

QUESITI

MARIANNA SCALICI

Operazioni sotto copertura ed equo processo

SOMMARIO: 1. Dall'agente provocatore alla disciplina generale delle operazioni sotto copertura. - 2. Le indicazioni della Corte di Strasburgo. - 3. L'evoluzione del "diritto vivente" italiano.

1. Dall'agente provocatore alla disciplina generale delle operazioni sotto copertura

La tematica delle operazioni sotto copertura, caratterizzata da un complesso intreccio tra profili sostanziali e processuali, ha acquisito negli ultimi anni una crescente importanza nelle politiche di sicurezza, sia a livello interno che internazionale.

Non a caso, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ricondotto al nucleo centrale del principio del "processo equo" la valutazione sulla compatibilità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo delle operazioni sotto copertura.

Nell'ordinamento italiano alla figura dell'agente provocatore, sorta in origine come fattispecie di concorso morale sotto forma di istigazione qualificata da parte di colui che induce altre persone a commettere un reato al fine di assicurarle alla giustizia, sono andate progressivamente affiancandosi nel corso del tempo ulteriori ipotesi di attività investigative "sotto copertura".

Con il termine agente provocatore si individua tradizionalmente il soggetto appartenente alle forze dell'ordine o privato cittadino, che partecipa ad un fatto criminoso al fine di raccogliergli le prove ed assicurare alla giustizia i responsabili¹.

Tale nozione, tuttavia, ha conosciuto nella prassi investigativa un vistoso ampliamento, tanto da ricomprendervi anche le figure dell'infiltrato, del finto compratore e della falsa vittima, ciascuna delle quali si riferisce a determinate tipologie criminose.

Per infiltrato si intende il soggetto che, agendo nell'ambito di un'indagine ufficiale, si inserisce all'interno di organizzazioni criminali, al fine di individuarne gli associati e le attività da essi compiute.

La figura del *fictus emptor*, invece, va circoscritta all'ambito dei c.d. reati-contratto, che corrispondono a negozi giuridici bilaterali viziati per la illiceità

¹ Sul punto v. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 503-504; ROMANO-GRASSO, *Comm. sist. c.p.*, Milano, 1990, 166-169; DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Milano, 1991, 240 ss.

penale dell'oggetto, dovuta eventualmente all'assenza di particolari autorizzazioni previste dalla legge (es. vendita di armi, di stupefacenti, di merce di contrabbando, ecc ...).

Distinto è il concetto di falsa vittima, con cui si individua il soggetto che agisce al fine di far uscire allo scoperto l'autore di determinate categorie di reati, quali la concussione o la truffa, che presuppongono un atto dispositivo affetto da vizi del volere prodotti dalla stessa condotta incriminata.

Le nuove esigenze politico-criminali hanno trovato un riferimento normativo nella previsione delle attività investigative "sotto copertura" autorizzate da speciali disposizioni di legge, emanate negli ultimi decenni, come l'art. 97 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (in materia di reati concernenti sostanze stupefacenti), l'art. 7 d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, conv. nella l. 15 marzo 1991, n. 82 (in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione), l'art. 12-*quater* d.l. 8 giugno 1992, n. 306 convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356 (in tema di riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, delitti concernenti armi, munizioni ed esplosivi), l'art. 12, co. 3-*septies*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (relativo alle ipotesi aggravate di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina), l'art. 14 l. 3 agosto 1998, n. 269 (in materia di delitti riguardanti la prostituzione e la pornografia minorile), l'art. 4 d.l. 18 ottobre 2001, n. 374 convertito nella l. 15 dicembre 2001, n. 438 (in tema di delitti commessi per finalità di terrorismo), l'art. 10 l. 11 agosto 2003, n. 228 (intitolata: "Misure contro la tratta di persone").

