



UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE OSSERVATORIO EUROPA

Agente provocatore, Giusto Processo e Cedu.

Il presente lavoro è volto a stimolare il dibattito in tema di rapporto tra utilizzo, ai fini investigativi, di agenti infiltrati sotto copertura, e speculare rispetto dei diritti e delle garanzie previsti dalla Carta Europea dei Diritti dell'Uomo, in particolare quelli inerenti al giusto processo e al diritto di difesa dell'imputato, alla luce della recente sentenza della Corte di Strasburgo "*Van Wesenbeeck*" emessa in data 30 maggio 2017.

1 Breve quadro di riferimento normativo interno

La posizione dell'agente provocatore, e cioè di colui che con diverse modalità partecipa ad un fatto di reato al solo scopo di consentire la scoperta e la punizione dei responsabili, è da sempre oggetto di ampie discussioni, ponendosi al centro di forti tensioni tra esigenze investigativo/penali e garanzie costituzionali, soprattutto, come già detto, quelle legate al giusto processo¹.

Sebbene inizialmente la figura dell'*agent provocateur* comprendesse esclusivamente colui il quale, in veste di appartenente alle forze dell'ordine, fingendo di essere d'accordo con altra persona, la induce a commettere reato, spinto dal movente di denunciare o far cogliere in flagranza o comunque far scoprire il provocato da parte dell'Autorità, nel corso della prassi investigativa tale nozione ha visto un ampliamento, fino a ricomprendere anche le figure dell'infiltrato, ossia colui che si insinua nel tessuto associativo di un'organizzazione criminale al fine di scoprirne i partecipanti, la struttura e le finalità perseguite, e il *falsus emptor* (falso acquirente di sostanza stupefacente, falso corruttore, etc)².

In Italia la disciplina di questa figura è stata per molto tempo frammentata in svariate disposizioni di legge (quali, ad esempio, l'art. 97 D.P.R. 309/90, c.d. TU sulla droga; l'art. 12 quater D.L. 306/92 in materia di ricettazione e riciclaggio; l'art. 14 L. 269/98 in materia di sfruttamento della prostituzione), fino all'approvazione della legge 146/2006, c.d. Statuto delle operazioni sotto copertura, poi modificata dall'art. 8 della legge 136/2010.

Prima dell'approvazione dello Statuto, la dottrina e la giurisprudenza sono state a lungo divise sull'ambito della responsabilità concorsuale dell'agente provocatore nel reato provocato.

Una prima tesi, molto minoritaria, riteneva che la condotta di questi sarebbe scriminata tacitamente, qualificandosi come azione socialmente adeguata, ovvero conforme alle finalità

¹ Cfr. Marini, S., *L'agente provocatore: limiti di applicazione della fattispecie*, in sito web: <http://www.justowin.it/2014/04/lagente-provocatore-limiti-di-applicazione-della-fattispecie/>

² Cfr. Abbatista, G., *Agente provocatore: profili di responsabilità, con riguardo anche alla posizione del falsus emptor e del soggetto provocato*, in AA.VV., *Studi di diritto penale* (a cura di Caringella -Garofoli), Milano (Giuffrè), 2002, 1237 e 1238.



socialmente perseguite da una comunità in un determinato contesto storico. Prevalente, invece, l'orientamento che riteneva operante la scriminante dell'art. 51 c.p., allorché la condotta dell'agente fosse posta in essere in adempimento del dovere di cui all'art. 55 c.p.p., a tenore del quale la polizia giudiziaria ha l'obbligo di assicurare le prove dei reati e di ricercare i colpevoli³.

Quest'ultima ricostruzione appare avallata dall'art. 9 della l. 146/2006, il quale prevede una speciale causa di giustificazione che opera, qualora le attività di questi siano condotte in attuazione di operazioni autorizzate e documentate.

Ciò nonostante possiamo ancora oggi sostenere che la legge 146 non ha fugato i molti dubbi che da tempo attanagliano la dottrina e la giurisprudenza (sia di merito che di legittimità) intorno a questa controversa figura.

2 Van Wesenbeeck: la fattispecie concreta

Il caso all'attenzione della Corte EDU trae origine da un ricorso presentato da Adrianus Van Wesenbeeck nel 2010 contro lo Stato belga.

Ed invero, il 10 maggio 2010, il PM (*rectius*, Procuratore della Corona) della città di Hasselt dava inizio ad un'attività di indagine investigativa contro il ricorrente e altri individui sospettati di far parte di un'organizzazione criminale internazionale dedita al traffico di sostanze stupefacenti e al riciclaggio di denaro.

Detta attività veniva condotta attraverso metodi di infiltrazione e osservazione da parte di agenti sotto copertura la cui attività trasmigrava in un fascicolo d'indagine riservato di cui veniva disposta la segretezza, a norma del codice di procedura penale belga⁴. Le risultanze probatorie di tali indagini venivano, quindi, dettagliatamente descritte in due relazioni, che venivano inserite nel fascicolo d'indagine ordinario.

