

LE OPERAZIONI SOTTOCOPERTURA: *RATIO* E LIMITI DEI NUOVI STRUMENTI INVESTIGATIVI NELLA LOTTA ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

di Sergio Barbiera

L'art. 8 della legge 13 agosto 2010 n. 136, novellando la precedente disciplina prevista dall'art. 9, legge 146/2006, regola *funditus* le attività sottocopertura, introdotte per la prima volta in materia di indagini antidroga.

La norma prevede anzitutto la possibilità di svolgere attività *undercover* "al solo fine di acquisire elementi di prova", quando si procede per i reati in materia di **contraffazione** (artt. 473 e 474 c.p.), **estorsione, sequestro di persona, usura, riciclaggio e reimpiego di danaro (648, bis e ter c.p.), delitti contro la personalità individuale (riduzione in schiavitù, prostituzione e pornografia minorile, turismo sessuale minorile), per i delitti in materia di armi, munizioni ed esplosivi, immigrazione (di cui al Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), per fattispecie delittuose commesse con finalità di terrorismo o di eversione ed in materia di stupefacenti.**

Superando l'atavica ritrosia mostrata solitamente dai Paesi di *Civil Law* avverso le condotte poste in essere dall'agente sottocopertura, "reo" di far sorgere, "plagiandolo", l'altrui proposito criminoso e pertanto di condizionare la volontà di chi altrimenti non avrebbe commesso alcun crimine (agente provocatore), l'attuale disciplina scrimina la condotta degli *undercover* che "anche per interposta persona, danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego o compiono attività prodromiche e strumentali".

Orbene, la prima questione posta dalla norma *de qua*, che peraltro ricalca la precedente disciplina prevista dall'art. 97 D.P.R. 309/1990 ("Acquisto simulato di droga"), è quella relativa all'**inizio dell'attività sottocopertura dell'infiltrato** che deve tendere ed essere orientata "al solo fine di acquisire elementi di prova" in ordine ad una serie di delitti specificamente previsti: questa è la *ratio* per cui la norma è stata introdotta nell'ordinamento positivo; questo è lo scopo cui deve tendere in concreto l'attività dell'*undercover*.

In altri termini essa non deve mai "istigare", non deve, cioè, mai indurre terzi a commettere reati.

Il discrimine pratico, tuttavia, non è semplice.

La chiave di lettura va, quindi, trovata nella **esistenza o meno di un reato antecedente all'intervento "provocatorio" della Polizia Giudiziaria ed il grado probatorio di esso**. Ove, infatti, si richiedesse una prova certa, giudiziariamente spendibile in

sede dibattimentale, l'intervento dell'*undercover* non avrebbe alcuna ragione di esistere, essendo sufficiente la dimostrazione del reato "a monte", che potremo chiamare in senso a-tecnico presupposto, *id est* già ontologicamente dimostrato (nelle sue esatte connotazioni strutturali, *subiettive ed obbiettive*).

Quindi la soluzione, in concreto, potrebbe essere che, prima di intraprendere un'attività sottocopertura, l'organo investigativo deve essere in possesso di elementi probatori, ovvero soltanto meramente indiziari, tali da far ritenere non solo che sia già stato commesso un reato *ex lege* 136/2010 (o che questo reato sia attualmente in essere), ma che proprio attraverso il contatto con il soggetto "agganciato" si possa in qualche maniera risalire ai responsabili del suddetto reato: l'originario compendio indiziario deve essere quantomeno "sufficiente" e non necessariamente forte ("grave").

Ciò posto, in merito al pregresso "*level of evidence*", occorre verificare **quale attività sia "facultizzata"** (*rectius*: **scriminata**) dalla norma e quali siano i limiti che incontra la condotta criminosa in senso proprio dell'*undercover*.

Poche tematiche sono state oggetto di dibattiti e polemiche come le attività sotto copertura condotte in esecuzione di iniziative investigative specificatamente disposte.

Innanzitutto, quanto alla precisione terminologica, **bisogna distinguere tra "agente infiltrato" (c.d. "undercover") ed "agente provocatore"**, sulla base della elaborazione dottrina e, viepiù, giurisprudenziale. Il primo è colui che, inserito organicamente nelle Forze di Polizia o collaborando con esse (*l'extraneus*), pone - nell'ambito di un'attività investigativa ufficiale - una condotta di "**mera osservazione, di controllo e di puro contenimento dell'altrui attività illecita**". Tale condotta interviene di regola in presenza di sospetti che si configurino a carico di una o più persone, relativamente ad un'attività di preparazione o di commissione di uno o più reati. **L'agente c.d. "infiltrato"** si inserisce, quindi, in una o più attività penalmente rilevanti col solo obiettivo di raccogliere prove su reati, od a carico di persone che li abbiano commessi, ovvero di far cogliere in flagranza i responsabili di uno o più delitti, ma **non assumendo giammai un ruolo attivo di istigatore od ideatore nella commissione degli stessi** (*rectius*: "determinatore").

L'"**agente provocatore**", invece, è colui che, pur trovandosi nelle stesse condizioni dell'agente "infiltrato" e pur essendo animato dalla medesima genuina volontà investigativa, a differenza del primo, pone in essere una condotta "attiva", ossia di **induzione, ideazione ed esecuzione di uno o più fatti penalmente illeciti, che senza il suo intervento determinante non**



si sarebbero mai verificati nella realtà ontologica. La figura del c.d. “infiltrato” non ha mai sollevato particolari problemi, al contrario invece del c.d. “agente provocatore”, la cui figura si è viceversa sempre caratterizzata per un alto grado di diffidenza sia a livello di legislazioni domestiche che nell’ambito della giurisprudenza europea.

