

QUESITI

FILIPPO RAFFAELE DINACCI

L'agente sotto copertura e reati contro la pubblica amministrazione: nuovi difetti e vecchi vizi

La scelta legislativa di estendere la disciplina dell'agente sotto copertura anche a reati contro la pubblica amministrazione non tiene conto della specificità di quelle fattispecie in ordine a cui il già difficile confine tra l'attività di informazione e quella di istigazione si assottiglia ulteriormente. Il tema non involge solo forme di responsabilità penale dell'agente operante ma si riflette anche sull'utilizzabilità del risultato probatorio. Tali nuove criticità si aggiungono ai vecchi vizi rinvenibili nello scarso rispetto, in sede operativa, delle forme acquisitive del sapere giudiziale che costituiscono la proiezione di uno specifico comando costituzionale.

The undercover agent and crimes against the public administration: new flaws and old habits.

The legislative choice of extending the undercover agent's regulation also to the crimes against the public administration doesn't take into account the peculiarities of such offences, in respect of which the line between the intelligence activity and the instigation one is getting even more thinner. The subject doesn't only involve forms of criminal liability of the operating agent, but it affects also the usability of the evidence. These new critical issues are added to the old habits that come from the lack of respect, at the operational level, of the acquisitive forms of judicial knowledge which constitute the projection of a specific constitutional command.

SOMMARIO: 1. Forme normative *extravagantes* e presunzione di non colpevolezza. - 2. L'agente sotto copertura tra insufficienza descrittiva e integrazioni di *soft law*. - 3. Le innovazioni di disciplina. - 4. Il difficile inquadramento della norma nella prassi: il pericolo di interpretazioni per il caso concreto e la tutela del processo equo. - 5. Le operazioni sotto copertura come semplice attività d'iniziativa della polizia giudiziaria: verso diotiosi interpretative. - 6. Le criticabili forme di acquisizione processuale del "sapere" dell'infiltrato tra limiti costituzionali ed esigenze di "conoscenza". - 7. L'enigma della testimonianza sulle dichiarazioni dell'indagato. - 8. La "proporzionalità" quale strumento di orientamento esegetico. - 9. Conclusioni.

1. *Forme normative extravagantes e presunzione di non colpevolezza.* Ancora una volta, con la legge n. 3 del 2019, si dà sfogo a pulsioni irrazionalmente repressive attraverso strumenti processuali connotati da una povertà descrittiva che pongono a serio rischio i diritti dei cittadini e lo stesso principio di legalità processuale presidiato dall'art. 111, co. 1, Cost.

Ma prescindere per il momento da tali considerazioni, quel che interessa rimarcare è l'ennesimo ricorso a forme speciali di accertamento riservate a certe tipologie di reato. Viene qui in rilievo il tema di una differenziazione di regole processuali che introduce altrettanti binari paralleli ed alternativi rispetto al modello ordinario contemplato nella primigenia versione del codice di rito. La circostanza assume particolare evidenza ove si ponga mente al fatto che, alle volte, le regole speciali sono riservate al "tipo di imputato" introducendo-

si una sorta di paradigma criminologico del tipo di autore¹. In ogni caso quando si generano modelli alternativi di accertamento si corre il pericolo di autorizzare un “uso alternativo del diritto”² modulabile a seconda delle specificità del caso singolo³. Del resto dal momento in cui a “reati speciali” o a “soggetti speciali” sono riservate forme normative altrettanto speciali, il rischio che il prodotto legislativo perda i naturali connotati di astrattezza e generalità è da considerarsi *in re ipsa*⁴. Esso infatti non è chiamato a regolare una serie indeterminata ed astratta di situazioni giuridiche ma, al contrario quelle specifiche situazioni per cui il legislatore lo ha generato. E quando tali “specifiche situazioni” si moltiplicano a dismisura, contemplantosi regole differenti a seconda della diversità degli accadimenti reali che sono chiamate a disciplinare, si perde l’unitarietà del diritto, si genera una giustizia del caso singolo e tutto ciò conduce alla dispersione di omogenei indici ermeneutici di sistema foriera, inevitabilmente, di forme di espansionismo giudiziario il quale, accompagnato da atteggiamenti culturali refrattari a rispettare le regole espressione di una limitazione del potere⁵, ha buon gioco a coniare cc.dd. criteri interpretativi a forma libera⁶. In tal modo però non si tutela il cittadino da forme di de-

¹ Nel momento in cui la regola giuridica viene derogata con riferimento a tipologie specifiche di crimine indiscutibilmente si individuano altrettante tipologie specifiche di soggetti che avrebbero commesso quel crimine; ed allora la norma interviene su profili che attingono l’eguaglianza sostanziale che può risultare lesa con riferimento allo specifico campo d’incidenza della disciplina speciale. Se questa poi introduce presunzioni e differenti trattamenti processuali, ecco il rischio che la differenza di trattamento trovi origine nel modo di essere dell’imputato. Si pensi agli imputati di mafia, di terrorismo, ai recidivi, agli immigrati clandestini, agli autori di delitti a sfondo sessuale, agli automobilisti incoscienti, agli autori di violenze in famiglia e in genere a reati commessi in danno di soggetti deboli.

² Sul tema cfr. VERDE, *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, in *Dir. e giur.*, 1978, 248.

³ Nel senso che le procedure differenziate contemplate nel codice di rito potrebbero fornire una copertura tecnica intesa a dissimulare la volontà di un uso differenziato del diritto, sia consentito il rinvio a DINACCI, *Procedimenti speciali tra spinte all’omologazione ed esigenze di differenziazione*, in *La giustizia penale differenziata*, diretto da Gaito, Spangher, Torino, II, 2010, 722.

⁴ Sul tema si rimanda a MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, I, 1975, 306, laddove evidenzia come gli attributi che devono qualificare una corretta produzione legislativa non costituiscano un’endiadi ma anzi si pongono l’uno come il completamento dell’altro. Infatti mentre “generalità” vuole significare il riferirsi della disposizione normativa ad una serie di persone non individualmente determinate, il requisito dell’astrattezza è caratterizzato dall’indeterminabilità dei soggetti che possono trovarsi nella situazione descritta dalla norma. In sostanza la norma, nella sua fisiologia, deve configurarsi come “volontà di volere, volontà preliminare diretta a far sorgere una volontà concreta allorché si verificano le condizioni dalla medesima previste, poiché ciò discende dall’esigenza di assicurare, oltre che la massima possibile certezza del diritto, l’eguaglianza di trattamento per tutti coloro che si trovano nella medesima situazione”.

⁵ Sul tema si rimanda a NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 642.

⁶ In sostanza la dispersione di un corretto quadro regolatorio conduce all’accrescimento della dimensione potestativa del giudizio. Invero, il grado di decidibilità della verità giuridica di una pronuncia è “diret-

generazione decisoria e dal controllo in ordine alla legalità dell'accertamento; circostanza questa che assume particolare rilievo alla luce dell'operatività del c.d. principio del libero convincimento. Ma anche a voler prescindere da ciò, le opzioni di sistema che hanno ridotto l'ordinamento processual-penalistico ad una sorta di aggregazione di specifiche discipline, operanti in ordine a specifici casi, mina fortemente il principio di eguaglianza sostanziale tra cittadini. In forza di questo, infatti, occorrerebbe garantire una parità di trattamento tra le persone coinvolte nel processo penale. Qui viene in gioco un valore fondante dell'ordine costituzionale: la presunzione di non colpevolezza. Il divieto di assimilare l'imputato al colpevole e i modi attraverso cui quella presunzione può essere sovvertita devono assoggettarsi a forme uguali per tutti e non possono trovare differenziazioni a seconda del tipo di reato per cui si procede o del tipo di autore⁷. Di qui grosse perplessità sulle politiche da "doppio binario" che il legislatore ha innestato nella struttura del codice dal 1992 in poi⁸. Peraltro, ormai, le deroghe al modello ordinario risultano talmente numerose da non riuscire più a comprendersi quale sia la regola, e quale l'eccezione⁹. Quel che non sembra cogliersi è che la diversa modulazione delle garanzie processuali, a seconda dei casi concreti da disciplinare, scalfisce direttamente

tamente proporzionale al livello di tassatività della norma da essa applicata e inversamente proporzionale allo spazio richiesto all'argomentazione interpretativa". Dove si è al cospetto di una inadeguata formulazione della lingua legale, lo spazio dell'argomentazione è amplissimo e il potere giudiziario ha buon gioco nel convertirsi da potere di applicazione della legge tramite una corrispondenza ai fatti in potere dispositivo di creazione di nuovo diritto. Sul tema si rimanda alle considerazioni di FERRAJOLI, *Contro la giustizia creativa*, in *Quest. giust.*, 2016, n. 4, 14; dello stesso cfr. pure *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 10^a edizione, Bari, 2011, 36.

⁷ In tale corretta prospettiva v. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 63. Sul tema cfr. pure MAZZA, *Le persone pericolose. In difesa della presunzione d'innocenza*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2011, 3, dove denuncia lo "scadimento della giurisdizione" dato che "l'oblio dei principi fondamentali trova giustificazione politica e forse anche ideologica, nella convinzione che certe categorie di reato, certi tipi di delinquente, in realtà certi tipi di imputato, non meritino tutte le attenzioni che invece si devono riservare ai delitti commessi da cittadini non pericolosi".

⁸ Non è un caso che tali spinte di riforma furono realizzate all'indomani della realizzazione delle cc.dd. stragi di mafia quando evidentemente l'emozione prevaleva sulla ragione. Nel tempo la politica del doppio binario è diventata una caratteristica costante e si è tradotta nella previsione di vari regimi diversificati. In via meramente esemplificativa si pensi alle regole in materia di registro notizie di reato (art. 335, co. 3, c.p.p.), in tema di rapporti tra polizia giudiziaria e pubblico ministero (art. 347, co. 3, c.p.p.), riguardo al settore della libertà personale (art. 275, co. 3, c.p.p.) con riferimento al regime del diritto prova (art. 190-*bis*, c.p.p.) nonché in sede di esecuzione (art. 4 *bis*, ord. penit.). Quel che emerge è una diversa modulazione di garanzie fondamentali a seconda della materia processuale trattata ed in particolare, quando questa attiene ai profili delle metodiche di accertamento, quel che si pone a rischio è una differenza del risultato conoscitivo, pervenendosi in tal modo a forme di giustizia del caso singolo.

⁹ Per convincersene basti pensare alla dilatazione che nel tempo ha caratterizzato l'art. 190-*bis* c.p.p. che via via ha incluso nel suo contenitore reati differenti da quelli per cui era stato generato.

quella presunzione di non colpevolezza nella sua dimensione di regola di trattamento ed epistemologica¹⁰. In sostanza ogni volta che vi è una deroga si toglie qualcosa a quella presunzione; ed ogni volta che con la deroga si limitano diritti all'imputato e si attribuiscono poteri a chi è chiamato a verificare la sussistenza di uno *ius puniendi*, si affievolisce l'effettiva operatività del presidio costituzionale. Occorre allora prendere atto che una legislazione così variegata non solo non è in grado di garantire una certezza del diritto ma, muove da un'ideologia di fondo in forza della quale, per certi soggetti e per certi reati la presunzione di non colpevolezza costituisce una "vera concessione del potere esecutivo e non un'incomprimibile garanzia estesa a tutti"¹¹. In tal modo però si corre il rischio di autorizzare meccanismi conoscitivi sganciati dall'esistenza o dal rispetto delle forme e, addirittura, se si ha contezza del valore epistemologico della presunzione costituzionale in discorso, semplificazioni probatorie a cui inevitabilmente seguono semplificazioni valutative e giudizi differenziati. Il tema, però, non è di poco momento proprio sul piano della tenuta del sistema. Basti pensare che la Corte EDU ha più volte rilevato come la garanzia della presunzione di innocenza costituisca una specificazione della più generale nozione di equo processo¹². Il richiamo evoca un rafforzato dovere di osservanza della presunzione costituzionale posto che la sua violazione potrebbe condurre a forme di revisione processuale¹³.

2. *L'agente sotto copertura tra insufficienza descrittiva e integrazioni di soft law.* Tali consapevolezze, non sembra facciano parte del bagaglio culturale che caratterizza la legge 9 gennaio 2019 n. 3¹⁴. Già l'evocazione linguistica di legge "spazzacorrotti" fa condividere l'opinione di chi intravede i germi di un diritto penale e di una procedura penale del nemico caratterizzati da una forte

¹⁰ Sul tema v. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 53; dello stesso cfr. pure, *Presunzione di innocenza ed uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1978, 952, dove con riferimento alla dimensione di regola di trattamento della presunzione di non colpevolezza si precisa, avuto riguardo alla misura cautelare, come quest'ultima determini una ripartizione del rischio del processo tra Stato ed imputato. Rischio di una condanna inutile perché ineseguibile per il primo; di un tardivo riconoscimento di innocenza per il secondo. Con specifico riferimento al valore della presunzione costituzionale come regola epistemologica cfr. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 188.

