, ma così — purtroppo — resa, talora, nella quotidianità giudiziaria.

5. L'utilizzabilità endoprocedurale degli elementi di prova acquisiti dall'agente *under cover*.

Lo scopo dello svolgimento di operazioni *under cover* — esplicitate non senza dispendio di energie umane e mezzi materiali¹⁸⁹ — si individua, a stretto rigore, nella individuazione di dati di natura probante da utilizzarsi in sede processuale, ai fini di argomentazione dell'assunto accusatorio¹⁹⁰. Un primo problema che sembra porsi in proposito riguarda la natura del materiale probatorio così individuato: vero è che *nulla questio* sembra ravvisarsi in merito agli elementi di tipo materiale, apprensibili in virtù di un provvedimento di sequestro — naturalmente, di natura probatoria¹⁹¹ —¹⁹² che ne assicura la disponibilità in ambito procedimentale¹⁹³; però, quando l'acquisizione interessa dati probanti consistenti in mere informazioni apprese dall'agente sotto copertura ovvero in dichiarazioni spontanee assunte in modo ingannevole da quest'ultimo, mercè

¹⁸⁹ Al riguardo, MINNA-SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e procedurali*, cit., 135, ove — a fronte del disprezzo delle energie profuse e dei rischi corsi —, si sottolinea la singolarità data dalla limitazione del «recupero del sapere acquisito dall'infiltrato durante la sua attività al solo sequestro del materiale (...)» o a qualche altro aspetto marginale di tutta l'operazione tralasciando invece il patrimonio conoscitivo acquisito nello svolgimento dei compiti allo stesso assegnati.

¹⁹⁰ In merito alla problematica prospettata nel testo, MANCINI, *Le attività sotto copertura: margini di utilizzabilità delle prove e contrasti giurisprudenziali*, in <http://www.fliodirinto.com>, 22 febbraio 2006. In termini generali, SANTORO, *Il cambio da colpeggiato a teste esulta il confronto*, cit., 41 ss.

¹⁹¹ Secondo DALIA-FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 463, l'adozione del summenzionato istituto implica l'«apprensione coattiva del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato», nonché la relativa «conservazione (...) agli atti del procedimento o del processo (art. 253)», per mere finalità «di prova». In tema, v. altresì TRANCHINA, voce *Sequestro penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992, I, secondo cui sarebbe la «assicurazione (...) di eventuali prove, la finalità del sequestro, non già di acquisizione di prove».

¹⁹² In generale, l'applicazione del sequestro determina l'estromissione — ancorché temporaneamente — della *res* dall'ambito possessorio del relativo proprietario (o possessore ovvero detentore), così precludendo, per quest'ultimo, la fruizione della disponibilità materiale del bene abitato, nonché il compimento di ogni tipo di attività atta a modificare le condizioni giuridiche esistenti al momento dell'esecuzione del provvedimento in questione. Sull'aspetto coercitivo dell'*apprehensio*, sempre attuali i rilievi di MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, cit., 179 ss., ad avviso del quale, il sequestro è «un atto di coercizione reale, consistente in un limite posto dallo Stato al diritto di proprietà, limite per cui viene temporaneamente inibita, per i fini della prova, la disponibilità di una cosa mobile o immobile altrui, sottoponendola a speciale custodia». A parere di LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, II, cit., 227, l'istituto in parola sarebbe da considerarsi un «atto di coercizione processuale». Inoltre, v. DALIA, voce *Sequestro penale*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di Vassalli, cit., 939, il quale individua la funzione tipica dell'istituto nello «assoggettare determinate cose ad un vincolo di indisponibilità, mediante lo possessamento di chi è legittimato a farle circolare con effetti giuridici».

¹⁹³ Tale prospettazione si rinvia in MINNA-SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e procedurali*, cit., 135, ove, in proposito, si parla di sequestro a prescindere dal bene abitato che può essere rappresentato tanto da sostanze stupefacenti, quanto da «materiale pornografico o da armi».

lo svolgimento di «attività captatrici eseguite da infiltrati»¹⁹⁴ in contesti malavitosi — ed entrambe le ipotesi, nella pratica investigativa, risulterebbero tutt'altro che remote —, si colgono talune difficoltà di relazione all'individuazione del vettore giuridico-procedurale di legittima traslazione delle medesime nel processo, senza imbastirsi, dunque, nella sanzione processuale della inutilizzabilità che, di fatto, vanifica i risultati dell'operazione sotto copertura svolta¹⁹⁵.

Ciò sembra dipendere dal carattere immateriale delle notizie apprese che, pertanto, sfuggirebbero ad ogni forma di automatica documentazione o di apprensione intellegibile, potendo solo essere veicolate nella sede processuale mediante la relativa assunzione sotto forma di contenuto delle dichiarazioni *de relato* rese dall'agente provocatore nel corso della testimonianza e dunque, soltanto per il tramite dell'escussione dibattimentale del medesimo soggetto nella qualità di testimone.

Pertanto, è necessario che lo stesso agente «coperto» giunga al momento della deposizione con animo sereno: in particolare, appare opportuno che costui non deponga in una situazione emotiva precaria o peggio ancora, coartato nella propria libertà di autodeterminazione da uno stato emozionale logorato dalla pregressa esperienza vissuta a seguito dell'iscrizione del relativo nominativo nel registro delle notizie di reato per comportamenti assunti per esigenze di servizio, quando anche la vicenda giudiziaria si sia conclusa con un provvedimento di archiviazione¹⁹⁶.

6. Segue. Il connesso problema dell'identità dell'ufficiale *under cover*. Proposte de iure condendo. Profili comparatistici.

Secondo la logica ispiratrice dei canoni di legalità ed equità processuale, l'escussione del testimone-agente provocatore postula l'instaurazione

¹⁹⁴ A tale ultimo riguardo, GIORDANO, *Le indagini preliminari. Poteri e limiti del Pubblico Ministero e della Polizia giudiziaria*, cit., 534 ss. In dottrina, sulla inutilizzabilità delle dichiarazioni rese, tenuto conto delle discutibili modalità di ottenimento, FERRUA, *Dichiarazioni spontanee dell'infiltrato, nullità dell'interrogatorio di polizia ed inutilità derivata*, cit., 1982, nonché SCAPARONE, *Agenti segreti di polizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, 151. Nella giurisprudenza di legittimità, v. Cass., sez. II, 4 giugno 1998, *Parcra*, n. 2204, in *C.E.D. Cass.*, n. 2111177; Cass., sez. II, 22 maggio 1997, *Andrioli*, n. 3764, in *C.E.D. Cass.*, n. 207842; Cass., sez. I, 7 maggio 1997, *PM*, in *proc. Giuliani*, n. 1650, in *C.E.D. Cass.*, n. 207427; Cass., sez. V, 27 febbraio 1997, *Bekas C.* e altro, n. 1892, in *C.E.D. Cass.*, n. 297521; Cass., sez. I, 23 giugno 1993, *PM*, in *proc. Avessani*, n. 6360, in *C.E.D. Cass.*, n. 194582.

¹⁹⁵ Sul punto, in dottrina, CISTERNA, *La negazione conclusioni dell'iter acquisitivo cancella le residue possibilità d'azione*, in *Guida dir.*, 2005, n. 27, 74 ss.

¹⁹⁶ Di tale avviso, MINNA-SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e procedurali*, cit., 138; in particolare, riguardo all'aspetto rappresentativo della libertà di autodeterminazione dell'agente provocatore-testimone, si afferma che il medesimo deve deporre «autenticamente libero da qualunque condizionamento, quale potrebbe essere al contrario quello di arrivare davanti ad un tribunale con "l'etichetta" di imputato di procedimento connesso, seppure archiviato». Sul punto, v. altresì SCAPARONE, *Agenti segreti di polizia*, cit., 151.

razione del contraddittorio tra le parti, *ergo* il dialettico confronto tra queste ultime – in udienza – dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale: sebbene l'osservazione riprenda un modulo stereotipato, tuttavia, nel caso di specie, si riscontrano non poche difficoltà per via dell'identità fittizia con cui l'investigatore – non a caso – mimetizzato deve assolvere al proprio incarico; e ciò, per motivi di salvaguardia della sua incolumità, dal momento che potrebbe essere esposto a possibili atti di ritorsione perpetrati, nei relativi confronti, dal sodalizio criminoso "ingannato" – ovvero da singoli soggetti¹⁹⁷. Per ovviare a tali inconvenienti, la dottrina ha formulato talune proposte *de iure condendo*, considerata l'assenza di specifiche disposizioni volte a fronteggiare tale contingenza, a livello di diritto positivo italiano.