Di talché, il 18 settembre 2008, il Procuratore della Corona chiedeva al Giudice istruttore della Corte di prima istanza di Hasselt di avviare formalmente un'inchiesta giudiziaria, che veniva autorizzata quale indagine "convenzionale". Intanto veniva proseguita l'attività di osservazione ed infiltrazione fino al 14 giugno 2009, allorquando un certo numero di indagati, compreso il ricorrente, venivano arrestati e posti in custodia detentiva.

La *Chambre des mises en accusation* della Corte d'appello di Anversa deputata a verificare la conformità del fascicolo riservato con gli elementi di prova presenti nel fascicolo del procedimento penale, emetteva un'ordinanza interlocutoria con la quale ravvisava la necessità d'introdurre nel fascicolo penale anche alcuni dei documenti riguardanti le misure speciali adottate nel corso delle indagini: in particolare quelle concernenti i provvedimenti con cui il Procuratore della Corona aveva autorizzato l'osservazione e l'infiltrazione degli agenti sotto copertura, e le due relazioni aggiunte al fascicolo ordinario d'indagine, ossia quelle contenenti i dettagli sull'organizzazione criminale ed i riscontri ottenuti utilizzando i metodi investigativi speciali.

Sulla base della completezza del fascicolo nel quale, ad avviso della *Chambre*, non si ravvisavano nullità, irregolarità o violazioni di legge con riferimento alla fase di esecuzione dei metodi di

³ Cfr. Citraro V., *La responsabilità dell'agente provocatore. Profili di contrasto con il diritto ad un giusto processo*, in sito web: <http://deiurecriminales.altervista.org/agente-provocatore/>

⁴ *Code d'instruction criminelle (CIC)*, artt. 47 § 1 e 47 comma 1



indagine speciali, veniva quindi emessa ordinanza impugnata invece dall'imputato che lamentava l'assenza nel fascicolo ordinario sia della relazione sulla cui base la Procura della Corona aveva aperto l'inchiesta preliminare che dei relativi documenti, ma la Corte di Cassazione belga respingeva detto ricorso.

Per cui il sig. Van Wesenbeeck veniva rinviato a giudizio e con sentenza del 16 marzo 2011 il Tribunale di primo grado di Hasselt lo condannava, per entrambe le imputazioni, alla pena di anni dieci di reclusione, oltre al pagamento di una multa di 137.500 euro. Anche la Corte d'appello di Anversa respingeva l'impugnazione proposta con sentenza del 23 giugno 2011; così come, parimenti, la Corte di Cassazione con sentenza del 20 marzo 2012.

3 La sentenza della Corte EDU

A seguito di tutti i rimedi impugnatori proposti, il condannato decideva di proporre ricorso alla Corte di Strasburgo, duolendosi, *in primis*, della violazione dell'art. 6 § 1, riguardante il diritto al giusto processo, stante l'impossibilità di accesso agli atti del fascicolo riservato.

Altresì, si lamentava dell'impossibilità di esaminare gli agenti sotto copertura, in contraddittorio tra le parti, in violazione, dell'art. 6 § 3⁵.

Nel dirimere la questione, la Corte, *in primis*, ha osservato che non viola i dettami dell'art. 6 § 1 l'impossibilità per la difesa di accedere ad un fascicolo separato e riservato contenente autorizzazioni e relazioni su metodi di indagine speciali. Secondo la Corte, sotto un primo profilo, la formazione di un fascicolo riservato era giustificato dalla necessità di garantire l'anonimato (e quindi la sicurezza) degli agenti e dei metodi d'indagine speciali utilizzati; inoltre, la compressione difensiva era stata limitata solo in ordine a quelle prove che avrebbero potuto compromettere le esigenze investigative di cui sopra.

Infatti, per quanto concerne le circostanze che il fascicolo riservato fosse stato custodito dal Pubblico Ministero (il quale aveva dato ordine ad un ufficiale di polizia giudiziaria di svolgere attività di indagine al fine di acquisire elementi probatori da riassumersi successivamente nelle due relazioni acquisite al fascicolo ordinario) il Giudice di Strasburgo ha rilevato che la legittimità dell'attuazione dei metodi di indagine speciali era stata sottoposta al controllo di un'apposita Sezione (la *Chambre des mises en accusation*; in lingua fiamminga *kamer van inbeschuldigingstelling*⁶) della Corte d'Appello, la quale aveva effettivamente potuto valutare se le prove contenute nel fascicolo secretato fossero legittime o meno ai fini del loro inserimento nel fascicolo d'udienza; ruolo di vigilanza che, quindi, secondo la Corte, costituiva una garanzia procedurale significativa, stante l'indipendenza e l'imparzialità della *Chambre des mises en accusation*.

In definitiva, in relazione al primo motivo di doglianza, la limitazione del diritto di difesa era stata giustificata, adeguata e sufficientemente compensata dal ruolo di vigilanza della *Chambre*.