¹¹ Così ancora PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 63

¹² Cfr. Corte EDU, 23 maggio 2014, Melo Tadeu c. Portogallo; Id, 24 maggio 2011, Konstas c. Grecia.

¹³ V. Corte cost., n. 113 del 2011.

¹⁴ Sul punto v. CASSIBBA, *L'espansione delle operazioni sotto copertura*, in *La c.d. legge "spazzacorrotti"*, a cura di Iasevoli, Bari, 2019, 200, dove si evidenzia il forte simbolismo che caratterizza, pure dal punto di vista lessicale, la riforma in questione anche a livello europeo dove si utilizza "una terminologia inconsueta per documenti ufficiali del Consiglio d'Europa": *Bribe Destroyer Bill*.

mistica moralizzatrice¹⁵. Del resto di tale realtà il legislatore non fa mistero posto che, proprio avuto riguardo all'ampliamento della portata applicativa dell'agente sotto copertura, si precisa che tale scelta si è resa necessaria in quanto "si tratta di delitti connotati da apprezzabile gravità, assai diffusi nella pratica, tuttavia, di difficile accertamento-soprattutto per quanto riguarda i diritti bilaterali come le corruzioni, le induzioni indebite, il traffico di influenze-perché connotati dalla stretta comunanza di interessi illeciti dei soggetti che vi concorrono e dal legame omertoso che li protegge"¹⁶. Emerge un'ideologia di fondo tendente a snaturare il processo penale da strumento di accertamento ad arma di contrasto del crimine con accentuazione di toni preventivi. In ogni caso occorre prendere atto che il legislatore ha inteso "omologare" i reati contro la pubblica amministrazione ai reati di criminalità organizzata. Percorso questo già realizzato in sede di misure di prevenzione, di indagini preliminari e addirittura in fase esecutiva¹⁷. Sul punto, dato per scontato che il legislatore è arbitro delle opzioni di politica legislativa¹⁸ purché non contrastino con i principi costituzionali, quel che rileva è la tecnica utilizzata diretta ad ampliare il campo di istituti speciali in relazione ai quali, forse, una corretta valutazione di bilanciamento e soprattutto di proporzionalità avrebbe consigliato una maggiore ponderazione. Ma al di là di ciò, nel momento in cui si decide di intervenire dotando di forme espansive tecniche di investigazione che toccano primari principi costituzionali, sarebbe stato opportuno procedere ad una più attenta regolamentazione dell'istituto in modo da evitare indebite "libertà operative".

Sul punto non è un caso che proprio alcune Procure della Repubblica abbiano rilevato dei vuoti normativi nella disciplina e comunque la necessità che la

¹⁵ In tal senso cfr. PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2019, 10.

¹⁶ Così Relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 1189 del 2018 presentato alla Camera dei Deputati dal Ministro della Giustizia il 24 settembre 2018, 1.

¹⁷ Si pensi alla L. 16 ottobre 2017 n.161 in cui sono stati inseriti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione tra quelli presupposto per l'azione di prevenzione; all'inserimento, con L. 23 giugno 2017 n.103 (art. 1 comma 74), sempre dei medesimi reati contro la pubblica amministrazione, nell'elenco di quelli in relazione ai quali la formazione del ruolo di udienza deve avvenire in modo prioritario ex art. 132-bis Disp. Att. C.p.p.; all'estensione operata, ancora con riferimento ai reati contro la pubblica amministrazione, con d.lgs. 29 dicembre 2017, della disciplina speciale in materia di intercettazioni di cui all'art. 13 d.l. 13 marzo 1991 n.152 convertito in L. 12 luglio 1991 n.203 ed infine all'inclusione operata con L. 9 gennaio 2019 n. 3, sempre dei delitti contro la pubblica amministrazione, nell'elenco di cui all'art.4 bis ord. pen. Per una più approfondita ricostruzione dei relativi interventi normativi v. CASSIBBA, *L'espansione delle operazioni sotto copertura*, cit., 201 e segnatamente note da 13 a 15.

¹⁸ Sul tema dell'arbitrarietà che caratterizza le scelte legislative cfr. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, 3.

stessa sia “esplicitata” tramite apposite circolari emanate dai capi degli uffici¹⁹. Prima ancora di addentrarsi in profili di merito in ordine al contenuto della materia, occorre valutare il metodo seguito. In altre parole lascia perplessi l’operatività di una disciplina in grado di incidere su diritti costituzionalmente tutelati non sufficientemente descrittiva e, lascia ancor più perplessi la circostanza che la delimitazione dei contorni dell’ “operare” dell’agente sotto copertura sia consegnato a forme di soft law adottate peraltro dagli uffici inquirenti²⁰.

Quel che ancora una volta sembra essersi dimenticato è che esiste per volere costituzionale un principio di legalità processuale il quale non può consentire che “criteri di disciplina” siano dettati dal magistrato²¹. Quest’ultimo indubbiamente è costretto ad intervenire ogni qualvolta la tecnica legislativa realizza

¹⁹ Si veda in proposito la direttiva emanata dalla Procura della Repubblica di Roma, prot. Gab. disp. P.G. 1 del 21 febbraio 2019 e quella adottata dalla Procura della Repubblica di Napoli n. 2 del 2019 del 20 febbraio 2019 consultabili in www.penalecontemporaneo.it, 5 marzo 2019.

²⁰La tendenza a disciplinare alcuni settori del processo penale attraverso circolari dei capi degli uffici è cosa ormai purtroppo nota. Si pensi, con riferimento ai criteri di priorità, alla c.d. Circolare Zagreblesky, il cui testo è riportato in *Cass. pen.*, 1991, 362 s., in base alla quale i procedimenti venivano suddivisi, secondo un ordine decrescente di priorità, in tre categorie: quelli nei quali siano state adottate misure cautelari personali o reali; quelli relativi a reati da ritenere gravi, in base alla personalità dell’indagato, alla lesione subita dall’interesse penalmente protetto, alla reiterazione della condotta, al danno (patrimoniale e non) cagionato e non risarcito o altrimenti rimosso; quelli residui. Tale circolare, adottata sulla base dei poteri conferiti dall’art. 70, co. 3, ord. giud. al capo dell’ufficio, era stata preceduta da quella a firma congiunta del Presidente e del Procuratore generale presso la Corte d’appello di Torino (in *Cass. pen.*, 1989, 1616 s.), con la quale si manifestava il convincimento che occorresse «un filtro scrupoloso delle priorità da assegnare ai singoli processi (...)». Nella stessa direzione si muove anche la Circolare adottata dal Procuratore della Repubblica di Torino il 10 marzo 2007, che suscitò vivaci reazioni da parte dell’Unione della Camere penali italiane e fu oggetto di interrogazioni parlamentari. Sul tema cfr. MANNUCCI PACINI, *L’organizzazione della Procura della Repubblica di Torino: criteri di priorità o esercizio discrezionale dell’azione penale?*, in *Quest. giust.*, 2000, 175.

Si pensi inoltre al Protocollo d’intesa tra la Corte di cassazione ed il Consiglio Nazionale Forense sulle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia penale, sottoscritto il 17 dicembre 2015; nonché al *Memorandum* sottoscritto il 15 maggio 2017 dai vertici della Corte di cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei conti, nonché dai Procuratori Generali della Cassazione e della Corte dei conti, in *Foro.it*, V, 2018, 57 tendente a fornire regole per il miglioramento dello svolgimento complessivo della funzione nomofilattica.

²¹ Sul punto si rinvia a MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, II, 1976, 1280 dove si precisa come il potere giudiziale abbia delle caratteristiche che si collegano alla funzione che non è libera bensì, “legata ad una volontà obiettiva predeterminata. Deriva da ciò l’esclusione della magistratura di qualsiasi specie di potestà regolamentare, e ciò pel fatto che questa non potrebbe esercitarsi nel campo organizzativo (totalmente coperto dalla legge che lo regola in ogni sua parte, se rilevante verso l’esterno) e neppure in quello dell’esercizio della funzione, perché, anche quando si consente la esplicazione di valutazioni non vincolate, queste debbono sempre effettuarsi di volta in volta essendo le medesime rivolte ad adeguare la volontà della legge ai singoli casi concreti”.

un prodotto incapace a regolamentare con precisione la materia che deve disciplinare ma, tali situazioni danno la stura ad indebiti expansionismi del formante giudiziario. Non deve infatti sfuggire che dal momento in cui si assegna un potere di integrazione del dato normativo a circolari degli uffici si corre il rischio di pervenire ad una disciplina “zonale” per definizione sottratta a criteri di eguale validità “*erga omnes*”. In tal modo si continuano a perseguire forme di regolamentazione speciale, foriere di trattamenti differenziati destinati a variare a seconda delle diverse “sensibilità” degli uffici giudiziari ma, quel che più conta, è che tale risultato viene perseguito non tramite una legge garantita dalle connotazioni di astrattezza e generalità²² bensì, attraverso il provvedimento di un magistrato.

Il rilievo incide non solo sulla garanzia del cittadino, che deve conoscere e poter controllare se l'autorità giudiziaria esercita correttamente i suoi poteri, ma anche e soprattutto degli stessi pubblici ufficiali operanti sotto copertura. Il settore è particolarmente scivoloso, non ci vuole nulla passare da fedele servitore dello Stato a criminale. L'attività dell'agente sotto copertura è in perenne contiguità con la provocazione o l'istigazione. E quando tale confine più o meno inavvertitamente si supera, al di là dei riflessi personali in tema di responsabilità penale, si può porre a rischio il risultato probatorio. L'ordinamento, infatti, non può tollerare l'utilizzo di una prova illegittima od addirittura illecita²³. In tali casi fa buona guardia l'art. 191 c.p.p.²⁴. Tali semplici considerazioni evidenziano l'esigenza di una disciplina maggiormente regolamentata e ciò anche in ragione del fatto che i confini operativi di uno operare lecito sono affidati a categorie evanescenti. In sostanza nel momento in cui

²² Sul tema cfr. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, I, 1975, 306, laddove evidenzia come gli attributi che devono qualificare una corretta produzione legislativa non costituiscano un'endiadi ma anzi si pongono l'uno come il completamento dell'altro. Infatti mentre “generalità” vuole significare il riferirsi della disposizione normativa ad una serie di persone non individualmente determinate, il requisito dell'astrattezza è caratterizzato dall'indeterminabilità dei soggetti che possono trovarsi nella situazione descritta dalla norma. In sostanza la norma, nella sua fisiologia, deve configurarsi come “volontà di volere, volontà preliminare diretta a far sorgere una volontà concreta allorché si verificano le condizioni dalla medesima previste, poiché ciò discende dall'esigenza di assicurare, oltre che la massima possibile certezza del diritto, l'eguaglianza di trattamento per tutti coloro che si trovano nella medesima situazione”.

²³ Per il riconoscimento dell'operatività della sanzione probatoria anche nelle ipotesi di prove illecite sulla considerazione secondo cui nei “divieti di legge” è da ricomprendersi anche la norma penale incriminatrice V. Cass, Sez. un., 30 ottobre 2002, Carnevale, 30 maggio 2002, in *Cass. pen.*, 2003, 3276.

²⁴ Occorre segnalare come la giurisprudenza abbia riconosciuto l'inutilizzabilità della prova acquisita in caso di operazioni sotto copertura consistenti nell'incitamento o nell'induzione alla commissione di un reato. Cfr. Cass., Sez. VI, 11 dicembre 2014, n. 51678; Id., III, 9 settembre 2012, in *Cass. pen.*, 2013, 3564.

si è deciso di ampliare l'ambito operativo di un istituto di tale delicatezza era forse opportuno cogliere l'occasione per disciplinare con più precisione i presupposti legittimanti l'operatività della fattispecie processuale.

3. *Le innovazioni di disciplina.* Venendo ora a trattare le modifiche di disciplina, le stesse si risolvono da una parte, nell'ampliamento dei delitti in ordine ai quali può procedersi con un'operazione sotto copertura e, dall'altra parte in un'estensione delle condotte scriminate dall'articolo 9 Comma 1, lett. a) l. n. 146 del 2006. Quanto all'estensione dei delitti "sensibili" vengono inseriti nell'elenco i più significativi reati contro la pubblica amministrazione: concussione, corruzione propria e impropria attiva e passiva anche nella forma aggravata dell'articolo 319 *bis* c.p., induzione a dare o promettere denaro o altra utilità limitata alla condotta dell'*intra-neus*, istigazione alla corruzione, i delitti contemplati dall'art. 322 *bis* c.p., corruzione in atti giudiziari, traffico di influenze illecite, turbata libertà degli incanti e turbata libertà del procedimento di scelta del contraente. Da una semplice lettura dell'elenco si evidenzia un'aporia nelle scelte di politica legislativa. Infatti nonostante nei "tipi" di reati che consentono l'accesso alle operazioni sotto copertura non sia contemplato il peculato²⁵, il legislatore ha incluso le fattispecie incriminatrici contenute all'articolo 322-*bis* c.p. dove, tra le altre cose, si disciplina il c.d. peculato internazionale²⁶.