L'analisi comparatistica sembra fornire un valido contributo all'elaborazione riscontrata in materia, posto che le nozioni *de lege ferenda* si fondano sulla considerazione dell'esperienza legislativa di altri Stati. In particolare, alcuni studiosi hanno proposto soluzioni analoghe a quelle assunte nell'ordinamento iberico o in quello tedesco: nel primo caso, si suggerisce di autorizzare la deposizione dibattimentale del soggetto in questione in forma "mimetizzata", vale a dire impiegando le stesse generalità fittizie assunte per l'espletamento di atti investigativi simulati – derogandosi al comma 2 dell'art. 497 c.p.p., come si è visto¹⁹⁸; nel secondo, invece, si prospetta la possibilità di optare per l'escussione dibattimentale *de audio* di un «testimone mediato» che riferisca quanto appreso dall'agente "coperto"¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Il rilievo risale a TAMMETTI, *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 2927, che ritiene come «il numero dei funzionari di polizia che siano al tempo stesso disponibili ed addestrati al compimento di operazioni di infiltrazione è solitamente molto ridotto»; sicché, per via della relativa testimonianza resa «in una pubblica udienza, costoro si rendono automaticamente inutilizzabili per future, possibili azioni, con rilevante spreco di risorse nella lotta al crimine». Inoltre, in argomento, v. JANNONE, *Agenti infiltrati: in alto mare la tutela dell'identità*, *Giuda dir.*, 2001, n. 42, 91 ss.

¹⁹⁸ Tale proposito si allinea ai canoni interpretativi suggeriti in relazione al comma 2 dell'art. 497 c.p.p. ed in particolare, alla possibilità di derogarvi allorché il teste da escutere sia un agente sotto copertura. Sul punto, in dottrina, CISTERNA, *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, cit., 81 s.

¹⁹⁹ Le soluzioni sono prospettate – entrambe – da MINNA-SUTERA SARDO, *Agenti provocatori. Profili sostanziali e processuali*, cit., 139; in ogni caso, riguardo alla soluzione analogata a quella tedesca, non va tacito che, secondo la legge della Germania, si prevede una specifica autorizzazione del Ministro dell'Interno in ordine alla «sostituzione della testimonianza dell'agente provocatore con quella del capo dell'ufficio di polizia di appartenenza»; simili rinvii si rinvencono in JANNONE, *Agenti infiltrati: in alto mare la tutela dell'identità*, cit., 92. In tema di testimonianze anonime, VOGLIOTTI, *La logica fiore della Corte Europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, in *Giur. it.*, 1998, 851 ss. Secondo DAMBRUOSO, *Terrorismo internazionale: verso una risposta giudiziaria globale*, in *Gnosis*, 2005, n. 2, non prevedendosi «che i procedi ufficiali ed agenti mantengano segreta la loro vera identità, utilizzando quella di copertura anche in un momento successivo al termine delle operazioni, magari fino al processo, con i vantaggi che ne deriverebbero per l'organismo investigativo di appartenenza che potrebbe im-

Entrambe le indicazioni, però, sembrano contrastare con la fondamentale regola del *rule against hearsay*, di matrice anglosassone, in virtù della quale avrebbe valore l'esclusiva testimonianza del diretto percettore di una specifica realtà fattuale – e pertanto, autore di uno *statement*, vale a dire di una comunicazione di tipo sia informativo, sia descrittivo e sia, ancora, narrativo, affermativa o negativa di un delittuoso fatto²⁰⁰, da rendersi dinanzi all'organo giurisdizionale ed all'avverario processuale a cui sarebbe riconosciuta la possibilità di controesaminare tale soggetto²⁰¹.

7. Segue. L'utilizzazione della relazione di servizio.

Il tema dell'utilizzabilità del materiale probatorio evinto mercé l'espletamento di un'operazione sotto copertura non si esaurisce nelle questioni innanzi descritte, bensì consta di un'ulteriore aspetto a cui occorre dedicare qualche cenno. Il profilo in discorso riguarda la possibilità di utilizzare delle relazioni di servizio redatte a cura dell'ufficio di polizia giudiziaria impegnato nell'operazione *under cover*. In esse, si riproduce, in modo attendibile e conforme al vero, il resoconto dell'attività investigativo-simulata, nonché «in forma di citazioni, le dichiarazioni rese inconsapevolmente dall'indagato alla polizia giudiziaria» ed ogni altra eventuale informazione appresa dal provocato in modo dissimulato.

Ad avviso della dottrina, al riguardo, non si riscontrerebbero ostacoli in ordine all'acquisizione endoprocedurale – e conseguente utilizzazione – di tale tipologia documentale; infatti, quand'anche si obietti che la verbalizzazione dell'attività sotto copertura svolta non sia proprio del tutto rituale ovvero risulti incompleta per ragioni connesse alla segretezza della stessa operazione *under cover*, nonché alla buona riuscita della medesima se ancora *in itinere*, si ritiene che non ricorrerebbe alcuna causa invalidante l'efficacia probatoria²⁰² delle predette relazioni di servizio.

piegati in altre operazioni e, soprattutto, con enormi vantaggi per la loro incolumità personale», di fatto, si scorreggerebbe dall'applicare la tecnica investigativa in discorso.

²⁰⁰ In proposito, v. *Rule 801(c) delle Federal rules of evidence*, vigente negli Stati Uniti d'America dal 1972. Nella letteratura di oltremontana, CROSS-TRAPPER, *Cross on evidence*, 7^a ed., London, 1990, 6.

²⁰¹ Al riguardo, in dottrina, PAPA, *Contributi allo studio delle rules of evidence nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1987, 299; inoltre, v. CALAMANDREI, *L'inammissibilità della prova "di sentito dire"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 791; NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, cit., 364.

²⁰² Cf. PETRALIA-SALERNO, *Le operazioni sotto copertura in materia di armi e riciclaggio*, cit., 960, i quali non mancano di rammentare il dovere di annotazione – ravvisabile in capo alla polizia giudiziaria – degli atti svolti, seppure in modo sommario, «secondo le modalità ritenute idonee ai fini delle indagini», peraltro, come disposto a norma dell'art. 357 c.p.p.

Inoltre, la giurisprudenza²⁰³ ha affermato che queste ultime, allorché redatte dall'agente *under cover* che abbia interagito, in modo simulato, con sodalizi criminose, possono essere utilizzate «anche nella parte in cui riferiscono in forma di citazione testuale le dichiarazioni rese dai presenti»; e ad avviso dei giudici di legittimità, la ragione di ciò deve essere individuata nel disposto dell'art. 367, comma 1, c.p.p., secondo cui l'organo di polizia è tenuto ad addurre motivi in merito all'*actio* investigativa espletata nel modo più idoneo «ai fini delle indagini», annotando ogni atto compiuto nell'approccio con l'organismo malavitoso e narandone gli sviluppi; con la notazione che l'agente provocatore acquisisce in modo mimetizzato le dichiarazioni dei soggetti con cui entra in contatto: questi ultimi, in tanto lo rendono edotto di fatti e circostanze del proprio agire criminoso in quanto ignorano di avere come interlocutore un esponente delle forze dell'ordine; pertanto, l'agente sotto copertura, anche al fine di salvaguardare la priorità incolumità – oltre che per la buona riuscita dell'operazione –, non può rivelare la vera identità e l'effettivo *status*, né provvedere alla documentazione degli atti in forma rituale.

È evidente, dunque, che le relazioni di servizio – comunque redatte – sono dotate di un'intrinseca rilevanza probatoria; esse possono fornire al processo un valido apporto, rivelando l'esistenza di dati dimostrativi ai quali fare riferimento soprattutto in eventuali situazioni di *impasse* procedimentale – come si è visto – che, talora, possono rendere ardua l'attività di formazione della prova.

8. Azione investigativa sotto copertura e principi del "giusto" processo penale: esiti della mediazione legislativa.

In generale, la *vis attractiva* esercitata dal concetto di "giusto" processo penale²⁰⁴ in relazione a qualsivoglia nozione processuale che

A tale ultimo riguardo, MELILLO, *L'agente provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, cit., 102. Il quale evidenzia che la giurisprudenza di legittimità (Cfr. Cass., 26 marzo 1997, n. 1142, Funaro, inedita, citata dallo stesso A.) avrebbe affermato «la piena corrispondenza al modello di documentazione in parola e la conseguente utilizzabilità endoprocedurale di relazioni di servizio redatte in corrispondenza a situazioni in cui era risultato impossibile il ricorso ad altra forma di rappresentazione dell'accaduto, sottolineando, ai fini dell'affidabilità delle medesime, la circostanza che esse consisterebbero nella riproduzione pressappoco testuale dei colloqui avvenuti».

