

Le operazioni sottocopertura in materia di riciclaggio ed altro

Premessa

Le operazioni sottocopertura hanno recentemente trovato una disciplina unitaria nell'art. 9 della Legge 16 marzo 2006, n. 146 che ha provveduto a ratificare e dare esecuzione alla Convenzione ed ai Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001.

In precedenza, la disciplina concernente le medesime operazioni in materia di armi e riciclaggio si rinveniva nell'art. 12-*quater* "Ricettazione di armi, riciclaggio e reimpiego simulati" del D.L. 8 giugno 1992, n. 306 (conv. con modificazioni nella L. 7 aprile 1992, n. 356) che consentiva, fermo il disposto dell'art. 51 c.p., l'effettuazione di operazioni sotto copertura nel settore del contrasto al riciclaggio ed in materia di armi, munizioni od esplosivi.

Prima di entrare nel dettaglio delle disposizioni concernenti le operazioni sottocopertura, appare opportuno distinguere la figura tradizionale dell' "agente provocatore" da quella dell' "infiltrato". L'importanza della distinzione deriva dal fatto che oggi, anche alla luce di decisioni assunte dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, mentre la figura dell' "infiltrato" o "*undercover*" non pone particolari problematiche di legittimità, quella del c.d. "agente provocatore" presenta invece diverse difficoltà interpretative.

L'*undercover* deve identificarsi in quel soggetto che, appartenendo alle Forze di polizia o collaborando formalmente con esse, agisce nell'ambito di una indagine ufficiale ed interviene in presenza di sospetti a carico di una o più persone, in base ai quali sia plausibile ritenere che esse si preparano a commettere un reato. In altri termini, l' "infiltrato" si inserisce con altri nel commettere reati sia attraverso un'attività di carattere psichico, sia attraverso la partecipazione materiale, tipica o atipica, spinto dal movente di denunciare o far cogliere in flagranza o comunque far scoprire i responsabili del delitto.

Il c.d. "agente provocatore" è, invece, il soggetto che induce altri alla commissione

di uno o più reati, al solo scopo di procedere all'arresto del responsabile che ha accolto l'istigazione.

A tale riguardo, la stessa Corte ha affermato che deve essere evitato che il reato perseguito sia conseguenza della provocazione operata dalle Forze di polizia in circostanze in cui vi siano elementi per ritenere che, senza interventi esterni, il delitto non sarebbe stato commesso¹.

Anche la giurisprudenza di legittimità ha precisato che la non punibilità dell'agente provocatore è condizionata dall'essere il suo intervento marginale nella ideazione ed esecuzione del fatto, che deve essere esclusivamente opera altrui e che, per essere lecita, la sua condotta deve limitarsi a controllare, osservare e contenere le azioni delittuose. Conseguentemente, l'agente provocatore che abbia ideato, istigato e favorito condotte criminose, assumendo un ruolo attivo nella commissione di reati, diventa penalmente responsabile².

Ben diverso il caso, e quindi da ritenersi legittimo, in cui le Forze di polizia 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 analisi, dalla libera scelta del reo, non influenzata in maniera sostanziale dall'azione degli agenti di polizia.

Tale impostazione appare assolutamente coerente con la regola, unanimemente accettata dalle moderne società democratiche, secondo la quale la funzione degli organi investigativi è quella di proteggere la collettività dalla criminalità esistente e di essere pronta ad intervenire, 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.

¹ Principio affermato nella sentenza del 9 giugno 1998, nel procedimento Teixeira del Castro contro il Portogallo. In tale occasione, la Corte aveva accertato la violazione dell'art. 6 della Convenzione, tenuto conto che, nel caso esaminato, il soggetto, incensurato, aveva di fatto subito una pressione tale da incitarlo al crimine.

² Cassazione, Sez. VI, 3 dicembre 1998, n. 669. Nello stesso senso, Cassazione Sezione VI, 5 aprile 2002 che afferma “*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 nell'ideazione ed esecuzione del fatto reato, cioè essenzialmente di controllo, osservazione e contenimento dell'altrui attività illecita mentre è punibile a titolo di concorso nel reato se la sua condotta acquista rilevanza causale rispetto al fatto commesso dal provocato, nel senso che il delitto commesso è l'effetto anche della condotta dell'agente provocatore come avviene quando egli non si limiti all'attività marginale sopra indicata, ma realizzi condotte di istigazione o di determinazione.*”

Tornando all'argomento delle operazioni sottocopertura, nel precedente art. 12-*quater* si configurava sostanzialmente il ruolo dell'infiltrato mentre si poteva parlare di agente provocatore tutt'al più nell'ipotesi di acquisto di armi previsto nel terzo comma.

Discipline simili a quella contenuta nell'art. 12 *quater* figuravano (e alcune di esse ancora figurano) in materia di stupefacenti (art. 97 D.P.R. 309/1990), in tema di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 7 D.L. 15 gennaio 1991, ottavo comma, conv. L. 82/1991), per finalità di contrasto all'estorsione, riciclaggio ed usura (art. 10, D.L. 31 dicembre 1991, n. 419, conv. L. 172/1992), per la lotta alla prostituzione e pornografia infantile (art. 14, L. 3 agosto 1998, n. 269), per finalità di contrasto al terrorismo internazionale (art. 4, D.L. 18 ottobre 2001, n. 374, conv. L. 438/2001) e, da ultimo, nell'ambito delle misure contro la tratta di persone (art. 10, L. 11.08.2003, n. 218) e contro l'immigrazione clandestina.

Oggi, l'art. 9 della legge 16 marzo 2006 n. 146 di ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale ha operato un accorpamento di molte delle singole discipline anzicennate, racchiudendo nel medesimo dettato normativo le più tradizionali attività sottocopertura in materia di riciclaggio, di armi, munizioni ed esplosivi, di terrorismo, insieme alle più recenti figure relative ai delitti di tratta di persone nonché di immigrazione clandestina.