Ma, al di là della segnalata contraddizione di disciplina, preme rilevare come il legislatore sia pervenuto, almeno con riferimento a reati contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore a cinque anni, ad una duplicazione di intervento che rischia di essere controproducente. Basti pensare che in ordine ai delitti menzionati, in forza dell'intervento normativo realizzato con l'interpolazione degli artt. 266, co. 2-*bis*, e 267, co. 1, c.p.p., si può procedere ad intercettazioni tramite captatore informatico. Disciplina certamente meno rischiosa e forse anche più agevole al fine dell'organizzazione delle indagini. Il problema è che tale bulimia investigativa, in particolare con riferimento alla previsione dell'agente sotto copertura, è facile immaginare che "stimolerà maggiore diffidenza ... indebolendo

²⁵ Per completezza si evidenzia come non siano stati inclusi nell'elenco i reati di abuso di ufficio, malversazione a danno dello stato, indebita percezione di erogazioni a danno dello stato nonché i reati di cui agli artt. 325 e ss. c.p. Tuttavia, qui non sono evidenziabili contraddizioni di disciplina ma solo legittime discrezionali scelte del legislatore.

²⁶ In tal senso IELO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in www.penalecontemporaneo.it.

l'efficacia delle intercettazioni"²⁷.

Avuto riguardo, invece, all'estensione delle condotte scriminate, l'intervento normativo aggiunge fra i beni oggetto di acquisto, dazione, promessa, anche il prezzo del reato. Inoltre, con specifico riferimento alle condotte vengono inserite quelle di corrispondere denaro od altra utilità in esecuzione accordo illecito già concluso da altri; la promessa o l'offerta di denaro o di altra utilità richiesti dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio oppure da questi sollecitati come prezzo per la mediazione illecita verso altro pubblico funzionario ovvero per la sua remunerazione o, ancora, per le attività prodromiche o strumentali a queste ultime. Le modifiche in discorso costituiscono la naturale conseguenza dell'allargamento delle fattispecie di reati presupposto. In ogni caso dalla complessità dei sintagmi normativi si avverte la difficoltà a tracciare una netta linea di confine tra l'attività consentita e quella illecita. Il rilievo è reso più complesso proprio in tema di reati contro la pubblica amministrazione, in ragione del fatto che quelli più significativi sono caratterizzati da una struttura "bilaterale"²⁸ o, se si preferisce, a concorso necessario; realtà questa che rende particolarmente complessa la definizione di quando una condotta è diretta solo ad acquisire prove relative ad attività illecite in corso ovvero pone in essere forme di provocazione o di istigazione al reato²⁹. Nella concreta operatività la morfologia dei più rilevanti reati contro la pubblica amministrazione conduce a prognosticare che la "condotta di istigazione o comunque di provocazione sia l'unica davvero capace a far emergere il fenomeno corruttivo"³⁰. Basti pensare che i soggetti che possono realizzare condotte corruttive in linea di massima, almeno inizialmente, partono da posizioni insospettabili suscettibili di modificazioni a fronte dell'intensificazione del dialogo ed attraverso l'utilizzo di sapienti allusioni rese più significative dalla semplificazione del linguaggio; attraverso tale percorso vi è un progressivo

²⁷ Così, PADOVANI, *La riforma delle illusioni e l'illusione della riforma*, in *questa Rivista*.

²⁸ Questo è il linguaggio utilizzato dalla relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 1189, cit.

²⁹ Si segnala come in sede parlamentare non perseguendosi ipotesi proposte dalla maggioranza dirette a normare specificamente la figura dell'agente provocatore, si è deciso di non ricorrere a tale figura in quanto contraria ai canoni del giusto processo. Cfr. Relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 1189, cit., 25.

Per una ricostruzione delle varie prese di posizione nel corso dei lavori parlamentari v. CASSIBBA, *L'espansione delle operazioni sotto copertura*, cit., 204 e segnatamente note da 23 a 27; cfr. anche FRAGASSO, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte edu, e dalle Corti americane un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁰ In tal senso CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *questa Rivista*.

disvelamento che segue, almeno tendenzialmente, solo a seguito di disponibilità rappresentate o fatte intuire³¹. Tale realtà, però, rappresenta un quadro di condotte difficilmente disgiungibile da fenomeni di provocazione od istigazione. Di qui la difficoltà a tracciare una linea di confine sufficientemente certa anche in ragione delle caratteristiche strutturali delle fattispecie incriminatrici in discorso connotate da schemi monosoggettivi e da una consumazione anticipata all'accordo o alla promessa.

4. Il difficile inquadramento della norma nella prassi: il pericolo di interpretazioni per il caso concreto e la tutela del processo equo. In sostanza se sul piano teorico resta ferma la volontà del legislatore di non consentire all'agente sotto copertura condotte illecite, sul piano concreto la linea di confine appare particolarmente sfumata.

La volontà legislativa è espressa nella relazione al disegno di legge dove si precisa che “le condotte non punibili restano confinate a quelle necessarie per l'acquisizione di prove relative ad attività illecite già in corso e che non istigano o provochino la condotta delittuosa, ma si inseriscono in modo indiretto o meramente strumentale nell'esecuzione dell'attività illecita altrui”³². In linea con tale impostazione, avuto riguardo al simulato corruttore, il legislatore ha predisposto all'art. 9, co. 1, lett. a) L. n. 146 del 2006 una serie circoscritta e limitata di condotte che risulterebbero idonee a non rendere punibile l'ipotesi di istigazione. Si pensi all'evenienza in cui l'agente corrisponda utilità in relazione ad un “accordo già concluso” ovvero alla diversa eventualità di una promessa o dazione di utilità “richiesti” o “sollecitati” da terzi. In tale ultima ipotesi i confini sono più indefiniti e il rischio che l'agente sotto copertura abbia assunto, seppur minimali iniziative, può condurre a forme di responsabilità.

Ancor più complesso appare il discorso con riferimento al simulato pubblico ufficiale; si pensi alla sollecitazione della “dazione” come prezzo della mediazione illecita³³. Il rischio di condotte rilevanti ex articolo 322 c.p. risulta eviden-

³¹ Correttamente si evidenzia come il dialogo si caratterizzi per “una serie di abbozzamenti, un gioco di allusioni, nel quale può risultare difficile capire chi proponga e chi accetti, chi lanci l'esca e chi la morda”. Così CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, cit., 5.

³² Così relazione illustrativa al disegno di legge n. 1189, cit., 44.

³³ Si è posto in evidenza come le scelte legislative facciano emergere situazioni connotate da una tale ambiguità da far ritenere che “la presunta scelta governativa di prevedere l'agente infiltrato per il contrasto dei fenomeni corruttivi e non il provocatore si potrebbe definire un falso positivo”. Così BARROCU, *Le operazioni sotto copertura nel d.d.l.: facciamo chiarezza*, in wwwquotidianogiuridico.it.

te³⁴. Né sul punto sembra poter soccorrere il richiamo operato dall'art. 9, co. 1 lett. a) l. n. 146 del 2006 alle attività prodromiche e strumentali rispetto a quelle scriminate, per la semplice ragione per cui discutendosi di attività precedenti non possono avere alcuna capacità di elidere l'antigiuridicità di una provocazione realizzata *ex post*. In ogni caso, il richiamo alle condotte prodromiche e strumentali introduce una indeterminata sfera di non punibilità che però si pone in dissonanza con le espresse scelte legislative³⁵ nella misura in cui rischia, sul piano operativo, di offrire lo spunto per schermare anche condotte istigatorie. Ma anche a prescindere da ciò la dizione normativa in discorso si caratterizza per l'estrema indeterminatezza che conduce a pericolosi "affidamenti" non alla legge ma alla "saggezza" del giudice. Se a quest'ultimo deve indiscutibilmente essere rimesso il giudizio sull'incidenza causale delle condotte poste in essere dall'agente sotto copertura ai fini di una eventuale determinazione nel reato è anche vero che il tema, per la delicatezza dei valori che veicola, dovrebbe essere presidiato da più dettagliate regole normative, e ciò in particolare in ragione della struttura di reato a concorso necessario che caratterizza le più rilevanti fattispecie di reati contro la pubblica amministrazione. Una metodologia che dovesse accogliere un approccio empirico³⁶ potrebbe risultare inosservante del principio di uguaglianza e soprattutto potrebbe, in sede operativa, porsi in contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale "considerati i confini mobili della provocazione"³⁷. E sul punto occorre rimarcare come il tema influisca anche in termini di fruibilità del risultato probatorio, posto che una prova illegittimamente

³⁴ Sulla concreta portata di tali rischi cfr. Parere del Consiglio Superiore della Magistratura sul disegno di legge AC 1189, 19- 20, consultabile su www.csm.it.

³⁵ Per una espressa volontà legislativa di non voler tutelare l'istigatore cfr. relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 1189, cit., 25, 40.

³⁶ In questa direzione cfr. Parere del Consiglio Superiore della Magistratura sul disegno di legge AC 1189, 20, cit., dove si propone un affidamento all'attività del magistrato che individuerà la linea di confine tra agente infiltrato e agente provocatore attraverso "l'accertamento..... sull'incidenza causale delle condotte poste in essere dall'agente sotto copertura..... In termini ancor più pregnanti e delicati in relazione alle fattispecie di reato a concorso necessario, che presuppongono la formazione di un accordo corruttivo". Correttamente, sul punto, si è rilevato come il problema non possa essere risolto attraverso "l'auspicio che il giudice possa rivestire una funzione salvifica", così CASSIBBA, *L'espansione delle operazioni sotto copertura*, cit., 208.

³⁷ In tal senso ancora CASSIBBA, *L'espansione delle operazioni sotto copertura*, cit., 208. Sul punto non è difficile immaginare resistenze operative a riconoscere nell'operato dell'agente sotto copertura forme di istigazione o di provocazione. Basti pensare che l'accertamento di una provocazione neutralizzerebbe il risultato processuale che verrebbe attinto dalla sanzione dell'inutilizzabilità; ma, anche a volere superare, non si sa come, tale conclusione, occorre rilevare come l'incriminazione dell'agente operante indebolirebbe le dichiarazioni dibattimentali le quali, a tacer d'altro, sarebbero assoggettate alle forme di cui all'art. 210 c.p.p. e quindi ai criteri valutativi imposti dall'art. 192, co. 3, c.p.p.

(*recte* illecitamente) acquisita verrebbe attinta da quel divieto d'uso che caratterizza funzionalmente la sanzione dell'inutilizzabilità³⁸.

Emerge quindi come l'operazione di mera trasposizione di una disciplina, in altra sede pensata e applicata, evidenzia momenti di frizione a causa della specificità dei reati contro la pubblica amministrazione. Situazione questa in grado di creare "cortocircuiti operativi" a fronte dei quali la tentazione di superare il problema con libere ermeneusi può risultare quanto mai forte. Tuttavia, la tentazione sarebbe particolarmente rischiosa posto che la Corte EDU, pur ritenendo legittimo il ricorso all'agente sotto copertura, pretende che l'operato della polizia sia assoggettato a certi limiti per evitare che il cittadino sia determinato a commettere un reato in forza della provocazione dell'agente infiltrato. E quando ciò viene accertato si dichiara violato il "processo equo" ed inutilizzabili le prove in tal modo raccolte³⁹. In particolare il Consesso europeo, per verificare se la condotta illegittima dell'agente abbia avuto un'efficacia causale ai fini della realizzazione del fatto-reato, si affida ad un giudizio diretto a verificare se gli agenti abbiano semplicemente fornito l'occasione per commettere un reato che comunque sarebbe stato commesso o se, viceversa, abbiano esercitato un'influenza determinante in forza della quale il ricorrente si è indotto a commettere il reato che altrimenti non avrebbe realizzato. Si invoca così il *but for test of causation* assimilabile alla nostrana nozione di causa efficiente esclusiva⁴⁰. Non a caso la stessa Corte di cassazione ritiene non violato il giusto processo quando l'agente infiltrato si limita a fornire solo l'occasione per la realizzazione del reato senza arrivare a determinarlo in modo "essenziale"⁴¹. Ora, al di là del significato da attribuirsi ad un invocato parametro causativo dell'evento in modo "essenziale"⁴², quel

³⁸ Sul tema in genere del divieto d'uso come limite conoscitivo sia consentito il rinvio a DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 7.