²⁰³ Cfr. Cass., sez. VI, 26 marzo 1997, Martiniello, in *Giust. pen.*, 1998, III, 697.

²⁰⁴ In tema di "giusto" processo penale, ex plurimis, si consulti: AA.VV., *L'attuazione del giusto processo con la legge sulla formazione e valutazione della prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 591 ss.; AA.VV., *Giusto processo: al via dal 6 aprile il nuovo regime della prova*, in

venga – in qualche modo – a relazionarsi con il medesimo, esplicherebbe un'influenza determinante su ogni problematica impostata sulla conformità dell'istituto processualpenalistico – di volta in volta – intepressato rispetto ai canoni connotanti un rito come equo. In altre parole, presentandosi come l'espressione di una cultura processuale accusatoria – oramai – consolidata e sintetizzando un ordine assiologico assediato in termini garantistici, l'anzidetto concetto sembra orientare l'attività normativa verso previsioni che assecondino il modello di processo penale "giusto". In prospettiva sistematico-accusatoria, dunque, l'anzidetto concetto rappresenterebbe il pianeta attorno alle cui orbite graviterebbero i satelliti della legalità, della correttezza procedurale ed in definitiva, della formazione della prova secondo le prescrizioni impartite dal novellato art. 111 Cost.; in particolare, a tale ultimo riguardo, si impone che l'assunzione della predetta prova sia governata dalla «regola-principio del contraddittorio» tra le parti ed alla presenza di un giudice terzo – entrambi requisiti imprescindibili perché la prova stessa possa costituire il fondamento del convincimento giudiziale –²⁰⁵.

Guida dir., 2001, n. 13, 35 ss.; BARTOLE, *Implicazioni costituzionali (e altro) nell'adozione del "giusto processo"*, in *Studiium iuris*, 2001, n. 7-8, 754 ss.; BONFETTI-CALVI-RUSSO-SENESSE, *Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione*, in *Quest. giust.*, 2000, n. 1, 72 ss.; CANZIO, *Il giusto processo nello Statuto della Corte Penale Internazionale tra common law e civil law*, in *Quest. giust.*, 2004, 1285 ss.; CESARI, *"Giusto processo" contraddittorio ed irrimediabilità degli atti d'indagine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 56 s.; C. CONTI, *voce Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2001, 350 ss.; ID., *"Giusto processo" e disciplina transitoria: setti restranti della corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1472 ss.; CORBETTA, *I principi del "giusto processo": prime (giuriste) applicazioni della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1582 ss.; FERRUJA, *Il "giusto processo" in Costituzione*, in *Dir. giur.*, 2000, n. 1, 78 ss.; ID., *Giusto processo: i primi dubbi*, in *Dir. giur.*, 2001, n. 16, 8 ss.; GREVI, *Processo penale, "giusto processo" e revisione costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1999, 3319 ss.; MARZADURI, *Tutti i rischi legati all'attuazione dei principi*, in *Guida dir.*, 1999, n. 9, 40 s.; MELE, *L'art. 111 della Costituzione: riscoperta del codice del 1989*, in *Cass. pen.*, 2001, 2193 ss.; MOROSINI, *I principi del "giusto processo" nei procedimenti in corso*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 334 ss.; SPANGHER, *Rapporti tra processo penale e carta costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 49 ss.; TONINI, *Riforma del sistema probatorio: un'attuazione parziale del "giusto processo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 269 ss.; ID., *"Giusto processo": ritornege l'iniziativa del Parlamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 137 ss.; ID., *"Giusto processo": diritto al silenzio ed obbligo di verità: una possibile coesistenza*, in *Ind. pen.*, 2000, 35 ss.; ID., *Norme sul giusto processo e possibili alternative*, in *Giust. pen.*, 2000, III, 65 s.

²⁰⁵ Secondo tale opinione, MINNA-SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, cit., 36 s., ove si sottolinea che la figura dell'agente provocatore rappresenterebbe la «controfaccia» di quella del pentito ed in più, che, per il relativo tramite, «lo Stato organizzatore con i propri mezzi assicura alla parte processuale pubblica l'inserimento nella vicenda processuale di prove tendenzialmente solide su reati molto gravi», in ogni caso, rimarcando la rilevanza del principio del contraddittorio in materia di formazione della prova. In dottrina, sulla relazione tra processo penale di stampo accusatorio e collaboratori di giustizia, AMODIO, *La testimonianza del compianto nell'esperienza di common law: modelli premiali, prassi negoziali e collaborazione coatta*, in AA.VV., *La legislazione premiale*, Milano, 1987, 191. Sul rapporto tra agente sotto copertura e giusto processo penale, VALLINI, *Agenti provo-*

L'aspetto rileva anche in sede di definizione dei rapporti tra attività investigativa simulata della polizia giudiziaria e valori endoproces- suali: e ciò, in quanto può accadere che la procedura di assunzione probatoria interessi una prova individuata nel suo stadio primordiale – di fonte o elemento probatorio – da un agente provocatore. In tal caso, infatti, il dato di natura probante che si intende fare assumere al rango di *plena probatio* scaturisce da un'attività di acquisizione probatoria condotta in modo intensificato – oltre che *sui generis* – e per certi versi, dimentica delle garanzie accusatorie dell'indagato. Pertanto, essa sembra porsi in controtendenza rispetto al *trend* alla individuazione di «percorsi di garanzia nell'attività investigativa»²⁰⁶ che rifugano da ogni forma di acquisizione di tipo probatorio non conforme alle regole concernenti il momento formativo della prova.

La carenza di garantismo evidenzia una situazione di tensione tra la nozione di atto *under cover* – da un lato – e quella di “giusto” processo penale – dall'altro -: il modello garantistico trova la sua massima espressione nella costante attuazione dei canoni governatori di un rito (penale) equo in ogni fase procedimentale; e nella prospettiva probatoria, ciò significa formare la prova dinanzi ad un giudice imparziale che pervenga ad un giudizio di responsabilità penale dell'imputato *al di là di ogni ragionevole dubbio*²⁰⁷, vigilando sulla regolarità di ogni

caori e diritto all'equo processo, in *Cass. pen.*, 2002, 2920. Sull'impiego della prova individuata da taluna delle parti processuali, anche a sostegno degli assunti dell'altra, MAMBRIANI, *Giusto processo e non dispersione delle prove*, Piacenza, 2002, 75. In merito alla mancanza di contraddittorio nel processo penale per delitti di criminalità organizzata, tra l'imputato ed il relativo accusatore, allorché quest'ultimo sia un cosiddetto “pentito”, MINNA, *Il controllo della criminalità*, Firenze, 1997, 182.

²⁰⁶ Cfr. SPANGHER, «E pur si muove»: dal male captum bene retentum alle exclusionary rules, in *Giur. cost.*, 2001, 2828 s.

²⁰⁷ In argomento, BALBONI, *Scienza medica e diritto costituzionale*, in *Iustitia*, 2006, I, 15 ss.; BARNI, *La causalità nella consulenza medico-legale dalla adeguata certezza alla certezza (al di là del ragionevole dubbio)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 3 ss.; CANZIO, L. “oltre il ragionevole dubbio” come regola probatoria e di giudizio nel processo penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 300 ss.; ID., *La causalità tra diritto e processo penale: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2006, 1971 ss.; CENTONZE, *La Corte di assise di fronte al “ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 673 ss.; COGO, *Causalità omissiva e responsabilità sanitaria colposa*, in *Giust. pen.*, 2003, II, 371 ss.; CORVAI, *Regole di esperienza e prova del concorso morale dei vertici dell'associazione mafiosa nei delitti commessi dagli altri associati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 785 ss.; D'ALESSANDRO, *oltre ogni ragionevole dubbio nella revisione del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 682 ss.; ID., *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione della prova indiziaria*, in *Cass. pen.*, 2005, 764 ss.; D'AURIA, *Prova penale scientifica e “giusto processo”*, in *Giust. pen.*, 2004, 20 ss.; ID., *Accertamento oltre il ragionevole dubbio, rispetto del contraddittorio e criteri di verifica dell'attendibilità delle ipotesi scientifiche e co-tecniche come principi fondanti il “giusto processo”*, *Rivolti sulla prova penale scientifica e gli accertamenti tecnici*, in *Foro ambr.*, 2003, 409 ss.; DELL'ANNO, *Prova di innocenza e “parteggiamento”*, in *Giust. pen.*, 2005, I, 583 ss.; DI MARTINO, *Il nesso causale attribuito da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. proc.*, 2003, 58 ss.;

aspetto connesso alla procedura formativa della prova stessa sin dallo stadio della sua individuazione a livello di elemento probatorio²⁰⁸.