Restano pertanto fuori dall'operazione di sintesi, disciplinate così negli ambiti normativi propri, le fattispecie sottocopertura in materia di stupefacenti (art. 97, nel testo da ultimo novellato dall'art. 4-*terdecies* del D.L. n. 272/05 convertito con modificazioni nella L. n. 49/06, e 98 D.P.R. n. 309/90) e di prostituzione e pornografia minorile (art. 14 L. n. 269/98, integrato dalla previsione estensiva di cui all'art. 16 comma 3 della legge n. 38/06 e ritoccato dall'art. 9 comma 11 lett. D) della legge n. 146/06).

Sul piano internazionale, normativa per certi aspetti analoga è riscontrabile nell'art. 40 dell'Accordo di Schengen, ratificato con la L. 388 del 1993, che consente agli agenti di un paese che, nell'ambito di un'indagine di polizia giudiziaria, tengono sotto osservazione una persona ritenuta coinvolta nella

commissione di un reato³, di proseguire l'osservazione anche nel territorio di altro paese confinante.

Anzi, proprio la circostanza che i fenomeni criminali cui queste norme si riferiscono hanno un'evidente proiezione internazionale ha indotto, nell'ambito del lento ma costante processo di armonizzazione delle legislazioni penali nonché di rafforzamento della cooperazione di polizia e giudiziaria, il Consiglio dell'Unione europea ad ampliare in misura assai rilevante e con una disciplina di valenza pressoché generale l'area di operatività delle consegne 'sorvegliate' e delle "operazioni di infiltrazione", contenuta nella Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli stati membri dell'Unione europea, stipulata a Bruxelles il 29 maggio 2000⁴. In un disegno di legge di Ratifica ed esecuzione della citata Convenzione⁵, peraltro non tradottosi in legge nella precedente legislatura, all'art. 11 era previsto che "l'attività di indagine sotto copertura da parte di personale di polizia di un altro Stato sul territorio nazionale è consentita in conformità con gli accordi internazionali e a condizione di reciprocità nei casi previsti dalla legge", mentre all'art.12 era fatto espresso riferimento alla possibilità che, in conformità con gli accordi internazionali, l'autorità giudiziaria, su richiesta di uno Stato estero, può con decreto motivato ritardare l'emissione o l'esecuzione di provvedimenti di cattura, arresto o sequestro, quando sia necessario per acquisire rilevanti elementi di prova ovvero per l'identificazione o la cattura degli autori del reato nei limiti e che, per gli stessi motivi, anche gli ufficiali di polizia giudiziaria possono omettere o ritardare gli atti di loro competenza⁶.

³ Il settimo comma dell'art. 40 consente l'osservazione transfrontaliera solamente per i reati di omicidio, stupro, incendio doloso, moneta falsa, furto e ricettazione aggravati, estorsione, sequestro di persona e presa di ostaggio, tratta di persone, traffico di stupefacenti, infrazione alle norme in materia di armi ed esplosivi, distruzione mediante esplosivi, trasporto illecito di rifiuti tossici e nocivi.

⁴ Convenzione di Bruxelles, stabilita dal Consiglio e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee n. C 197 del 12 luglio 2000, firmata a Bruxelles il 29 maggio 2000, relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale, entrata in vigore sul piano internazionale il 23 agosto 2005. Non ancora recepita dal nostro paese.

⁵ Disegno di legge recante "Ratifica ed esecuzione della convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000, e norme di adeguamento del codice di procedura penale." (approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 25 gennaio 2002)

⁶ L'art. 7 del citato disegno di legge prevedeva anche costituzione di una squadra investigativa comune. Nell'attuale legislatura (la XV – 26.1.2007) è stato presentato uno specifico disegno di legge concernente

2. Il requisito dell'appartenenza qualificata

L'art. 9 della Legge 16 marzo 2006, n. 146 al pari delle discipline particolari che la norma ora sintetizza, legittima all'effettuazione delle operazioni "*under cover*" gli ufficiali di polizia giudiziaria della Direzione Investigativa Antimafia e dei Servizi Centrali ed Interprovinciali⁷ che operino, non di propria ed autonoma iniziativa, bensì in esecuzione di operazioni specificamente disposte.

La circostanza che la norma individui espressamente i soli ufficiali di p.g. - per così dire, "qualificati" in forza della loro appartenenza a strutture specialistiche - quali soggetti legittimati all'effettuazione dell'operazione sotto copertura, ha posto, in passato, talune problematiche circa il concorso nella medesima azione di altri ufficiali di p.g. (riconducibili, cioè, ad organi di p.g. diversi da quelli menzionati dalla norma), degli agenti di p.g., nonché dei privati.

Al riguardo, il richiamo all'art. 51 c.p. in esordio di formulazione del citato art. 9, lascia propendere sull'ammissibilità dei citati soggetti all'attività di concorso, laddove quest'ultima si sostanzia esclusivamente in condotte di controllo, osservazione e contenimento⁸.

È appena il caso di osservare che il legislatore, già in precedenti formulazioni normative concernenti talune ipotesi di operazioni sottocopertura, aveva ampliato il ventaglio dei soggetti legittimati.

Infatti, l'art. 14 L. 269/1998, mentre al primo comma consentiva agli ufficiali di polizia giudiziaria delle strutture specializzate per la repressione dei delitti

"Istituzione di squadre investigative comuni sopranazionali", che si propone di attuare nell'ordinamento giuridico nazionale le disposizioni in materia di squadre investigative comuni contenute negli accordi internazionali, integrando le disposizioni del codice di procedura penale.