Le suesposte previsioni sono state recentemente sostituite dalla nuova regolamentazione contenuta nell'art. 9 l. 16 marzo 2006, n. 146 ("Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001"), come modificato dall'art. 8 l. 13 agosto 2010, n. 136 (recante il "Piano straordinario contro le mafie"), che ha dettato una articolata disciplina generale relativa alle operazioni sotto copertura, applicabile ad una ampia gamma di fattispecie di reato.

La novella del 2010 ha ampliato gli ambiti operativi delle operazioni sotto copertura, estendendo la relativa disciplina non solo alle fattispecie normative precedentemente prese in considerazione dai diversi atti legislativi sopra menzionati, ma anche ad ulteriori delitti, quali le attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti e le ipotesi non aggravate di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. La stessa riforma ha, inoltre, esteso le garanzie funzionali, tra cui la speciale causa di giustificazione di cui all'art. 9 l. 146 del 2006, a tutta la gamma dei soggetti privati di cui gli ufficiali di polizia giudiziaria possono avvalersi ("ausiliari" ed "interposte persone"), e ha realizzato un sistema di protezione processuale mediante la valorizzazione dell'identità di

copertura, in termini corrispondenti alla fattispecie della “testimonianza anonima” conosciuta da altri ordinamenti europei.

2. Le indicazioni della Corte di Strasburgo

I problemi attinenti alle garanzie del contraddittorio in rapporto alla concessione dell'anonimato sono stati trattati in numerose pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo².

Ma la questione della compatibilità delle operazioni sotto copertura con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo travalica i confini della testimonianza anonima, collocandosi sullo scenario più ampio dell'incidenza di questa tecnica speciale di indagine sul diritto al “processo equo” nella sua globalità.

Su tale ultimo problema sono intervenute numerose pronunce della Corte di Strasburgo, a partire da due *leading cases* costituiti dalle sentenze emesse il 9 giugno 1998 nel caso Teixeira de Castro c. Portogallo³ e il 21 marzo 2002 nel caso Calabrò c. Italia e Germania⁴.

Come è stato rilevato in dottrina⁵, dall'interpretazione elaborata dalla Corte europea sembra emergere la distinzione tra due diverse figure: quella dell'agente infiltrato (*undercover agent*), la cui azione è ammessa, e quella dell'agente provocatore (*agent provocateur*) il cui intervento pone invece delicati problemi sul piano del rispetto dell'art. 6 della Convenzione.

È stata considerata compatibile con la Convenzione l'utilizzazione dell'agente infiltrato, che, appartenendo alle forze di polizia o collaborando formalmente con esse, agisce nell'ambito di un'indagine preliminare ufficiale in cui il suo intervento è giustificato dall'esistenza di sospetti a carico di una o più persone e non deve spingersi fino a provocare condotte criminose che altrimenti non si sarebbero verificate (Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 21 marzo 2002, Calabrò c. Italia e Germania).

² V. le sentenze emesse rispettivamente, Corte eur. dir. uomo, 20 novembre 1989 Kostovski c. Paesi; Id., 26 marzo 1996 Doorson c. Paesi Bassi; Id., 23 aprile 1997, Van Mechelen ed altri c. Paesi Bassi; Id., Sez. III, 14 febbraio 2002, Visser c. Paesi Bassi (in *Cass. pen.*, 2003, 1696 ss., con nota di MAFFEI, *Le testimonianze anonime*, cit.), Id., Sez. III, 28 marzo 2002, Birutis c. Lituania; Id., Sez. IV, 22 novembre 2005 Taal c. Estonia, Id., Sez. II, 28 febbraio 2006, Krasniki c. Repubblica Ceca (in *Cass. pen.*, 2006, 3007 ss., con nota di BALSAMO, *Testimonianze anonime ed effettività delle garanzie sul terreno del “diritto vivente” nel processo di integrazione giuridica europea*).

³ VALLINI, *Il caso Teixeira De Castro' davanti alla Corte Europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi legali di infiltrazione poliziesca*, in *Leg. pen.*, 1999, 197 ss.

⁴ TAMIETTI, *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2002, 2920 ss.