Tuttavia, la evidenziata situazione antitetica è destinata ad essere – se non proprio annullata, quanto meno – attenuata alla luce della considerazione che tra le anzidette nozioni pare individuarsi un punto di

FELICI, *Il principio dell'“oltre il ragionevole dubbio” ed il controllo da parte della casistica penale della motivazione delle sentenze di merito. Breve approccio al complesso problema*, in *Riv. pen.*, 2005, 681 ss.; GALAVOTTI-STELLA, *“Oltre il ragionevole dubbio” come standard probatorio. Le ingiudicate divergenze dell'epistemologo Laudan*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 883 ss.; MANCINI, *Probabilità logica e probabilità statistica nell'accertamento del nesso causale in materia penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 265 ss.; MANNA, *La regola dell'oltre il ragionevole dubbio nel pericolo astratto come pericolo reale*, in *Cass. pen.*, 2005, 640 ss.; ID., *Danno alla salute e rischio professionale: le controverse indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità penale per omissione*, in *Ind. pen.*, 2004, 27 ss.; MASPERO, *Una discutibile sentenza della Cassazione sulla responsabilità del medico psichiatra*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, 1246 ss.; ID., *La responsabilità del accertamento processuale e ricostruzione dei presupposti della responsabilità penale*, in *Dir. proc. pen.*, 2004, 757 ss.; STELLA, *Il giudice copruscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, *passim*; ID., *A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1185 ss.; ID., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2002, *passim*; ID., *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1235 ss.; TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. critica del diritto privato*, 2006, 101 ss.; TURCONI, “Beyond a reasonable doubt”: una regola da codificare?, in *Foro ambr.*, 2005, 70 ss.

²⁰⁸ Lo spunto riflessivo è stato offerto dalle riflessioni di TAMETTI, *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 2931, il quale, in relazione all'esigenza di mantenere l'anonimato dell'agente provocatore, afferma: «Il giudice (...) dovrà essere informato circa le circostanze che giustificano la cautela e dovrà dimostrare di averle opportunamente vagliate e poste in bilanciamento con i diritti della difesa alla luce di tutte le specificità del caso concreto, dalle quali dovrà dimostrare di aver dedotto l'effettiva esistenza del pericolo di rappresaglie e/o dell'esigenza di riutilizzare l'agente provocatore in ambienti criminali vicini a quelli dell'imputato». Da tali osservazioni, sembra discendere l'idea di un giudice *super partes* sotto il profilo sostanziale e formale, in linea con il concetto di giurisdizione penale perfetta, in quanto tale, caratterizzata da specifici canoni regolanti la formazione dell'*intime conviction* giudiziale, vale a dire il principio del libero convincimento del giudice, il canone della presunzione di innocenza dell'imputato, inteso come regola di giudizio (cfr. RICCO, *Nozioni in margine ad un convegno sul nuovo processo penale*, cit., 252) e quello della preventiva supposizione della non colpevolezza del presunto autore del reato (in tema, GAROFOLI, *Presunzione di innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, cit., 1168 ss.; PISANI, *Sulla presunzione di non colpevolezza*, cit., 1 ss.); il precetto della precostituzione legale del giudice naturale, sancito dall'art. 25, comma 1, Cost. – in virtù del quale, si sancisce il divieto di distrazione del processo dal relativo organo giudicante naturale, *ex lege* preconstituito (in argomento, nella letteratura più datata, v. PIZZORUSSO, *Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale*, in *Riv. it. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 9 ss.; ROMBOLI, *Il giudice naturale. Studio sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano*, I, Milano, 1981, 131; SOMMA, «Naturalità» e «precostituzione» del giudice nell'evoluzione del processo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 8827 ss.; nella recente dottrina, DIDI, *La rinascita del processo penale*, Milano, 2000, 187, secondo cui, presso il “giudice naturale, vi sarebbe l'attribuzione e l'istrinsecazione dei «diritti naturali dell'uomo» – ed in più, l'imanzi menzionato broccardo dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio».

contatto sotto il profilo teleologico: i concetti da esse designati esprimono una naturale propensione verso la ricerca della verità, da intendersi, pertanto, quale condizionale fine tendenziale, ancorché registrandosi modalità e forme differenti di perseguimento in relazione a ciascuna di esse; senza dire che la nozione di «giusto processo» tenderebbe ad amplificare la tensione all'anzidetta ricerca della verità, essendo — essa — espressione della tendenza al superamento della «teoria della funzione processuale tesa — con limiti circoscritti — all'accertamento della verità» medesima²⁰⁹.

La complessità dell'approccio scientifico alla problematica appare evidente e con essa, la necessità di procedere con particolare rigore metodologico. Trascendendosi il piano delle implicazioni sostanziali concernenti la punibilità sia del provocatore — sia esso intraneo ovvero estraneo al corpo della polizia giudiziaria²¹⁰, sia dei relativi ausiliari — secondo il disposto dell'art. 9, comma 3, della Legge n. 146/2006²¹¹ che del soggetto provocato²¹², in relazione alla condotta²¹³ (necessaria-

²⁰⁹ Le significative osservazioni si rinvergono in SPANGHER, «*E pur si muove*», del male capium bene reventum alle exclusionary rules», cit., 2828 s.; in particolare, l'A. rileva la molteplicità degli «indici normativi di questa linea ricostruttiva elaborata dal legislatore» e di conseguenza, deduce la possibilità di «parlare di divieti probatori in tema di intercettazioni telefoniche (art. 271 c.p.p.), di immunità difensive (art. 103 c.p.p.) e di regole di esclusione in materia di dichiarazioni dibattimentali (art. 500 commi 2 e 6 c.p.p.)». Ancora, nel considerare il riformulato testo dell'art. 111 Cost., lo stesso A. rimarca la rilevanza — ai fini in discorso — dei riferimenti contenuti nella norma costituzionale in parola in merito alla «formazione della prova in contraddittorio», nonché «lo specifico richiamo al recupero del materiale probatorio per effetto di consenso, oggettiva impossibilità, prova condotta illecita» ed in più, il canone secondo cui la «colpovolenza non può essere basata sulle affermazioni di chi si sia sempre volontariamente sottratto al confronto processuale». In argomento, nella giurisprudenza di legittimità costituzionale, v. Corte cost., ord. (14 febbraio) 26 febbraio 2002, n. 36, in *Chir. cost.*, 2002, 320 ss. (con nota di SPANGHER, *I precedenti investigativi discordanti al primo vaglio del «giusto processo»*, ove si sottolinea la precisazione della Consulta secondo cui «il convincimento del giudice si deve fondare solo sul materiale legittimamente acquisito al processo» e che l'obbligo di motivazione non risulta condizionato nei limiti probatori posti dal legislatore» e di BUZZELLI, *Contraddittorio e connessioni nell'esame testimoniale: una sprigativa ordinanza della Corte costituzionale*).

²¹⁰ Sul punto, in dottrina, ABBATISTIA, *Agente provocatore: profili di responsabilità riguardo anche alla posizione del fidei committor e del soggetto provocato*, in AA.VV., *Studi di diritto penale. Parte generale*, cit., 333.

²¹¹ L'aspetto è altresì rimarcato da CISTERNA, *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, cit., 79 ss.

²¹² In merito alla posizione del soggetto provocato dall'azione di un agente sotto copertura — sia esso intraneo ovvero estraneo alle forze dell'ordine — impegnato in un'operazione under cover, si rinvia ad ABBATISTIA, *Agente provocatore: profili di responsabilità riguardo anche alla posizione del fidei committor e del soggetto provocato*, in AA.VV., *Studi di diritto penale*, a cura di Carnagella-Garofoli, cit., 1237 s., nonché a F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 333.