⁷ Costituisce Servizio Centrale, nella Polizia di Stato, la I^a Divisione del Servizio Centrale Operativo (S. C. O.) posto nell'ambito della Direzione Centrale della Polizia Criminale, nell'Arma dei Carabinieri, le funzioni di Servizio Centrale sono assolve dal I, II e III Reparto del Comando Raggruppamento Operativo Speciale (R.O.S.), mentre nella Guardia di Finanza, lo S.C.I.C.O., posto alle dipendenze del Comando Tutela dell'Economia nell'ambito del Comando Reparti Speciali. A livello periferico i Servizi Interprovinciali si identificano nelle Sezioni di Criminalità Organizzata, inserite, quali unità specializzate, nelle Squadre Mobili ubicate nelle Questure aventi sede nei capoluoghi di distretto di Corte d'Appello, le Sezioni Anti crimine, collocate nell'ambito dei Comandi Provinciali in sede di capoluoghi di distretto di Corte d'Appello, ed infine nei GG.I.CO., inseriti in seno ai Nuclei di pt in sede di capoluoghi di distretto di Corte d'Appello.

⁸ In tal senso, Cass. Sez. 1^a, del 19 maggio 1999, n. 6302.; Cass. Sez. 4^a del 13 novembre 2000, n. 11634; Cass. Sez. 4^a. del 30 ottobre 1999, n. 12347

sessuali e la tutela dei minori a tenere determinate condotte, al secondo comma riconosceva anche al "personale addetto" - così includendo sia ufficiali che agenti di p.g. - la possibilità di operare sotto copertura.

Similmente, l'art. 4 della L 438/2001 che ammetteva la non punibilità degli ufficiali di polizia giudiziaria impegnati, per finalità di contrasto del terrorismo internazionale, in attività sotto copertura, al secondo comma consentiva anche agli agenti di p.g. di effettuare analoghe operazioni, mentre il settimo comma faceva addirittura esplicito riferimento alla possibilità di avvalersi di ausiliari - e dunque di soggetti anche privati - ai quali estendere la causa di non punibilità.

In effetti, l'art. 9, al secondo comma, richiama esplicitamente la possibilità, nel corso di operazioni sottocopertura, anche per gli agenti di polizia giudiziaria (oltre gli ufficiali), di utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura anche per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione, informandone il pubblico ministero al più presto e comunque entro le quarantotto ore dall'inizio delle attività.

Il quinto comma, inoltre, prevede espressamente che gli ufficiali di polizia giudiziaria possano avvalersi di ausiliari ai quali si estende la medesima causa di non punibilità.

Come si vede, la formulazione, oggi onnicomprensiva, della norma indicata risulta sostanzialmente e lessicalmente calibrata sul modello proprio della disciplina antiterrorismo di cui al più volte citato art. 4.

Infine, occorre sottolineare, a conferma della delicatezza del ruolo rivestito dal "qualificato" personale impegnato nelle operazioni sottocopertura ed a loro diretta tutela, come l'art. 9 preveda espressamente che l'indebito disvelamento o divulgazione, nel corso delle citate operazioni, dei nominativi degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria che operano *undercover* è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da due a sei anni.

3. Il requisito finalistico

Le operazioni sotto copertura di cui all'art. 9 possono essere esperite esclusivamente "al solo fine di acquisire elementi di prova" in ordine ai delitti di

riciclaggio (artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p.), ovvero ai delitti concernenti armi, munizioni od esplosivi, a quelli in materia di prostituzione, ai delitti che riguardano l'immigrazione e la condizione dello straniero nonché a quelli concernenti l'istigazione e favoreggiamento della prostituzione, tratta di donne e minori.⁹

Atteso quanto sopra, una prima problematica attiene all'ipotesi che nel corso dell'attività sotto copertura vengano scoperti o raccolti elementi probatori in relazione ad altri (o anche ad altri) delitti, diversi da quelli sopra menzionati.

Il caso assai più frequente è quello che riguarda la scoperta dell'associazione criminale nell'ambito della quale vengono consumate le condotte di reato espressamente menzionate dalla disciplina in esame.

C'è da chiedersi a tal riguardo se gli elementi eventualmente raccolti nel corso dell'attività sotto copertura con riferimento al contesto associativo siano poi del pari processualmente utilizzabili, alla stessa stregua, cioè, di quelli acquisiti in relazione ai reati per i quali quell'attività era stata autorizzata.

Al quesito sembra doversi ragionevolmente dare risposta affermativa sulla scorta di una duplice argomentazione, non prima, però, di avere rilevato che la questione assume rilievo solo per quelle fattispecie (ad esempio, nella precedente normativa, di cui al 1° comma dell'art. 12-*quater*) laddove l'indicazione del novero delittuoso di riferimento è specifica e tassativa (delitti di cui agli artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p.), e non anche allorquando il testo normativo si riferisce genericamente, ad esempio, ai "delitti concernenti armi, munizioni od esplosivi", finendo evidentemente per contemplare indirettamente anche il reato associativo concernente quei delitti¹⁰.

⁹ Tenendo conto delle abrogazioni indicate al comma 11 dell'art.9, come detto più sopra nel testo, rimangono dunque in vigore le specifiche norme che disciplinano le operazioni sottocopertura in materia di stupefacenti (di cui all'art.97 D.P.R. 309/1990) e quelle in tema di prostituzione e pornografia minorile (art. 14 L. n. 269/98) nonché quelle, per certi versi similari, in materia di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 7 D.L. 15 gennaio 1991, comma 8, convertito in Legge n. 82/1991).

¹⁰ Analogamente può sostenersi con riguardo alla disciplina di cui all'art. 97 D.P.R. 309/1990 in materia di stupefacenti che consente l'attività sotto copertura con riferimento ai "delitti previsti dalla presente legge" ed a quella ex art. 4 D.L. 374/2001 conv. in L. 438/2001 in materia di terrorismo internazionale, laddove il riferimento al novero delittuoso giustificativo dell'attività sotto copertura era fatto (ed oggi lo è identicamente nel testo dell'art. 9 citato) in termini generici con uso della locuzione "delitti commessi con finalità di terrorismo".