⁵ Cfr. Scarcella, A., *Giusto processo: non sempre viola il diritto al giusto processo non poter citare ed esaminare l'agente sotto copertura*, in *Quotidiano giuridico*: 30/05/2017, in sito web: <http://www.quotidianogiuridico.it/documents/2017/05/30/non-sempre-viola-il-diritto-al-giusto-processo-non-poter-citare-ed-esaminare-l-agente-sotto-copertura>

⁶ Sito web: https://e-justice.europa.eu/content_ordinary_courts-18-be-en.do?member=1



Sul rifiuto delle autorità belghe di autorizzare il ricorrente a citare in giudizio gli agenti infiltrati per l'esame incrociato, la Corte ha richiamato alcune pronunce, in cui aveva parimenti affermato che, pur dovendo ritenersi che la testimonianza indiretta può utilizzarsi solo in circostanze eccezionali, il ricorso ad agenti sotto copertura rappresenta uno strumento fondamentale nella lotta contro la criminalità organizzata, che può funzionare solamente tramite il mantenimento dell'anonimato degli operatori di polizia. Nella fattispecie, la Corte, quindi, ha ritenuto che le esigenze di anonimato e di sicurezza hanno costituito motivi seri e legittimi, perché giustificati dalla necessità di proseguire l'attività degli agenti in altri casi.

In buona sostanza, pur avendo la Corte riconosciuto che la mancata comparizione degli agenti infiltrati costituisce, in generale, un ostacolo al diritto di difesa del soggetto (dato che, come nel caso di specie, dette dichiarazioni avevano avuto un peso specifico nel giudizio) occorreva maggiormente valutare le garanzie procedurali assicurate al ricorrente durante il processo, al fine di verificare se vi era stato un equo bilanciamento degli opposti interessi. Sotto tale profilo è stato osservato che la *Chambre*, pur non avendo sottoposto all'esame gli agenti sotto copertura, ne aveva tuttavia controllato l'identità e l'attendibilità al fine di verificare la legittimità del loro operato ed infine, sulla base di ciò, aveva inoltre verificato che le relazioni dagli stessi redatte fossero riscontrate dalle risultanze dalle stesse emergenti⁷. Inoltre, la difesa aveva potuto procedere all'esame di altri testimoni proprio in relazione a quanto svolto dagli agenti operanti sotto copertura.

Quindi, secondo il Giudice di Strasburgo, il ricorrente aveva avuto, da un canto, la possibilità di interloquire davanti al giudice in ordine alle prove raccolte mediante l'intervento degli agenti; dall'altro, eventuali difficoltà difensive erano state controbilanciate da adeguate garanzie procedurali osservate durante il processo e, pertanto, era da escludersi la violazione dell'art. 6 co.1 e 3 CEDU.

Per tutti questi motivi, la Corte respingeva il ricorso.

4 La collocazione della sentenza nella giurisprudenza della CEDU

Questa decisione riafferma compiutamente la linea interpretativa seguita dalla Corte in materia di bilanciamento tra esigenze investigative finalizzate alla tutela della collettività ed esercizio del diritto di difesa che, come noto, al comma 3 dell'art. 6 CEDU, attribuisce ad ogni accusato "*il diritto di esaminare e far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico*".

Infatti, la linea interpretativa seguita dalla Corte è quella secondo la quale, quando ad essere coinvolto nell'attività di indagine è un agente sotto copertura, può essere sacrificato il diritto al contraddittorio dell'accusato proprio per assicurare le esigenze di anonimato e di efficacia di tali tipi di indagini. Sacrificio che, però deve essere controbilanciato dalla presenza di tutta una serie di garanzie procedurali e difensive.

Ad ulteriore conferma di questa affermazione, da un esame delle pronunce del Giudice di Strasburgo inerenti alla controversa figura dell'agente sotto copertura, si possono cogliere due aspetti salienti: da una parte, l'ambito di estensione della sfera di punibilità o di non punibilità

⁷ Idem



delle azioni dell'agente, dall'altro l'utilizzabilità delle prove raccolte e il suo eventuale esame nel corso del procedimento.

4.1 Limiti all'agire dell'agente undercover: sfera di punibilità nella giurisprudenza CEDU...

La Corte, *in primis*, si preoccupa di specificare che la condotta dell'agente *undercover* non può e non deve sfociare nella provocazione, trasformandolo in un *agent provocateur*. Nella sentenza *Calabrò c. Italia e Germania* del 2010⁸, per esempio, afferma che 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, non deve spingersi fino a provocare condotte criminose che altrimenti non si sarebbero verificate. Oppure, nella sentenza *Teixeira de Castro c. Portogallo* del 1998⁹, si afferma che “l'interesse pubblico alla repressione ed alla prevenzione del crimine, 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”.

Linea ulteriormente sviluppata recentemente dalla sentenza *Pătrașku c. Romania* (2017)¹⁰, nella quale si ribadisce la responsabilità penale dell'agente infiltrato e l'inutilizzabilità della prova acquisita per le operazioni sotto copertura consistenti nell'incitamento o nell'induzione alla commissione di un reato da parte del soggetto indagato, in quanto all'agente infiltrato non è consentito commettere azioni illecite diverse da quelle dichiarate non punibili e di quelle strettamente e strumentalmente connesse.