³⁹ In tal senso cfr., tra le tante, Corte EDU, 14 febbraio 2017, Patrascu c. Romania; Id., 18 dicembre 2014, Scholer c. Germania; Id., 23 ottobre 2014, Sequiera c. Portogallo; Id., 24 giugno 2003, Eurofincom c. Francia.

⁴⁰ Sull'argomento cfr. FRAGASSO, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte edu, e dalle Corti americane un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca*, cit. dove si evidenzia come negli Stati Uniti d'America, per compensare l'ampio potere che le forze dell'ordine hanno nelle operazioni sotto copertura, sia prevista una tutela concessa al soggetto "incorso" nel reato a seguito dei "contatti" con gli agenti investiganti, denominata *entrapment defense*; e cioè un'eccezione processuale di parte volta ad introdurre una causa di esclusione della punibilità: l'imputato è chiamato in giudizio a dimostrare che non avrebbe commesso il reato se non fosse stato provocato.

⁴¹ Così Cass., Sez. III, 7 febbraio 2014, Buruiana in *Mass. Uff.*, n. 260081; Id., VI, 2 aprile 2015, in *Cass. pen.*, 2016, 1894.

⁴² L'aggettivazione appare estremamente sfuggente in un tema, quale quello della causalità, già di per sé

che preme rilevare è che l'eventuale dichiarata violazione dell'equo processo non è cosa da poco. Basti pensare alle conseguenze che ne possono derivare in tema di annullamento del risultato processuale attraverso la c.d. revisione europea⁴³.

5. *Le operazioni sotto copertura come semplice attività d'iniziativa della polizia giudiziaria: verso diortosi interpretative.* Tale consapevolezza impone di evidenziare quegli ulteriori spunti di criticità della disciplina che proprio per la sua natura pervasiva induce a pretendere forme di controllo serrato. E sul punto devono prendersi le mosse dalla consapevolezza che le operazioni sotto copertura si incuneano nella vita di un soggetto al pari forse più di quanto possa fare un captatore informatico. Basti pensare che quest'ultimo si limita a registrare oggettivamente dialoghi tra soggetti ignari di essere captati. Viceversa, l'interlocuzione con l'agente sotto copertura non sarà mai neutra, i dialoghi risulteranno sempre provocati; chi agisce per "scoprire" qualcosa, per ottenere informazioni investigative, sia pur inconsciamente, si mette nella prospettiva ed orienta il discorso ad *adducere* provocatoriamente, l'*argumentum*. In sostanza non si sarà mai di fronte ad un dialogo neutro ma creato da un interesse. Si genera una sorta di "trappola processuale"; si stimolano dichiarazioni senza che il soggetto sia avvertito e consapevole delle conseguenze che le stesse potrebbero avere. Si agisce in sostanza sfruttando l'inconsapevolezza del dichiarante. Emerge quindi un'efficacia particolarmente invasiva dello strumento investigativo che si caratterizza per le sue potenzialità in grado di aggirare anche fondamentali diritti dell'indagato⁴⁴. La situazione è tale che avrebbe consigliato una regolamentazione della procedura di accesso alle cc. dd. operazioni sotto copertura molto stringente. Viceversa, l'articolo 9 L. n. 146 del 2006 non subordina tale attività ad alcuno standard probatorio, non si richiedono gravi o sufficienti indizi né necessità o indispensabilità ai fini delle indagini. Ma non basta, la disposizione normativa infatti, almeno formalmente, è scollegata dall'esistenza di un reato. Essa viene descritta come una semplice attività preliminare d'indagine sganciata da ogni presupposto. Ed allora una prima esigenza di chiarezza: non è pensabile ritenere che l'attività sotto copertura possa essere effettuata anche con riferimento a quel segmento inve-

non facilmente controllabile in ordine ai criteri di giudizio. L'impressione che se ne trae è che si tende in via giurisprudenziale a "gestire il rischio" di operazioni sotto copertura "fuori binario".

⁴³ V. Cort. cost., n. 113 del 2011.

⁴⁴ Si pensi ai riflessi in tema di diritto al silenzio; al diritto di essere informato delle conseguenze processuali che alcune sue dichiarazioni potranno comportare; alla libertà morale; alla libertà di autodeterminazione.

stigativo deputato a lavorare non sulla notizia di reato ma per la ricerca della stessa. Sul punto, il silenzio normativo sembra colmato dalla finalità dell'operazione, individuata nell'acquisizione di "elementi di prova" in ordine ad una serie di delitti espressamente elencati. Il richiamo lessicale ad elementi di prova (*rectius* fonti di prova) collegato finalisticamente a determinati reati conduce a concludere che la fattispecie disciplina l'evenienza in cui l'indagine sia sulla notizia di reato e non per la notizia di reato.

Quel che, invece, resta caratterizzato da una certa ambiguità è il rapporto con il pubblico ministero. Infatti, il co. 4 dell'art. 9 L. n. 146 del 2006 prevede che l'organo che dispone l'esecuzione delle operazioni sotto copertura "deve dare preventiva autorizzazione all'autorità giudiziaria competente per le indagini" e comunque il pubblico ministero "deve essere informato senza ritardo... nel corso dell'operazione delle modalità e dei soggetti che vi partecipano nonché dei risultati delle stesse". A tale quadro di disciplina si aggiunge la previsione del comma 3 del medesimo articolo in forza della quale l'esecuzione delle operazioni sotto copertura è disposta dagli "organi di vertice" dell'organo di polizia giudiziaria che procede, o per loro delega, "dai rispettivi responsabili a livello provinciale".

Il quadro normativo è chiaro e nel contempo preoccupante. L'organizzazione e l'esecuzione dell'attività sotto copertura è *affaire* della polizia giudiziaria la quale può procedervi anche *motu proprio*. Ne è prova la previsione normativa del co. 4 dell'art. 9 l.n.146 del 2006 laddove prevede il solo obbligo di dare al pubblico ministero "preventiva comunicazione". E non deve sfuggire che la comunicazione in discorso risulta preventiva non rispetto al programma investigativo ma avuto riguardo all'esecuzione delle operazioni. Tant'è che un obbligo di informativa del pubblico ministero delle modalità, dei soggetti che partecipano all'operazione nonché dei risultati della stessa, è contemplata solo quando le operazioni sono in corso⁴⁵. Ed è significativo il fatto che tale obbligo di informativa è connotato da una elastica previsione temporale individuata dal sintagma "senza ritardo", quindi, non "immediatamente", non "entro 48 ore", ma entro quei termini di compatibilità temporali rimessi all'apprezzamento discrezionale dell'organo che agisce. Si assegna in tal modo alla polizia giudiziaria, che per inciso ai sensi del comma 5 dell'art. 9 L. n. 146 del 2006 può avvalersi non solo degli ufficiali ma anche degli "agenti di polizia giudiziaria, degli ausiliari e di interposte persone"⁴⁶, un'autonomia ope-

⁴⁵ Si richiama a tal fine anche il co. 7 dell'art. 9 L. n. 146 del 2006 laddove prevede necessari contatti della polizia giudiziaria quando occorre ritardare l'esecuzione di una misura cautelare.

⁴⁶ Il richiamo ad un'infinita categoria di "interposte persone" accentua le criticità di una disciplina

rativa che, in considerazione della delicatezza dello strumento di indagine, appare scelta decisamente criticabile. In sostanza quel che emerge è che le operazioni sotto copertura possono essere disposte dalla polizia giudiziaria nell'ambito dei poteri di iniziativa con l'unico limite di avvisare il pubblico ministero prima dell'esecuzione "delle operazioni stesse". E quando si fa riferimento a poteri *motu proprio* è necessario ricordare come tali poteri, ai sensi dell'art. 348 co. 3 c.p.p., possono essere esercitati anche all'indomani dell'assunzione delle direzioni delle indagini da parte del pubblico ministero⁴⁷. In tal modo, però, il rischio di indagini parallele è dietro l'angolo ed è un rischio che, nel caso di specie, è tanto più accentuato nella misura in cui si discute di uno strumento di investigazione particolarmente pervasivo. Peraltro, l'ampio margine di autonomia riconosciuto alla polizia giudiziaria, potendo mancare il controllo del pubblico ministero e quindi anche una formale iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro, non garantisce da un indebito uso esplorativo delle operazioni sotto copertura. Qui l'enfasi conoscitiva può condurre ad entusiasmi operativi che si porrebbero in violazione della prescrizione di legge. Ma, come tutti sappiamo, il tema dell'esistenza o della configurabilità di una notizia di reato ha dei margini indefiniti e quindi non facilmente verificabili; tale consapevolezza evidenzia ulteriori "rischi operativi" della disciplina che già di per sé non mostra particolari consapevolezze dei valori dell'ordinamento a cui il legislatore prima, e gli operatori poi, devono osservare. Un minimo rimedio potrebbe forse rinvenirsi nel pretendere l'obbligo di una formale iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro. Ma questo la legge non lo disciplina, anche se ricavabile dal sistema; ed è proprio con riferimento ai valori e vincoli promananti dallo stesso che occorre ricostruire un'oggettività di disciplina.

Soccorre in tal senso l'art. 109 Cost. secondo cui "l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria". La regola costituzionale, oltre a caratterizzarsi per un'autonoma efficacia precettiva, trova compiuta attuazione nell'art. 327 c.p.p., dove si precisa che "il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria"⁴⁸. Ora, indipendentemente dai margini di autonomia riconosciuti a quest'ultima dallo stesso art. 327 c.p.p.⁴⁹, non è controvertibile che la direzione delle indagini spetti al pubblico

affidata a soggetti non determinabili sul piano delle figure processuali e "gestite" in autonomia dagli organi investigativi.

⁴⁷ Sul tema cfr. BACCARI, *Le indagini suppletive*, in *Giur.it.*, 1996, II, 467.

⁴⁸ Correttamente in tale prospettiva d'indagine IELO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, cit.

⁴⁹ La disposizione interpolata con L. 26 marzo 2001, n. 128 prevede che la polizia giudiziaria "anche

ministero, e questo conduce, sul piano sistematico, ad una limitazione del potere di autonomia delle attività di iniziativa della polizia giudiziaria⁵⁰. A tale realtà non dovrebbe sottrarsi nemmeno la pratica operativa delle operazioni sotto copertura⁵¹. Siffatta conclusione, a ben vedere, risulterebbe imposta da quel pronunciato europeo che ha ritenuto violato il processo equo in un'evenienza in cui non vi è un controllo giudiziario sul potere della polizia di infiltrare operatori⁵². Del resto con specifico riferimento ai reati contro la pubblica amministrazione il problema assume ulteriori connotati in ragione del fatto che con riferimento ad essi non esiste un'individuazione di quelle strutture specializzate competenti a svolgere tale tipo di indagine così come richiesto dall'art. 9 L. n. 146 del 2006; e siccome la polizia giudiziaria non può "autoassegnarsi" tale qualifica è giocoforza ritenere che, in attesa di un provvedimento legislativo, un "contatto" con un pubblico ministero risulterà necessitato⁵³. Ciò, ovviamente nulla toglie alla criticità di una disciplina che

dopo la comunicazione della notizia di reato, continua a svolgere attività di propria iniziativa secondo le modalità indicate nei successivi articoli".

⁵⁰ Se la polizia giudiziaria continua ad avere potere di iniziativa anche dopo l'assunzione della direzione delle indagini da parte del pubblico ministero non è consentito, dalle linee ordinamentali, che tale potere di iniziativa si ponga al di fuori degli indirizzi di indagine individuati dal pubblico ministero. In sostanza il codice prevede la possibilità di un'indagine parallela della polizia giudiziaria ma deve essere chiaro che la stessa deve allinearsi alle strategie del pubblico ministero e non andare in controtendenza rispetto alle stesse.

⁵¹ Secondo I.E.O., *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, "un'interpretazione dell'art. 9 di tipo sistematico impone di ritenere che ogni volta che nel corso dell'indagine emerga la necessità dell'uso dell'undercover, nella quale sia intervenuto il p.m., con l'autorizzazione del medesimo si debba inoltrare una richiesta ai competenti organi di vertice, i quali disporranno le operazioni, individueranno le articolazioni competenti, che dovranno ottemperare agli obblighi di tempestiva comunicazione al titolare delle indagini, al quale è rimesso il coordinamento delle strategie investigative, ivi compreso il potere di bloccare l'operatività" dell'agente sotto copertura.

⁵² Cfr. Corte EDU, 30 ottobre 2014, Nosko e Nefedov c. Russia.