E' comunque, appena il caso di sottolineare come il comma 6 dell'art. 9, allorquando condiziona il ritardo o l'omissione di atti di propria competenza da parte degli ufficiali di polizia giudiziaria alla necessità di acquisire rilevanti elementi probatori ai fini dell'individuazione o la cattura dei responsabili dei delitti sopra menzionati, faccia espresso riferimento anche a quelli di estorsione (art.629 C.p.) e usura (art.644 C.p.), ammettendo così implicitamente la possibilità che nel corso delle citate operazioni undercover ci si possa imbattere anche in altri delitti.

A ben vedere, tale preoccupazione costituisce il frutto dell'ulteriore opportuno inserimento, nel testo dell'art. 9, della disciplina precedentemente vigente in punto di omissione e ritardo di atti di p.g. e del P.M. per ciò che concerne alcune fattispecie di reato tra cui quelle in materia di riciclaggio (art. 10 D.L. n. 419/91 convertito con modificazioni nella L. n. 172/92 e succ. modif.).

A prescindere da ciò, un primo argomento è quello che fa leva sulla coincidenza fenomenica tra delitti e contesto associativo in cui gli stessi siano maturati. In altri termini, non può negarsi che sussista una coincidenza storica, una sovrapposizione fattuale, tra i due piani criminosi, con la conseguenza - condivisibile anche sul piano della logica - che l'agente *undercover*, orientando legittimamente la sua condotta verso la scoperta, ad esempio, dei reati di riciclaggio di rilevante spessore criminale, finirà inevitabilmente per imbattersi in aspetti, oggettivi e soggettivi, dimostrativi del contesto associativo in cui quei reati trovano origine e scopo. La legittimità c.d. iniziale della condotta sotto copertura renderà dunque ugualmente legittima l'acquisizione di quegli elementi afferenti il distinto reato associativo, stante che i fatti sono fenomenicamente identici e non distinguibili gli uni dagli altri.

Un suggestivo supporto argomentativo può poi scorgersi, configurando l'attività sottocopertura alla stregua di un servizio di intercettazione. Non occorre particolare immaginazione, in fondo, per pensare l'*undercover* al pari di una microspia, ossia come una fonte, del tutto ignara agli interlocutori criminali, da

cui trarre notizie ed elementi utili alla scoperta dei reati e dei loro autori¹¹.

Peraltro talune specifiche normative individuano tuttora la legittimità dell'attività sotto copertura di seguito ad un provvedimento di "autorizzazione" dell'A.G.¹², al pari, cioè, dell'atto giudiziale tipico – appunto l'autorizzazione – che concerne le intercettazioni telefoniche e ambientali.

Su tale specifico punto occorre menzionare due recenti ma differenti orientamenti giurisprudenziali, entrambi sorti proprio in applicazione dell'art.14 della legge 3 agosto 1998, n. 269, in materia di prostituzione e pornografia minorile. Con la sentenza n. 17662 (17 febbraio-11 maggio 2005), la Corte di Cassazione, Sezione III, affermava che *“la legittimità e liceità dell'attività di contrasto "sotto copertura" deve essere valutata ex ante, in relazione al momento in cui tale attività è disposta dall'autorità giudiziaria e non con riguardo all'esito dell'investigazione. Ciò significa che se, quando l'autorità giudiziaria ha autorizzato gli eccezionali strumenti di investigazione che consentono alla polizia giudiziaria di procedere "sotto copertura" ad azioni simulate, esistevano già indizi di uno dei gravi reati tassativamente indicati nella norma quali condizione per l'attivazione dell'azione simulata, i mezzi di prova così acquisiti, sono legittimi e utilizzabili ex articolo 191 c.p.p. anche se riguardino reati diversi e meno gravi di quelli ipotizzati”*.

In sostanza, se nel corso delle operazioni sottocopertura, opportunamente autorizzate, la polizia giudiziaria accerta la commissione di reati distinti e meno gravi, essa, in ossequio all'art. 55 c.p.p. e allo stesso principio dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost. (in relazione al secondo comma dell'art. 55 c.p.p.), non può sottrarsi al suo compito istituzionale di svolgere

¹¹ Sul punto va tuttavia registrata l'espressa opinione contraria di un orientamento giurisprudenziale di legittimità che esclude in radice la possibilità che da un'attività sottocopertura legittimamente avviata possano conseguire elementi probatoriamente utilizzabili per reati diversi da quelli che hanno dato origine a quella attività (Cass., Sez. III, 8 maggio – 21 ottobre 2003 n. 39706, che così espressamente motiva sul punto *“Va preliminarmente rilevato che tali motivi si fondano, in gran parte, su un assunto palesemente erroneo, ossia quello di una pretesa assimilabilità della disciplina relativa alla attività di contrasto prevista e rigorosamente disciplinata dall'art. 14 della legge 269/98, con la disciplina relativa all'utilizzabilità, anche in procedimenti diversi da quello in cui sono state disposte, delle intercettazioni telefoniche e telematiche. Si tratta invece di attività investigative del tutto diverse, aventi diverse caratteristiche e ben diverse potenzialità di incisione su beni costituzionalmente tutelati, ed assoggettate pertanto a diversi presupposti, di modo che non è possibile nessuna estensione analogica della disciplina relativa alle intercettazioni telefoniche alla attività di contrasto di cui al citato art. 14”*).