Da segnalare, infine, la sentenza *Oprîș c. Romania* del 2015¹¹, la quale pone l'onere di provare l'assenza della provocazione in capo all'accusa.

4.2 Ammissibilità delle prove raccolte nelle operazioni undercover

Per quanto concerne, invece, l'ammissione delle prove raccolte nelle operazioni degli agenti sotto copertura, la Corte ha sempre seguito l'opinione (anche nella sentenza *Van Wesenbeeck*) secondo cui l'ammissibilità di tali prove deve essere controbilanciata da garanzie procedurali di difesa.

Tale opzione ermeneutica, sebbene fosse stata già espressa nella sentenza *Khudobin c. Russia*¹², si definisce in maniera compiuta solamente con la sentenza della Gran Camera *Ramanauskas c. Lituania* del 2008¹³. In questa pronuncia, la Corte, risolvendo un contrasto tra la propria

⁸ Corte Eur. Dir. Uomo, Sez. I, 21 marzo 2002, *Calabrò c. Italia*, ric. n. 51151/99

⁹ Corte Eur. Dir. Uomo, Sez. III, 09 giugno 1998, *Teixeira de Castro c. Portogallo*, ric. n. 25829/94

¹⁰ Corte Eur. Dir. Uomo, Sez. IV, 14/02/2017, *Pătrașku c. Romania*, ric. n. 7600/09, in sito web [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"7600/09\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\"\],\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-171088\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

¹¹ Corte Eur. Dir. Uomo, Sez. III, 23/06/2015, *Oprîș c. Romania*, Ric. n. 15251/07

¹² Corte Eur. Dir. Uomo, Sez. III, 26/10/2006, *Khudobin c. Russia*, Ric. n. 59696/00, in sito web: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-77692\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

¹³ Corte Eur. Dir. Uomo, Grand Chamber, 05/02/2008, *Ramanauskas c. Lituania*, Ric. n.



giurisprudenza e quella delle Corti nazionali (anche costituzionali), affermò la piena ammissibilità delle prove raccolte durante le indagini compiute da agenti infiltrati soltanto ove siano fornite, a tutela di possibili abusi, adeguate e sufficienti garanzie, quali, in particolare, procedure chiare e prevedibili per l'autorizzazione, l'esecuzione e la supervisione dei metodi investigativi in questione.

La scelta esegetica si consolida negli anni successivi: nel caso *Donohoe c. Irlanda*¹⁴, viene esclusa la violazione del diritto al giusto processo a seguito di ammissione di una prova, a carico di persona accusata di appartenere a un'associazione a delinquere, di una testimonianza di polizia basata su fonti segrete; oppure, come nel caso *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito* del 2011¹⁵, decisa dalla Grande Camera, la Corte, ha ritenuto che, da una parte, il peso delle prove diverse da quelle basate sulle dichiarazioni degli agenti sotto copertura non potuti esaminare dall'accusato e, dall'altra, delle garanzie e dei fattori compensativi, doveva essere considerato sufficiente per concludere che la concessione dell'esonero in relazione al giudizio di condanna basato anche sulla deposizione dell'agente sotto copertura, non aveva reso iniquo il processo.

Inoltre, in un precedente molto simile al caso trattato in *Van Wesenbeeck*¹⁶, il Giudice di Strasburgo specifica ulteriormente che, sebbene, con riferimento all'autorità deputata al controllo delle operazioni sotto copertura, questa rappresenti la forma più adeguata allo scopo, anche altre forme di controllo, quali la supervisione dell'organo inquirente, possano essere utilizzate, rispettando però tutta una serie di obblighi procedurali e di efficaci garanzie a favore dell'indagato/imputato¹⁷.

4.3 Giurisprudenza della Cassazione dopo la L. 146/2006

A seguito dell'entrata in vigore della già citata legge 146/2006, la quale prevede che l'agente infiltrato non può commettere azioni illecite diverse da quelle dichiarate non punibili (art. 9) o a esse strettamente e strumentalmente connesse, questa linea interpretativa della Corte EDU è stata seguita anche dalla nostra giurisprudenza di legittimità. In particolare, nella sentenza *Leka* del 2013¹⁸, la Corte di Cassazione, dopo avere precisato che l'infiltrazione nell'ambito della criminalità organizzata risulta rispettosa dei canoni dell'art. 6 CEDU ove “*la commissione del reato dipende dalla libera scelta del reo*” e non è indotta in maniera sostanziale dall'azione degli agenti di polizia, è, altresì, giunta ad affermare 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*

74420/01, in sito web: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-84935\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

¹⁴ Corte Eur. Dir. Uomo, Sez. V, 12/12/2013, *Donohoe c. Irlanda*, Ric. n. 19165/08, in sito web: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138919>

¹⁵ Corte Eur. Dir. Uomo, Grand Chambre, 15/12/2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, Ric. nn. 26766/05 e 22228/06, in sito web: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108072>

¹⁶ Corte Eur. Dir. Uomo, Sez. I, 04/11/2010, *Bannikova c. Russia*, Ric. n. 18757/06, in sito web: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101590>

¹⁷ Cfr. Corte Eur. Dir. Uomo, Guida all'articolo 6. Diritto ad un equo processo (ambito penale), in sito web: http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ITA.pdf

¹⁸ Corte di Cass., Sez. IV Penale, n. 10653/2013



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".