⁵ TAMIETTI, *Agenti provocatori*, cit.; BALSAMO, *Operazioni sotto copertura ed equo processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008, 2641 ss.

A diverse conclusioni è, invece, pervenuta la Corte europea con riferimento al vero e proprio agente provocatore, che entra in contatto con soggetti la cui predisposizione al crimine non risulta da elementi oggettivi, proponendo la commissione di reati al solo scopo di procedere all'arresto qualora l'istigazione sia accolta. In tale ipotesi è stata, infatti, riscontrata una violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione: si è affermato che l'intervento degli agenti provocatori e la sua utilizzazione in giudizio ledano il diritto al "giusto processo", nelle ipotesi in cui la condanna dell'imputato si sia fondata in misura determinante sulle dichiarazioni di agenti di polizia che lo abbiano istigato a commettere un reato, quando nulla indicava che, in mancanza del loro apporto, l'attività delittuosa si sarebbe realizzata (Corte eur. dir. uomo, 9 giugno 1998, *Teixeira de Castro c. Portogallo*; Id., Sez. I, 21 febbraio 2008, *Pyrgiotakis c. Grecia*).

Ad esempio, nel caso *Teixeira de Castro c. Portogallo*, si trattava di due agenti in borghese che, a seguito delle indicazioni fornite da un terzo, si erano recati presso la dimora del ricorrente, il quale non aveva precedenti penali, non era stato formalmente indagato, e non aveva neppure posto in essere comportamenti sospetti. Poiché i due agenti si erano dichiarati disposti ad acquistare un quantitativo di eroina per una determinata somma di denaro, il ricorrente si era recato da una conoscente, aveva fatto ritorno con la sostanza stupefacente promessa, ed era stato quindi arrestato.

Nel valutare simili fattispecie, la Corte europea ha ritenuto che le modalità operative adottate sul piano sostanziale dalla polizia, nel momento genetico del reato, producano precise conseguenze sul piano processuale, condizionando l'equità della procedura nel suo complesso⁶.

Detto principio di diritto trova conferma in una recente pronuncia della Corte di Strasburgo⁷. Nello specifico, gli agenti della polizia, su segnalazione di una fonte anonima, avevano contattato l'imputato al fine di acquistare una partita di eroina per 40 lire turche (*try*). Giunti sul luogo dell'incontro, procedevano all'arresto del soggetto per traffico di sostanze illegali ed al sequestro di 2,2 grammi di eroina.

La Corte, nel ribadire l'esigenza che le operazioni relative all'acquisto simulato di droga siano adottate sulla base di regole chiare e prevedibili, nonché con l'autorizzazione ed il controllo dell'autorità giudiziaria⁸, ritiene nel caso di specie che gli agenti di polizia abbiano agito di propria iniziativa, in violazione della disciplina sugli agenti sotto copertura.

⁶ BALSAMO, *Operazioni sotto copertura*, cit.

⁷ Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 12 novembre 2013, *Epil c. Turkey*.

⁸ Tra le altre, Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 2 ottobre 2012, *Veselov e altri c. Russia*.

L'attività di indagine risulta, pertanto, illecita e per di più, non ha avuto un ruolo meramente passivo, ma al contrario di incitamento alla commissione del reato. Ne consegue che la violazione, sul piano sostanziale, dell'equità processuale si riverbera sul versante procedurale.

L'interesse pubblico alla repressione ed alla prevenzione del crimine, infatti, «non può giustificare l'uso di prove ottenute come risultato dell'incitamento della polizia, in quanto ciò esporrebbe l'imputato al rischio di essere definitivamente privato di un giusto processo fin dall'inizio».

Ed invero «in assenza di un completo sistema di controlli sull'operazione di polizia, il ruolo di supervisione del giudice di merito è diventato fondamentale» al fine di stabilire se vi sia stata violazione del principio dell'equo processo. Qualora, infatti, il presunto reo dichiari di essere stato vittima di un'istigazione a delinquere e sostenga l'inutilizzabilità delle prove ottenute illegittimamente, la colpevolezza non può fondarsi unicamente sulle dichiarazioni degli agenti di polizia, ma necessita di un quadro probatorio completo ed approfondito, che tenga conto di tutte le emergenze processuali.