¹² Il riferimento è all'art. 14, primo comma, della L. 269/98 in materia di prostituzione e pornografia minorile, mentre analoga disposizione può rinvenirsi nel testo dell'art. 7 D.L. 8/91 conv. L 82/1991 modif. con L. 45/2001 in materia di sequestri di persona.).

indagini e di assicurare le fonti di prova anche in relazione ai reati diversi da quelli per cui era stata specificamente autorizzata.

Senonché quasi contemporaneamente alla citata sentenza, la medesima sezione della Cassazione, con la sentenza n.13501 (28 gennaio – 13 aprile 2005), formulava un orientamento sostanzialmente opposto affermando che “*per acquisire elementi probatori in ordine ai delitti di cui agli artt. 600-bis, primo comma, 600-te, commi 1, 2 e 3, 600-quinquies c. p. è possibile agli ufficiali di polizia giudiziaria o agli organi ministeriali specializzati svolgere attività sotto copertura solo previa autorizzazione o previa richiesta motivata dell'autorità giudiziaria. Per investigare sugli altri delitti è consentito agli ufficiali specializzati di polizia giudiziaria svolgere attività di copertura qualora questa sia disposta dai vertici dei corpi di appartenenza e previamente comunicata al pubblico ministero dallo stesso vertice che la dispone. Sono pertanto inutilizzabili le prove acquisite dalla polizia giudiziaria nel corso di attività sottocopertura durante la quale gli agenti hanno acquistato materiale pedopornografico, di propria iniziativa, senza acquisire previamente la necessaria autorizzazione dell'autorità giudiziaria, e perciò in violazione dell'art. 14 della L. 269/1998 e dell'art. 600-quater c.p.*”¹³.

In questa occasione, quindi, il Supremo Collegio ha lasciato intendere che debba essere considerata prova illegittimamente acquisita e, quindi, inutilizzabile, da un lato quella inerente ai reati tipici per cui non vi era stata specifica autorizzazione preventiva, dall'altro, per ciò che qui interessa, quella in cui l'attività *under cover* sia stata regolarmente autorizzata, ma le prove raccolte si riferiscano a reati diversi da quelli tipici, sia per la commissione anche di tali reati diversi, sia per la derubricazione *ex post* delle condotte criminose che, *ex ante*, avevano legittimato l'attività sotto copertura.

Ritornando all'analogia tra l'attività sottocopertura e le intercettazioni telefoniche, è invece utile il richiamo alla consolidata giurisprudenza della Cassazione che, in materia di utilizzazione in altri procedimenti dei risultati di

¹³ Dello stesso tenore Corte di Cassazione, Sezione III penale 8 maggio - 21 ottobre 2003 n. 39706, che afferma che l'attività di cui all'art. 14 della L. 269/1998, “*laddove svolta al di fuori dei limiti, in particolare per l'acquisizione di elementi di prova relativamente a un reato diverso da quelli tassativamente indicati, deve ritenersi non solo irregolare o illegittima, ma addirittura illecita, con conseguente inutilizzabilità, rilevabile d'ufficio in qualsiasi stato o grado del processo, ai sensi dell'articolo 191 del Cpp, di qualsiasi prova attraverso la medesima acquisita*”.

un'intercettazione (art. 270 c.p.p.), è nel senso di escludere che possa qualificarsi "diverso procedimento" quello in cui con il mezzo di ricerca della prova proprio delle intercettazioni sono stati raggiunti elementi riconducibili anche ad altri reati le cui indagini siano connesse o collegate sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico al reato in ordine al quale il servizio era stato disposto¹⁴.

Per quanto riguarda, invece, la sorte delle prove acquisite nel caso in cui sono state violate le regole che disciplinano l'attività sotto copertura, deve ritenersi sempre condivisibile l'orientamento di quella Corte di Cassazione¹⁵ che, chiamata a giudicare sulla legittimità del sequestro del corpo del reato, rinvenuto nel corso di una perquisizione effettuata senza l'autorizzazione del magistrato e, più in generale, sulla portata dell'art. 191 c.p.p. il quale sancisce la inutilizzabilità delle "prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge", ha ritenuto che, anche in presenza di una ricerca della prova del reato - nella specie, una perquisizione - palesemente illegittima (in quanto in violazione delle norme poste a tutela di diritti soggettivi tutelati dalla Costituzione), l'eventuale rinvenimento e sequestro del corpo del reato costituisce un atto dovuto per la polizia giudiziaria - vincolata alle disposizioni di cui all'art. 55 c.p.p. - e la cui omissione esporrebbe la stessa a specifiche responsabilità penali.

Analogamente anche le dichiarazioni testimoniali rese dagli Ufficiali ed agenti di P.G. che hanno operato il sequestro entrano legittimamente nel procedimento penale.

La sopra illustrata soluzione che consente di non disperdere il risultato probatorio, a prescindere dalla legittimità della ricerca, trova ovviamente applicazione anche nel caso di attività sotto copertura.

4. La condotta ammessa

L'art. 9 consente agli ufficiali di p.g., impegnati nelle operazioni sottocopertura, di:

- dare rifugio o comunque prestare assistenza agli associati;

¹⁴ Cfr., per tutte, Cass., Sez. VI, 10 febbraio 96, n. 1626; Cass., Sez. VI, 4 marzo 97, n. 7.

¹⁵ Cass. Sezioni Unite, n. 5021 del 27 marzo 1996. Nello stesso senso, Corte Costituzionale n. 332 del 27 settembre 2001

- acquistare, ricevere, sostituire od occultare denaro, armi, documenti, stupefacenti, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego.

Di notevole interesse è la problematica scaturita dalla possibilità che l'agente possa porre in essere altre condotte illecite (ad es. munirsi di pistola con matricola abrasa).

Al riguardo, non appare rassicurante né la possibilità di una preventiva autorizzazione del P.M. competente, con effetto scriminante, né la tesi dell'operatività dell'esimente dell'art. 51 c.p., cosicché è sicuramente necessario evitare un qualsiasi travalicamento in senso criminoso del perimetro di legittimità indicato alla norma.