Sulla stessa falsariga si attestano altre pronunce della Suprema Corte. Per esempio, in una pronuncia del 2008¹⁹, la Suprema Corte ha ribadito che la normativa attuale ben differenzia la figura dell'agente sotto copertura, legislativamente delineata, dall'agente provocatore, che non ha mai trovato definizione esplicita nella legge e che si caratterizza per l'incitamento o l'induzione al crimine del soggetto indagato.

Per quanto concerne l'utilizzabilità delle prove e della testimonianza dell'agente sotto copertura, la giurisprudenza di legittimità si attesta (anche recentemente²⁰, in materia di stupefacenti) nel ribadire la legittimità di quanto da questi appreso dall'imputato nel corso dell'investigazione, in quanto, nell'ambito delle indagini da loro svolte, sono da considerarsi non come agenti di polizia (con tutte le qualifiche connesse a questo status), ma come meri soggetti partecipanti all'azione.

In un'altra sentenza²¹, invece, ha affermato la piena utilizzabilità delle informazioni fornite da agenti di polizia giudiziaria *undercover* per la valutazione dei gravi indizi di reato in sede di autorizzazione delle intercettazioni non essendo equiparate a quelle di fonte anonima o confidenziale indicate nell'art. 203 c.p.p.

5 Van Wesenbeeck: quale impatto all'interno del nostro sistema normativo?

Alla luce della specifica analisi effettuata sia sul fronte europeo che nazionale, sorge spontaneo domandarsi quale effetti potrebbe produrre una pronuncia del genere nel nostro sistema ordinamentale.

Riflessione che non appare peregrina, ma anzi appare quasi scontata, se si tiene altresì conto di un dato fattuale e giuridico molto importante, ossia la diversa disciplina, sia normativa che costituzionale, riguardante l'organizzazione dell'ordinamento giudiziario in Italia in confronto con quella di molti altri paesi, tra cui il Belgio.

6 L'organizzazione giudiziaria in Belgio.

Il sistema di organizzazione dell'ordinamento giudiziario in Belgio è sotto molti aspetti diverso da quello vigente nel nostro paese.

In primo luogo, la magistratura belga è sì un organo indipendente rispetto agli altri poteri dello Stato, ma non gode di quel grado di indipendenza dal potere esecutivo che caratterizza il nostro sistema. I giudici, infatti, sia requirenti che giudicanti, sono nominati dal Re, secondo le condizioni e le modalità previste dalla legge²². Per quanto riguarda, invece, le modalità di rimozione, la Costituzione del Regno del Belgio fa una netta differenziazione tra i giudici e i funzionari del pubblico ministero: mentre i giudici sono nominati a vita e possono essere rimossi o sospesi

¹⁹ Corte di Cass., Sez. II Penale, n. 38488/2008

²⁰ Corte di Cass., Sez. III Penale, n. 11572/2017

²¹ Corte di Cass., Sez. IV Penale, n. 6778/2014

²² Cfr. Costituzione del Regno del Belgio, Art. 151 § 4.



solamente in forza di una sentenza²³, i pubblici ministeri possono essere revocati per ordine del re²⁴.

L'influenza dell'esecutivo si riflette anche sulle indagini condotte dai funzionari delle Procure. Infatti, benché il pubblico ministero sia indipendente nell'esercizio delle ricerche e delle indagini individuali, è previsto in Costituzione il diritto del ministro competente di ordinare indagini e di emanare circolari cogenti di politica criminale, anche in materia di politica di ricerca della prova e di indagine²⁵.

Altra importante differenza, rispetto al nostro ordinamento, è la suddivisione tra la magistratura cosiddetta "seduta" (i giudici e i consiglieri nelle corti e nei tribunali) e la magistratura cosiddetta "in piedi" (il pubblico ministero o "*parquet*"), con rilevanti differenze di status e di ordinamento. Ma soprattutto, vi è una differenziazione di carriere che è il vero spartiacque tra le due magistrature. Basti pensare che il passaggio da una carriera e l'altra può avvenire solamente per ordine dell'esecutivo²⁶.

Infine, rispetto all'Italia, vi è un'ulteriore differenza sostanziale per quanto concerne l'istruttoria e il rinvio a giudizio, posto che ad essi sono deputati due organi diversi, incardinati nell'ambito della magistratura "seduta". Il primo di questi due organi è la *Chambre du conseil*, la quale è un organo giudiziario con funzioni istruttorie, composto da un Giudice del tribunale di primo grado, che decide da solo e che esamina se vi siano motivazioni sufficienti a rinviare la causa dinanzi al *tribunal correctionnel* (ossia il tribunale che si pronuncia sui i delitti e i reati cosiddetti "*correctionnalisés*" come la truffa, la frode, l'omicidio colposo, il furto con scasso, il furto con violenze) oppure ad archiviare il procedimento nei confronti dell'indagato (non luogo a procedere). Inoltre, la *chambre du conseil* decide ogni mese se sussistano o meno motivi per mantenere gli indagati in custodia cautelare preventiva o eventualmente concedergli la libertà condizionata o meno a determinate condizioni (tali decisioni vengono prese ogni mese oppure ogni trimestre se si tratta di un reato cosiddetto non "*correctionnalisable*")²⁷.