Nello specifico, il ricorrente dichiarava di aver acquistato la droga per fini personali, in quanto tossicodipendente, e di essere stato indotto a commettere il reato dagli agenti di polizia; il giudice di merito non aveva motivato adeguatamente sulle prove contestate, né aveva ammesso una prova decisiva (individuazione dei soggetti con cui era entrato in contatto telefonicamente il presunto reo prima dell'acquisto simulato di droga) ai fini dell'eccezione di incitamento al crimine.

3. L'evoluzione del "diritto vivente" italiano

Un costante e progressivo allineamento ai suesposti principi si riscontra nella giurisprudenza di legittimità italiana, la quale ha dato un preciso rilievo processuale alla verifica del contributo causale dell'attività dell'agente provocatore, sostenendo che non viola l'art. 6 C.e.d.u. l'attività di quest'ultimo soggetto che «si limiti a disvelare un'intenzione criminale già esistente, ma allo stato latente, fornendo l'occasione per concretizzare la stessa»⁹, e qualificando come «non lecite le operazioni sotto copertura che si concretizzino in un incitamento o in una induzione al crimine del soggetto indagato», con la conseguenza che «l'agente infiltrato non può pertanto commettere azioni illecite diverse da quelle dichiarate non punibili o a esse strettamente e strutturalmente connesse»¹⁰.

⁹ Cass., Sez. III, 3 luglio 2008, Malentacca, in *Mass. Uff.*, n. 240270. Nel caso di specie, la Corte ritiene conforme all'equo processo l'attività della polizia postale consistente nel mettere in rete, mediante i c.d. siti civetta, immagini pedopornografiche acquisibili da soggetti interessati alla pedopornografia.

¹⁰ Cass., Sez. II, 9 ottobre 2008, Cuzzucoli e altri, in *Mass. Uff.*, n. 241442.

La Corte di cassazione ha così tracciato una netta distinzione tra la figura dell'infiltrato e quella dell'agente provocatore, che non ha mai avuto una esplicita definizione normativa.

Questa linea di tendenza ha trovato compiuto sviluppo in una recente sentenza di legittimità, relativa ad operazioni antidroga condotte da agenti della polizia municipale¹¹. Più precisamente, gli agenti della polizia municipale di Sassuolo si erano finti imprenditori interessati all'acquisto di una partita di cocaina per un corrispettivo di € 60.000,00 e, nel corso della vendita della sostanza illecita, avevano arrestato la persona sottoposta ad indagini e avevano sequestrato il corpo del reato, rinvenuto nell'automobile del complice.

La Corte di cassazione, dopo avere ribadito il tradizionale orientamento secondo cui «l'attività dell'agente di polizia giudiziaria risulta legittima quando costituisce in via prevalente un'attività di osservazione, controllo e contenimento delle azioni illecite altrui»¹², ha precisato che l'infiltrazione nell'ambito della criminalità organizzata risulta rispettosa dei canoni dell'art. 6 C.e.d.u. se «la commissione del reato dipende dalla libera scelta del reo» e non è influenzata in maniera sostanziale dall'azione degli agenti di polizia.

Si è rilevato, altresì, che «l'induzione e l'incitamento al reato determinano quindi non solo la responsabilità penale dell'agente, ma l'inutilizzabilità della prova acquisita, per contrarietà ai principi del giusto processo e rende l'intero procedimento suscettibile di un giudizio di non equità ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»¹³.

La pregnante interazione tra profili sostanziali e processuali, che è alla base della nozione di "equo processo", trova conferma nella sentenza in esame mediante il riconoscimento del principio di legalità processuale, espressione del rapporto tra Stato democratico e cittadino.

Alla luce di una interpretazione "convenzionalmente orientata", pertanto, la verifica della rilevanza causale della condotta dell'agente provocatore diventa il parametro del rispetto del principio dell'equo processo.