⁵³ Il tema è stato evidenziato dalle circolari della Procura della Repubblica di Roma, cit., 3, e da quella dell'omologo ufficio giudiziario di Napoli, cit., dove si pone in evidenza che, con riferimento ai reati contro la pubblica amministrazione, non esistono strutture nazionali che abbiano specifica competenza. E quindi nella prospettiva di individuare quali siano gli uffici di polizia giudiziaria che possano realizzare indagini sotto copertura si afferma: "può innanzitutto ritenersi, che ogni volta che l'accertamento su un reato di pubblica amministrazione intervenga in un'indagine in corso in un settore dove esista una struttura specializzata in altra materia (es. droga, criminalità organizzata, eversione, riciclaggio) gli ufficiali ad essa appartenenti potranno svolgere operazioni sotto copertura anche con riguardo a tale tipologia di reati.

Negli altri casi, allo stato della normativa in attesa di auspicabili interventi di normazione primaria o secondaria, si può ritenere che possano svolgere la funzione di agente sotto copertura gli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti ai servizi di cui all'articolo 56 lettera a) c.p.p. esistenti a livello provinciale, che al loro interno hanno articolazioni specializzate nel settore dei reati di pubblica amministrazione, in quanto ad esse appartenenti.

assegna alla polizia giudiziaria autonomi poteri operativi con riferimento a uno strumento investigativo capace di incidere anche su diritti costituzionalmente tutelati.

6. *Le criticabili forme di acquisizione processuale del “sapere” dell’infiltrato tra limiti costituzionali ed esigenze di “conoscenza”.* Le segnalate frizioni di disciplina con i valori dell’ordinamento si acquiscono avuto riguardo alle “fruibilità processuali” delle “conoscenze” assunte dall’agente sotto copertura.

In primo luogo, i modi; l’art. 497, co. 2, *bis* c.p.p. prevede che gli ufficiali ed agenti che hanno operato *ex art.* 9 L n. 146 del 2006, chiamati a deporre dovranno utilizzare le generalità di copertura. Il ricorso a regole speciali è implementato dall’art. 147-*bis* Disp. Att. c.p.p. che include il ricorso alla videoconferenza con previsione dell’oscuramento del volto tra le cautele da adottare per tutelare la sicurezza e la riservatezza del dichiarante. Il quadro di disciplina che si delinea è quello di una dichiarazione sostanzialmente anonima per di più resa attraverso forme a distanza ed oscurata nelle movenze mimiche. Si è presenza di una sostanziale “smaterializzazione” del contraddittorio. Questo infatti non può realizzare, in simili condizioni, alcuna efficacia confutazionista di quanto dichiarato. Basti pensare quanto a tal fine possa incidere l’omessa individuazione dell’identità del dichiarante. Ogni indagine diretta a testarne la credibilità soggettiva risulta preclusa e, come se non bastasse, l’oscuramento del volto impedisce di cogliere i tratti prosodici discorso. E il limite conoscitivo non riguarda solo la difesa ma lo stesso giudice a cui sarà inibito trarre elementi di convincimento dalla mimesi dichiarativa. Non bisogna, infatti, dimenticare come il dato sul quale si deve esprimere il giudizio, attinga contemporaneamente la sfera conoscitiva ed emozionale del soggetto senza alcuna possibilità di poter distinguere i due momenti. La considerazione deriva dalla consapevolezza che non esiste una sfera conoscitiva separata da una sfera emozionale. Pertanto, una presa di coscienza rispetto al dato implica “l’inferenza in misura maggiore a volte del momento conoscitivo a volte di quello emozionale, senza che nessuno dei due possa mai venire isolato dall’altro in un’operazione densa di rapporti scambievoli il cui rispettivo peso

Sono pertanto esclusi dal novero dei soggetti legittimati attivamente a svolgere le funzioni di agente sotto copertura tutti gli appartenenti ad articolazioni di polizia giudiziaria non rientranti nelle indicate categorie”.

Con le indicate circolari si manifesta il disagio a fronte di una disciplina normativa inadeguata e si prova a mettere riparo attraverso indicazioni operative. Sul punto, a prescindere dalla non condivisibilità del ricorso a forme di *soft law*, è da ritenere che comunque, data l’incertezza operativa, un contatto col pubblico ministero ancor di più deve essere provocato.

dà l'impressione di potere essere colto soltanto rispetto a quei casi in cui l'usualità ricorrente dell'atteggiarsi in un senso determinato della coscienza emozionale della percezione del dato, sembra annullare il momento valutativo e lasciare in rilievo quello meramente conoscitivo⁵⁴; di qui l'impossibilità di distinguere i giudizi di fatto da quelli di valore.

Se il dato è portatore di valore, nel senso che impone al soggetto decidente il giudizio sulla base della rilevazione delle proprie strutture di valore, è facile comprendere come il giudizio deve poter essere espresso sulla base di un rapporto percettivo diretto ed immediato tra il soggetto ed il dato. In tale prospettiva, è ovvio, che ogni forma di intermediazione tra la prova e chi la deve valutare per definizione finisce per alterare il giudizio.

L'affermazione, però, non è diretta a pretendere un processo in cui il giudice abbia un rapporto conoscitivo diretto con i fatti e le circostanze che costituiscono l'oggetto del giudizio. Deve anzi rilevarsi come la mediazione è un fatto ineliminabile, per la semplice ragione secondo la quale il giudice è chiamato a ricostruire e valutare come si è verificato un fatto che è stato ma che non è più. Il metodo di accertamento del giudice è quindi molto simile a quello dello storiografo, diretto a ricostruire attraverso gli atti ed i ricordi di terzi una vicenda nel tentativo di afferrare il senso delle cose passate⁵⁵. Pertanto, non è discutibile che il giudizio giuridico, entro tali limiti, è sempre un giudizio mediato.

Tuttavia, quando si è fatto riferimento ad una necessità di un rapporto percettivo diretto ed immediato tra il soggetto ed il dato, si alludeva alla relazione conoscitiva "tra il giudice e la prova perché è la prova che costituisce il dato per il giudizio"⁵⁶. Proprio in ragione della naturale impossibilità di accertare direttamente i fatti e le circostanze oggetto di giudizio, non sono questi a costituire gli elementi di valutazione ma ciò che di essi risulta attraverso il "racconto di chi ha visto, sentito, attraverso la cristallizzazione contenuta nel documento, attraverso le prove impresse sul nastro magnetico"⁵⁷. Sono le prove, quindi, i dati su cui si svolge il giudizio.

⁵⁴ Così MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1966, 259.

⁵⁵ Il giudice e tutti gli altri soggetti del processo, "si fermano a ripensare a quello che già è stato, a ritornare con l'intelligenza col sentimento ad un momento della vita che è passata: a fermare ed a rivivere il già vissuto. Ma tutto questo rivivere, che il giudice fa attraverso il rivivere degli altri, non è mai un vedere direttamente, non è mai la presenza. La presenza è impossibile. È un rimpiazzare la presenza: qui è la magia. È un far essere presente quello che non è presente. E perciò è sempre un procedere attraverso segni, che significano, ma non sono la cosa significata" (CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Opere*, V, Milano, 1959, 59).

⁵⁶ In tal senso cfr. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, cit., 270.

⁵⁷ Sul tema v. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, cit., 270.

In ogni caso, l'operazione di raccolta della prova implica l'espressione di un giudizio e nel contempo il dato probatorio non è costituito solo da quanto riferito dal teste ma anche da quest'ultimo: infatti il giudizio di verosimiglianza o di attendibilità si esprime tanto sulla testimonianza quanto sul testimone.

Pertanto, è proprio dalla c.d. prova rappresentativa, la quale da un lato sembra contraddire la ricostruzione di un giudizio senza mediazioni, che emerge la conferma della necessità di un giudizio privo di mediazioni tra il giudice e le prove. L'immediatezza, dunque, non è invocabile con riferimento ai fatti (passati) per cui è processo, bensì avuto riguardo al rapporto tra giudice e prova; e tale immediatezza deve avere, per quanto in precedenza affermato, una dimensione spaziale e temporale. In questa condivisibile prospettiva, l'immediatezza coincide con il principio di oralità nella misura in cui si abbia riguardo alla sua dimensione "spaziale" e cioè, al "contatto diretto del giudice con la fonte della prova ed identità tra il giudice che assume e giudice che valuta la prova stessa"³⁸; laddove è evidente che per valutazione si intende adozione di una decisione finale.

Emerge, quindi, come l'immediatezza spazio-temporale tra giudice e prova assolve ad una funzione di euristica probatoria; conclusione colta dallo stesso legislatore costituzionale, laddove, con l'art. 111 Cost., oltre ad imporre tra le caratteristiche della giurisdizione la terzietà ed imparzialità, pretende anche che il contraddittorio avvenga in presenza di quel giudice, e cioè che questi percepisca direttamente il dato probatorio. In tal senso depone quanto espressamente previsto nel co. 3 dell'art 111 Cost. In quella sede si precisa che la persona accusata "abbia la facoltà davanti al giudice di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore...". Emerge come la condizione, imprescindibile per la realizzazione del giusto processo, sia costituita dal fatto che i poteri di esercizio del contraddittorio, riconosciuto alla "persona accusata", debbano necessariamente realizzarsi davanti al giudice. Il riferimento letterale davanti "al giudice" e non davanti ad "un giudice" rende ragione del fatto che il giudice a cui la norma fa riferimento non può che essere il giudice del processo. Quindi, per espresso volere del Costituente, il giudice deve poter cogliere tutti i tratti conoscitivi derivanti dalla prova. Deve, in altre parole, poter valutare non solo il contenuto della testimonianza ma, anche il testimone stesso.

³⁸ Cfr. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, 1962, I, 127.

Tale consapevolezza individua schemi di compatibilità minima di un contraddittorio. Questo, infatti, non è solo tecnica acquisitiva di una prova ma, è metodo il quale pretende che il giudice possa avere un contatto diretto con la stessa. Il rilievo trova ulteriore conferma nella dizione linguistica utilizzata nell'art. 111, co. 2, Cost. secondo il quale “ogni processo si svolge...davanti ad un giudice terzo ed imparziale”. Qui, come già accennato, l'utilizzo di un articolo indeterminato rende ragione della diversa scelta operata dal legislatore costituzionale allorquando nella medesima norma, quando è stato chiamato a definire il giudice innanzi al quale doveva formarsi la prova, ha utilizzato una preposizione determinata. E già qui si coglie il recepimento costituzionale della necessità di un'assenza di mediatezza istruttoria tra giudice e prova. Conclusione questa che ha ricevuto anche un riconoscimento dalla sessa Corte costituzionale. In quella sede, infatti, si era rilevato che il diritto all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere si raccorda, almeno per quanto attiene all'imputato, anche alla garanzia prevista dall'art. 111 Cost., nella parte in cui riconosce alla “persona accusata di un reato...la facoltà davanti al giudice di interrogare o di fare interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico”. In tale cornice, il Giudice delle leggi ha precisato che la previsione dell'articolo 525 c.p.p. “si fonda sulla opportunità di mantenere un diverso e diretto rapporto tra giudice e prova, particolarmente quella dichiarativa non garantito dalla semplice lettura dei verbali; vale a dire la diretta percezione, da parte del giudice deliberante, della prova stessa nel momento della sua formazione, così da poterne cogliere tutti i connotati espressivi, anche quelli di carattere non verbale”⁵⁹. Ma se così è - e se in particolare il rapporto tra giudice e prova deve tutelarsi affinché si possano cogliere con riferimento alla stessa tutti i “i connotati espressivi anche quelli di carattere non verbale”⁶⁰ - tale necessità risulta evidentemente funzionalizzata ad una giusta decisione. E, quindi, in questo senso la tutela fornita all'immediatezza include l'esigenza di garantire che il giudice il quale acquisisce la prova sia lo stesso giudice persona fisica che la valuti. Pertanto, l'art. 111 Cost. include nella tutela costituzionale anche il principio di immutabilità indicando non un ortodosso ma, l'ortodosso metodo epistemico.⁶¹ Non può quindi dubitarsi come, nel disegno costituzionale, il giudice che acquisisce la prova ovvero quello innanzi al quale si svolge il contraddittorio delle parti, debba essere lo

⁵⁹ Così Cort. cost. n. 205 del 2010.

⁶⁰ Così Cort. cost. n. 205 del 2010

⁶¹ Già in questa prospettiva, sia consentito il rinvio a DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 169.

stesso di quello chiamato ad emettere la decisione⁶².

Nonostante ciò occorre constatare prese di posizioni nomofilattiche che si pongono in assoluta controtendenza rispetto ai principi enunciati. Non potendosi, in questa sede, dilungare oltre sul tema, basti considerare che si perviene attraverso una non consentita codificazione di sistema a modulare l'effettività operativa del principio di immutabilità rimettendo la sua vigenza concreta a scelte discrezionali del giudice il quale, però, deve essere sollecitato a tal fine dalle parti⁶³. In sostanza l'operatività di un istituto nato per sottrarre alla discrezionalità i modi di euristica processuale viene affidata alla discrezionalità del decidente, e cioè di colui che, viceversa, è chiamato ad assoggettarsi a quei modi⁶⁴.