Il secondo organo, invece, è la *chambre des mises en accusation*, l'organo giudiziario che, come si è visto nella sentenza *Van Wesenbeeck*, si occupa anche di giudicare della legittimità degli atti di prova raccolti durante le operazioni sotto copertura; inoltre, è l'organo giuridico di istruzione incaricato di esaminare l'impugnazione delle pronunce della *chambre du conseil* ed è competente per il rinvio a giudizio di un indagato dinanzi alla Corte d'assise nel caso in cui abbia commesso un delitto, un reato di diffamazione a mezzo stampa o un reato politico²⁸. Sostanzialmente, quindi, rappresenta il giudice istruttore dinanzi la Corte d'appello.

6.1 Indagini undercover: la soluzione italiana

²³ Cfr. *Costituzione del Regno del Belgio*, Art. 152

²⁴ Cfr. *Costituzione del Regno del Belgio*, Art. 153

²⁵ Cfr. *Costituzione del Regno del Belgio*, Art. 151 § 1

²⁶ Cfr. Spataro, A., *La separazione delle carriere dei magistrati? Una riforma da evitare*, Convegno sul tema: *La separazione delle carriere dei magistrati: una riforma ineludibile*, Sanremo, 1-2 luglio 2016, in sito web: <https://www.giustiziainsieme.it/20-materie/essere-magistrato/79-la-separazione-delle-carriere-dei-magistrati-una-riforma-da-evitare.html>

²⁷ Cfr. https://e-justice.europa.eu/content_ordinary_courts-18-be-maximizeMS-it.do?member=1

²⁸ Idem



Come si è visto in precedenza, la Corte EDU ha riconosciuto nel ruolo di vigilanza della *chambre des mises en accusation* una garanzia rilevante e significativa, tale da bilanciare il *vulnus* al diritto di difesa dell'indagato/imputato. Rilevanza sicuramente derivante dal carattere imparziale e indipendente della *Chambre*, sia rispetto al potere esecutivo, ma soprattutto rispetto al pubblico ministero titolare dell'inchiesta, stante la diversità di ruoli, di carriere e di controlli che caratterizza il sistema belga.

Ma se il fatto preso in considerazione dalla sentenza *Van Wesenbeeck* si fosse svolto in Italia, tale caratteristiche di indipendenza e di imparzialità potrebbero essere rinvenute nell'organo che, nel nostro sistema, è deputato (anche) al controllo di regolarità delle indagini preliminari?

Vero è che, a differenza della situazione belga, i Giudici italiani sono del tutto indipendenti dal potere esecutivo, per quanto riguarda la nomina, i controlli e la funzione giurisdizionale. Ma, per converso, esistono seri elementi di criticità nella non separazione delle carriere tra magistratura requirente e magistratura giudicante²⁹.

Ciò nonostante sarebbe incomprensibile sostenere nel nostro Paese che garanzie difensive quali quella del contraddittorio, possano essere sacrificate in nome delle garanzie all'anonimato, anche per quei reati di più rilevante allarme sociale.

Analizzando la normativa italiana sul punto, si può cogliere, anzi, un equo bilanciamento tra dette esigenze, tali da non annichilire il principio del giusto processo. Basti a pensare, ad esempio, all'art. 497 cpp, comma 2 bis (comma aggiunto dalla legge 136/2010 e convertito dalla legge 43/2015).

²⁹ Ad esempio, Petrelli, F., *John Rawls e la separazione delle carriere*, Editoriale presente nel sito web della Unione delle Camere Penali Italiane (http://www.camerepenali.it/cat/140/john_rawls_e_la_separazione_delle_carriere_-_di_francesco_petrelli_-_aprile_2015.html), Roma 28 aprile 2015,: “Applicando esemplarmente la sua teoria alla distribuzione delle porzioni di una torta, Rawls afferma che, al fine di evitare ingiustizie, chi taglia le fette deve essere necessariamente un soggetto diverso da colui che le distribuisce. In questo modo chi taglia dovrà necessariamente attenersi ad un criterio di equità e di giustizia, non sapendo a chi le porzioni saranno distribuite. Restando alla metafora sarà dunque necessario che chi taglia le fette e chi le distribuisce non siano mossi da un medesimo intento, ma lavorino in assoluta autonomia, perseguendo ciascuno un proprio fine differente. Non è qui, dunque, a ben vedere in discussione il problema ingenuo dell'eventuale amicizia o frequentazione fra pubblico ministero e giudice. Il problema si colloca sul più alto e differente livello della collocazione istituzionale dei due diversi attori pubblici del processo al fine di ottenere l'ineludibile risultato di giustizia, in quanto solo un giudice collocato in una posizione di terzietà e di alterità di obbiettivi rispetto ad entrambe le parti processuali rende possibile quel risultato. Ma se questo è un obbiettivo che trova nella logica dei fatti un evidente fondamento, allora la terzietà non potrà che essere perseguita attraverso una separazione degli ambiti ordinamentali, organizzativi e disciplinari cui appartengono il giudice e l'accusato. Perché solo attraverso tale separazione sarà preservata quella condizione essenziale che i pensatori dell'illuminismo, cultori della separazione dei poteri, chiamavano “inimicizia”, ovvero quel sentimento che fa sì che un potere controlli l'altro, e che il titolare di un potere, non essendo mosso da alcun sentimento di “amicizia” ordinamentale nei confronti di un altro soggetto, possa sempre diffidarne, verificandone i metodi, falsificandone i risultati, non condividendone mai né gli scopi, né le passioni”.