Ne consegue l'inutilizzabilità delle prove assunte nell'ambito di un'attività di provocazione al reato da parte della polizia, anche senza la mediazione di uno specifico divieto probatorio posto da norme processuali¹⁴.

Secondo ormai costante giurisprudenza costituzionale e di legittimità, infatti,

¹¹ Cass., Sez. III, 10 gennaio 2013, Leka, in *Mass. Uff.*, n. 254174.

¹² In tal senso, Cass., Sez. IV, 22 settembre 1999, Lenza, in *Mass. Uff.*, n. 215007; Id., Sez. I, 14 aprile 1999, Iacovone e altro, *ivi*, n. 213457.

¹³ Sul punto ZACCHÈ, *Operazione antidroga condotta dalla polizia municipale: riflessioni in punto di utilizzabilità della prova*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁴ BALSAMO, *Operazioni sotto copertura*, cit., 67.

sono inutilizzabili le prove assunte con modalità lesive dei diritti fondamentali del cittadino; un fenomeno, questo, di cui le operazioni sotto copertura costituiscono una esplicazione, qualora esse determinino la perpetrazione di un reato ad opera di un soggetto che altrimenti non se ne sarebbe reso autore¹⁵. Diversamente, non sussiste violazione dei diritti fondamentali qualora la responsabilità penale del soggetto venga accertata sulla base di elementi di prova autonomi rispetto a quelli riconducibili all'attività di provocazione al reato. Nel caso di specie, tuttavia, la Corte di cassazione afferma che l'operazione della polizia municipale non può essere qualificata né come attività sotto copertura (in quanto «non si trattava di operazione antidroga specificamente disposta e comunicata alla Direzione centrale per i servizi antidroga ed all'autorità giudiziaria»¹⁶) né come «attività riconducibile all'azione tipica dell'agente provocatore, in quanto il comportamento degli agenti della polizia municipale non ha affatto provocato un intento delittuoso prima inesistente»¹⁷. L'azione delittuosa contestata all'indagato era, infatti, quella di detenzione di un ingente quantitativo di sostanza stupefacente ai fini della cessione (circa 500 gr di cocaina) e non anche la condotta, cronologicamente successiva, di messa in vendita della stessa sostanza. Pertanto, l'operazione di polizia giudiziaria, consistente nell'attivazione delle trattative per l'acquisto della droga, rappresentava un fattore estrinseco rispetto all'autonoma condotta penalmente rilevante già posta in essere dal reo, prima dell'inizio delle investigazioni. Dunque, in linea con le pronunce della Corte di Strasburgo, l'intervento della polizia municipale si limitava a disvelare la pregressa attività delittuosa, ma in violazione della disciplina sulle operazioni sotto copertura. L'interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo può, così, contribuire all'armonizzazione della *law of evidence* (che appare come una componente essenziale della dinamica di integrazione giuridica europea), introducendo nel sistema italiano un potere-dovere del giudice di valutazione dell'utilizzabilità della prova imperniato su due parametri: da un lato, le modalità della condotta dell'agente provocatore (in particolare, la sua idoneità a istigare l'imputato a commettere un reato che altrimenti non sarebbe stato realizzato); dall'altro, la autonomia ed incontrovertibilità degli ulterio-

¹⁵ Corte cost., n. 34 del 1974, in *www.giurcost.org*; Cass., Sez. un., 25 marzo 1998, Manno, in *Mass. Uff.*, n. 210610; Id., Sez. un. 13 luglio 1998, Gallieri, *ivi*, n. 211196; Id., Sez. un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, *ivi*, n. 215841; Id., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio ed altro, *ivi*, n. 225465.

¹⁶ In proposito, deve osservarsi che il nuovo testo del terzo comma dell'art. 9 della l. 16 marzo 2006, n. 146, individua nella Direzione centrale per i servizi antidroga l'autorità competente a disporre le operazioni sotto copertura in materia di attività antidroga; analoga competenza è affidata, d'intesa con tale Direzione, agli organi di vertice ovvero, su loro delega, ai responsabili almeno di livello provinciale, in ragione dell'appartenenza del personale di polizia impiegato.