⁶² La conclusione è confermata dall'art. 6 Convenzione Europea per la Salvaguardia dei diritti dell'Uomo laddove precisa che "ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole davanti ad un Tribunale indipendente ed imparziale costituito per legge al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta". Non è dubbio che, ai sensi della Convenzione, il Tribunale chiamato a svolgere l'udienza sia lo stesso che dovrà pronunciarsi sulla fondatezza dell'accusa.

Altro discorso è quello relativo alla compatibilità dell'ordinamento italiano con i principi della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei diritti dell'Uomo nella misura in cui la stessa impone, per la decisione sulla fondatezza dell'accusa, un tribunale.

In particolare, emerge dall'art. 5 della Convenzione Europea come il richiamo al tribunale non abbia natura atecnica.

In quella sede, infatti, al § 2 lett. c ed al § 3 nel disciplinarsi i diritti di persona privata della libertà personale in via cautelare si fa riferimento all'autorità giudiziaria (§2 lett. c) ovvero al "giudice o ad un altro magistrato" (§ 3). Pertanto, allorché la fonte convenzionale per i giudizi di merito richiama espressamente il Tribunale non può ritenersi tale indicazione priva di specifico significato. Si pone allora un problema di compatibilità della disciplina interna, che prevede l'attribuzione al giudice monocratico, con la fonte convenzionale.

⁶³Cfr. Cass., Sez. un. 30 maggio 2019, n. 41736 secondo cui:

- «il principio di immutabilità, previsto dall'art. 525 c. 2 prima parte c.p.p., impone che il giudice che provvede alla deliberazione della sentenza sia non solo lo stesso giudice davanti al quale la prova è assunta, ma anche quello che ha disposto l'ammissione della prova, fermo restando che i provvedimenti sull'ammissione della prova emessi dal giudice diversamente composto devono intendersi confermati se non espressamente modificati o revocati»;

- «l'avvenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere, ai sensi degli artt. 468 e 493 c.p.p., sia prove nuove sia la rinnovazione di quelle assunte dal giudice diversamente composto, in quest'ultimo caso indicando specificamente le ragioni che impongano tale rinnovazione, ferma restando la valutazione del giudice, ai sensi degli artt. 190 e 495 c.p.p., anche sulla non manifesta superfluità della rinnovazione della stessa»;

- «il consenso delle parti alla lettura ex art. 511 c. 2 c.p.p. degli atti assunti dal collegio in diversa composizione, a seguito della rinnovazione del dibattimento, non è necessario con riguardo agli esami testimoniali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perché non chiesta, non ammessa o non più possibile».

⁶⁴ Sul tema, in genere, si rimanda a MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *questa Rivista*; NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, *ivi*.

Volendo anche tralasciare profili di un ortodossa modellistica processuale, si deve comunque pretendere la possibilità di potersi confrontare, davanti “al giudice” in termini concreti ed effettivi, col dichiarante e nel contempo potere confutare le sue dichiarazioni secondo il metodo epistemico del contraddittorio⁶⁵.

Se si è al cospetto di un dato conoscitivo propalato dall’agente sotto copertura in cui, per quanto già detto, tutto ciò è precluso in quanto si esamina e si giudica un soggetto senza identità ed in relazione al quale è impossibile valutare la mimesi dichiarativa o, se si preferisce, i più complessivi tratti prosodici del discorso, appaiono evidenti le frizioni di una tale meccanica acquisitiva con il metodo di conoscenza costituzionale⁶⁶. Sul punto, dalla Corte EDU non si rinvencono indirizzi univoci. Pur non dichiarando incompatibili con la Convenzione le forme a cui sono assoggettati i contributi processuali dell’agente sotto copertura, si tende a ricondurre il tema sul piano assiologico invocando la regola del *sole and decisive rule*⁶⁷. Qui però la tendenza a concentrarsi sul solo caso concreto pesa; si assiste, infatti, a decisioni ambivalenti che riconducono la valutazione di compatibilità della disciplina interna con la Convenzione ad una valutazione di verifica complessiva sul se la situazione sottoposta a giudizio potesse fare ritenere salvaguardato il processo equo⁶⁸; e ciò pur nello sfondo di un’affermazione che non consente alla prova sostanzialmente anonima di fondare in via esclusiva o determinante la condanna dell’individuo⁶⁹.

Si tratta, all’evidenza, di approcci interpretativi non dirimenti anche perché si è in presenza di una ben definita indicazione fornita dalla Carta dei valori che si pone, nella gerarchia delle fonti, con funzione prevalente. In ogni caso, tuttavia, la semplice richiesta di una verifica che quelle dichiarazioni non siano state ritenute determinanti per il convincimento del giudice, conduce a decli-

⁶⁵ Purtroppo il contraddittorio e tutto ciò che comporta, *in primis* con riferimento alle caratteristiche della giurisdizione, è sempre stato vissuto dalla realtà operativa con un atteggiamento di ostilità culturale che si è tradotto nella creazione di elusioni, più o meno palesi, alla regola; nella genesi di binari paralleli; nella produzione di forme speciali di conoscenza giudiziale che hanno fatto emergere il rifiuto culturale di una conoscenza regolamentata e non libera ovvero, se si preferisce, il rifiuto culturale ad un’ideologia che impone l’etica delle forme in luogo dell’etica del risultato.

Per un bilancio dopo i primi vent’anni di operatività cfr. GATTO-LA ROCCA, *Vent’anni di “giusto processo” e trent’anni di codice Vassalli: quel poco che rimane*, in *questa Rivista*, 2019, n. 3, 1.

⁶⁶ Cfr. Cort. cost., nn. 32 e 36 del 2002.

⁶⁷ Sull’argomento cfr. PAULESU, *Operazioni sotto copertura ed ordine europeo d’indagine penale*, in *questa Rivista*, 2018, fasc. 1, 31.

⁶⁸ V. Corte EDU, 10 dicembre 2012, Elias, Simms, Martin c. Regno Unito.

⁶⁹ V. Corte EDU, 28 febbraio 2006, Krasniki c. Repubblica.

nare l'effetto finalistico del divieto d'uso come regola di conoscenza. E cioè si rimette al giudice la decisione entro quali limiti quelle dichiarazioni possano essere valutate. Ma, così facendo, ciò che per legge non può appartenere alla sfera conoscitiva del giudice, viene di fatto recuperato attraverso l'assegnazione di un potere valutativo discrezionale all'organo decidente il quale, potrà disporre in che misura quel dato conoscitivo risulterà fruibile per il proprio convincimento⁷⁰.

Quanto sin qui rilevato è il frutto della mancata comprensione delle particolarità che connotano la deposizione dell'agente sotto copertura. Tuttavia, vi sono preminenti valori costituzionali che indirizzano le attitudini epistemologiche del dato conoscitivo alla luce delle quali occorre pervenire a valutazione di sistema della compatibilità della specifica disciplina.

Se è indiscutibile che l'agente sotto copertura vada protetto nella sua identità occorre fare scelte compatibili; se il legislatore con l'art. 497, co. 2-bis c.p.p. assegna prevalenza all'escussione con le forme innanzi delineate, occorre prendere atto che il transito delle conoscenze veicolate attraverso le dichiarazioni dell'agente sotto copertura dalle indagini al "processo" viene realizzato con forme incompatibili sul piano costituzionale. A ben vedere, considerando le contrapposte esigenze, si tratta di una incompatibilità strutturale che dovrebbe condurre a ritenere, l'apporto conoscitivo veicolato attraverso il "sapere" dell'agente sotto copertura, fruibile solo in sede di indagini ed ai fini delle investigazioni.

7. *L'enigma della testimonianza sulle dichiarazioni dell'indagato.* Il rilievo si accentua e trova conferma anche alla luce di alcune soluzioni operative che, non senza difficoltà argomentative, consentono la testimonianza dell'agente sotto copertura sulle dichiarazioni rilasciate dall'indagato all'infiltrato nella inconsapevolezza del suo effettivo ruolo. Viene qui in gioco il diritto al silenzio, il divieto di testimoniare sulle dichiarazioni dell'indagato, il dovere che l'indagato renda dichiarazioni "avvertite" e cioè nella consapevolezza delle conseguenze processuali che dalle stesse possono derivare; inoltre, come se non bastasse, la mancata consapevolezza di colloquiare con la polizia giudiziaria richiama i temi legati alla libertà morale del dichiarante ed il suo diritto

⁷⁰ In tal modo una regola di esclusione probatoria diviene regola di valutazione e la differenza non è di poco momento se si considera che la prima è diretta ad evitare che il giudice possa conoscere il dato conoscitivo mentre la seconda rimette al giudice la valutazione se quell'informazione probatoria possa essere utilizzata e in che termini. Da qui si scorge di quanto la declinazione di una regola di esclusione in termini di regola di valutazione di fatto è un aggiramento della prima.

all'autodeterminazione. Rilievi questi che fanno emergere le forzature interpretative che si realizzano nell'operatività giurisprudenziale. In quella sede, infatti, si perviene ad ammettere la testimonianza sulle dichiarazioni rese dall'indagato all'infiltrato sul rilievo che, quest'ultimo, nel momento in cui riceve le dichiarazioni, non svolgerebbe alcun atto tipico del procedimento penale posto che in quel momento non si sarebbe al cospetto di ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, ma di un semplice soggetto che partecipa all'azione⁷¹. Sul punto, a tacere d'altro, è singolare ritenere che un'indagine sotto copertura non costituisca un tipico atto investigativo. Si opera, così, una *fiction iuris* non consentita e che trascura la percezione oggettiva della situazione processuale. Le dichiarazioni rilasciate all'infiltrato sono rese nell'ambito di un procedimento posto che, come si è visto, l'art. 9 L. 146 del 2006 postula una notizia di reato già acquisita. Inoltre, nelle soluzioni giurisprudenziali criticate sembra sfuggire la realtà fenomenica. Le dichiarazioni rese all'operante sotto copertura, al di là del fatto che siano spontanee o provocate⁷², altro non sono che dichiarazioni rese ad un organo investigativo. La diffe-

⁷¹ In particolare si è precisato che «In tema di indagini per l'accertamento dei reati concernenti le sostanze stupefacenti, gli investigatori operanti "sotto copertura" possono rendere testimonianza su quanto hanno appreso dall'imputato nel corso dell'investigazione, dal momento che, nell'ambito dell'operazione svolta, sono stati soggetti partecipanti all'azione e non hanno agito come ufficiali di polizia giudiziaria con i poteri autoritativi e certificatori connessi alla qualifica». Così, Cass, Sez. III, 9 maggio 2013, A.J., in *Cass. pen.*, 2014, 2018; negli stessi termini cfr. Cass., Sez. III, 15 gennaio 2016, G., in *Cass. pen.*, 2017, 775; Id., Sez. IV, 5 dicembre 2006, Ani, *ivi*, 2008, 283; Id., Sez. IV, 30 novembre 2004, M., in *Cass. pen.* 2006, 1036.

⁷² Sul punto occorre rilevare come la nozione di spontaneità delle dichiarazioni risulti del tutto incompatibile con la figura dell'agente sotto copertura; infatti dal momento in cui l'indagato non è a conoscenza dell'effettiva qualifica ricoperta dal soggetto a cui rilascia le dichiarazioni, le stesse non potranno mai essere spontanee. In ogni caso la libertà morale dell'indagato, che in tali frangenti si concretizza nella possibilità di scegliere consapevolmente se rilasciare o meno dichiarazioni, risulta vulnerata non solo dalla mancata tutela dei suoi diritti ma, anche da qualsivoglia attività che, dissimulando la situazione reale, lo induce a dichiarare. Tornano, così, le stesse problematiche analizzate in tema di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato, a cui si aggiunge l'ulteriore criticità emergente dagli specifici criteri di disciplina. L'art. 350 comma 7 c.p.p. limita, infatti, l'utilizzo dibattimentale delle dichiarazioni spontanee alla sola lettura per le contestazioni di cui al comma 3 dell'art. 503 c.p.p.. Inoltre, anche a volere prescindere dal fatto che per potere effettuare la contestazione occorre che la parte sui "fatti e sulle circostanze da contestare" abbia già depresso, la possibilità di una testimonianza sulle dichiarazioni spontanee risulta preclusa oltre che dall'art. 62 c.p.p., anche dall'art. 195 comma 4 dello stesso codice.