In proposito non può però trascurarsi di osservare che l'attuale "confusione" descrittiva delle condotte ammissibili – valevoli, cioè, indiscriminatamente per tutte le fattispecie di attività sottocopertura considerate dalla norma – pare consentire, diversamente dal pregresso regime, l'apprestamento di condotte criminose relative alle armi anche con riguardo a finalità di accertamento in ambiti criminali diversi, come quelli del riciclaggio o dell'immigrazione clandestina.

E' poi interessante evidenziare che l'art. 9 consente espressamente, al secondo comma, agli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria di utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura anche per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione, informandone il pubblico ministero al più presto e comunque entro le quarantotto ore dall'inizio delle attività¹⁶.

5. La provenienza qualificata dell'ordine

Le operazioni sotto copertura necessitano di un *input* qualificato proveniente, secondo l'appartenenza del personale di polizia giudiziaria, dagli organi di vertice

¹⁶ In effetti, che tale problematica fosse rilevante al fine di realizzare un'efficace attività sotto copertura, è circostanza invero che non era sfuggita allo stesso legislatore il quale già in specifiche discipline concernenti sempre le attività sottocopertura aveva, ad esempio, previsto che il "personale addetto può utilizzare indicazioni di copertura ..." (art. 14, L. 3 marzo 1998, n. 269) ovvero che gli "ufficiali ed agenti di p.g. possono utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura" (art. 4, L. 438/2001).

ovvero, per loro delega, dai rispettivi responsabili di livello almeno provinciale, d'intesa con la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere per i delitti previsti dall'articolo 12, commi 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

In sostanza, l'avvio dell'operazione sottocopertura è disposto dal:

- Capo della Polizia e dai Comandanti Generali dell'Arma dei Carabinieri o del Corpo della Guardia di Finanza, a seconda che si tratti di servizio attivato dall'una o dall'altra Forza di polizia;
- Direttore della D.I.A.¹⁷, quando alle operazioni procedono ufficiali di p.g. appartenenti a detto organismo.

È, quindi, evidente che le operazioni simulate di riciclaggio, di traffico di armi ed altro si collocano nell'ambito di attività investigative a carattere preventivo, prescindendo dall'esistenza di un procedimento penale e di indagini preliminari su uno specifico fatto reato.

Al riguardo è indicativa la circostanza che tali attività sono disposte da soggetti (Capo della Polizia, Comandanti Generali dell'Arma dei Carabinieri e del Corpo della Guardia di Finanza e Direttore della D.I.A.) che non rivestono la qualifica di ufficiali di polizia giudiziaria e non necessitano di specifica delega da parte dell'Autorità giudiziaria.

6. Il ruolo dell'Autorità giudiziaria

Il quarto comma dell'art.9 sancisce che l'Autorità giudiziaria, da individuare nel Procuratore della Repubblica presso il giudice competente per territorio e per materia, debba essere informato preventivamente dall'organo che dispone l'esecuzione delle operazioni sottocopertura, il quale, se necessario o se richiesto, deve provvedere anche ad indicare il nominativo dell'ufficiale di polizia giudiziaria responsabile dell'operazione, nonché il nominativo degli eventuali ausiliari impiegati.

Il pubblico ministero deve comunque essere informato senza ritardo, a cura del

¹⁷ Su delega del Ministro dell'Interno, in relazione al disposto dell'art. 2, comma 2-*quater*, del D.L 245/1991 come modificato dall'art. 1, terzo comma, della L. 356/1992

medesimo organo, nel corso della operazione delle modalità e dei soggetti che vi partecipano, nonché dei risultati della stessa.

L'immediata notizia delle operazioni in argomento, inoltre, consente (rectius, impone) da un lato, l'iscrizione, se già non eseguita, del procedimento penale; dall'altro, il controllo della sussistenza dei presupposti che legittimano l'operazione sotto copertura.

L'art. 9 consente, poi, quando necessario per acquisire rilevanti elementi probatori ovvero per l'individuazione o la cattura dei responsabili dei delitti previsti dal comma 1, nonché di quelli previsti dagli articoli 629 e 644 del codice penale, agli ufficiali di polizia giudiziaria, nell'ambito delle rispettive attribuzioni di omettere o ritardare gli atti di propria competenza, dandone immediato avviso, anche oralmente, al pubblico ministero e provvedendo a trasmettere a questi motivata informativa entro le successive quarantotto ore.

Gli atti di competenza della p.g. ritardabili e/o omissibili sono quelli riconducibili all'arresto, al fermo di p.g., al sequestro, alla perquisizione, agli atti di identificazione dell'indiziato, alle sommarie informazioni e, più genericamente, agli accertamenti urgenti di cui agli artt. 348 e ss. C.p.p. .

Analogamente, il pubblico ministero può, con decreto motivato, (soltanto) ritardare l'esecuzione dei provvedimenti che applicano una misura cautelare, del fermo dell'indiziato di delitto, dell'ordine di esecuzione di pene detentive o del sequestro. Nei casi di urgenza, il ritardo dell'esecuzione dei predetti provvedimenti può essere disposto anche oralmente, ma il relativo decreto deve essere emesso entro le successive quarantotto ore.

Il pubblico ministero impartisce alla polizia giudiziaria le disposizioni necessarie al controllo degli sviluppi dell'attività criminosa, comunicando i provvedimenti adottati all'autorità giudiziaria competente per il luogo in cui l'operazione deve concludersi ovvero attraverso il quale si prevede sia effettuato il transito in uscita dal territorio dello Stato ovvero in entrata nel territorio dello Stato delle cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere i delitti.