¹⁷ Cass., Sez. III, 10 gennaio 2013, Leka, cit.

ri elementi di convincimento rilevanti per l'accertamento della responsabilità del soggetto¹⁸.

Ma la Suprema Corte va oltre. In un *obiter dictum*, infatti, precisa che, in ogni caso, «risulta pur sempre legittimo, e utilizzabile come prova, il sequestro probatorio del corpo di reato, o delle cose pertinenti al reato, rinvenute a seguito di un'attività di polizia dalla quale pur venga riconosciuto il superamento dei limiti imposti dalla legge per le attività di contrasto al traffico di sostanze stupefacenti»¹⁹. Tale principio di diritto trova conferma nell'arresto delle Sezioni unite del 1996 n. 5021, relativamente al rapporto tra perquisizione illegittima e sequestro probatorio, nonché, più recentemente, nell'orientamento seguito dalla giurisprudenza di legittimità in relazione ad un'operazione di polizia giudiziaria culminata nel sequestro di una partita di stupefacenti e svolta per il tramite di un agente provocatore, ma in violazione dell'art. 97 d.P.R. n. 309 del 1990²⁰.

In ossequio al brocardo latino *male captum bene retentum*, il sequestro probatorio viene considerato atto dovuto, dotato di autonoma rilevanza, a prescindere dalle modalità con cui vengano scoperte le *res*²¹.

Si ritiene, pertanto, che la nullità degli atti compiuti dalla polizia giudiziaria per violazione di legge, e la loro conseguente inutilizzabilità nel processo, non si rifletta sulla ritualità del disposto sequestro probatorio²²; il potere del giudice di apprendere coattivamente e di acquisire la prova è preesistente all'atto, anche qualora esso sia compiuto con modalità illegittime²³.

Ed invero, «ancorché nel contesto di una situazione non legittimamente creata, il sequestro rappresenta, invero, un atto dovuto, la cui omissione esporrebbe gli autori a specifiche responsabilità penali, quali che siano state, in concreto, le modalità propedeutiche e funzionali che hanno consentito l'esito positivo della ricerca compiuta»²⁴. Qualora, dunque, l'ufficiale di P.G. esegua una perquisizione fuori dai casi e dai modi consentiti dalla legge, ha comunque l'obbligo di sequestrare la cosa pertinente al reato rinvenuta nel corso dell'attività investigativa, in quanto l'arbitrarietà o l'illiceità della condotta non può privare l'autore della qualifica soggettiva dallo stesso rivestita²⁵.

Il corpo del reato, pertanto, pur se acquisito illegittimamente, non può mai

¹⁸ In tal senso BALSAMO, *Operazioni sotto copertura*, cit., 67.

¹⁹ Cass., Sez. III, 10 gennaio 2013, Leka, cit.

²⁰ Cass., Sez. IV, 22 aprile 2008, Varutti, in *Mass. Uff.*, n. 239526.

²¹ Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, 3268, con nota di VESSICHELLI.

²² Cass., Sez. V, 19 gennaio 2004, Lagazzo, in *Cass. pen.*, 2005, 1631, con nota di MANCHIA, *Sequestro probatorio di computers: un provvedimento superato dalla tecnologia?*

²³ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 831 ss.

²⁴ Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, Sala, cit.

²⁵ Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, Sala, cit.

essere restituito, rilevando esso stesso come *notitia criminis* per la fattispecie di reato diversa da quella per la quale si procede ex art. 14 legge n. 269 del 1998 ovvero fornendo eventuali elementi per la prosecuzione delle indagini già avviate²⁶.

Tale principio di diritto trova conferma anche in numerose attività sotto copertura di contrasto alla pedofilia, con la conseguenza che il materiale pedopornografico acquisito in violazione dell'art. 14 legge n. 269 del 1998, sebbene inutilizzabile probatoriamente, possa essere sequestrabile come *res*, in quanto costituente corpo del reato o cosa pertinente al reato²⁷.