In sede giurisprudenziale si è precisato che «devono ritenersi inutilizzabili le dichiarazioni provocate da un operatore della polizia giudiziaria il quale, dissimulando la sua qualifica, rivolga domande inerenti ai fatti criminosi oggetto di indagine a chi appaia fin dall'inizio coinvolto in tali fatti quale indiziato di reato. Infatti, non sarebbe consentito alla polizia giudiziaria, in un sistema rigorosamente ispirato al principio di legalità, discostarsi dalle previsioni legislative per compiere atti atipici i quali, permettendo di ottenere 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 verificherebbe allorché l'operato-

renza rispetto alla situazione ordinaria sta nel fatto che il ruolo è camuffato ed è proprio tale circostanza che rende ragione della pericolosità dello strumento che, attraverso un'insidiosa simulazione, elude fondamentali meccanismi di garanzia⁷³.

Del resto la stessa Corte EDU, a più riprese, ha chiarito come anche nelle attività di registrazione di conversazioni tra presenti l'eventuale coinvolgimento, a qualsiasi titolo, della polizia giudiziaria determina l'illegittimità del risultato conoscitivo⁷⁴. In sostanza se l'attività, pur intercorrente tra privati, viene sollecitata od anche solo agevolata dagli organi investigativi, si pone in violazione della Convenzione europea. Al di là del dettaglio quel che preme rilevare è la circostanza che il coinvolgimento a qualsiasi titolo di un organo investigativo determina la illegittimità dell'acquisizione probatoria. Del resto anche le Sezioni Unite ebbero, senza esitazioni, ad evidenziare come non fosse acquisibile al processo "né ove acquisita utilizzabile come prova la registrazione fonica realizzata occultamente da appartenenti a polizia giudiziaria, nel corso delle operazioni investigative, durante colloqui da loro intrattenuti con indagati, confidenti, o persone informate sui fatti quando si tratti rispettivamente: di dichiarazioni indizianti raccolte senza le garanzie indicate dall'articolo 63 c.p.p.; informazioni confidenziali inutilizzabili per disposto dell'articolo 203; dichiarazioni sulle quale sia preclusa la testimonianza in applicazione degli articoli 62 e 195, co. 4, dello stesso codice"⁷⁵. In particolare, in quella sede si precisava come la registrazione delle conversazioni da parte di un soggetto che ne sia stato partecipe, per quanto astrattamente suscettibile di produzione

re di polizia giudiziaria, non palesandosi come tale, mirasse ad ottenere dalla persona già colpita da indizi di reato dichiarazioni che possono servire alla prova di questo e della relativa responsabilità: ne consegue che di tali dichiarazioni non potrebbe tenersi conto non solo nei confronti di chi le rilasciate, ma anche nei confronti degli indagati per il medesimo fatto ovvero per fatti connessi o collegati, secondo quanto dispone l'articolo 63, co. 2, c.p.p. Al contrario, non potrebbe invocarsi la sanzione di inutilizzabilità con riferimento a dati cognitivi che l'operatore di polizia giudiziaria infiltrato avesse appreso senza provocare le dichiarazioni di alcuno, cioè senza svolgere, sotto mentite spoglie e senza garanzie difensive, un'attività analoga a quella che, se effettuata in maniera palese, tali garanzie avrebbe richiesto". Così Cass., Sez. II, 4 giugno 1998, Parreca, in *Mass. Uff.*, n. 211177; negli stessi termini Id., Sez. VI, 24 febbraio 2003, in *Cass. pen.*, 2004, 3300.

⁷³ Sul tema specifico cfr. GAETA, *Dichiarazioni dell'indagato "provocato" da agenti infiltrati e libertà di autodeterminazione, quale canone di utilizzabilità*, in *Cass. pen.*, 2000, 974, dove correttamente si evidenzia come la libertà morale dell'indagato può essere limitata non solo dall'ignoranza dei propri diritti ma anche da situazioni difformi dal vero in base alle quali si induce a colloquiare; sull'importanza del tema, anche in ragione della rilevanza assunta nelle indagini dalle operazioni sotto copertura, v. VENTURA, *Le investigazioni under cover della polizia giudiziaria*, Bari, 2008, 20.

⁷⁴ Tra le tante cfr. Corte EDU, Grande Camera, 10 marzo 2009, Bycov c. Russia; Id, 25 ottobre 2007, Van Vondel c. Paese Bassi; Id., 1° marzo 2007, Heglas c. Repubblica Ceca.

⁷⁵ Così Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, 2094.

come documento, non potesse sostituirsi, in violazione dell'articolo 191 c.p.p., a fonti di prova delle quali la legge ne vieta l'acquisizione⁷⁶. Quel che emerge è la volontà che si rispettino le forme ordinarie di acquisizione contemplate per quella specifica prova. In particolare, per quanto qui interessa, si è ribadita la necessità di tutelare la libertà morale e l'autodeterminazione del dichiarante che, proprio con riguardo ai dialoghi con l'infiltrato, verrebbero meno nella misura in cui chi dichiara non comprende, a causa di una dissimulazione, le conseguenze della propria condotta; a ben vedere l'azione sotto copertura nasce *ex se* come "insidia di natura fraudolenta"⁷⁷. Essa è diretta a carpire confidenze più o meno provocate approfittando di quella limitazione di autodeterminazione delle scelte processuali che è elemento in sé della mancata consapevolezza di "dialogare" con un organo investigativo. Proprio al fine di evitare una tale soluzione in contrasto con gli artt. 188 e 189 c.p.p., è necessario che non si alterino le regole previste per l'acquisizione di quel determinato elemento di prova. In altre parole, la "deformalizzazione del contesto nel quale determinate dichiarazioni vengono percepite dal funzionario di polizia non deve costituire un espediente per assicurare comunque al processo contributi informativi che non sarebbe stato possibile ottenere ricorrendo alle forme ortodosse di sondaggio delle conoscenze del dichiarante"⁷⁸. In sostanza occorre garantire il rispetto delle regole contemplate per quel mezzo di prova e non è pensabile che tali regole vengano alterate in forza di attività simulatoria in ordine alla quale, piaccia o non piaccia, chi agisce, seppure sotto mentite spoglie, "rimane" un organo investigativo. Ed allora non resta che fare tesoro dell'ulteriore insegnamento nomofilattico secondo cui "va vinta qualunque tentazione di forzare le regole processuali in nome di astratte esigenze di ricerca della verità reale, considerato che dette regole non incorporano soltanto una neutra disciplina della sequenza procedimentale, ma costituiscono una garanzia per i diritti delle parti e per la stessa affidabilità della conoscenza acquisita"⁷⁹.

Emerge quindi una consapevolezza della volontà legislativa di non prevedere solo gli aspetti regolamentari della prova, ma di sottolineare l'esigenza di legittimità delle relative regole ritenute dal legislatore le più idonee per pervenire

⁷⁶ Cfr. ancora Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, cit.; negli stessi termini con riferimento al coinvolgimento nelle operazioni di registrazione tra colloquianti della polizia giudiziaria v. pure Cass., 27 maggio 2014, n. 39771, in *Mass. Uil*, n. 260706.

⁷⁷ La locuzione è contenuta in Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, cit.

⁷⁸ In tal senso Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, cit.

⁷⁹ Cfr. ancora Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, cit.

ad un convincimento del giudice dotato di maggiore verosimiglianza⁸⁰. Di qui l'importanza di non cedere a quelle insidie di natura fraudolenta che "deformalizzano" la struttura probatoria pervenendo, attraverso una scorciatoia, all'acquisizione di dati conoscitivi al di fuori delle "forme ortodosse di sondaggio delle conoscenze del dichiarante". Non a caso la stessa corte di cassazione ammonisce sul divieto d'uso che verrebbe a colpire una siffatta attività di acquisizione conoscitiva, ai sensi dell'art. 191 c.p.p.

Sul punto, al di là di ulteriori profili, quel che emerge dall'insegnamento nomofilattico, reso più pregnante dall'introduzione in cassazione di un vincolo negativo del precedente⁸¹, è una sorta d'incompatibilità strutturale della pretesa di aggirare, attraverso lo strumento dell'agente sotto copertura, gli ordinari criteri di acquisizione dichiarativa. Con riferimento a questi ultimi quindi dovranno mettersi al bando gli orientamenti giurisprudenziali che dimostrano scarso rispetto per la legittimità delle regole acquisitive in quanto non consapevoli che il sistema probatorio non è uno strumento tecnico indipendente dai valori⁸² ma, anzi, è diretta espressione dei principi costituzionali in quanto riflette in modo immediato le scelte ideologiche del legislatore⁸³. Di qui un inevitabile rafforzamento della sanzione dell'inutilizzabilità quale consacrazione ed estensione del divieto d'uso d'origine costituzionale⁸⁴. Pertanto, la corretta applicazione delle regole processuali non consente di veicolare trami-

⁸⁰ In tal senso cfr. volendo DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012, 8.

⁸¹ Cfr. art. 618, co. 1-*bis* e 1-*ter* c.p.p.

⁸² Sul punto v. DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale, in Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale, studi in onore di Giuliano Vassalli*, Milano, II, 1991, 184; si vedano anche le considerazioni di GIULIANI, voce *Prova* (filosofia), in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 522 e 523, secondo la quale, storicamente parlando, per quasi due millenni il campo del dominio della verità è stato conteso fra la logica e l'etica. Pertanto, il problema tecnico del processo sul tema della prova sfocia nel problema etico nel senso che il problema della verità non riguarda solo la conoscenza del fatto controverso ma anche la condotta delle parti.

⁸³ In tale direzione BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990, 108.

⁸⁴ Sul tema occorre rilevare come i primi accenni all'inutilizzabilità della prova incostituzionale emergono con riferimento a un corpo normativo in cui la legalità dell'accertamento risultava affidata ad evanescenti sanzioni nullità. L'insufficienza della capacità reattiva dell'ordinamento a fronte di abusi delle norme disciplinanti mezzi di ricerca della prova induceva ad intravedere negli stessi profili sanzionatori non disciplinati. In tale ottica di adeguamento si inserì la corte costituzionale, la quale riteneva dapprima che la regola secondo la quale al giudice è consentito apprezzare in base alla sua esperienza il valore del materiale probatorio presupponga non trattarsi di prove vietate dalla legge (in tal senso Cort. cost. n. 175 del 1970); per poi approdare all'affermazione secondo cui "le attività compiute in dispregio di fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito" (così Cort. cost., n. 34 del 1973)". Sul tema cfr. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1973, 341; volendo DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 76.

te dichiarazioni dell'infiltrato quanto riferitogli dall'indagato e, comunque, tali dichiarazioni non possono intraprendere sentieri epistemologicamente non ortodossi con riferimento a conoscenze acquisite in violazione delle regole per esse contemplate. Il rilievo evidenzia un'incompatibilità di disciplina della regolamentazione dell'agente sotto copertura con la finalizzazione probatoria delle dichiarazioni che dovesse rendere sulla base di quanto appreso dall'imputato. La situazione svela un difetto di coordinamento di disciplina che in sede operativa si è tentato di superare attraverso "forzature" interpretative effettuate in violazione di elementari regole di grammatica probatoria. Ma, al di fuori delle stesse, il sistema di valori a cui è ispirato l'ordinamento non consente una fruibilità processuale delle dichiarazioni dell'imputato indebitamente testimoniate dall'infiltrato. A superare il tema non è sufficiente far leva sulla locuzione dell'art. 9, co. 1, lett. a) L. 146 del 2006 del fine di acquisire "elementi di prova in ordine ai delitti". L'atecnicità della stessa risulta evidente se solo si considera che il richiamo ad elementi di prova stona decisamente con un'attività pacificamente collocata nelle indagini preliminari. Quindi, ai fini in discorso, nessun particolare significato può annettersi alla locuzione in parola. Occorre anzi evidenziare come le dichiarazioni che l'agente sotto copertura assume dall'indagato non siano dissimili da quelle contemplate dall'articolo 350, co. 5, c.p.p. In quella sede si prevede che "sul luogo o nell'immediatezza del fatto gli ufficiali di polizia giudiziaria possono anche senza la presenza del difensore" assumere dall'indagato anche se arrestato o fermato "notizie e indicazioni utili ai fini delle indagini". Non a caso la finalizzazione esclusiva alle indagini è ratificata dal successivo comma 6 che prevede il divieto di "ogni documentazione e utilizzazione". A ben vedere, la situazione disciplinata dal richiamato articolo 350 c.p.p. è perfettamente coerente con la diversa situazione giuridica in cui l'indagato rilasci dichiarazioni all'agente sotto copertura. Anche quest'ultimo non redige verbale⁸⁵ ed anzi in tale evenienza l'indagato nemmeno immagina, a differenza di quanto accade nello schema di cui all'articolo 350 c.p.p., di colloquiare con un organo investigativo⁸⁶.

⁸⁵ L'art. 115, co. 1-*bis* Disp. att. c.p.p. prevede per l'agente sotto copertura solo la possibilità di redigere annotazioni; del resto l'evenienza di una redazione di un verbale si pone in termini di incompatibilità con le attività dell'agente sotto copertura.