V. anche Spangher, G., *Giurisdizione. Accusa. Separazione. Difesa. Giusto processo*, in sito web http://www.separazionedellecarriere.it/doc/Separazione_Spangher.pdf



Tale norma prevede che nel caso in cui a deporre sia un ufficiale ovvero un agente di polizia che ha svolto le operazioni sotto copertura, quindi da infiltrato, ovvero a deporre siano dipendenti di servizi di informazione per la sicurezza, tali soggetti possono omettere le proprie reali generalità, indicando invece quelle di copertura utilizzate nel corso delle indagini³⁰. A tale disposizione va affiancata quella prevista dall'art. 8 comma 4 della stessa legge 136/2010, che ha modificato l'art. 147 bis comma 1-bis disp. att. c.p.³¹, sulle cautele da adottare nel corso dell'esame per tutelare la sicurezza e la riservatezza delle persone coinvolte (normalmente con sistemi di videoconferenza e con oscuramento del volto). Queste previsioni assicurano in maniera efficace l'anonimato dell'agente rispettando il giusto processo, stante la possibilità per la difesa dell'imputato di procedere all'esame del soggetto³².

Altro presidio di garanzia è da rinvenirsi nell'art. 9 comma 4 della legge 146/ 2006³³, il quale impone non solo di avvisare il PM dell'inizio dell'indagine tramite agenti infiltrati, ma di tenerlo costantemente aggiornato sugli sviluppi, le modalità e i risultati di questa. Senza contare poi le

³⁰ *Codice di procedura penale*, Art 497, comma 2bis: “Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, anche appartenenti ad organismi di polizia esteri, i dipendenti dei servizi di informazione per la sicurezza, gli ausiliari, nonché le interposte persone, chiamati a deporre, in ogni stato e grado del procedimento, in ordine alle attività svolte sotto copertura ai sensi dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, e della legge 3 agosto 2007, n. 124, e successive modifiche, invitati a fornire le proprie generalità, indicano quelle di copertura utilizzate nel corso delle attività medesime”.

³¹ *Codice di procedura penale*, disposizioni di attuazione, di coordinamento e transitorie, Art. 147-bis, comma 1-bis, “L'esame in dibattimento degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria, anche appartenenti ad organismi di polizia esteri, degli ausiliari e delle interposte persone, che abbiano operato in attività sotto copertura ai sensi dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146 e successive modifiche, si svolge sempre con le cautele necessarie alla tutela e alla riservatezza della persona sottoposta ad esame e con modalità determinate dal giudice o, nei casi di urgenza, dal presidente, in ogni caso idonee a evitare che il volto di tali soggetti sia visibile”.

³² La dottrina divisa sulla reale portata garantistica della norma, v. Nanni, F., *Operazioni sotto copertura*. Convegno sul tema: *Investigazioni e prove transnazionali*, Roma, 20-21 ottobre 2016, Università degli Studi di Roma, La Sapienza, “Personalmente, pur condividendo la preoccupazione che l'utilizzo delle vere generalità possa esporre gli operanti e i loro familiari a gravi ritorsioni, ritengo che effettivamente l'utilizzo della testimonianza anonima possa creare problemi di conformità ai principi di cui agli artt. 24 e 11 della Costituzione; una soluzione di compromesso potrebbe prevedere, come già accade in altri paesi europei, che la vera identità sia rivelata al giudice (oltre che ovviamente al pubblico ministero) e che sia lo stesso giudice a dover controllare se l'anonimato possa influire sulla valenza probatoria della testimonianza”.

³³ *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, Legge 146/2006, Art. 9 comma 4, “L'organo che dispone l'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2 deve dare preventiva comunicazione al pubblico ministero competente per le indagini, indicando, se necessario o se richiesto, anche il nominativo dell'ufficiale di polizia giudiziaria responsabile dell'operazione, nonché il nominativo degli eventuali ausiliari impiegati. Il pubblico ministero deve comunque essere informato senza ritardo, a cura del medesimo organo, nel corso della operazione delle modalità e dei soggetti che vi partecipano, nonché dei risultati della stessa”.



garanzie, sia a livello costituzionale che codicistico, inerenti alla disciplina della prova nel procedimento penale, le quali non permettono l'ingresso nel dibattimento di prove non formate nel contraddittorio delle parti ad armi pari, salvo *"per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita"*³⁴.