²¹³ Così NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 980. A ben guardare, il principio di offensività rappresenta un assioma fondamentale del diritto

mente) offensiva²¹⁴ assunta da ciascuno di essi nella dinamica delittuosa, si rileva che il concetto di «giusto» processo penale è destinato a relazionarsi con la figura dell'agente sotto copertura nel momento in cui si considera che lo svolgimento di attività investigativa simulata sarebbe comunque ispirato da sensi garantistici, come dimostrato, peraltro, dalla sottoposizione *sub lege* della relativa disciplina²¹⁵, e al ri-

penale, alla stregua del quale si impedisce la incriminazione di fatti meramente inoffensivi: la formula del «*nullum crimen sine iudicio*» configura il reato come fatto (umano) materiale che deve rivelarsi — tra l'altro — oggettivamente offensivo di un determinato bene giuridico, non essendo ipotizzabile un reato senza offesa; il che, peraltro, delimiterebbe l'ambito dell'illecito penale. Così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 206 ss.; inoltre, in tema, FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, 4 ss. Sticché, ogni norma incriminatrice prevede uno specifico oggetto di tutela, nei confronti del quale si riverberano gli effetti della tutela apprestata. Di guisa che ben può asserirsi che il principio di offensività esplica la sua funzione tipica sia in sede di previsione normativa, sia in sede applicativa; e ciò, lo si desume dal relativo fondamento nel diritto positivo, dal momento che il principio in parola trova riconoscimento nella carta costituzionale, aggiungendo (esso) un ulteriore, rilevante tassello nella costruzione della fattispecie legale. Infatti, la necessaria offesa al bene giuridico tutelato giustifica la previsione normativa, al fine di garantire tutela ai diritti costituzionalmente protetti, sebbene risultino inclusi nel novero degli oggetti della tutela penale, anche gli interessi non incompatibili con la carta fondamentale. Sul punto, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 206 ss., ove si evidenzia come, secondo alcuni studiosi (cfr. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 8; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 81; in senso contrario, FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, 194) «oltre che nella legge ordinaria (art. 49), già nella stessa Costituzione» troverebbe riconoscimento «il principio di offensività»: infatti, la carta fondamentale, «accogliendolo accanto al principio di legalità formale, ha così costituzionalizzato una nozione di reato come illecito tipico, alla cui tipicità appartiene, assieme agli altri requisiti strutturali (condotta, evento materiale, rapporto di causalità), il requisito parimenti essenziale della offesa al bene tutelato».

²¹⁴ L'aspetto è rimarcato da NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, cit., 974. A ben riflettere, secondo l'art. 49, comma 2, c.p., il disvalore del fatto tipico comporta una valutazione in termini di offesa, intesa come elemento costitutivo; il che suggerisce una specifica chiave di lettura della norma penale: la creazione e sopratutto, l'interpretazione di quest'ultima deve essere effettuata alla stregua di ulteriori elementi ermeneutici, tali — appunto — l'oggettività giuridica e l'offesa (cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 206 ss.). Per tali considerazioni, discende che l'offesa si realizza allorché il fatto (umano) volontario rechi un nocumento effettivo o anche soltanto potenziale ai beni o interessi giuridici tutelati dalla norma incriminatrice. Di qui, la distinzione tra reati di danno e reati di pericolo — riguardo ai quali, però, in questa sede, ci si limita a fornire soltanto la definizione, dal momento che la relativa, più approfondita considerazione esula, di fatto, dalla presente indagine, afferendo la stessa, in via specifica, alla esclusiva sede penalistica —: i primi sussistono nell'ipotesi di distruzione o diminuzione del bene protetto; invece, nel secondo caso, si registra la messa in pericolo, la minaccia della categoria tutelata. Sulla distinzione tra reati di pericolo concreto, astratto e presunto, in dottrina, *ex plurimis*, FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, cit., 175 ss.; GALLO, *I reati di pericolo*, cit., 1 ss.; GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di danno e politica criminale*, Milano, 1990, *passim*; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 206 ss.; RIZ, *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, in *Ind. pen.*, 1983, 495 ss.

²¹⁵ Il rilievo risale a TAMMETTI, *Agente provocatore e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 2923. Animate da un analogo intento garantistico sembrano presentarsi le statuizioni contenute in Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, decisione 21 marzo 2002, ricorso Calabrò c. Italia e Germania n. 59895/00, in *Cass. pen.*, 2002, 2920 s., n. 971, ove si afferma: «l'intervento di agenti infiltrati in organizzazioni criminali deve essere circoscritto ed assistito da opportune garanzie, anche quando sia in causa

guardo, di garantismo sembra potersi parlare anche quando si pone la necessità di definire la qualificazione processuale dell'*agente provocatore* – in particolare, se reputarlo testimone ovvero coimputato²¹⁶, al fine di individuare il regime testimoniale adeguato al caso di specie e le regole governanti l'assunzione delle relative dichiarazioni²¹⁷.

la repressione del traffico di stupefacenti. In particolare, un processo cessa di essere equo se un reato è conseguenza della provocazione operata dalle forze di polizia in circostanze in cui non vi sono elementi per ritenere che senza interventi esterni il delitto sarebbe stato commesso (...). A diverse conclusioni deve invece giungersi qualora le autorità si siano limitate ad osservare il comportamento dei soggetti che si muovono in ambienti vicini alla criminalità e la commissione del reato dipenda, in ultima istanza, dalla libera scelta del reo, non influenzata in maniera sostanziale dall'azione degli agenti di polizia». In più, v. Cass., sez. VI, 17 aprile 1994, Curatola, *cit.*, ove, tra l'altro, si specifica che «il c.d. "agente provocatore", anche se appartenente alla polizia giudiziaria, non è punibile ex art. 51 c.p. soltanto se il suo intervento è indiretto e marginale».

²¹⁶ L'osservazione si rinviene in TAMETTI, *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, *cit.*, 2924. Ad avviso di MELLU, *L'agire provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, *cit.*, 103, la «assunzione della qualità di coindagato» implicherebbe la validità dei principi affermati dal Supremo organo di legittimità ordinario, alla stregua dei quali si estenderebbe «*erga omnes* l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese senza garanzie difensive da chi avrebbe dovuto essere sentito come indagato o imputato e non già come teste». Con la notazione che il riferimento giurisprudenziale dell'A. concernerebbe, in via specifica, gli assesti di Cass., Sez. Un., 13 dicembre 1996 (ud. 9 ottobre 1996), Campanelli ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 2066446, ove – testualmente – è dato leggersi: «Le dichiarazioni della persona che fin dall'inizio avrebbe dovuto essere sentita come indagata o imputata sono inutilizzabili anche nei confronti dei terzi, sempre che provengano da soggetto a carico del quale già sussistevano indizi in ordine al medesimo reato ovvero a reato commesso o collegato con quello attribuito al terzo, per cui dette dichiarazioni egli avrebbe avuto il diritto di non rendere se fosse stato sentito come indagato o imputato dell'art. 63 cod. proc. pen. le dichiarazioni riguardanti persone coinvolte dal dichiarante in reati diversi, non commessi o collegati con quello o quelli in ordine ai quali esistevano fin dall'inizio indizi a suo carico, poiché rispetto a questi egli si trova in una posizione di estraneità ed assume la veste di testimone; restano escluse altresì dalla sanzione di inutilizzabilità, alla stregua della "ratio" della disposizione, ispirata alla tutela del diritto di difesa, le dichiarazioni favorevoli al soggetto che le ha rese ed ai terzi, quali che essi siano, non essendovi ragione alcuna di escludere dal materiale probatorio elementi che con quel diritto non collidono». In dottrina, sull'orientamento espresso – nell'anzidetta occasione – dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, SAINNA, *La disciplina transitoria della novella n. 267/97 tra intenzioni del legislatore ed esperienze giudiziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 600 ss.

²¹⁷ Nella letteratura del settore, ex plurimis, v. AIMONETTO, *Sull'incompatibilità a testimoniare del responsabile civile-parte*, in *Giur. cost.*, 1992, 4371 ss.; DUBOLINO, 513 e 500 c.p.p.: *accoppiata vincente o no?*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, 655 ss.; FANUCCI-LAURINO, *Incompatibilità a testimoniare e archiviazione nuovamente davanti alla Consulta: una svolta interpretativa di rilevanti implicazioni*, in *Cass. pen.*, 2001, 755 ss.; FERRAIOLI, *Dubbi sulla accusabilità delle dichiarazioni in precedenza rese dall'imputato (o coimputato) che rifiuta l'esame in dibattimento*, in *Giur. cost.*, 1992, 1940 ss.; GIOSTRA, *Sull'incompatibilità a testimoniare anche dopo il provvedimento di archiviazione*, *cit.*, 1000 ss.; SCARABONE, *Incompatibilità a testimoniare e discrezionalità legislativa*, in *Giur. cost.*, 1992, 1002 ss.