⁸⁶ La circostanza, per la verità appare dirimente sotto il profilo della tutela della libertà morale e di autodeterminazione processuale. La prova in generale e, nello specifico, l'interrogatorio sono caratterizzati da una volontarietà del comportamento e delle scelte effettuate. Sul punto, anche per le valenze costituzionali della materia, cfr., DOMINIONI, *La prova scientifica*, Milano, 2005, 402; MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 27; SCALFATI, *Premesse*

La realtà è che, anche sotto tale profilo, la disciplina dell'agente sotto copertura con riferimento ai temi analizzati evidenzia delle "inconciliabilità genetiche" con una sua proiezione tipicamente probatoria, trovando il suo alveo di naturale compatibilità in una migliore finalizzazione dell'attività di indagine.

8. *La "proporzionalità" quale strumento di orientamento esegetico.* Le considerazioni svolte assumono attualità transfrontaliera nella misura in cui la regolamentazione dell'agente sotto copertura trova un esplicito riconoscimento nell'ambito dell'ordine europeo di indagine. Tale realtà, però, non si riflette solo sul terreno della cooperazione ma risulta foriera di conseguenze anche in relazione al riconoscimento operativo del principio di proporzionalità. Questo infatti risulta espressamente contemplato dall'art. 7 D.lgs. n. 108 del 2017 dove si specifica che "l'ordine d'indagine non è proporzionato se dalla sua esecuzione può derivare un sacrificio ai diritti e alle libertà dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini o di altre persone coinvolte dal compimento degli atti richiesti, non giustificato dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto, tenuto conto della gravità dei reati per i quali si procede e per la pena per essi prevista". In realtà, il tema della proporzionalità assume una portata centrale indipendentemente dai profili degli strumenti di cooperazione⁸⁷. In tale prospettiva la valutazione del principio di proporzionalità non può essere pretermessa anche con riferimento ai contenuti della normativa interna. Del resto, la "proporzionalità", pretesa con riferimento ad alcuni istituti giuridici, altro non è che una forma di autolimitazione del potere statale a fronte di un diritto individuale ritenuto meritevole di particolare tutela. Se così è il rispetto del principio attinge il legislatore ma anche l'autorità giudiziaria chiamata ad applicare la legge. A tal fine, verificato che lo strumento investigativo sia idoneo al raggiungimento dello scopo sia pure attraverso la lesione del diritto fondamentale, occorre anche garantirsi che lo stesso sia necessario; e cioè comprima nella minor misura possibile il diritto fondamentale aggredito⁸⁸. Valutazione, questa, a cui non può risultare estra-

sulla prova penale, in Spangher, Trattato, II, 1, 3.

⁸⁷ In tale corretta prospettiva v. CASSIBBA, *L'espansione delle operazioni sotto copertura*, in *La c.d. legge "spazzacorrotti"*, cit., 211 dove richiama gli artt. 4 e 5 par. 3 T.U.E.; gli artt. 8-11 Cedu; gli artt. 49 par. 3 e 52 par. 1 C.D.F.U.E. e ricorda che "il limite di proporzionalità integra un limite all'esercizio delle prerogative dell'European Public Prosecutor Office in forza dell'art. 30 par.5 Regolamento (U.E.) 2017/1939, ove l'organismo europeo sia investito della legittimazione investigativa per uno dei delitti di corruzione indicati nell'art. 4 Direttiva (U.E.) 2017/1731 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode, che lede gli interessi finanziari dell'Unione, mediante il diritto penale".

⁸⁸ Sul tema v. KOSTORIS, *L'attuazione italiana dell'ordine investigativo europeo*, in *Processo penale e*

nea la possibilità di raggiungere quel risultato probatorio con altri strumenti meno limitativi. Il principio di proporzionalità, quindi, disegna una regola “di condotta nel compimento degli atti investigativi o probatori esigendo, effettivi controlli da parte dell’autorità giudiziaria”⁸⁹. Seguendo l’indicato indirizzo metodologico, già la considerazione sulla possibilità di utilizzo del captatore informatico fa sorgere dubbi sulla “necessità” di pervenire ad un’ulteriore limitazione del diritto fondamentale. Ma, a parte ciò, la delineata criticità è destinata a rinforzarsi a fronte di un atto di investigazione così pervasivo affidato alla polizia giudiziaria con attività *motu proprio* in una procedura in cui il pubblico ministero, almeno per alcuni segmenti della stessa, risulta “estraneo”. Il rilievo assume ulteriore pregnanza anche alla luce delle scarse attività di documentazione dell’attività svolta. Sembra quindi preferibile, laddove si potesse comunque raggiungere il medesimo risultato probatorio, fare ricorso a strumenti conoscitivi sottoposti al vaglio autorizzativo di un giudice. Ne discende che una lettura osservante del principio di proporzionalità dovrebbe consentire il ricorso all’agente sotto copertura in via estremamente residuale a fronte di una rigorosa e comprovata “indispensabilità” di quel tipo di indagine. Occorrerebbe, in particolare, dimostrare quale elemento ulteriore possa fornire l’opera dell’infiltrato rispetto ad altra attività investigativa non tanto e non solo meno invasiva ma soprattutto più garantita da un presidio di controllo giurisdizionale. Le stesse intercettazioni, se del caso effettuate anche attraverso il ricorso al captatore informatico, pur essendo particolarmente invasive, comunque sono garantite dalla presenza di un controllo del giudice. In quella sede la disciplina è regolamentata e quindi maggiormente controllabile. Peraltro, il menzionato mezzo di ricerca della prova risulterebbe più affidabile in ordine ai risultati conoscitivi conseguiti. Basti considerare le problematiche in ordine alla fruibilità processuale delle dichiarazioni confidate dall’indagato al soggetto infiltrato. L’esigenza di tutela del principio di proporzionalità impone in ogni caso l’osservanza dei limiti di utilizzazione probatoria che non possono essere aggirati “delle insidie di natura fraudolenta”; né può sostenersi che il tema non afferisca ad un diritto fondamentale. Qui, lo si ricorda, è in gioco il diritto al silenzio, il diritto alla libertà morale, il diritto all’autodeterminazione processuale, il diritto al processo equo, il diritto ad una giusta decisione.

paradigmi europei, Torino, 2018, 141; UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Milano, 2017, 238.

⁸⁹ Così CASSIBBA, *L’espansione delle operazioni sotto copertura*, in *La c.d. legge “spazzacorrotti”*, cit., 213.

9. *Conclusioni.* Bisogna in conclusione prendere atto che si persegue nella politica criminale di generare prodotti normativi espressione di una cultura muscolare.

L'ampliamento della disciplina dell'agente sotto copertura anche ai reati contro la pubblica amministrazione non sembra tenere in adeguato conto delle peculiarità di quei reati, dove spesso la prova della loro commissione si gioca su una linea molto sottile, resa diafana anche grazie a quella giurisprudenza tendente a dilatare l'ambito operativo delle fattispecie incriminatrici pure attraverso il ricorso a metodi non sempre adeguati in punto di prova su quegli elementi normativi che consentono di rilevare il disvalore della condotta⁹⁰. Il rilievo assume valore con riferimento alla difficoltà di tracciare una definita linea di confine tra l'attività dell'agente sotto copertura e quella dell'agente provocatore. Il tema non involge solo profili di corresponsabilità nel reato della polizia giudiziaria ma lo stesso risultato probatorio. Il medesimo infatti se assunto in violazione di legge non sarà utilizzabile; e forse proprio al fine di evitare un tale epilogo sarebbe stato utile che il legislatore avesse provveduto ad una rimeditazione della disciplina dell'agente infiltrato. La stessa, in considerazione della sua pervasività, non può essere affidata, attraverso confuse locuzioni lessicali, ad un'attività *motu proprio* della polizia giudiziaria, senza subordinare la sua realizzazione al seppur minimo standard probatorio relativo agli indizi e/o alla necessità ai fini delle indagini. In tal modo si è perseguita la volontà di lasciare inalterata una sorta di "norma in bianco" non ancorata ad alcun presupposto operativo che non sia l'elencazione dei reati che ne consentono l'operatività. A fronte di tale "lassismo regolatorio" si è inserita l'opera della giurisprudenza che, insofferente ad ogni forma di limite conoscitivo, tende a recuperare attraverso le dichiarazioni di un agente sotto copertu-

⁹⁰ Sul punto è sufficiente verificare le risposte operative con riferimento al delitto di corruzione. Nella realtà concreta il medesimo spesso è riconosciuto anche a fronte di presunte controprestazioni effettuate a notevole distanza dal compimento dell'atto dell'ufficio o dell'esercizio delle funzioni. Il tema assume particolare valore ove si consideri che la fattispecie è integrabile anche con "altre utilità". Queste costituiscono all'evidenza un contenitore indefinito capace di inquadrare qualunque situazione anche se del tutto priva di effettivo valore. A ciò aggiungasi la creazione di fattispecie corruttive basate su un possibile asservimento della funzione, in sostanza un futuribile in relazione al quale si fa fatica a concretizzarlo in un tema di prova. E forse è proprio questo il punto, la materia dei reati contro la pubblica amministrazione esige prove qualitative e cioè quelle prove che vanno a mirare gli elementi normativi della fattispecie. Se il collegamento funzionale tra dazione ed atto dell'ufficio o funzioni lo si tratta con sufficienza, anche rapporti legittimi tra soggetto pubblico e privato, in una visione prevenuta, possono apparire illeciti. Tutto ciò non giova alla certezza del diritto e, per quel che qui specificamente interessa, rende ancor più difficile tracciare quella linea di confine tra provocazione, istigazione o semplice attività sotto copertura.

ra, con un nome di fantasia e con il viso oscurato, quanto l'indagato gli ha riferito⁹¹. Sul punto occorre essere fermi, non possono ammettersi semplificazioni probatorie a scapito di valori costituzionalmente tutelati. Il contraddittorio, il diritto al silenzio, l'esigenza che le dichiarazioni dell'indagato siano avvertite e consapevoli delle conseguenze possono comportare sul piano processuale, non consentono meccanismi salvifici di forgia giurisprudenziale sul presupposto secondo cui l'agente sotto copertura nel momento in cui riceve le dichiarazioni dell'indagato è un partecipante alla condotta e non un'agente di polizia giudiziaria⁹². Si tratta di sofismi in contrasto con la realtà fenomenica e con i valori, anche costituzionali, dell'ordinamento. La realtà è che, se si osservano le regole, la disciplina dell'agente infiltrato ha caratteristiche di "incompatibilità strutturale" con una finalizzazione probatoria dei risultati conoscitivi acquisiti dall'agente sotto copertura. Con riferimento poi alla testimonianza sulle dichiarazioni dell'indagato si verte in una situazione giuridica perfettamente allineabile alla previsione dell'art. 350, commi 5 e 6, c.p.p. che, come noto, contempla un utilizzo delle dichiarazioni dell'indagato solo ai fini della prosecuzione delle indagini. In considerazione della particolare similitudine di disciplina, non si comprende perché quanto appreso dall'agente sotto copertura dall'indagato non possa anch'esso essere convogliato sul piano conoscitivo solo ai fini delle indagini senza ricorrere a forzature che generano inevitabili frizioni con i principi costituzionali; ed anzi occorre ribadire che nel caso in esame, a differenza di quanto accade nella più garantita fattispecie di cui all'art. 350 c.p.p., l'indagato nemmeno immagina di rilasciare dichiarazioni ad un organo di polizia giudiziaria. In tale prospettiva soccorre anche il principio di proporzionalità che impone letture della disciplina in modo che limiti il meno possibile il diritto fondamentale colpito. Nella medesima ottica ricostruttiva occorrerebbe comprendere quale elemento in più rispetto ad una intercettazione, se del caso anche attraverso il captatore informatico, potrebbe fornire l'attività dell'agente sotto copertura. Verrebbe da dire la provocazione, ma questa determinerebbe comunque l'inutilizzabilità del risultato conoscitivo⁹³.

La realtà è che troppo spesso l'attività legislativa e il settore operativo risultano irrispettosi dei comandi costituzionali e dei vincoli europei i quali, al di là del

⁹¹ Vedi Cass., Sez. III, 09 maggio 2013, cit.

⁹² Cfr. ancora, Cass., Sez. III, 09 maggio 2013, n. 37805, cit.; Id., VI, 5 dicembre 2006, in *Mass. Uff.*, n. 41730, Anì, *ivi*, n. 235590, Id., Sez. IV, 30 novembre 2004, Meta, *ivi*, n. 230720.

⁹³ Per completezza si segnala come la causa di non punibilità riservata al "pentito" di reati contro la pubblica amministrazione dall'art. 323-ter c.p., ai sensi del co. 3 della medesima disposizione non è applicabile all'agente sotto copertura.

valore cogente delle regole, costituiscono indici ermeneutici da cui è pericoloso allontanarsi.