Da notare, in risolutiva diversità dalla precedente disciplina, che oggi il potere di differimento, proprio del P.M., non contempla più l'arresto, che – come ben si sa –

è atto tipico della polizia giudiziaria. L'omissione, invero, ha una funzione squisitamente correttiva giacchè consente alla p.g., titolare esclusiva del potere d'arresto, di differirne e/o ometterne l'esecuzione in assoluta autonomia, laddove, prima, l'attribuzione al P.M. del potere dilatorio - ad un organo, cioè, privo di prerogative d'arresto - finiva esegeticamente per escludere l'attribuzione alla p.g. di tale facoltà.

Sembra corretto, poi, concludere che gli atti ritardati saranno in seguito eseguiti, anche fuori dalle ipotesi di flagranza, così come gli atti omessi dalla p.g. saranno, ove possibile, eseguiti a cura del P.M.

7. La rappresentazione della prova

7.1 Utilizzazione della testimonianza dell'agente sotto copertura

In merito, la problematica di maggiore interesse è costituita dalla compatibilità della testimonianza dell' "undercover" con la previsione dell'art. 62 c.p.p. che, com'è noto, vieta l'utilizzazione delle "dichiarazioni comunque rese nel corso del procedimento dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini".

Secondo consolidata giurisprudenza¹⁸, il divieto di testimonianza *ex art. 62 c.p.p.* opera solo per le dichiarazioni rese all'interno del procedimento, intendendosi con tale espressione non tanto il mero lasso temporale compreso tra l'assunzione della posizione di indagato e l'emissione della sentenza definitiva, bensì volendo comprendere tutte le dichiarazioni rese a soggetti investiti di una qualifica processuale e per una ragione connessa al procedimento.

Sono conseguentemente inutilizzabili le dichiarazioni rese nell'ambito delle sommarie informazioni testimoniali (art. 351 c.p.p.), le dichiarazioni rese nell'immediatezza del fatto (art. 350 c.p.p.), le dichiarazioni rese da persona informata sui fatti durante le quali emergono indizi di reità e non si sia provveduto ad attivare le garanzie difensive (art. 63 c.p.p.), gli interrogatori espletati senza il rispetto delle guarentigie difensive (artt. 64, 65, 134 c.p.p.).

Ora, pur essendo evidente che l'attività sotto copertura non sia riconducibile agli atti tipici del procedimento citati in precedenza - i quali si caratterizzano per la

¹⁸ Cassazione penale, Sez. VI, 28 aprile 1997

"trasparenza" della situazione tenuto conto che l'indagato sa di essere in presenza dell'autorità procedente – va detto che il divieto *ex art. 62 c.p.p.* sembrerebbe operare anche nell'ipotesi di operazioni sotto copertura - dove le dichiarazioni sono invece acquisite con l'inganno - in quanto nel citato articolo non si fa riferimento ad atti specifici del procedimento bensì a qualunque dichiarazione, "comunque rese", in occasioni di qualsiasi attività di indagine, purché nel corso del procedimento.

Tale impostazione andrebbe però a vanificare l'attività della polizia giudiziaria effettuata sotto copertura se non fosse che la Corte di Cassazione ha rilevato che necessita anche una valutazione sulla tipologia e natura delle dichiarazioni rese.

Infatti, ciò che non può formare oggetto di testimonianza *ex art. 62 c.p.p.* sono le dichiarazioni rappresentative di fatti precedenti mentre nessun divieto opera per le dichiarazioni che esse stesse integrano od accompagnano le condotte criminose ovvero in ordine alle dichiarazioni programmatiche di future condotte, in quanto queste ultime hanno valore di rappresentazione di fatti storici.

Il che sta a significare che laddove l'agente infiltrato riferisca in ordine, ad esempio, alla condotta, ai gesti, ai comportamenti o alle dichiarazioni (commenti, esclamazioni, ecc.) che sono esse stesse "fatti", la testimonianza è ammessa in quanto egli riferisce di un qualcosa avvenuto sotto i suoi occhi e di cui ha avuto diretta percezione e conoscenza¹⁹.

Viceversa, allorché l'agente riferisce in ordine a dichiarazioni rese dall'indagato concernenti fatti avvenuti in precedenza, la testimonianza non è ammessa non essendo i fatti narrati direttamente percepiti dall'agente infiltrato.

¹⁹ Cassazione Sezione 4, Sentenza 6702 del 30.11.2004 "Gli agenti che svolgono attività investigativa da infiltrati secondo quanto previsto dall'art. 97 del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, non agiscono, nell'ambito dell'operazione svolta, come ufficiali di polizia giudiziaria con i poteri autoritativi e certificatori connessi alla qualifica, ma come soggetti che partecipano all'azione, con la conseguenza che non trova applicazione il divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato di cui all'art. 62 del codice di rito, per cui le deposizioni da tali soggetti rese su quanto appreso dall'imputato nel corso dell'investigazione sotto copertura, sono utilizzabili in dibattimento".

Cassazione Sentenza 46556 del 4.10.2004 per la quale "il divieto di testimonianza sulle dichiarazioni comunque rese dall'imputato nel corso del procedimento non riguarda le affermazioni compiute in presenza di agenti "infiltrati" per il compimento delle attività previste dall'art. 97 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309. Per un verso, infatti, la preclusione riguarda solo le dichiarazioni rappresentative di fatti precedenti e non quelle che costituiscano o accompagnino la condotta direttamente riferita dal testimone. Per altro verso il divieto attiene alle sole dichiarazioni rese nel corso del procedimento, e dunque funzionalmente alla formazione di un atto processuale, mentre l'agente infiltrato non agisce al fine di redigere atti servendosi dei propri poteri autoritativi e certificativi, quanto piuttosto (nei limiti fissati dalla legge) quale partecipe del fatto successivamente testimoniato".

Nello stesso senso, Cassazione Sentenza 33561, Sez IV del 13 settembre 2001.