L’attività dell’agente provocatore, scriminato secondo i canoni di cui all’art. 51 c.p., **non può mai inserirsi con rilevanza causale nell’iter criminis** (andando incontro in caso contrario ad espressa violazione del precetto penale: Cass. I, 14 gennaio 2008, n. 10695, RV 239704), dovendo possedere una “inefficacia ontologica e strutturale” (Cass., VI, 27 settembre 89, n. 17758 RV 182915), **ininfluente rispetto al proposito criminoso dell’agente**, dovendo costituire la sua azione in un **semplice fattore estrinseco che si limiti a disvelare un’intenzione criminale esistente, seppur allo stato latente** (Cass., VI, 24 gennaio 2008 n. 16163 RV 239640 e Cass., III, 3 giugno 2008, n. 26763 RV 240270), mentre, al contrario, risultava penalmente perseguibile, alla stregua di un concorrente ex art. 110 c.p., il soggetto che svolgeva una concreta attività di istigazione o, comunque, **un’attività avente efficacia eziologicamente determinante o concausale nella progettazione e commissione dei delitti** (Cass., IV, 6 luglio 1990, Carpentieri, in Mass. Cass. Pen. 1991, fasc. I, pag. 66; Cass., VI, 31 dicembre 1998 n. 669, in Cass. Pen. 1999, 800).

La norma *de qua* estende la causa di non punibilità anche alle attività riconducibili a soggetti ausiliari dell’UPG *undercover*, quali agenti di p.g., soggetti “**appartenenti ad organismi di corpi di polizia esteri**” e, finanche, ai “**confidenti**”, con ciò venendo incontro alle esigenze operative insorte per la buona riuscita delle attività sottocopertura.

Le attività scriminate sono state normativamente previste dalla norma *de qua* che consente all’*undercover* di fatto di favorire la latitanza di soggetti e comunque di prestare assistenza agli associati, di commettere attività d’intercessione (lato sensu) di danaro, armi, documenti (falsi), sostanze stupefacenti o del corpo del reato, ovvero di compiere attività “**prodromiche e strumentali**”.

Rebus sic stantibus, restano assolutamente escluse dal novero delle attività scriminate tutte quelle condotte non strettamente ed intrinsecamente correlate alla dinamica criminosa principale, ma che, *ex adverso*, potrebbero in concreto rivelarsi opportune, utili o talvolta assolutamente **indispensabili all’undercover per accreditarsi all’interno del circuito criminale** nel quale si è inserito col beneplacito statale. Attività, queste, che po-

trebbero essere scriminate, *cum grano salis*, facendo comunque ricorso alle cause generali di giustificazione (artt. 51, 54 c.p.).

Tuttavia, mentre in altre legislazioni è consentita (*rectius*: scriminata) **una condotta criminosa anche “ancillare”** (la prassi giudiziaria statunitense consente, ad esempio, che l’agente *undercover* commetta o consenta ad altri di commettere, al fine di indagare sui crimini principali di particolare gravità ed allarme sociale, mantenendo intatta la sua copertura, condotte criminose come il furto di un’autovettura, la detenzione illecita di un’arma anche con matricola abrasa, la falsificazione di documenti, la cessione di stupefacente, le lesioni personali non gravi, et similia) la prassi giudiziaria interna (e comunitaria) si limita a “consentire” (o meglio ancora a “**tollerare**”, vista la pregiudiziale culturale per tali operazioni) **quelle condotte strettamente ed oggettivamente strumentali, eziologicamente finalizzate in via diretta ed immediata alla raccolta di materiale probatorio per cui è stata disposta l’operazione sotto copertura**.

De iure condendo, sarebbe auspicabile un ulteriore espresso intervento normativo (innovativo) tale da consentire la “*scriminabilità*” di determinate condotte illecite non necessariamente correlate con la dinamica criminosa “principale” da disvelare, e pertanto “strumentalmente” ad essa correlate, ma anche quelle attività **border line**, che, legittimamente autorizzate o, meglio ancora, consentite *ex lege*, risultano assolutamente indispensabili per consentire l’**“accreditamento” dell’undercover all’interno del circuito criminale** nel quale si è o si deve ancora infiltrare. E, tenuto conto della particolarità della situazione, potrebbe essere rimesso al prudente apprezzamento del giudice valutare l’operatività della scriminante anche al di fuori dello stretto vincolo di “pertinenzialità”, onde consentire anche attività illecite necessarie all’accertamento della fattispecie “principale”, secondo un criterio di adeguatezza e proporzionalità.

In tal modo potrebbero così ritenersi scriminate anche quelle attività illecite poste in essere dall’*undercover* con l’unico scopo di dimostrare il suo “spessore criminale” e riscuotere la fiducia degli “intranei”; di talché attività come, *ad exemplum tantum*, cessioni di quantitativi non ingenti di stupefacenti ovvero la detenzione di armi con matricola abrasa *et similia*, ben consentirebbero uno sviluppo più agevole dell’attività di sotto copertura, permettendo di raggiungere sempre migliori e più significativi risultati investigativi: ciò, tuttavia, sempre **nel rispetto del principio di “bilanciamento” dei contrapposti interessi e beni giuridici, e ferma restando l’intangibilità dei diritti inviolabili della persona.** ©