9. Segue. La posizione processuale del "provocato" nel "giusto" processo penale.

Perché si possa parlare di un compiuto senso garantistico – soprattutto in un contesto in cui è coinvolta la nozione di "giusto" processo penale –, è necessario considerare anche la posizione del presunto autore del reato che abbia assunto la qualità di imputato in virtù dell'azione provocatoria – nei sensi del delinquere – posta in essere dall'agente *under cover*²¹⁸, posto che l'eventuale punizione di quest'ultimo non sortirebbe alcuna conseguenza positiva per l'esito del processo penale instaurato a carico del soggetto in discussione²¹⁹.

L'aspetto non è sfuggito all'attenzione della comunità scientifica, artefice della conseguente formulazione di talune proposte *de lege ferenda*, avanzate sia in ambito dottrinale²²⁰ che istituzionale²²¹, imple-

²¹⁸ Si pensi all'ipotesi rappresentata dai cosiddetti "reati contrattati": in relazione a tale evenienza, è stato affermato: «In tema di intervento dell'agente provocatore nei cosiddetti "reati contrattati" (cioè quelli che si realizzano con le cessioni di cose per le quali la cessione medesima è vietata dalla legge penale, come nel caso di cessione di stupefacenti), è errato sostenere che non ricorre la figura astratta di reato contestato dalla norma incriminatrice perché non vi sarebbe reale incontro della volontà dei contraenti. Infatti, in taluni casi la norma incriminatrice non rinvia a concetti giuridici extra penali, ma indica mere operazioni materiali (es. cessione, od offerta), ma anche quando la norma incriminatrice richiama veri e propri contratti (es. la compravendita) la "riserva mentale" (in senso tecnico civilistico) dell'agente provocatore è comprensibilmente e penalmente irrilevante, e il reato andrà considerato come consumato. Solo l'agente provocatore non sarà penalmente responsabile, per assoluta carenza di dolo». Così Trib. Macerata, 18 luglio 2001, *cit.* Al riguardo, in dottrina, VIGNALE, voce *Agente provocatore*, *cit.*, 62; nonchè ALIBRANDI, *Fictus emptor: riflessioni in tema di agente provocatore*, *cit.*, 35 s. Sui vari orientamenti in tema di effetti della scriminante – il che, in ogni caso, integra problematiche a rilevanza prettamente penalistica e dunque, esulanti dalla presente indagine, orientata, invece, verso la esclusiva considerazione di tematiche di ordine processuale relative alla figura dell'agente provocatore – così, peraltro, giustificandosi soltanto la menzione di siffatte tematiche, in questa sede –, v. BATTAGLINI, *Osservazioni sul commercio di materie attive*, in *Giur. pen.*, 1948, II, 270 ss.; FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, 124; GREGCO, *Appunti sul reato impossibile e sul reato apparente*, in *Giur. pen.*, 1954, II, 916 ss.; MIGLIORANI, *Ancora in tema di compravendita illecita di metalli preziosi*, in *Arch. pen.*, 1945, II, 130 ss.; PANSINI, *In tema di concorso non punibile nel reato di cui all'art. 6 della legge 22 ottobre 1954, n. 1941*, in *Arch. pen.*, 1959, II, 716; SALAMA, *L'agente provocatore*, *cit.*, 51 ss.; SCARABONE, *Il pentito*, Napoli, 1960, 273 ss.; SELMO, *Agente provocatore e reato fittizio*, in *Riv. pen.*, 1945, 258 ss.

²¹⁹ Sul punto, si considerino i rilievi di TAMETTI, *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, *cit.*, 2926.

²²⁰ Il riferimento è sempre al pensiero di TAMETTI, *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, *cit.*, 2926.

²²¹ Infatti, in proposito, non va tacito come proposte di riforma in tema non manchino di rinvenirsi nella *Relazione della Commissione per la ricognizione e il riordino della normativa di contrasto della criminalità organizzata* (p. 3) – istituita con d.m. 10 ottobre 1998 e presieduta dal Prof. Giovanni Fiancaca –, ove è dato testualmente leggersi: «(...) dopo aver effettuato

canti la necessità di prevedere una causa di giustificazione *ad hoc* da applicarsi nei confronti del provocato: in particolare, l'opportunità di un intervento del legislatore in *sublecia materia* riguarderebbe l'evenienza in cui si ravvisi, con indubbia evidenza, il peso preponderante della provocazione in ordine alla commissione del reato; una simile risoluzione, però, porrebbe non poche difficoltà di ordine pratico, dal momento che, in concreto, appare arduo stabilire se sussiste — o meno — una predisposizione criminogena²²² dello stesso soggetto provocato²²³, nonché quantificare la misura dell'incidenza dell'azione pro-

una ricognizione della normativa di alcuni Stati europei, la Commissione ha formulato, tra le altre, alcune proposte in merito:

a) all'opportunità di estendere le attuali ipotesi di attività sotto copertura finalizzate ad acquisire elementi di prova ai reati di criminalità organizzata;

b) alla possibilità di estendere l'esimente speciale a persona diversa dall'ufficiale di polizia abilitato;

c) alla sfera di controllo delle attività sotto copertura riservata al pubblico ministero;

d) alle modalità di esame in dibattimento dell'agente provocatore».

²²² Secondo Cass., sez. VI, 17 giugno 1993, Chianale e altri, in *Cass. pen.*, 1994, 3007, «l'attività dell'agente provocatore è causata estrinseca per nulla incidente sull'attuazione della condotta del reo a raggiungere il risultato che era nei suoi propositi, sicché gli atti da costui compiuti conservano pienamente la loro efficienza causale e sintomatica»; analogamente Cass., sez. VI, 4 giugno 1990, Pappalardo, in *Riv. pen.*, 1991, 875, nonché App. Roma, 21 maggio 1997, Serra e altro, in *Cass. pen.*, 1997, 2879.

²²³ Al riguardo, ulteriori rilievi si scorgono nella innanzi considerata *Relazione della Commissione per la ricognizione e il riordino della normativa di contrasto della criminalità organizzata* (Allegato n. 10, p. 3 ss.), di cui si riportano taluni significativi passaggi: «Uno degli strumenti di maggiore efficacia nella lotta alla criminalità organizzata è costituito dall'utilizzo di agenti sotto copertura che si infiltrano nelle organizzazioni criminali al fine di conoscere gli associati, le attività e le tecniche della stessa. L'esperienza operativa ha dimostrato la necessità che venga prevista una normativa più ampia che disegni in maniera più completa ed incisiva i poteri e i limiti dell'azione che viene fatta sotto copertura.

Particolarmente sentita dagli organismi operanti è l'esigenza di avere delle norme di riferimento che disciplinino le attività funzionali allo sviluppo dell'operazione di infiltrazione.

A tale proposito occorrerebbe disciplinare normativamente le modalità di rilascio e di uso da parte dell'agente sotto copertura di documenti falsi, attività necessaria per fare acquisire all'agente credibilità nel suo ruolo di infiltrazione.

(...)

Ulteriori problematiche relative all'Agente sotto copertura derivano dall'estrema prudenza che il legislatore ha adoperato nel disegnare i presupposti che rendono legittimo l'uso di tale strumento investigativo dovuta all'imbarazzo evidente nei confronti di una attività che può comportare la provocazione o la partecipazione al reato da parte di ufficiali di Polizia Giudiziarie. Proprio per tale motivo unico soggetto che può legittimamente agire sotto copertura è l'Ufficiale di Polizia Giudiziarie addetto alle unità specializzate antidroga. Viene escluso sia il semplice agente, sia il privato che collabora con la Polizia Giudiziarie, sia l'Ufficiale di Polizia Giudiziarie che non sia addetto all'unità specializzata antidroga.

La ristrettezza di tali presupposti soggetti ha determinato un uso limitato dello strumento investigativo anche se la Giurisprudenza ha cercato di trovare delle soluzioni di compromesso al fine di ritenere scriniate anche le attività sotto copertura dell'Agente di Polizia giudiziaria e del privato che collabora con la Polizia giudiziaria.

(...)

vocatorio-simulata dell'esponente dell'organo di polizia sul piano della determinazione psicologica a delinquere dello stesso provocato.

Perciò, non mancano di registrarsi proposte alternative, fondate su differenti e più agevoli soluzioni. Nello specifico, è stata suggerita la possibilità di irrogare la sanzione (processuale) dell'inutilizzabilità per inibire l'utilizzazione processuale degli elementi probatori evinti in virtù di un comportamento provocatorio eccessivo, vale a dire caratterizzato dall'induzione, in modo determinante — da parte dell'agente "coperto" —, di altri individui nella realizzazione di una condotta criminosa²²⁴, in tal modo, il materiale probante individuato non sarebbe in grado di spiegare la propria funzione dimostrativa, né di conseguenza, di incidere sul piano dell'inferenza decisionale dell'organo giudicante e di costituire la base su cui fondare la definizione del processo penale, secondo un certo esito.