7.2 Utilizzabilità delle relazioni di servizio riportanti anche le dichiarazioni di terzi

È necessario rammentare che, ai sensi dell'art. 357 c.p.p., la polizia giudiziaria deve annotare "secondo le modalità ritenute idonee ai fini delle indagini, anche se sommariamente, tutte le attività svolte".

Al riguardo, essendo evidente che non si possa prendere nota di attività consistite in simulate trattative se non cercando di riportare, nella maniera più fedele ed aderente, il contenuto dei colloqui sostanzianti le trattative, devono ritenersi utilizzabili le relazioni di servizio redatte dall'agente sotto copertura.

Infatti, la mancata verbalizzazione nelle forme di rito - oltre ad essere ovviamente incompatibile con l'attività dell'agente *undercover* che deve mantenere il segreto sulla propria reale qualifica - non inficia la valenza probatoria delle relazioni di servizio nelle quali sono riportate, in forma di citazioni, le dichiarazioni rese inconsapevolmente dall'indagato alla polizia giudiziaria²⁰.

D'altra parte la suddetta relazione di servizio può entrare a far parte del fascicolo del dibattimento nel quale sono raccolti, tra l'altro, proprio i verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria (art. 431, secondo comma, c.p.p.).

7.3 Legittimità delle dichiarazioni predibattimentali rese dall'agente infiltrato nella giurisprudenza della Corte Europea

È facilmente intuibile che il principale mezzo di prova nell'attività sotto copertura è rappresentato dalla testimonianza degli agenti infiltrati.

La testimonianza, peraltro, costituisce un momento estremamente delicato tenuto conto che l'agente *undercover*, inserendosi nell'organizzazione criminale al solo fine di fare arrestare e punire coloro con i quali stringe vincoli di collaborazione o, talvolta, di fittizia amicizia, pone in essere azioni che, in ambienti delinquenti,

²⁰ In tal senso, Cassazione penale, Sez. VI, 23 giugno 1999

sono considerate come gravi mancanze ad un preteso obbligo di lealtà.

Conseguentemente, rivelare pubblicamente le generalità, il ruolo e l'aspetto fisico dell'agente infiltrato lo esporrebbe a possibili vendette dei sodalizi criminali, senza dimenticare che il numero dei funzionari di polizia che siano al tempo stesso disponibili ed addestrati al compimento di operazioni di infiltrazione è solitamente molto ridotto. Testimoniando in una pubblica udienza, costoro si rendono automaticamente inutilizzabili per future, possibili azioni, con rilevante spreco di risorse nella lotta al crimine.

Tale problematica assume rilevanza anche alla luce di diverse decisioni della Corte Europea, chiamata a giudicare in ordine alla pretesa violazione dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, nella parte in cui riconosce alla persona accusata il diritto di esaminare o far esaminare i testimoni a carico.

Al riguardo, è stato evidenziato che, sebbene le regole del giusto processo impongono che i mezzi di prova siano prodotti in presenza dell'imputato per consentirne il contraddittorio in aula, è altrettanto vero che ciò non costituisce regola assoluta, per cui l'eventuale utilizzazione di dichiarazioni acquisite in fase pre-dibattimentale non costituisce di per sé una violazione della Convenzione, sempre che l'imputato abbia la possibilità di contestare le testimonianze a carico.

Così la Corte Europea ha ritenuto "complessivamente equa" la procedura, pur in assenza di audizione dibattimentale dell'agente infiltrato laddove la testimonianza dell'agente abbia una importanza marginale o, comunque, non costituisca il solo elemento di prova presentato in aula (es. ulteriori elementi erano stati acquisiti con riprese video, intercettazioni telefoniche, altre testimonianze ecc.).

Viceversa, ha ritenuto tendenzialmente incompatibile con la Convenzione una condanna penale fondata esclusivamente, e in misura determinante, sulle dichiarazioni rese da un agente sotto copertura che la difesa dell'imputato non ha mai avuto la possibilità di contro interrogare in aula.

Atteso quanto sopra e tenuto conto che, da un lato, la testimonianza dell'*"undercover"* rappresenta spesso l'unico e più significativo elemento di prova per giungere alla condanna dell'imputato, dall'altro, che sottrarre l'agente infiltrato al contro-esame in dibattimento espone a sicura censura da parte della Corte

Europea, diventa allora fondamentale creare le condizioni migliori per consentire un interrogatorio "protetto" dell'agente infiltrato, avendo cura in sede di esame, non solo di celare l'aspetto fisico dell'agente - che, peraltro, di norma è già entrato in contatto con l'imputato, anche se ciò è comunque importante per prevenire eventuali ritorsioni da parte di altri componenti l'organizzazione criminale - ma soprattutto le sue reali generalità²¹.

Tale modalità di audizione appare compatibile con i principi del giusto processo e la stessa condizione di "anonimato" dell'agente infiltrato è stata ritenuta dalla Corte Europea legittima, nel rispetto del principio di stretta necessità.

In altri termini, la Corte, da un lato, ha riconosciuto come meritevoli di tutela le esigenze di utilizzazione e di protezione degli agenti sotto copertura, dall'altro ha ritenuto di non consentire una sistematica compressione del diritto della difesa a conoscere le vere generalità dell'agente al fine di effettuare le opportune valutazioni in ordine alla sua attendibilità ed affidabilità: il giudice dovrà valutare, caso per caso, l'effettiva esistenza di un pericolo di rappresaglie, così come dovrà con estrema attenzione valutare la credibilità ed esaminare le dichiarazioni, del testimone.

²¹ Nei processi di mafia si ha, di solito, conoscenza delle autentiche generalità del pentito ma non il (nuovo) aspetto fisico, mentre per l'agente *undercover* sono solitamente conosciute (almeno dall'imputato) le fattezze ma non la reale identità