Anche la giurisprudenza (soprattutto di legittimità) ha cercato di interpretare le norme penali, sia sostanziali che procedurali, in modo da conciliare giusto processo e indagini dell'infiltrato. Ne è un esempio il contrasto tra giurisprudenza e dottrina sull'applicazione dell'art 62 cpp alle dichiarazioni rese dall'indagato all'infiltrato nella inconsapevolezza del suo compito di agente sotto copertura. Una corrente interpretativa (maggioritaria in dottrina) riteneva che la preclusione prevista dalla norma dovesse trovare integrale applicazione in questo tipo di situazione, per non inficiare in maniera subdola la ratio dello stesso art. 62. La giurisprudenza (consolidata) di legittimità, invece, faceva una distinzione tra le dichiarazioni rese spontaneamente dall'indagato nello svolgimento dell'attività criminale all'agente infiltrato o a terzi (ma ovviamente ascoltate anche da quest'ultimo), da quelle sollecitate dall'infiltrato magari con riferimento a comportamenti pregressi o distinte attività criminose, tant'è che la Suprema Corte, nella sentenza 41730 del 2006, ha affermato che *"l'art. 62 cpp concerne soltanto le dichiarazioni rappresentative di precedenti fatti e non anche le condotte e le dichiarazioni che accompagnano tali condotte, chiarendone il significato, ovvero le dichiarazioni programmatiche di future condotte. Non può trovare neppure applicazione il limite di utilizzabilità previsto dall'art. 63 c.p.p., comma 2, poiché non si tratta di dichiarazioni rese nel corso di un esame o di assunzione di informazioni in senso proprio e tali dichiarazioni non costituiscono la rappresentazione di eventi già accaduti o la descrizione di una precedente condotta delittuosa, ma si inseriscono invece in un contesto commissivo, realizzandosi con esse la stessa condotta materiale del reato. Più in particolare, in tema di reati concernenti le sostanze stupefacenti, gli agenti che svolgono attività investigative da infiltrati secondo quanto previsto dal D.P.R. n. 309 del 1990, art. 97 non agiscono, nell'ambito della operazione svolta, come ufficiali di polizia giudiziaria con i poteri autoritativi e certificatori connessi alla qualifica, ma come soggetti che partecipano all'azione, con la conseguenza che non trova applicazione il divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato di cui all'art. 62 c.p.p., e, dunque, che le deposizioni da tali soggetti rese su quanto appreso dall'imputato nel corso dell'investigazione sotto copertura sono utilizzabili in dibattimento"*³⁵. Orientamento confermato anche dalla Corte costituzionale, la quale ritiene che *"il divieto [...] opera solo con riferimento a dichiarazioni rese "nel corso del procedimento" e non genericamente "in pendenza del procedimento", vale a dire esclusivamente in ordine a dichiarazioni effettuate nella sede processuale, cioè in occasione di un atto del procedimento. E' solo in relazione a tale categoria di dichiarazioni, infatti, che si pone l'esigenza di garanzia, già messa in luce dalla relazione al progetto preliminare, consistente nel far sì che di esse faccia fede la sola documentazione scritta, con divieto conseguente di fonti testimoniali surrogatorie"*³⁶.

7 Considerazioni

La sentenza della Corte EDU, e la sua giurisprudenza sul punto, ad avviso della scrivente, non appaiono convincenti, poiché si fondano su di un compromesso, in cui il diritto di difesa dell'imputato appare soccombente e eccessivamente sacrificato. Ma soprattutto, non appare convincente l'idea che tale vulnus possa essere controbilanciato tramite garanzie procedurali slegate una dall'altra. *In primis*, la mancata conoscenza dell'identità del testimone, ma soprattutto

³⁴ Costituzione della Repubblica Italiana, Art. 111, comma 5

³⁵ Corte di Cass., Sez. VI Penale, n. 41730/2006. V. anche Corte di Cass., Sezi VI Penale, n. 6702/2005

³⁶ Corte costituzionale, n. 237/1993



il divieto di porre domande relative a quell'identità per mantenere il segreto, impedisce al difensore di svelare situazioni e motivi in base ai quali il teste possa essere ritenuto «*prejudiced, hostile or unreliable*»³⁷.

Inoltre, non convince tale ragionamento sotto il profilo della valutazione delle risultanze probatorie delle indagini dell'infiltrato, in quanto il contraddittorio, che dovrebbe essere pieno e ad armi pari, appare, invece, inficiato in maniera importante dall'anonimato e dalla segretezza delle indagini e degli agenti.

Sarà interessante vedere se in futuro la Corte EDU si confronterà in maniera analoga con la normativa italiana e come applicherà ad essa i suoi approdi interpretativi inerenti all'art. 6 della Carta.

³⁷ Cfr. Miraglia, M., *Spunti per un dibattito sulla testimonianza anonima. Le coordinate del dibattito sovranazionale e le novità introdotte nel nostro ordinamento dalla l. 136/2010*, in *Diritto penale contemporaneo*, in sito web: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Articolo%20Miraglia.pdf>