Diversamente, si era affermata l'inutilizzabilità, ex art. 191 c.p.p., delle prove acquisite in violazione dei divieti formali e sostanziali stabiliti dalla legge. Più precisamente, si era ritenuto illegittimo l'eventuale sequestro probatorio del materiale pedopornografico, «in quanto non si può affermare la sussistenza del “*fumus delicti*” in base ad un risultato investigativo inutilizzabile». Nel caso di specie, infatti, la polizia giudiziaria di propria iniziativa, e senza la preventiva autorizzazione dell'autorità giudiziaria, aveva svolto attività di contrasto sotto copertura, stipulando un contratto di accesso ed iscrizione ad un sito pedopornografico, e procurandosi in tal modo alcune immagini pedopornografiche commercializzate nella rete informatica²⁸.

La sentenza in commento, invece, riconosce valenza probatoria autonoma agli oggetti sequestrati, costituenti corpo del reato o cose pertinenti al reato, ex art. 253 c.p.p. Ad avviso della Suprema Corte, pertanto, il carattere autonomo di tale mezzo di ricerca della prova scaturisce dalla natura intrinsecamente oggettiva ed incontrovertibile dello stesso, utilizzabile come prova ai fini della responsabilità penale del soggetto, a prescindere dalle concrete modalità di acquisizione delle cose che ne formano oggetto.

Sul punto non sono mancate critiche da parte di chi, in linea con la giurisprudenza della Corte e.d.u., ritiene che l'irritualità delle operazioni sotto copertura comporti l'inutilizzabilità dei successivi atti probatori strettamente dipendenti dall'attività investigativa speciale svolta in modo difforme dal modello legale²⁹.

²⁶ Cass., Sez. III, 5 maggio 2004, Gulello, in *Cass. pen.*, 2005, 2679, con nota di MARINELLI, *L'attività dell'agente provocatore per il contrasto alla pedopornografia: “straripamenti” investigativi e relative implicazioni processuali*.

²⁷ Cass., Sez. III, 8 giugno 2004, Ganci, in *Dir. e giust.*, 2004, 31, 24, con nota di NATALINI, *Male captum, bene retentum: sul sequestro penale la Suprema Corte ci ripensa*.

²⁸ Cass., Sez. III, 13 aprile 2005, P.M., in *Mass. Uff.*, n. 231605; Id., Sez. III, 8 maggio 2003, P.g. in proc. B.L.I., in *Dir. e giust.*, 2003, 41, 20, con nota di NATALINI, *Pedopornografia e diritti della difesa. Per le attività di contrasto niente analogia iuris*.

²⁹ ZACCHÈ, *Operazioni antidroga “sotto copertura” condotta dalla polizia municipale*, in *Cass. pen.*, 10, 2013, 3568.

L'evoluzione del "diritto vivente" fin qui verificatasi sembra, dunque, confermare l'assunto che il vincolo ermeneutico scaturente dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo non impedisca di riconoscere valenza probatoria agli oggetti sequestrati che siano di per sé qualificabili come corpo del reato o come cose pertinenti al reato, a prescindere dalle modalità con cui è avvenuta la loro acquisizione³⁰.

La portata innovativa della pronuncia assume un particolare significato perché incide su un tema, come quello delle operazioni sotto copertura, che coinvolge la visione di fondo del ruolo della polizia giudiziaria e della stessa repressione penale, rappresentando una vera e propria "cartina di tornasole" per la distinzione tra culture democratiche e culture autoritarie nel campo del processo penale.

³⁰ Così BALSAMO, *Operazioni sotto copertura*, cit., che richiama la pronuncia emessa dal giudice europeo il 21 marzo 2002 nel caso Calabrò c. Italia e Germania attinente ad una fattispecie in cui la condanna non si era fondata in misura determinante sulle dichiarazioni dell'agente infiltrato.