10. Segue. Le indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo.

I problematici rapporti tra il concetto di "giusto" processo penale e la nozione di attività *under cover* della polizia giudiziaria non sono sfuggiti all'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo²²⁵, so-

Una soluzione normativa a tale problema può essere quella di prevedere esplicitamente in un comma aggiunto all'art. 97 D.P.R. 309/90 che la direzione Centrale per i Servizi Antidroga possa nell'ambito delle operazioni di acquisto simulato di droga autorizzare gli Ufficiali di Polizia giudiziaria addetti all'Unità specializzata dei Servizi Antidroga a servirsi della collaborazione di un privato.

Tale soluzione deve essere ovviamente accompagnata dalle necessarie norme di garanzia, quali quelle di una immediata e dettagliata comunicazione all'Autorità Giudiziarie.

²²⁴ Di tale avviso, TAMARETTI, *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, cit. 2927. In giurisprudenza, Cass., sez. I, 31 maggio 1996, Fidanuzzi e altri, in *Giust. pen.*, 1997, II, 382, secondo cui l'esclusione della punibilità, sancita nel primo capoverso dell'art. 49 c.p., per l'ipotesi della presenza del cosiddetto agente provocatore, deve necessariamente supporre la derivazione assoluta ed esclusiva dell'azione delittuosa dallo stimolo istigatore dello stesso soggetto, e non può conseguentemente ritenersi ammissibile quando trattasi di determinazione proveniente anche da attività di soggetti diversi dall'agente provocatore».

²²⁵ Secondo CONFORTI-RAIMONDI, voce *Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 327 s., la «Corte europea dei diritti dell'uomo, o dei diritti umani, come taluni preferiscono dire, è il principale organo del sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali della persona umana, messo in piedi con la Convenzione di Roma del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, stipulata nell'ambito del Consiglio d'Europa, con sede a Strasburgo». Inoltre, si evidenzia che taluni optano per l'utilizzo — in sede di designazione dell'organo di giustizia europeo — della locuzione «diritti umani», piuttosto che «diritti dell'uomo», quest'ultima integrante il corrispondente italiano dell'espressione francese «*droits de l'homme*», peraltro, tacciata di «sessismo nel lin-

vente investita di questioni concernenti lo svolgimento di operazioni di polizia sotto copertura, la quale non avrebbe esitato a rimarcare l'opportunità di mortigerazione nella pratica del ricorso al metodo della simulazione di investigazione ed in ogni caso, di ricollegarlo all'operatività di un adeguato sistema di garanzie; e ciò, nonostante la considerazione che, di regola, detta pratica investigativa si inserisce in procedimenti penali per delitti di particolare gravità²²⁶.

A ben riflettere, la problematica correlazione tra "giusto" processo penale²²⁷ ed attività investigativa simulata sembra risaltare, in modo particolare, in alcuni assetti della Corte europea dei diritti dell'uomo²²⁸,

già che «prima reputata più rispondente alla fraseologia inglese "human rights", oltre che «più moderna». In ogni caso, si precisa che nella Legge 4 agosto 1955, n. 848 che ha ratificato la suddetta Convenzione di Roma del 1950, lo stesso organo di giustizia sovranazionale è dominato – appunto – Corte europea dei diritti dell'uomo. In generale, sugli orientamenti espressi dalla giurisprudenza dell'organo giurisdizionale europeo in tema di canoni del "giusto" processo penale, nella dottrina processualpenalistica, VOGLIOTTI, *La logica fiore della Corte Europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle "testimonianze anonime"*, cit., 851 ss.

²²⁶ Sul punto, TAMETTI, *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 2924.

²²⁷ In tema, in dottrina, v. AA. VV., *Procedure penali di Europa*, a cura di Delmas-Marty (ed. it. a cura di Chiavario), cit., 3 ss.; AA. VV., *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo: ragioni di Stato e diritti umani nel sistema della Convenzione europea*, a cura di Delmas-Marty, cit., 5 ss.; CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, I, 2^a ed., Milano, 1982, 6 s.; ID., *Processo e garanzie della persona*, II, 3^a ed., 1984, 2 ss.; MARZADURI, *L'identificazione del contenuto del diritto di difesa nell'ambito della previsione dell'art. 6 n. 3 let. c) della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Arch. pen.*, 1996, 178 ss.

²²⁸ Cf. Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 giugno 1998, Teixeira de Castro c. Rep. Portogallo, cit. Senza dire che, in generale, il tema dell'equo processo ricorre altresì in ulteriori decisioni non specificamente afferenti alla problematica correlazione con l'azione dell'agente provocatore: in particolare, al riguardo, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1437 ss.; Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 luglio 2002, Montero c. Italia, in *Cass. pen.*, 2003, 1404 ss.; Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 settembre 2001, P.G. e J.H. c. Regno Unito, in *Cass. pen.*, 2002, 1826 ss.; Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 febbraio 2002, D.C. c. Italia, in *Cass. pen.*, 2003, 665 ss. In dottrina, si veda: CHIAVARIO, *Commento all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in AA. VV., *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole-Contforti-Raimondi, Padova, 2001, 157 ss.; ID., *La presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Gur. it.*, 2000, 1089 ss.; SELPIGNI, *Prime interpretazioni restrittive del giusto processo da parte delle Corti italiana e comunitaria*, in *Dir. proc. pen.*, 2002, 1577 ss.; TAMETTI, *L'utilizzazione di prove assunte in violazione di un diritto garantito dalla Convenzione non viola l'equo processo: riflessioni sul ruolo della Corte europea e sulla natura del sindacato da essa operato in margine alla sentenza P.G. e J.H. c. Regno Unito*, in *Cass. pen.*, 2002, 1827 ss.; ID., *La nozione di «accusa in materia penale» ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo: riflessioni in margine alla decisione Montero c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2003, 1405 ss.; ID., *Sulla pretesa violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione*, in *Cass. pen.*, 2004, 1777 ss.; ID., *Il diritto all'equo processo ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (Relazione all'incontro di Studi sulla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, organizzato dal Consiglio superiore della Magistratura – Roma, 8 novembre 2004)*. Inoltre, in generale, GANDINI, *Il giudice ordinario e la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*

vere e proprie "pietre miliari" nel panorama dell'affermazione dei principi di equità processuale, a livello di giustizia europea. Innanzitutto, l'organo giurisdizionale sovranazionale ha rimarcato l'opportunità che lo svolgimento della tipologia investigativa in discorso avvenga «sotto l'egida dell'autorità giudiziaria», affermando la necessità di una preventiva comunicazione a quest'ultima dell'intento di procedere con il metodo *under cover* onde permetterle di assumere la direzione delle espletande investigazioni²²⁹. La determinazione giurisprudenziale non appare priva di riflessi sul piano endoprocedurale: lungi dall'integrare un elemento fine a se stesso, la regolarità investigativa deve essere considerata come un dato da valutarsi in via imprescindibile e preventiva rispetto alla valenza dimostrativa delle risultanze scaturite dalle investigazioni, dal momento che la violazione delle prescrizioni impartite in merito allo svolgimento delle medesime è causa di inutilizzabilità probatoria, a norma dell'art. 191 c.p.p.²³⁰.

Appare questo, dunque, il senso da attribuirsi alla funzione investigativa, allorché intesa come prodomo dell'esercizio dell'azione penale. In ogni caso, a tale conseguenza processuale non sembra abbinarsi alcun effetto sul piano della impunità del soggetto provocato, nei confronti del quale – se del caso –, all'esito della celebrazione del rito penale, potrebbe essere comunque pronunciata una sentenza di con-

mo e delle libertà fondamentali: il tramonto della "judicial review", in *Foro it.*, 2008, II, 57 ss.

²²⁹ Cf. VALLINI, *Il caso "Teixeira del Castro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi "legali" di infiltrazione poliziesca*, cit., 201 s., ove si rileva che «la polizia giudiziaria, ogni qualvolta ritenga opportuno agire con gli strumenti d'indagine di cui si discute (e quando, ovviamente, tale programma non sia già frutto di un'iniziativa della procura), dovrà preliminarmente comunicare alla magistratura i propri propositi, al fine di consentirne un'assunzione, da parte di quest'ultima, della direzione delle operazioni».

²³⁰ Lo spirito riflessivo è suggerito, ancora, da VALLINI, *Il caso "Teixeira de Castro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi "legali" di infiltrazione poliziesca*, cit., 203, L'A. sembra rimarcare la necessità di legalità investigativa, quando anche svolta in modo simulato; il che prevarrebbe anche sulla problematica individualizzazione dei «presupposti per l'operatività di una causa di giustificazione», dal momento che «gli adempimenti ed i limiti – posti appunto a garanzia di un corretto svolgersi dei rapporti Stato-cittadino -> risulterebbero particolarmente «necessari a far assumere valenza probatoria ad alcune specifiche attività d'indagine, coordinandosi sul punto con l'art. 191 Cpp, il quale sancisce l'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge». A tale ultimo riguardo, tra i tanti contributi, v. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 310 ss.; BELLAGAMBA, *L'utilizzazione degli art. La valutazione della prova*, in *Quad. C.S.M.*, 1989, n. 27, 547 ss.; CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Studi Urbani, 1955-1956, 306 ss.; CORDERO, *Te stati sulle prove penali*, cit., 143 ss.; FASSONE, *Giudice arbitro, giudice notario o semplicemente giudice*, in *Quest. giur.*, 1989, 582 ss.; GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1997, 202 ss.; TONINI, *La prova penale*, 4^a ed., Padova, 2000, 58 ss.; UBERTIS, *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, 27 ss.

danna, però, fondata su un sostrato probatorio differente rispetto a quello individuato in virtù dell'espletamento di attività investigativo-simulata viziata²³¹.

In *subiecta materia*, dunque, l'organo di giustizia europeo si sarebbe orientato verso l'opportunità di stigmatizzare l'impiego di ogni pratica investigativa postulante la surrettizia creazione dei «presupposti del punire»: la realizzazione di un'azione (investigativa) induttiva della perpetrazione di un'altra comportamento criminoso – soprattutto se abbinato al ricorso ad un opinabile sistema «autoreferenziale», volto alla produzione *ex nihil* delle «premesse del suo stesso operare» –²³² farebbe paventare un'alea di predisposizione *ad hoc*²³³ della prova del delitto – per di più, *ante delictum* –, nonché il rischio di un'incriminazione fondata sulla provocazione a delinquere realizzata da un esponente dell'organo di polizia; ed è innegabile come una simile conclusione appaia paradossale e determini non poche perplessità in merito alla effettiva sussistenza di una *voluntas* criminosa del soggetto – in tal modo – accusato, oltre che alla sua effettiva intenzionalità che si verifichi un determinato evento offensivo in assenza di un mirato stimolo impresso – in tal senso – dall'agente *under cover*.

Infine, nelle ulteriori statuizioni dell'organo di giustizia europeo rinvenute in tema, si affrontano vari aspetti dell'agire investigativo-simulato, analizzandosi i riverberi sul piano processuale. In particolare, in merito agli atti strumentali alla realizzazione di operazioni (di polizia) sotto copertura si osserva che essi, pure condividendo con queste ultime la finalità di individuazione – se del caso, anche con l'ausilio di

²³¹ In tal senso, VALLINI, *Il caso "Texteira de Castro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi "legali" di infiltrazione poliziesca*, cit., 204, secondo cui «sul piano processuale, il mancato rispetto dei limiti assegnati in questo campo alla polizia giudiziaria, determinerà sì (...) l'assoluta inutilizzabilità del materiale probatorio acquisito, ma giustifica un'immunità *tour courts* del criminale "ingiustamente" provocato, il quale ben potrà subire la condanna che gli spetta, quand'essa possa essere adeguatamente fondata su elementi diversi da quelli raccolti nel quadro di un'attività d'indagine viziata *ab origine*».

²³² Secondo tale opinione, ancora VALLINI, *Il caso "Texteira de Castro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi "legali" di infiltrazione poliziesca*, cit., 204, di cui, nel testo, sono state riportate testualmente alcune incisive espressioni.

²³³ Il rischio è paventato da ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 12^a ed., Milano, 1991, 501. Inoltre, è appena il caso di rilevare che, secondo RICCO, *Notazioni in margine ad un convegno sul nuovo processo penale*, cit., 252, la rilevanza del canone della presunzione di innocenza si evincerebbe «non solo per la valutazione della prova ma ancor più per stabilire una posizione di pari «dignità» processuale tra le parti: l'imputato – presunto non colpevole – resta in questa situazione soggettiva iniziale sino alla dimostrazione della sua colpa»; pertanto – osserva lo stesso A. –, il processo «non deve servire a convalidare l'accusa – difetto di fondo dell'attuale modo di intendere –, in quanto essa è solo una tesi di partenza, una semplice ipotesi di lavoro».

strumentazione tecnica di supporto²³⁴ – di ogni elemento probatorio utile a scopi dimostrativi, tuttavia, non integrano un sistema di approfondimento di particolari temi di prova: la complessità di tale attività trascenderebbe le ordinarie competenze della polizia giudiziaria in ordine alla ricerca del materiale probatorio, implicando il necessario coinvolgimento di un organo inquadabile nell'ordine giudiziario. Infatti, le competenze tecnico-giuridiche di quest'ultimo rappresenterebbero un'ulteriore garanzia di correttezza e legalità investigativa, dal momento che l'operato della polizia giudiziaria verrebbe sottoposto ad una supervisione ed inoltre, sarebbe assicurata una puntuale e legittima ricerca della prova attraverso la verifica *a posteriori* del rispetto delle forme di espletamento dell'attività strumentale alla medesima (ricerca probatoria), nonché della afferenza – o meno, con le conseguenze del caso – delle relative risultanze al *thema probandum*.

Il tenore di tali affermazioni evidenzia il delicato compito che gli investigatori sono chiamati ad assolvere e nel contempo, sottolinea la struttura dell'investigazione ed il suo sintetizzarsi nel connubio tra tecnico e giuridicità, destinato a perdurare e ad evolversi, con l'ince-

²³⁴ Sul punto, interessanti le affermazioni di Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. IV, 5 novembre 2002, Demur, Austria, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 248; in particolare, nel caso di specie, un agente provocatore era stato recluso nella stessa cella di un informatore della polizia giudiziaria all'epoca dei fatti, in *vinculis*, onde far confessare a quest'ultimo l'avvenuta consumazione di specifici delitti. Per l'occasione, l'agente "coperto" era dotato di mezzi di registrazione, con cui memorizzava – e dunque, documentava – ogni dichiarazione del provocato, su insistenza del primo. Ebbene, la Corte europea dei diritti dell'uomo, considerando che lo stesso provocato si era sempre avvalso della facoltà di non rispondere nel corso degli interrogatori dell'organo di polizia, così esercitando il proprio diritto al silenzio, ha affermato che, per «tali circostanze, le informazioni raccolte» dal predetto agente provocatore «devono essere considerate come ottenute contro la volontà del dichiarante, e il loro impiego processuale comporta la violazione del diritto al silenzio tutelato dall'art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. umani»; a tale ultimo riguardo, si veda altresì: Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. IV, 8 ottobre 2002, Bekles c. Regno Unito, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1564. In proposito, in dottrina, MELILLO, *L'agente provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, cit., 102, secondo cui l'impiego di strumentazione che consente la «registrazione delle conversazioni alle quali partecipa il provocatore e di parallela captazione delle medesime non soltanto sottrae ai limiti propri della memorizzazione e della rappresentazione soggettiva comportamenti e relazioni inevitabilmente compromessi, ma è anche strumento di controllo dell'operato dell'agente provocatore rispetto ai rischi di eccesso di zelo e di sconfinamento dell'agente provocatore che, a loro volta, danno luogo a delicati problemi di illegittimità ed addirittura di utilizzabilità delle prove raccolte con riferimento a condotte non schiattate». In giurisprudenza, nei sensi per cui le captazioni di comunicazioni telefoniche effettuate da taluno degli interlocutori non sarebbe configurabile come intercettazione – quest'ultima, intesa nel senso tecnico-processuale tipico, quale si evince ai sensi degli artt. 266 e segg. c.p.p. – e pertanto, non risulterebbe assoggettata alle limitazioni legali stabilite in proposito, con conseguente utilizzabilità delle medesime a sostegno delle dichiarazioni testimoniali dell'intercettante, attesa l'afferenza di tale attività captativa alla documentazione degli atti e non già alla ricerca probatoria, v. Cass., sez. I, 24 aprile 2001 (ud. marzo 2001), La Rosa, in *C.E.D. Cass.*, n. 218721, nonché Cass., sez. VI, 31 gennaio 2001 (ud. 20 novembre 2000), Finini ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 218412.

dere delle fasi processuali, in un'ottica di reciproca inscindibilità, sebbene assumendo connotazioni – di volta in volta – differenti e più consone alla maturata cognizione dei fatti oggetto dell'accertamento processuale.